

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics



Masterscriptie Fiscale Economie Directe Belastingen

Van géén naar een (on)voorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's?

Naam: C.J. van der Hoek

Studentnummer: 415270

Begeleider: De heer prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar: Mevrouw mr. Y. Vink

Datum definitieve versie: 31 juli 2020

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

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	3
1. Inleiding	6
1.1: Aanleiding	6
1.2: Probleemstelling	11
1.3: Toetsingskader	12
1.4: Opzet	13
1.5: Afbakening	14
2. Internationale belastingontwijking en doorstroomactiviteiten	16
2.1: Inleiding	16
2.2: Dubbele belasting bij grensoverschrijdende activiteiten	17
2.3: Het ontwijken van bronbelasting op interest en royalty's	17
2.4: Doorstroomactiviteiten via Nederland in kaart gebracht	20
2.4.1: Interest	22
2.4.2: Royalty's	22
2.5: De twee standaardmodelverdragen	23
2.5.1: De interest- en royaltybepalingen in het OESO-MV en VN-MV	24
2.6: Uiteindelijk gerechtigde en treaty-shopping	26
2.7: Het project BEPS van de OESO	28
2.7.1: Het MLI – actiepunten 15	30
2.7.2: De verhouding tussen de PPT van het MLI en de Wet BB 2021	34
2.8: Europeesrechtelijke maatregelen	36
2.8.1: De ATAD	37
2.8.2: De IRR	37
2.9: Deelconclusie	38
3. Wet bronbelasting 2021	40
3.1: Inleiding	40
3.2: Het doel van de Wet BB 2021	40
3.3: De Wet BB 2021 in het algemeen	41
3.4: De Wet BB 2021 vergeleken met het Nederlands fiscale verdragsbeleid	44
3.5: Deelconclusie	54
4. Internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten	56
4.1: Inleiding	56

4.2: De impact van de Wet BB 2021 op internationale belastingontwijking	56
4.3: De Wet BB 2021 en het Nederlands bilaterale belastingverdragennetwerk	58
4.4: De Wet BB 2021 in verhouding tot het primaire EU-recht	59
4.4.1: Het staatssteunverbod en de Wet BB 2021.....	59
4.4.2: De EU-vrijheden en de Wet BB 2021	63
4.5: De Wet BB 2021 in verhouding tot de IRR	68
4.6: Toetsing van de Wet BB 2021.....	70
4.6.1: Doeltreffendheid	70
4.6.2: Doelmatigheid	74
4.6.3: Uitvoerbaarheid	78
4.6.4: Eindbeoordeling Wet BB 2021	79
4.7: Een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's	79
4.7.1: Doeltreffendheid	80
4.7.2: Doelmatigheid	81
4.7.3: Uitvoerbaarheid	82
4.7.4: Eindbeoordeling onvoorwaardelijke bronbelasting	83
op interest en royalty's	
4.8: Een vervolgonderzoek naar een conditionele aftrekbeperking	83
4.9: Deelconclusie	85
5. Conclusie en aanbevelingen	87
5.1: Inleiding	87
5.2: Samenvatting	87
5.3: Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen	92
Literatuurlijst	97
Artikelen	97
Boeken	99
Databases	100
Jurisprudentie	100
Overige	102
Parlementaire stukken	105
Publicatieblad van de Europese Unie	106
Staatsblad	107
Staatscourant	107

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	advocaat-generaal
art.	artikel(en)
ATAD	Antibelastingontwijkingsrichtlijn (Anti-Tax Avoidance Directive) (EU) 2016/1164, L 193/1 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.
ATAD1	Antibelastingontwijkingsrichtlijn 1 (Anti-Tax Avoidance Directive) ter bestrijding van (overige vormen van) belastingontwijkingspraktijken
ATAD2	Antibelastingontwijkingsrichtlijn 2 (Anti-Tax Avoidance Directive) ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken door middel van hybridemismatches
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
bfj	bijzonder financiële instelling
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
BTR	British Tax Review
BvdB	Besluit voorkoming dubbele belasting
CFC	controlled foreign company
CPB	Centraal Planbureau
CTA	covered tax agreement
DNB	De Nederlandse Bank
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EIER	Evolutionary and Institutional Economics Review
EU	Europese Unie
EVA	Europese Vrijhandelsassociatie

FD	Het Financieele Dagblad
FED	FED Fiscaal Weekblad
G20	Groep van Twintig Ministers van Financiën en Voorzitters van Centrale Banken
GloBE	Global Anti-Base Erosion
hbj	hoogbelastende jurisdictie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IRR	Interest- en royaltyrichtlijn
jo.	juncto
lbj	laagbelastende jurisdictie
LOB	Limitation On Benefits
MLI	Multilaterale Instrument
MNO	multinationale onderneming
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
nnavv	nota naar aanleiding van het verslag
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NvT	nota van toelichting
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO-modelverdrag inzake dubbele belasting naar het inkomen en naar het vermogen
OESO-MV Comm.	Commentaar op het OESO-modelverdrag inzake dubbele belasting naar het inkomen en naar het vermogen

p.	pagina
par.	paragraaf
pbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PPT	Principle Purpose Test
r.o.	rechtsoverweging
SDG's	Sustainable Development Goals
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
UR	uitvoeringsregeling
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
v.i.	vaste inrichting
VN	Verenigde Naties
VN-MV	Verdrag inzake dubbele belasting van de Verenigde Naties tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden
VN-MV Comm.	Commentaar op het Verdrag inzake dubbele belasting van de Verenigde Naties tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden
V-N	Vakstudie Nieuws
vtn	voetnoot
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet BB 2021	Wet bronbelasting 2021
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1: Aanleiding

Binnen de Europese Unie (hierna: **EU**) leiden bronbelastingen een onrustig bestaan. Bronbelastingen worden geheven aan de bron van een inkomensstroom, zoals dividend, interest en royalty's.¹ Waar voorheen binnen de EU sterk de neiging bestond om bronbelastingen zo veel mogelijk te verminderen of zelfs geheel af te schaffen – zoals kan worden opgemaakt uit de introductie van Europese richtlijnen² en de door het Hof van Justitie (hierna: **HvJ**) gewezen arresten – doet zich de laatste jaren de tendens voor dat de lidstaten van de EU (hierna: **EU-lidstaten**) bronbelastingen willen introduceren of behouden.³

Aanvankelijk bewerkstelligde de invoeringen van de Moeder-dochterrichtlijn⁴ en de Interest- en royaltyrichtlijn (hierna: **IRR**)⁵ dat verbonden entiteiten werden vrijgesteld van (eventuele) bronbelastingen op onderlinge transacties. Daarbij heeft het HvJ vele arresten gewezen over een steeds terugkerende kwestie ten aanzien van bronbelastingen, namelijk wanneer sprake is van een gelijke behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.⁶ Deze ontwikkelingen brachten bij EU-lidstaten gevoelens naar boven om bronbelastingen te verminderen, dan wel geheel af te schaffen. Ook de staatssecretaris van Financiën bracht in 2005 in de Tweede Kamer ter sprake dat Nederland een andere beleidsrichting moest inslaan, welke gericht was op de afbouw van de dividendbelasting.⁷

¹ Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 139.

² Dit betreffen achtereenvolgens de IRR van 2003 en de Moeder-dochterrichtlijn van 2011. NB: de Moeder-dochterrichtlijn van 2011 betreft een herschikking van de oorspronkelijke Moeder-dochterrichtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990. Herschikking was benodigd aangezien in de oorspronkelijke Moeder-dochterrichtlijn nieuwe wijzigingen dienden te worden aangebracht en de richtlijn eerder ook al diverse malen ingrijpend was gewijzigd. Zie: *V-N* 2012/13.5.

³ P. Kavelaars, *NTFR* 2019/1937, p. 1 en Vleggeert & Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', p. 2-3.

⁴ Richtlijn 2011/96/EU Van de Raad van de Europese Unie van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

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

⁶ Voorbeelden van bekende door het HvJ gewezen arresten over de problematiek aangaande bronbelastingen betreffen C-35/98 (*Verkooijen*), C-315/02 (*Lenz*), C-319/02 (*Manninen*), C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), E-1/04 (*Fokus Bank*), C-265/04 (*Bouanich I*), C-379/05 (*Amurta*) en C-397/09 (*Scheuten-Solar*).

⁷ Staatssecretaris Wijn in de Tweede Kamer op 15 november 2005. Dit is eveneens bevestigd op 21 november 2005 tijdens een besloten bijeenkomst van enkele internationale Kamers van Koophandel, jo. Oortwijn, *WFR* 2006/928 par. 1, vtn. 14. Zie ook: Handeling II 2005/2006, 30 306, nr. 5, p. 20; Pötgens & Sleurink, *WFR* 2018/163, p. 1134, vtn. 11; en het persbericht van het Ministerie van Financiën van 16 november 2005 jo. Van Sprundel, *WFR* 2009/511, ond. 1, vtn. 7.

Met de toenemende globalisering heeft het aantal belastingplichtigen dat aan de hand van fiscale planningsconstructies ernaar streeft om fiscale voordelen te behalen, de laatste jaren een hoge vlucht genomen. Wegens de financiële en economische crisis in 2008 en de problematiek bij staten inzake de overheidsfinanciën,⁸ ontstond op mondiaal niveau toenemende aandacht voor het bestrijden van uitholling van de belastinggrondslagen van staten en het verschuiven van fiscale winsten tussen staten.⁹ Het project BEPS – dat in 2013 door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: **OESO**) werd gepubliceerd –¹⁰ richt zich op het bestrijden van heffingsgrondslag uitholling (*base erosion*) en winstverschuiving naar staten met lage statutaire winstbelastingtarieven, dan wel naar staten waar helemaal geen belasting wordt geheven en waarbij geldt dat in deze staten geen economische activiteiten worden verricht (*profit shifting*).¹¹ Het project BEPS zorgt voor een bepaald kantelpunt ten aanzien van de houding van staten tegenover bronbelastingen.¹² Voorheen hadden staten de neiging om bronbelastingen te verminderen of af te schaffen, maar de laatste jaren doet zich juist een ontwikkeling voor richting het behouden of introduceren van bronbelastingen. Op 13 februari 2019 publiceerde de OESO het publieke consultatiedocument ‘*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*’. Dit document is onderverdeeld in twee pijlers. In pijler twee – welke ook wel het ‘*Global Anti-Base Erosion*’-voorstel (hierna: **GloBE-voorstel**) wordt genoemd – staan voorstellen opgenomen om bepaalde misbruiksituaties te bestrijden die nog niet door middel van het project BEPS uit 2013 werden aangepakt. Een onderdeel van één van deze voorstellen betreft een voorwaardelijke bronbelasting op bepaalde betalingen (waaronder interest- en royaltybetalingen) tussen entiteiten binnen een internationaal concern, in geval de ontvanger onvoldoende hierover wordt belast. De OESO wil onder andere met deze zogenoemde ‘*tax on base erosion payments*’ naar de situatie toewerken dat multinationale ondernemingen (hierna: **MNO’s**) een minimumniveau aan belastingen gaan betalen.¹³

⁸ De financiële en economische crisis vond haar oorsprong in de zomer van het jaar 2007 en bereikte in het najaar van 2008 haar hoogtepunt. In de loop van het jaar 2011 liep de economische crisis af.

⁹ Wattel, Marres & Vermeulen 2018, p. 245-246.

¹⁰ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Paris: OECD Publishing 2013 (online).

¹¹ Par. 3, 6, 7 & 8 van de introductie van de OECD, *Explanatory Statement BEPS*, 2015, p. 4-5.

¹² P. Kavelaars, *NtFR* 2019/1937, p. 1.

¹³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document*, Paris: OECD Publishing 2019, par. 91, p. 24. en OECD, *Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) (Pillar Two): Public Consultation Document. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, Paris: OECD Publishing 2019, p. 33.

De afwezigheid van een bronbelasting op interest en royalty's vormt decennia lang één van de sterkste punten van het Nederlandse belastingsysteem, mede waardoor Nederland een gunstige vestigingsplaats is voor MNO's.¹⁴ Andere zogenoemde 'kroonjuwelen' van het Nederlands fiscale belastingsysteem betreffen de deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: **Wet VpB 1969**), het omvangrijke bilaterale belastingverdragenetwerk en de mogelijkheid tot het maken van afspraken (vooraf) met de Belastingdienst (hierna: **Nederlandse rullingpraktijk**).¹⁵ De keerzijde van deze fiscale kroonjuwelen is dat het Nederlandse belastingsysteem ook onbedoeld aantrekkelijk is voor MNO's, die via fiscale planningsconstructies belasting trachten te ontwijken. Sinds 1970 is de omvang van het aantal doorstroomactiviteiten door Nederland – via de zogenoemde 'brievenbussector' – toegenomen en vervult Nederland een spilfunctie voor buitenlandse investeringen.¹⁶

Ondanks dat de aankondiging van het project BEPS in 2013 niet direct een hachelijke toestand voor het Nederlands fiscale vestigingsklimaat tot gevolg had – aangezien het project BEPS voornamelijk zag op het aanpakken van belastingparadijzen gevestigd op kleine tropische eilanden – zat Nederland toch in een onaangename positie.¹⁷ Er ontstond toenemende aandacht voor de brievenbussector en zowel nationaal als internationaal werd onderzoek verricht naar de omvang van de groei van deze sector. In de publieke media en in politieke discussies kreeg Nederland de stempel als 'belastingparadijs' op zich gedrukt. Aanvankelijk hadden Nederlandse beleidsmakers een defensieve houding ten aanzien van deze kritiek en wisten zij hun handen in onschuld. Echter, door de onrust die door de discussies werd aangewakkerd, vreesde het kabinet voor een slechte reputatie en deswege een afname van buitenlandse investeringen. In zijn brief over het fiscale vestigingsklimaat van 20 september 2016 maakt de staatssecretaris van Financiën bekend dat Nederland een '*én-én-strategie*' gaat hanteren; waarbij internationale belastingontwijking prohibitief wordt aangepakt, terwijl ook wordt toegezien op het behouden van een gunstig fiscaal vestigingsklimaat voor buitenlandse investeringen.¹⁸

¹⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, 25 087, K, nr. IZV/2015/657 M, p. 4, 8-9.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld de brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647, p. 3 en Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 174.

¹⁶ Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 175. en Lejour & Van 't Riet, *CPB* 2013/07, p. 10. Zie ook de tabel van het CPB op dezelfde pagina.

¹⁷ Vording, *WFR* 2013/1112, par. 5.1.

¹⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647, p. 1-2.

Een goed voorbeeld van de ommekeer van de houding van Nederlandse beleidsmakers naar deze ‘én-én-strategie’ betreft het Nederlandse beleid ten aanzien van bronbelastingen van de afgelopen decennia. Sinds de suggestie van de staatssecretaris van Financiën in de Tweede Kamer om een beleid te voeren dat gericht is op het afbouwen van de dividendbelasting,¹⁹ werd binnen de Eerste Kamer en Tweede Kamer diverse jaren gepleit voor afschaffing van de dividendbelasting. Echter, wegens budgettaire overwegingen kon deze afschaffing nooit worden doorgevoerd.²⁰ Per 1 januari 2007 had Nederland enkel voldoende budget om het tarief van de dividendbelasting te verlagen van 25% naar 15%.²¹ Ondanks dat de afschaffing van de dividendbelasting lange tijd een steeds terugkerend item was bij de Staten-Generaal, ontstond er op 10 oktober 2017 toch veel commotie bij de publicatie van het Regeerakkoord 2017-2021 van kabinet Rutte III. Hierin stond namelijk opgenomen dat de regeringspartijen de dividendbelasting beperkt wilden afschaffen en vanaf 1 januari 2020 een conditionele bronbelasting op dividend wilden hanteren, als ook vanaf 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op interest en royalty’s²² wilden invoeren.²³ Wegens het maatschappelijk debat is destijds besloten om de beperkte afschaffing van de dividendbelasting uit te stellen en het vrijgekomen budget te besteden aan het bedrijfsleven.²⁴ Nederland voert wel vanaf 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op interest en royalty’s in met de Wet bronbelasting 2021 (hierna: **Wet BB 2021**), waarbij transacties aan zogenoemde ‘gelieerde entiteiten’ in de heffing worden betrokken, onder de voorwaarde dat deze gevestigd zijn in een zogenoemde ‘laagbelastende jurisdictie’ (hierna: **lbj**) of in een hoogbelastende jurisdictie (hierna: **hbj**)²⁵ ingeval sprake is van een misbruiksituatie.²⁶ Nederland merkt een staat aan als lbj ingeval het statutaire winstbelastingtarief lager is dan 9% of als het staat opgenomen op de zwarte EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties (hierna: **zwarte EU-lijst**) van de Europese Commissie (hierna: **EC**).²⁷ In de memorie van toelichting (hierna: **MvT**) bij de Wet BB 2021 is aangegeven dat het een beleidsspeerpunt van Nederland is om belastingontwijking te

¹⁹ Zie de in vtn 7 aangehaalde bronnen.

²⁰ Pötgens & Sleurink, *WFR* 2018/163, p. 1134-1136.

²¹ Stb. 30 november 2006, jaargang 2006, nr. 631, p. 24.

²² Dit wordt ook wel een ‘voorwaardelijke bronbelasting’ op interest en royalty’s genoemd. Zie bijvoorbeeld de titel van deze scriptie. Aangezien in de MvT van een ‘conditionele bronbelasting’ op interest en royalty’s wordt gesproken, zal in het vervolg van deze scriptie eveneens dit begrip worden gehanteerd. MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

²³ Regeerakkoord 2017 – 2021 ‘Vertrouwen in de toekomst’, kabinet VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, p. 35, 67 & 68.

²⁴ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020, 25 087, nr. 255, p. 2, jo. nnavv II 2018/2019, 35 028, nr. 21.

²⁵ Dit betreft geen officieel begrip, maar is bedacht door C.J. van der Hoek.

²⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261, p. 1 & 4.

²⁷ Art. 1.2, lid 1, ond. d-e & art. 2.1 Wet BB 2021.

bestrijden, aangezien een slecht internationaal aanzien niet bijdraagt aan het Nederlandse investeringsklimaat.²⁸ Aan de hand van de resultaten van een onderzoek verricht door de Stichting Economisch Onderzoek (hierna: **SEO**) uit 2018, verwacht de staatssecretaris van Financiën dat de Wet BB 2021 de situaties, waarbij Nederland wordt gebruikt als doorstroomland naar lbj's, voldoende bestrijdt.²⁹ Op 29 mei 2020 heeft de staatssecretaris van Financiën per brief bekend gemaakt dat het toch wenselijk is om ook aanvullende maatregelen te treffen tegen dividendstromen naar lbj's.³⁰ Het voornemen is om deze dividendstromen vanaf 1 januari 2024 te belasten met een conditionele bronbelasting, aangezien deze op dit moment nog niet in alle gevallen zijn belast.

In de literatuur is vanuit diverse hoeken kritiek gegeven op de invulling van de Wet BB 2021.³¹ Vleggeert en Vording betogen bijvoorbeeld dat de Wet BB 2021 kwetsbaar is ten aanzien van het verbod op staatsteun ex artikel (hierna: **art.**) 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: **VwEU**).³² Bagci, Brandsma, Ruige en Zuidhof, als ook De Graaf en Pötgens, trekken de verenigbaarheid van de Wet BB 2021 met de vrije verkeersbepalingen van de EU in twijfel.³³ Tevens blijkt dat de wetgever met de Wet BB 2021 in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid een strengere aanpak hanteert.³⁴

Aangezien de laatste jaren mondiaal zowel toenemende aandacht is voor het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuivingen tussen staten, als dat er nieuwe standaarden worden voorgesteld – waarbij de nadruk wordt gelegd op een internationale consensus – kan worden afgevraagd of er wordt toegewerkt naar een wereld waarbij onvoorwaardelijke bronbelastingen op interest en royalty's in de toekomst de nieuwe '*status quo*' worden. In het beleidsplan van de Tweede Kamer betreffende 'Zicht op wetgeving' staan kwaliteitseisen opgenomen waar de overheid zich in haar optreden via wetgeving aan behoort te houden.³⁵ In dit beleidsplan wordt benadrukt dat – met het oog op zowel de rechtszekerheid voor

²⁸ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

²⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778, p. 2-4.

³⁰ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020, 25 087, nr. 255, p. 2.

³¹ Zie bijvoorbeeld: Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207; De Graaf, *MBB* 2019/12.43 en Vleggeert & Vording in *WFR* 2018/3 en *WFR* 2019/41.

³² Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/190, p. 1316.

³³ Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207, p. 1253; De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 472 en Pötgens, *NtFR* 2020/3, p. 5-6

³⁴ De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 468-470.

³⁵ Beleidsplan II 1990-1991, 22 008, nr. 2, p. 23-30.

belastingplichtigen als de effectiviteit van een overheidsbeleid – geldende wetsregels niet veelvuldig mogen veranderen. Wetregels moeten duurzaam en stabiel zijn. In zijn brief van 11 november 2019 heeft de staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer bekend gemaakt dat de Wet BB 2021 naar verwachting het gewenste effect zal hebben.³⁶ Deze conclusie baseert hij op het door hem aan het Centraal Planbureau (hierna: **CPB**) verzochte onderzoek over de impact van de Wet BB 2021 op interest- en royaltybetalingen vanuit Nederland naar lbj's.³⁷ Zoals hiervoor is aangegeven, is er toch nog steeds veel kritiek op de Wet BB 2021 ten aanzien van de verenigbaarheid met het EU-recht, als ook op de starre houding van de wetgever met betrekking tot het Nederlands fiscale verdragsbeleid. Onder de veronderstelling dat Nederland sowieso een bronbelasting op interest en royalty's zal invoeren, is het van belang dat Nederland een deugdelijk en duurzaam bronbelastingstelsel implementeert. Betwist kan worden of de Wet BB 2021 toereikend is. Wellicht vormt een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest- en royalty's een betere oplossing dan de Wet BB 2021?

1.2: Probleemstelling en deelvragen

In deze scriptie staat de volgende probleemstelling centraal:

‘Welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's is het meest gunstig voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren?’

Aan de hand van beantwoording van onderstaande vier deelvragen zal de probleemstelling worden uitgewerkt:

- ‘Hoe groot is de problematiek aangaande internationale belastingontwijking met betrekking tot interest en royalty's en welke rol speelt Nederland hierin?’
- ‘Welke Europees- en internationaalrechtelijke maatregelen ten aanzien van het ontwijken van belasting op interest en royalty's zijn reeds genomen of staan op de agenda?’
- ‘Wat is het uiterlijk van de Wet BB 2021 en in hoeverre vormt deze wet een oplossing voor Nederland?’

³⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 11 november 2019, 35 305, nr. 8.

³⁷ Dit betreft het onderzoek van Lejour en Van 't Riet ‘Netwerkanalyse van een Nederlandse voorwaardelijke bronbelasting op renten en royalty's’ in de *CPB Notitie* van november 2019.

- ‘Wat is de verhouding tussen de Wet BB 2021 en de Europees- en internationaalrechtelijke houdbaarheid?’

1.3: Toetsingskader

Bij de beoordeling welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's Nederland het beste in zijn nationale wetgeving kan implementeren, wordt zowel de Wet BB 2021 als een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's getoetst aan de drie criteria ‘doeltreffendheid’, ‘doelmatigheid’ en ‘uitvoerbaarheid’. In tabelvorm worden de bronbelastingen vervolgens beoordeeld aan de hand van een vijfpuntschaal waarderingssysteem. De minimale waarderingsscore is ‘- -’. De maximale waarderingsscore is ‘+ +’. Elk criterium weegt even zwaar bij de uiteindelijke beoordeling van de bronbelastingssystemen.

- *Doeltreffendheid*

Fiscale bepalingen dienen de beoogde doelstellingen van de wetgever te verwezenlijken.³⁸ Nederland vervult een spilfunctie voor buitenlandse investeringen.³⁹ Nederland dient een bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's te implementeren die rekening houdt met de internationale standaarden die zijn voorgesteld of ontwikkeld door de OESO, de EU en ook de Verenigde Naties (hierna: **VN**).

- *Doelmatigheid*

Wetgeving is effectief ingeval – gegeven de doelstellingen – tegen zo laag mogelijke kosten een zo groot mogelijk resultaat kan worden behaald. Gegeven het beoogde doel van een bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's, mag het Nederlands fiscale vestigingsklimaat voor buitenlandse investeringen niet onnodig worden belemmerd.⁴⁰ Aangezien sommige kosten en opbrengsten – wegens gebrek aan gegevens – lastig te kwantificeren zijn, speelt ook de kwaliteit van een bronbelastingstelsel een rol bij de beoordeling.

³⁸ Beleidsplan II 1990-1991, 22 008, nr. 2, par. 2.2, p. 23.

³⁹ Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 175.

⁴⁰ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

- *Uitvoerbaarheid*

Fiscale bepalingen die tot doel hebben het gedrag van burgers, bedrijven, instellingen en de overheid te wijzigen, dienen ‘uitvoerbaar’ te zijn.⁴¹ Met betrekking tot een bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty’s betekent dit dat bepalingen en de administratieve lasten niet te complex mogen zijn. Tevens dient een bronbelastingstelsel zodanig te zijn vorm gegeven dat het door de overheid goed is te handhaven. Het is van belang dat de overheid maatregelen kan treffen om naleving van de bepalingen af te dwingen. Hiervoor dient zowel voldoende capaciteit als deskundigheid aanwezig te zijn bij de Belastingdienst als ook bij andere uitvoerende organen waar de Belastingdienst mee samenwerkt.

1.4: Opzet

Bij de beoordeling welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty’s het meest gunstig is voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren, is deze scriptie in vier inhoudelijke hoofdstukken verdeeld en wordt afgesloten met een conclusie. In hoofdstuk 2 worden de eerste twee deelvragen beantwoord. In hoofdstuk 2 wordt – mede aan de hand van de resultaten van diverse onderzoeken – (de omvang van) het fenomeen internationale belastingontwijking met betrekking tot de doorstroomactiviteiten en *treaty-shopping* ten aanzien van interest en royalty’s behandeld. Eveneens wordt stilgestaan bij de standaardmodelverdragen van de OESO en de VN en welke betekenis deze verdragen hebben voor belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten van interest en royalty’s en *treaty-shopping*. Tevens worden de door de OESO en Unie reeds genomen maatregelen besproken, als ook de maatregelen die deze organisaties nog op de agenda hebben staan en die beogen doorstroomactiviteiten van interest en royalty’s te voorkomen. Voorbeelden hiervan zijn het project BEPS, het GloBE-voorstel en enkele richtlijnen van de EU. Hoofdstuk 3 houdt zich bezig met de derde deelvraag. In hoofdstuk 3 wordt het doel en de vormgeving van de Wet BB 2021 besproken. Aan de hand van twee voorbeeldsituaties wordt de Wet BB 2021 in samenhang met het Nederlands fiscale verdragsbeleid kritisch geanalyseerd. De internationaal- en Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Wet BB 2021 komt in hoofdstuk 4 aan bod. In het eerste deel van hoofdstuk 4 wordt de vierde deelvraag behandeld en wordt

⁴¹ Beleidsplan II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 27.

onderzocht wat de verhouding is tussen enerzijds de Wet BB 2021 en anderzijds het Nederlands bilaterale belastingverdragenennetwerk, het verbod op staatsteun, de vrije verkeersbepalingen van de EU en de IRR. In het tweede deel van hoofdstuk 4 worden de Wet BB 2021 en een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's aan de toetsingscriteria getoetst. Hoofdstuk 4 sluit af met een beknopte analyse naar een voorstel voor een vervolgonderzoek. Tot slot volgt in hoofdstuk 5 de conclusie van deze scriptie. De conclusie vangt aan met een samenvatting van de antwoorden op de deelvragen. Deze scriptie sluit af met het formuleren van een antwoord op de probleemstelling, wat eveneens – door de formulering van de probleemstelling - direct een aanbeveling aan de wetgever vormt. Ten slotte volgt een aanbeveling voor een vervolgonderzoek.

1.5: Afbakening

In deze scriptie wordt door middel van een literatuurstudie onderzocht of de Wet BB 2021 voor Nederland het meest gunstige bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's betreft, of dat Nederland beter een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's kan implementeren. In deze scriptie wordt enkel de verhouding tussen enerzijds de Wet BB 2021 en anderzijds het Nederlands fiscale verdragsbeleid, als ook de standaarden van de OESO, de VN en de EU onderzocht. Omwille van de omvang van dit onderzoek wordt niet ingegaan op overige nationale maatregelen die Nederland heeft genomen om belastingontwijking te voorkomen, zoals de CFC-regeling van art. 13ab Wet VpB 1969 en de antimisbruikbepaling van art. 8c Wet VpB 1969. Tevens komen ook de 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting' – die beoogt om de Nederlandse dividendbelastingclaim over (latente) winstreserves zeker te stellen bij bepaalde grensoverschrijdende reorganisaties –⁴² en de conditionele bronbelasting op dividendstromen naar lbj's die vanaf 1 januari 2024 in werking zal treden, in deze scriptie niet aan bod. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de werking van de Wet BB 2021 ten aanzien van organisatiestructuren met (omgekeerde) hybride entiteiten. In deze scriptie wordt evenmin ingegaan op de tweede Antibelastingontwijkingsrichtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken door middel van hybridemismatches (hierna: **ATAD2**) en de

⁴² MvT II 2019/2020, 35 523, nr. 3.

Nederlandse implementatie van deze richtlijn. Bovendien richt deze scriptie zich enkel op belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten en treaty-shopping.

Hoofdstuk 2. Internationale belastingontwijking en doorstroomactiviteiten

2.1: Inleiding

Het fenomeen waarbij MNO's regelingen treffen die strikt genomen legaal zijn, maar wel tegen de bedoeling van de wet ingaan, wordt aangeduid als internationale belastingontwijking⁴³ en is een ongewenst gevolg van de toegenomen economische globalisering. De gevolgen van internationale belastingontwijking zijn een populaire aangelegenheid op de politieke agenda. Nederland heeft een uitgebreid bilateraal belastingverdragenetwerk en het Nederlandse belastingstelsel kent geen bronbelasting op interest en royalty's, waardoor veel doorstroomactiviteiten via Nederland plaatsvinden. Om te onderzoeken welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's het meest gunstig is voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren, dient eerst onderzoek te worden verricht naar de omvang van de problematiek aangaande internationale belastingontwijking door middel van het doorsluizen van interest en royalty's. Treaty-shopping speelt hierin een belangrijke rol.

In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag: 'Hoe groot is de problematiek aangaande internationale belastingontwijking met betrekking tot interest en royalty's en welke rol speelt Nederland hierin?' Dit hoofdstuk vangt aan met een toelichting over het fenomeen meervoudige belastingheffing (hierna: **dubbele belasting**). Vervolgens wordt aan de hand van een voorbeeldsituatie besproken hoe MNO's bronbelasting op interest en royalty's trachten te verminderen door middel van doorstroomactiviteiten en treaty-shopping. Aan de hand van de resultaten van recent verrichte onderzoeken door de SEO, het CPB en Het Financieel Dagblad (hierna: **FD**) over het ontwijken van bronbelastingen, wordt de omvang van de problematiek in kaart gebracht. Aangezien treaty-shopping een considerabele rol speelt bij doorstroomactiviteiten worden ook de twee standaardmodelverdragen besproken en welke invulling zij geven aan het voorkomen van dubbele belasting op interest en royalty's. Hierbij komt ook de in het VN-MV 2017 nieuw geïntroduceerde bronbelasting op vergoedingen voor technische dienstverlening aan bod. Om een antwoord te formuleren op de tweede deelvraag: 'Welke Europees- en internationaalrechtelijke maatregelen ten aanzien van het ontwijken van belasting op interest

⁴³ OECD, Glossary of Tax Terms (online). De OESO heeft hierbij wel de disclaimer opgenomen dat de uitleg van de begrippen beknopt zijn geformuleerd en dat ze deze definities niet als een officiële weerspiegeling van haar mening ten aanzien van de uitleg van internationale belastingstermen aanschouwd.

en royalty's zijn reeds genomen of staan op de agenda?', wordt in dit hoofdstuk het project BEPS van de OESO besproken, waarbij met name de het MLI onder de loep wordt genomen. Interessant met betrekking tot treaty-shopping betreffen de antimisbruikbepalingen in het MLI die zien op verdragsmisbruik en wat de verhouding is tussen de Nederlandse invulling hiervan en de Wet BB 2021. Tot slot wordt stilgestaan bij de maatregelen die de EU reeds heeft genomen of waartoe het voornemen bestaat om belastingontwijking te bestrijden.

2.2: Dubbele belasting bij grensoverschrijdende activiteiten

Indien een persoon⁴⁴ grensoverschrijdende activiteiten verricht, ligt dubbele belasting op de loer.⁴⁵ Staten hanteren voor de heffing van directe belastingen namelijk als aanknopingspunt veelal de nationaliteit en/ of de woonstaat van een persoon, en/ of ze gaan uit van de plaats waar de bron van inkomen of vermogen is gelegen. Deze drie traditionele aanknopingspunten worden aangeduid als achtereenvolgens het 'nationaliteitsbeginsel', 'domiciliebeginsel' en 'bronlandbeginsel'. Bij het nationaliteitsbeginsel en domiciliebeginsel geldt dat de subjectieve band tussen enerzijds de staat en anderzijds de persoon bepalend is voor de belastingplicht, terwijl bij het bronlandbeginsel juist de objectieve band tussen enerzijds de staat en anderzijds het inkomen of vermogen kwalificeert. De achterliggende gedachte van het bronlandbeginsel is dat de genietters van de inkomsten uit een bron, profijt hebben van de publieke voorzieningen van de staat waar de bron is gelegen (hierna: **bronstaat**), waardoor bij hen als tegenprestatie belasting wordt geheven over de inkomsten die zij uit de bron verkrijgen. Aangezien iedere staat zijn heffingsbevoegdheid veelal op twee of drie heffingsbeginselen baseert en staten hierdoor overlappen in het naar zich toetrekken van de heffingsbevoegdheid over inkomen en vermogen, treedt dubbele belasting op.

2.3: Het ontwijken van bronbelasting op interest- en royalty's

Het internationale belastingverdragenetwerk is sinds 1975 aanzienlijk toegenomen van 1.200 bilaterale belastingverdragen naar (momenteel) meer dan 3.000 bilaterale

⁴⁴ Met 'persoon' worden zowel natuurlijke personen als lichamen met rechtspersoonlijkheid bedoelt.

⁴⁵ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 1-6.

belastingverdragen.⁴⁶ Een ongewenst gevolg van de toename van het aantal bilaterale belastingverdragen is dat het aantal verschillen tussen de verdragen steeds groter wordt en MNO's hierdoor de kans krijgen om door middel van treaty-shopping hun effectieve wereldwinst te verlagen, door op een legale manier gebruik te maken van de meest gunstige bilaterale belastingverdragen tussen diverse staten. Ondanks dat bilaterale belastingverdragen in beginsel ertoe dienen om de heffingsbevoegdheid over inkomens- en vermogensbestanddelen tussen twee staten te verdelen om dubbele belasting te voorkomen, worden ze nu ook ingezet ter voorkoming van belastingontwijking en belastingontduiking.⁴⁷

Door gebruik te maken van een diverse voordelen van bilaterale belastingverdragen en nationale belastingssystemen kunnen MNO's de verschuldigde bronbelasting zo laag mogelijk houden. Nederland staat bekend om zijn gunstig fiscale vestigingsklimaat voor buitenlandse investeerders. De combinatie van een uitgebreid netwerk van bilaterale belastingverdragen en een gunstig belastingstelsel – zoals de Nederlandse rullingpraktijk, de deelnemingsvrijstelling in de Wet VpB 1969 en het feit dat er geen bronbelasting op interest en royalty's wordt geheven – maakt dat Nederland een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat heeft.⁴⁸

Hoe dubbele belasting en het ontwijken van bronbelasting op interest door middel van doorstroomactiviteiten en treaty-shopping in zijn werk gaat, wordt aan de hand van een voorbeeld getoond.⁴⁹ Zie figuur 2.1. In het algemeen geldt dat de staat waar de ontvanger van een geldlening fiscaal is gevestigd en waar de interestbetaling opkomt (staat A), bronbelasting zal heffen als de geldverstrekker fiscaal in een andere staat is gevestigd (staat B). Ingeval deze staten geen bilateraal belastingverdrag hebben afgesloten, ligt dubbele belasting op de loer als het belastingstelsel van staat B niet voorziet in de mogelijkheid om de bronbelasting over de ontvangen interestbetaling met de winstbelasting (deels) te verrekenen.

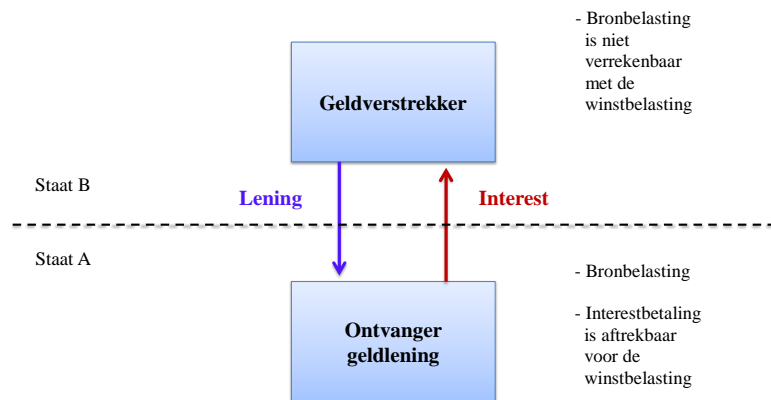
⁴⁶ Zie bijvoorbeeld: Nakamoto & Ikeda, *EIER*, p. 478. en Bravo, *World Tax Journal*, p. 279-280.

⁴⁷ Nakamoto & Ikeda, *EIER*, p. 478.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: Brief staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, 25 087, K, nr. IZV/2015/657 M, p. 4, 5, 8 & 9; Brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647, p. 3, jo. Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 174.

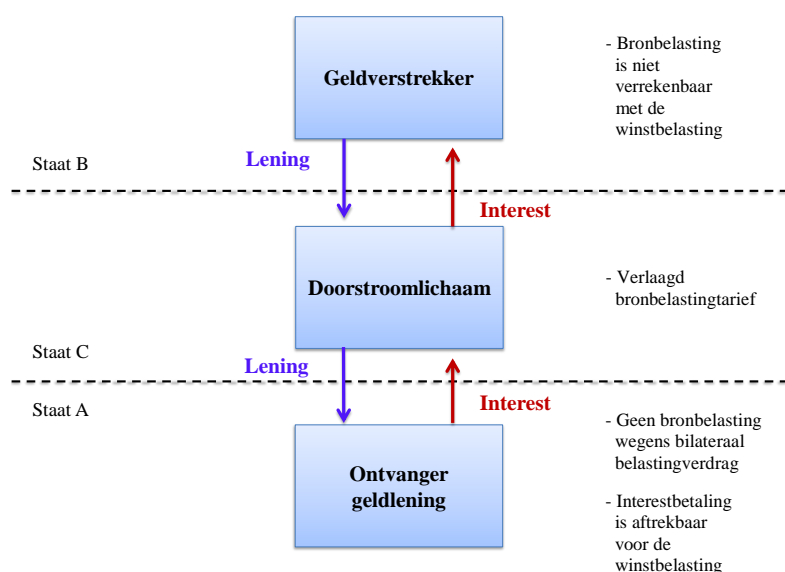
⁴⁹ Het voorbeeld en de bijbehorende figuren 2.1 en 2.2 zijn gebaseerd op de voorbeelden van respectievelijk Hers, Witteman & Rougoor in het aangehaalde onderzoek van de SEO en het onderzoek van Nakamoto & Ikeda, *EIER*, p. 479.

Figuur 2.1:
Voorbeeld van dubbele belasting



Als staat A en staat B een bilateraal belastingverdrag met een andere staat (in dit voorbeeld: staat C) hebben afgesloten, is het vaak fiscaal voordeliger om de interestbetaling via een in staat C gevestigd doorstroomlichaam naar de geldverstreckende onderneming te laten lopen. Immers, dan is veelal een lager bronbelastingtarief van toepassing, mits wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden in de betreffende bilaterale belastingverdragen. Zie figuur 2.2. Staat A heft geen bronbelasting op de interestbetaling aan het doorstroomlichaam. Het doorstroomlichaam betaalt de interest door aan de geldverstreckende onderneming en staat C heft tegen een verlaagd tarief bronbelasting over deze transactie.

Figuur 2.2:
Voorbeeld van voorkoming van dubbele belasting via een doorstroommaatschappij



Deze route is fiscaal het meest voordelig als staat B een laag winstbelastingtarief hanteert.

2.4: Doorstroomactiviteiten via Nederland in kaart gebracht

Vlak na de aankondiging van het project BEPS door de OESO in 2013,⁵⁰ ontstond toenemende aandacht voor (onderzoeken over) de brievenbussector.⁵¹ Naast de belastingparadijzen, die veelal zijn gevestigd op tropische eilanden, vervullen namelijk ook de brievenbusmaatschappijen een belangrijke rol bij internationale fiscale planningsconstructies. Op verzoek van het ministerie van Financiën heeft de SEO aan de hand van gegevens van De Nederlandse Bank (hierna: **DNB**) in 2018 onderzoek verricht naar alle dividend-, interest- en royaltystromen die via Nederlandse zogenoemde ‘bijzondere financiële instellingen’ (hierna: **bfi’s**) lopen.⁵² De SEO heeft een inventarisatie gemaakt van de geografische uitsplitsing van deze stromen en de financiële waarde hiervan en de balanswaarde van de bfi’s. Naast de SEO heeft ook het CPB recent twee onderzoeken verricht naar doorstroomactiviteiten via bfi’s en treaty-shopping.⁵³ Het is lastig om de resultaten van de onderzoeken van beide instanties in kaart te brengen, aangezien het CPB in haar eerste onderzoek – net zoals de SEO – data van DNB heeft gehanteerd, maar in haar tweede onderzoek het *International Bureau for Fiscal Documentation* (hierna: **IBFD**) als databron heeft gebruikt. Daarbij worden in de onderzoeken verschillende aannames gemaakt.⁵⁴

Opmerkelijk is dat enerzijds de SEO op basis van gegevens van DNB concludeert dat het aantal bfi’s in de periode 2003-2018 is toegenomen van ongeveer 8.300 bfi’s naar ruim 14.000 bfi’s.⁵⁵ Terwijl anderzijds het FD eveneens op basis van gegevens van DNB beweert dat – wegens de strengere eisen die DNB stelt aan trustkantoren en het strenge toezicht dat DNB houdt op trustkantoren voor naleving van deze eisen – trustkantoren en banken het niet langer aandurven om dubieuze buitenlandse klanten met een Nederlandse entiteit nog langer te steunen.⁵⁶ Volgens het FD is het aantal brievenbusmaatschappijen in Nederland in de periode 2014-2018 hierdoor juist met bijna een derde deel afgenomen van ruim 25.000

⁵⁰ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Paris: OECD Publishing 2013 (online).

⁵¹ Vording, *WFR* 2013/1112, par. 5.1.

⁵² Hers, Witteman, Rougoor, *SEO*, p. 5.

⁵³ Dit betreffen (1) het zelfstandige onderzoek van Lejour, Möhlmann & Van ’t Riet ‘Doorsluisland NL doorgelicht’ in de *CPB Policy Brief* van januari 2019 en (2) het onderzoek op verzoek van het Ministerie van Financiën van Lejour & Van ’t Riet ‘Netwerkanalyse van een Nederlandse voorwaardelijke bronbelasting op renten en royalty’s’ in de *CPB Notitie* van november 2019.

⁵⁴ De SEO doet in haar onderzoek bijvoorbeeld de aanname dat een staat als lbj kan worden aangemerkt als het statutaire winstbelastingtarief lager is dan 7% of als een staat op de zwarte EU-lijst van de EC staat opgenomen. Anders dan de SEO legt het CPB de grens bij statutaire winstbelastingtarieven voor lbj’s iets hoger, namelijk op 9%.

⁵⁵ Hers, Witteman, Rougoor, *SEO*, p. 11-12.

⁵⁶ De Groot, *FD*, p. 1 & 3.

brievenbusmaatschappijen naar een aantal van ongeveer 17.000. Het is mogelijk dat de cijfers over het aantal in Nederland gevestigde bfi's respectievelijk brievenbusmaatschappijen zo verschillend zijn, omdat er afwijkende definities worden gehanteerd voor deze twee begrippen. Het FD stelt dat steeds meer brievenbusmaatschappijen van de grote Nederlandse trustkantoren naar kleinere trustkantoren verhuizen – waar ze niet meer door DNB worden gevolgd en gecontroleerd – en dat de illegale trustsector in Nederland lijkt toe te nemen. DNB heeft het afgelopen jaar namelijk steeds vaker meldingen gekregen over de aanwezigheid van illegale trustkantoren. DNB is van plan onderzoek te verrichten naar illegale trustactiviteiten, aangezien het niet de bedoeling is dat de strengere eisen en het extra toezicht ervoor zorgen dat de illegale trustsector toeneemt. Al met al concludeer ik uit de onderzoeken van de SEO en het CPB, als ook uit het artikel van FD, dat Nederland nog steeds een spilfunctie vervult als doorstroomland.

Uit de resultaten van het onderzoek van de SEO blijkt dat de totale omvang van royaltybetalingen de afgelopen jaren aanzienlijk is toegenomen. In 2004 werd ongeveer € 4 miljard aan royaltybetalingen via Nederland doorgesluisd en in 2016 wel ongeveer € 25 miljard. De omvang van de inkomende en uitgaande intereststromen zijn daarentegen in 2016 redelijk gelijk aan de cijfers van 2004.⁵⁷ In 2016 is ongeveer € 196 miljard aan dividend, interest en royalty's Nederland binnen gekomen en ook € 199 miljard aan dividend, interest en royalty's Nederland weer uitgestroomd. De inkomende en uitgaande interest- en royaltybetalingen via Nederland zijn ongeveer even groot.⁵⁸ In het onderzoek van het CPB 'Doorsluisland NL doorgelicht' wordt onder andere in kaart gebracht uit welke (typen) staten inkomende interest en royalty's direct vandaan komen en ook naar welke (typen) staten uitgaande interest en royalty's direct naartoe stromen (zie respectievelijk paragraaf (hierna: **par.**) 2.4.1 en par. 2.4.2).⁵⁹

⁵⁷ In de periode 2005-2008 was wel sprake van een toename van de inkomende en uitgaande intereststromen. De SEO stelt dat dit komt door de verkorting van de looptijden van de kredieten tijdens de financiële en economische crisis.

⁵⁸ Hers, Witteman & Rougoor, *SEO*, p. 11, 14-15.

⁵⁹ Het CPB hanteert drie typen staten, namelijk: "laagbelastende landen" (in deze scriptie aangeduid als 'lbg's'), "overige belastingparadijzen/ doorstroomlanden" en "overige landen".

2.4.1: Interest

Van alle inkomende interestbetalingen is ongeveer 78% direct afkomstig uit ‘overige landen’ en ongeveer 20% direct afkomstig uit ‘overige belastingparadijzen/ doorstroomlanden’.⁶⁰ Opvallend is dat hoofdzakelijk EU-lidstaten interestbetalingen aan Nederlandse bfi’s verrichten. Interestbetalingen vanuit Duitsland kunnen bijvoorbeeld worden verklaard doordat het voor MNO’s fiscaal voordelig is om schulden naar dit soort hbj’s te schuiven, zodat de fiscale winsten in deze staten relatief laag blijven. Gezien de internationaal financiële functie van Ierland, zijn ook veel interestbetalingen hiervandaan afkomstig. Ondanks dat slechts ongeveer 2% van de inkomende interestbetalingen uit ‘lbj’s’ afkomstig is, gaat wel ongeveer 17,5% van de uitgaande intereststromen naar ‘lbj’s’, zoals de Kaaimaneilanden. Ongeveer 25,5% van de uitgaande interestbetalingen stroomt naar ‘overige belastingparadijzen/ doorstroomlanden’, zoals Luxemburg en Ierland. De overige 57% gaat naar ‘overige landen’, zoals de Verenigde Staten (hierna: **VS**) en het Verenigd Koninkrijk (hierna: **VK**).

2.4.2: Royalty’s

Ongeveer 55% van alle inkomende royaltybetalingen is afkomstig uit Ierland en ongeveer 20% uit Singapore.⁶¹ Ierland en Singapore worden door het CPB aangemerkt als ‘overige belastingparadijzen/ doorstroomlanden’. Ongeveer 65% van de uitgaande royaltybetalingen stroomt naar Bermuda – dit betreft een ‘lbj’ – waar onder andere *Google LLC* is gevestigd. Van de overige uitgaande royalty’s stroomt ongeveer 25% naar zogenoemde ‘overige landen’ – al blijkt wel dat 4/5^e deel hiervan naar de VS gaat – en stroomt ongeveer 10% van de uitgaande royalty’s naar ‘overig belastingparadijzen/ doorstroomlanden’.

⁶⁰ Lejour, Möhlmann & Van ’t Riet, *CPB Policy Brief*, p. 2, 6-7.

⁶¹ Lejour, Möhlmann & Van ’t Riet, *CPB Policy Brief*, p. 2, 6-7.

2.5: De twee standaardmodelverdragen

Bilaterale belastingverdragen zijn doorgaans gebaseerd op de modelverdragen ter voorkoming van dubbele belasting die ontwikkeld zijn door de OESO (hierna: **OESO-MV**) en de VN (hierna: **VN-MV**).⁶²

In beginsel vormen het OESO-MV en het bijbehorende commentaar (hierna: **OESO-MV Comm.**) het uitgangspunt voor bilaterale belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting.⁶³ Ondanks dat de OESO het voornemen heeft om de meeste wijzigingen op het OESO-MV via het OESO-MV Comm. door te voeren, heeft de OESO toch diverse malen herzieningen op het OESO-MV uitgebracht, waarvan de herziening in 2017 het meest recent is. Het primaire doel van de OESO is het stimuleren van economische groei en werkgelegenheid tussen zowel de aangesloten OESO-lidstaten als in verhouding tot een derde staat, welke aldus niet is aangesloten bij de OESO. De OESO tracht deze doelstelling te waarborgen door belemmeringen in het internationale handelsverkeer – zoals juridisch dubbele belasting –⁶⁴ zoveel mogelijk uit te wissen, dan wel te verminderen.⁶⁵

De VN tracht met het VN-MV en het bijbehorende commentaar (hierna: **VN-MV Comm.**) op te komen voor de belangen van ontwikkelingslanden. In het algemeen is de VN voorstander van het meer toewijzen van heffingsrechten aan de staat waarin wordt geïnvesteerd (bronstaat) – dit zijn veelal ontwikkelingslanden – in plaats van het toewijzen van heffingsrechten aan de woonstaat van de investeerder, wat vaak westerse landen betreffen.⁶⁶

Een bilateraal belastingverdrag kan een verdragsluitende staat niet verplichten belasting te heffen.⁶⁷ Als een staat op grond van een bilateraal belastingverdrag de heffingsbevoegdheid over een interest- of royaltybetaling krijgt toegewezen, betekent dit niet automatisch dat hij ook daadwerkelijk heft. Daarbij hoeven bilaterale belastingverdragen niet per sé bij te dragen aan de rechtszekerheid. Enerzijds kan namelijk worden betoogd dat dat bilaterale belastingverdragen zeer eenvoudig en/ of zonder enige waarschuwing vooraf, plotseling

⁶² De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 142 & 143.

⁶³ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 1-5, jo. par. 3, introductie OESO-MV Comm. op het OESO-MV 2017.

⁶⁴ Van internationaal juridisch dubbele belasting is sprake als twee (of meer) staten hetzelfde heffingsobject met vergelijkbare belastingen over dezelfde periode belasten met betrekking tot hetzelfde heffingsobject. Par. 1, OESO-MV Comm. op de introductie van het OESO-MV 2017.

⁶⁵ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 12, 91 & 111.

⁶⁶ Introductie VN-MV 2017, par. 3 & 12.

⁶⁷ Martín Jaménez, *Global Topics IBEF*, par. 1.1.2.1.4 (online).

kunnen worden ontbonden.⁶⁸ Anderzijds geldt ook dat dit niet frequent voorkomt en dat duidelijke regels over de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen verdragsluitende staten bijdragen aan het vertrouwen door MNO's.⁶⁹

2.5.1: De interest- en royaltybepalingen in het OESO-MV en VN-MV

Het OESO-MV en VN-MV voorzien allebei in bepalingen waar de heffingsbevoegdheid over interest en royalty's tussen twee verdragsluitende staten wordt verdeeld. De interest- en royaltybepaling hebben de aard als '*lex specialis*' en hebben deswege voorrang in toepassing op andere algemene bepalingen in de modelverdragen (*lex generalis*).⁷⁰

De interestbepalingen in het OESO-MV 2017 en het VN-MV 2017 gaan over de verdeling van de heffingsbevoegdheid van interestbetalingen in bilaterale situaties, waarbij de interestbetaling opkomt in de ene verdragsluitende staat (bronstaat) en wordt betaald aan een inwoner van de andere verdragsluitende staat (woonstaat). De interestbepaling in het VN-MV 2017 heeft over het algemeen hetzelfde uiterlijk en dezelfde strekking als in het OESO-MV 2017.⁷¹ Gezien de overeenkomsten van de bepalingen in beide modelverdragen wordt in deze deelparagraaf enkel de interestbepaling in het OESO-MV 2017 behandeld.

Art. 11, lid 1 OESO-MV 2017 wijst de heffingsbevoegdheid over de interestbetaling toe aan de woonstaat van de ontvanger.⁷² Daarbij stelt het tweede lid dat ook de bronstaat mag heffen, overeenkomstig zijn fiscale wet- en regelgeving, mits de interestontvanger eveneens de uiteindelijk gerechtigde is tot de interestbetaling. De bronstaat mag slechts heffen tot maximaal 10% van het brutobedrag van de interestbetaling.⁷³ Op basis van art. 23a en art. 23b

⁶⁸ Een voorbeeld hiervan is Argentinië, die pasgeleden zijn bilaterale belastingverdragen beëindigd. Argentinië wilde (her)onderhandelen over de inhoud van de bronbelastingbepalingen in de bilaterale belastingverdragen.

⁶⁹ Lejour & Van 't Riet, *CPB Achtergronddocument* 08/2013, p. 7.

⁷⁰ Helminen, *Global Topics IBFD*, par. 6.1.1.1.1 (online).

⁷¹ Een uitzondering hierop vormt art. 11, lid 2 VN-MV 2017. Immers, in het OESO-MV 2017 is een percentage van 10% opgenomen om te bepalen tot welk deel van de interestbetaling de heffingsbevoegdheid aan de bronstaat wordt toegewezen. Het VN-MV 2017 stelt daarentegen dat dit percentage door verdragsluitende staten zelf moet worden vastgesteld bij de bilaterale onderhandelingen. Daarbij geldt dat als je de toelichtingen op de bepalingen van beide modelverdragen leest, het VN-MV 2017 een iets andere definitie hanteert dan het OESO-MV 2017. Helminen, *Global Topics IBFD*, par. 3.1.2 (online).

⁷² Art. 11, lid 1 OESO-MV 2017. NB: In art. 11, lid 4 OESO-MV 2017 is opgenomen dat dit niet geldt ingeval de ontvanger van de interestbetaling een v.i. heeft in de andere verdragsluitende staat en de geldlening onderdeel uitmaakt van het vermogen van deze v.i.

⁷³ Par. 7.1 OESO-MV Comm. op art. 11, lid 2 OESO-MV 2017.

OESO-MV 2017 – dit betreffen de bepalingen ter voorkomen van dubbele belasting – is de woonstaat verplicht de door de bronstaat ingehouden bronbelasting vrij te stellen, dan wel te verrekenen. De woonstaat is ten aanzien van de bevoegdheid waarover hij mag heffen dus afhankelijk van de bronstaat en in hoeverre de bronstaat gebruik maakt van zijn heffingsrechten.⁷⁴

De royaltybepalingen van het OESO-MV 2017 en VN-MV 2017 verdelen de heffingsbevoegdheid over royalty's tussen de twee verdragsluitende staten.⁷⁵ De betaling komt op bij de gebruiker van het royaltyrecht in de ene verdragsluitende staat (bronstaat) en betaalt deze – als een vergoeding voor het gebruik van het royaltyrecht – aan de eigenaar van het royaltyrecht gevestigd in de andere verdragsluitende staat (woonstaat). De structuur van de royaltybepalingen van het OESO-MV 2017 en VN-MV 2017 verschillen van elkaar. Art. 12 OESO-MV 2017 verstrekt geen heffingsrecht aan de bronstaat, maar bepaalt juist dat de enkel de woonstaat mag heffen over de royaltytransactie, mits de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde is.⁷⁶ De problematiek die deze bepaling teweegbracht – namelijk ontevredenheid over de verdeling van de heffingsbevoegdheid over royalty's tussen verdragstaten en belangenconflicten tussen bron- en woonstaten – zag het VN-MV 2017 als voldoende aanleiding om ten aanzien van royalty's een andere weg in te slaan dan het OESO-MV 2017. De royaltybepaling in het VN-MV 2017 is voorzien van de mogelijkheid dat de bronstaat de heffingsbevoegdheid over de royaltybetaling deels krijgt toegewezen, mits de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde is.⁷⁷

Opvallend is de nieuwe bepaling art. 12a VN-MV 2017 die bij de update van het VN-MV werd geïntroduceerd.⁷⁸ Art. 12a VN-MV 2017 gaat over een bronbelasting op technische dienstverlening. Het lijkt op een afsplitsing van de royaltybepaling, maar het bevat ook vele nieuwe elementen. Betalingen voor het verlenen van technische dienstverlening worden in het OESO-MV 2017 onder art. 7 geschaard, welke gaat over ondernemingswinsten.⁷⁹ De heffingsbevoegdheid over deze vergoedingen worden dan aan ontwikkelde westerse landen toegewezen, aangezien dit vaak de woonstaten betreffen. De bronstaat – wat veelal een ontwikkelingsland is – bezit volgens het OESO-MV namelijk enkel de heffingsbevoegdheid

⁷⁴ Helminen, *Global Topics IBEFD*, par. 1.1.1.1 (online).

⁷⁵ A.J. Martín Jiménez, *Global Topics IBEFD*, par. 1.1.1.1 (online).

⁷⁶ Par. 3 OESO-MV Comm. op art. 12, lid 1, OESO-MV 2017.

⁷⁷ Art. 12, lid 1 & 2 VN-MV 2017.

⁷⁸ Martín Jiménez, *Global Topics IBEFD*, par. 1.1.1 (online).

⁷⁹ Martín Jiménez, *Global Topics IBEFD*, par. 1.1.2.1.1.1 (online).

over vergoedingen voor technische dienstverlening in de situatie dat een investeerder een vaste inrichting (hierna: **v.i.**) in de bronstaat heeft. Aangezien ontwikkelingslanden graag zelf de heffingsbevoegdheid willen over uitgaande vergoedingen voor technische dienstverlening, zijn veel ontwikkelingslanden met hun verdragsluitende staten overeengekomen om een bepaling in bilaterale belastingverdragen op te nemen, waarbij de heffingsbevoegdheid over betalingen voor technische dienstverlening (voor een deel) aan hen (bronstaat) wordt toegewezen. Het gegeven dat sommige bilaterale belastingverdragen zulke bepalingen reeds waren overeengekomen, was de aanleiding voor de introductie van art. 12a VN-MV 2017. Daarbij wilde de VN duidelijkheid scheppen over de interpretatie van de definitie van het begrip royalty's. Staten schenen de definitie van royalty's, zoals omschreven in de royaltybepalingen, namelijk verschillend te interpreteren. Sommige staten interpreteerden namelijk ook de betalingen die dienden als een tegenprestatie voor technische dienstverlening als een royaltybetaling.

De bilaterale belastingverdragen Nederland-Ghana en Nederland-India zijn ook voorzien van een bepaling waarbij een deel van de heffingsbevoegdheid over vergoedingen voor technische dienstverlening wordt toegewezen aan de bronstaat.⁸⁰ Tevens staat in het Besluit voorkoming dubbele belasting (hierna: **BvdB**) 2001 opgenomen dat vergoedingen voor het verlenen van technische diensten aan ontwikkelingslanden als royaltybetalingen worden aanschouwd, waardoor Nederlandse investeerders de bronbelasting in Nederland mogen verrekenen als geen bilateraal belastingverdrag aanwezig is.⁸¹ In de nota van toelichting (hierna: **NvT**) bij het BvdB 1989 wordt als verklaring gegeven dat ontwikkelingslanden deze vergoedingen vaak hetzelfde behandelen als royaltybetalingen en deswege, net zoals bij royalty's, een bronbelasting heffen op de uitgaande betalingen. Als Nederland geen verrekening zou toekennen aan binnenlands belastingplichtige investeerders, zouden zij worden ontmoedigd hun investeringen in ontwikkelingslanden te continueren.

2.6: Uiteindelijk gerechtigde en treaty-shopping

In de dividend-, interest- en royaltybepaling van het OESO-MV staat het begrip '*beneficial owner*' (hierna: **uiteindelijk gerechtigde**) opgenomen. Het begrip uiteindelijk gerechtigde

⁸⁰ Zie het tweede lid van art. 12 van de bilaterale belastingverdragen Nederland-Ghana en Nederland-India.

⁸¹ G.T.W. Janssen, IB 2.3.3 (online).

houdt zich bezig met het vaststellen of ontvangers van een dividend-, interest- of royaltybetaling recht hebben op vermindering van bronbelasting.⁸² Dit begrip is voor het eerst in het OESO-MV 1977 opgenomen.⁸³ Onduidelijk was wat precies werd verstaan onder een ‘uiteindelijk gerechtigde’. In 2003 kwam hierin verandering toen het OESO-MV 2003 en het bijbehorende OESO-MV Comm. werd gepubliceerd. Volgens de OESO is een bronstaat niet verplicht om bij iedere dividend-, interest- of royaltybetaling aan een inwoner van de andere verdragsluitende staat op grond van een bilateraal belastingverdrag gehoor te geven aan de regel dat geen bronheffing mag worden ingehouden op uitgaande betalingen. Als de directe ontvanger van zo’n betaling niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de betaling en hij de betaling niet ten eigen gunste verkrijgt, kan hij geen aanspraak maken op vermindering en verrekening van bronheffing. De OESO schakelt de definitie van uiteindelijk gerechtigde meteen in bij het geven van haar mening over belastingontwijking door middel van treaty-shopping door MNO’s. Volgens de OESO geldt namelijk dat sprake zou zijn van strijdigheid met het onderwerp en doel van een bilateraal belastingverdrag als aan de ontvangers van dividend-, interest- of royaltybetalingen vermindering wordt verleend, terwijl zij in de ketting van transacties slechts als doorstroomlichamen fungeren en zelf geen baat hebben bij de ontvangen voordelen. Een doorstroomlichaam kan niet worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde van een betaling, zelfs niet wanneer hij wel formeel gerechtigd is tot het betreffende inkomensbestanddeel.⁸⁴

Desalniettemin bleek dat het nog steeds onduidelijk was in welke gevallen er werd voldaan aan het begrip uiteindelijke gerechtigde. Daarbij was de definitie te beknopt geformuleerd. Uitvoerende belastingautoriteiten van EU-lidstaten beweerden namelijk al snel dat sprake was van belastingontwijking, waardoor zij geen vermindering van bronheffing wilden verlenen. Naar aanleiding van verscheidene arresten,⁸⁵ waarbij de definitie en de strekking van het begrip uiteindelijk gerechtigde ter kwestie stond, was behoefte aan extra toelichting over de interpretatie van het begrip. Bij het herziende OESO-MV 2014 en het bijbehorende OESO-MV Comm. stelt de OESO dat ‘uiteindelijk gerechtigde’ een autonoom begrip is, die staten

⁸² Art. 10-12, lid 1 OESO-MV 1977.

⁸³ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 236 & 237.

⁸⁴ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 236, jo. par. 12-12.1, 8 & 4 OESO-MV Comm. op respectievelijk art. 10, 11 & 12 OESO-MV 2003.

⁸⁵ Voorbeelden van bekende door nationale rechters van OESO-lidstaten gewezen arresten over het begrip uiteindelijk gerechtigde betreffen: US: TC, 05-08-1971 (*Aiken Industries Inc. V. Commissioner of Internal Revenue*), 56 925; NL: HR 06-04-1995 (*Marketmaker*), BNB 1994/217; US: TC, 06-06-1997 (*Northern Indiana Public Service Co. V. Commissioner of Internal Revenue*), 115 F.3d 506. Zie: De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 237 en S. Jain, p. 19.

niet in samenhang met hun eigen nationale wetgeving zelf mogen definiëren.⁸⁶ Het begrip dient in de context van bilaterale belastingverdragen te worden gedefinieerd, waarbij de bedoeling en het doel van een bilateraal belastingverdrag in ogenschouw moeten worden genomen. Ondernemingen die enkel formeel de eigenaar zijn van een ontvangen dividend-, interest- of royaltybetaling en die op basis van een contractuele of juridische verplichting deze betalingen moeten laten doorstromen naar een ander persoon – zonder dat zij zelf genot hebben van de betaling – kunnen in de hoofdregel niet als uiteindelijk gerechtigde worden aangemerkt. Bij beperkte bevoegdheden en weinig zeggenschap over inkomensbetalingen, in samenhang bezien met de omvang van de betalingen, kan geconcludeerd worden dat deze ondernemingen niet uiteindelijk gerechtigd zijn tot de betalingen. Daarentegen geldt per definitie niet dat een bronstaat altijd verplicht vermindering van bronheffing moet verlenen als een persoon als uiteindelijk gerechtigde kwalificeert. Als misbruik wordt gemaakt van de vermindering van bronheffing, mag dit voordeel volgens het OESO-MV Comm. alsnog niet worden verleend. Daarbij staat in het OESO-MV Comm. expliciet opgenomen dat dit artikel alleen ziet op de misbruiksituaties die gaan over het uiteindelijk gerechtigde-vereiste in samenhang met de verplichting tot het doorbetalen van de inkomensbestanddelen aan andere personen. Aangezien belastingontwijking niet kan worden voorkomen door middel van een ruimere uiteenzetting van het begrip uiteindelijk gerechtigde, stelt het OESO-MV Comm. dat tegen overige vormen van treaty-shopping andere antimisbruikmaatregelen moeten worden getroffen.⁸⁷ Aan de hand van algemene of generieke antimisbruikbepalingen in het multilaterale instrument (hierna: **MLI**)⁸⁸ – wat actiepunten 15 betreft van het project BEPS – tracht de OESO om deze overige vormen van treaty-shopping effectief te kunnen bestrijden.⁸⁹ Meer hierover volgt in paragraaf 2.7.1.

2.7: Het project BEPS van de OESO

Dankzij de toegenomen mondiale integratie van economieën en markten, zijn de ongewenste gevolgen van internationale fiscale planningsconstructies een populaire aangelegenheid op de politieke agenda. Met het oog op de financiële en economische crisis en de problematiek

⁸⁶ Par. 12.1, 9.1 en 4 OESO-MV Comm. op respectievelijk art. 10, 11 & 12 OESO-MV 2014.

⁸⁷ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 241, jo. par. 12.5, 10.3 en 4.4 OESO-MV Comm. op respectievelijk art. 10, 11 & 12 OESO-MV 2017.

⁸⁸ De officiële benaming van deze overeenkomst luidt ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*’.

⁸⁹ De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 241.

omtrent overheidsfinanciën, was vraag naar een oplossing voor deze internationale fiscale planningsconstructies, zodat het vertrouwen in de internationale belastingregels kon worden hersteld. Tot de publicatie van het OESO-MV 2003, beoogde het OESO-MV enkel dubbele belasting te voorkomen en speelden het bestrijden van belastingontwijking en belastingontduiking slechts een ondergeschikte rol.⁹⁰ Het aantal in het OESO-MV opgenomen antimisbruikbepalingen was – en is nog steeds – zeer minimaal.⁹¹

Ter bestrijding van de problematiek aangaande internationale fiscale planningsconstructies publiceerde de OESO in 2013 het vijftien actiepunten bevattende ‘project BEPS’. Het project BEPS heeft tot doel om het geschade vertrouwen in het internationale belastingsysteem te herstellen en ervoor te zorgen dat fiscale winsten in de heffing worden betrokken waar de economische activiteiten daadwerkelijk plaatsvinden en waar de waarde wordt gecreëerd.⁹² Het project BEPS creëert een bepaalde coherentie tussen nationale regels, die een werking hebben op grensoverschrijdende activiteiten. Door de internationale normen aan te scherpen wordt meer transparantie en zekerheid gecreëerd.⁹³ In actiepunt 15 van het project BEPS is een analyse opgenomen over fiscaalrechtelijke en publiekrechtelijke kwesties in relatie tot het ontwikkelen van een multilaterale afspraak, waardoor OESO-lidstaten facultatief de maatregelen van de veertien actiepunten van het project BEPS kunnen implementeren en bilaterale wijzigingen kunnen aanbrengen.⁹⁴

Gezien de functie van Nederland als doorstroomland⁹⁵ en de cijfers van het ontwijken van bronbelasting op interest en royalty’s (zie par. 2.4), is het opmerkelijk dat de OESO bij publicatie van het project BEPS enkel in actieplan 6 Final Report 2015 een conceptvoorstel heeft opgenomen om doorstroomactiviteiten te voorkomen.⁹⁶ Dit conceptvoorstel heeft kenmerken van de *special-tax-regime*-bepaling die de VS sinds 2016 in zijn eigen bilaterale belastingmodelverdrag heeft opgenomen.⁹⁷ Deze bepaling regelt dat geen verdragsvoordelen

⁹⁰ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 112-113.

⁹¹ Tot 2013 speelden antimisbruikbepalingen sowieso een ondergeschikte rol. In de Moeder-dochterrichtlijn en in de IRR waren daarentegen wel algemene antimisbruikbepalingen opgenomen in respectievelijk art. 1, lid 2 en art. 5. jo. Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 113.

⁹² Par. 1, OECD, Action 15 – 2015 Final Report, p. 4, jo. Vleggeert, *WFR* 2016/47.

⁹³ Par. 3 & 6, OECD, Action 15 – 2015 Final Report, p. 4-5.

⁹⁴ Par. 2, OECD, *Explanatory Statement MLI*, p. 1.

⁹⁵ Zoals in par. 2.4 is vermeld, zijn er meer staten die een functie hebben als doorstroomland, zoals Luxemburg en Ierland.

⁹⁶ Par. 79-81, OECD, Action 6 – 2015 Final Report, p. 52.

⁹⁷ United States Model Income Tax Convention, art. 11, par. 2, ond. c & art. 12, par. 2, ond. a, p. 23 & 27. jo. Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/3, p. 7-8.

op interest- en royaltybetalingen tussen entiteiten binnen een internationaal concern worden verleend, als via treaty-shopping gebruik wordt gemaakt van zogenoemde ‘*special-tax-regimes*’, waardoor zowel in de VS als in de staat van zijn verdragspartner zeer weinig tot zelfs geen belasting hoeft te worden betaald.⁹⁸ Enkel in het OESO-MV Comm. op art. 1 OESO-MV 2017 is een aantal paragrafen gewijd aan een dergelijke special-tax-regime-regeling die OESO-lidstaten kunnen overnemen,⁹⁹ maar in het MLI is geen soortgelijke bepaling opgenomen. Toch blijkt dat de OESO nog steeds beoogt toe te werken naar een wereld waarin MNO’s een minimumniveau aan bronbelasting gaan betalen, aangezien de OESO in februari 2019 in het publieke consultatiedocument ‘*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*’ onder andere het GloBE-voorstel heeft opgenomen om bepaalde situaties te bestrijden die nog niet door middel van het project BEPS werden aangepakt. Het GloBE-voorstel is voorzien van een plan om een conditionele bronbelasting tussen entiteiten binnen een internationaal concern te introduceren. Deze zogenoemde ‘*tax on base erosion payments*’ houdt in dat als binnen een internationaal concern grensoverschrijdende betalingen worden gedaan, zoals interest- en royaltybetalingen, en de ontvanger in zijn staat onvoldoende hierover wordt belast, de staat waar de betaling opkomt een conditionele bronbelasting heft.¹⁰⁰

2.7.1: Het MLI – actiepunt 15

Het MLI vormt actiepunt 15 van het project BEPS en is gebaseerd op de overige veertien actiepunten. Het doel en de strekking van het MLI zijn het bestrijden van oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen door op een snelle en doeltreffende manier bilaterale belastingverdragen collectief te kunnen laten aanpassen.¹⁰¹ Aangezien het wereldwijde netwerk van bilaterale belastingverdragen zeer omvangrijk is en de onderhandelingen tussen twee verdragsluitende staten over de inhoud van een bilateraal belastingverdrag tijdrovend zijn, is het voor staten gecompliceerd om in te kunnen spelen op misbruiksituaties door

⁹⁸ Preamble to 2016 U.S. Model Income Tax Convention, p. 2.

⁹⁹ Par. 85-100 van OESO-MV Comm. op art. 1, OESO-MV 2017.

¹⁰⁰ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document*, Paris: OECD Publishing 2019, par. 91, p. 24.

¹⁰¹ Een belangrijk voordeel van het MLI zijn de lagere transactiekosten in de onderhandelingsfase in vergelijking met de situatie waarbij alle staten zelfstandig bilaterale afspraken maken. Des te flexibeler het systeem van het MLI, des te hoger de transactiekosten zullen oplopen door de extra complexiteit. Zie: Broekhuijsen, *FED* 2018/65, ond. 4.3 & 5.

huidige bilaterale belastingverdragen aan te passen.¹⁰² Het MLI heeft alleen betrekking op aanpassingen die worden opgenomen in het OESO-MV 2017 en die moeten doorwerken in bestaande bilaterale belastingverdragen.

Bij het MLI is sprake van een bepaalde flexibiliteit met betrekking tot sommige bepalingen. Staten die deelnemen aan het MLI (hierna: **participerende staten**) hebben ten aanzien van sommige bepalingen namelijk de keuzevrijheid deze niet toe te passen, hetzij deze wel te toepassen, met de aanvullende keuze van voorbehoud (hierna: **reservation**) of om een optionele regeling te hanteren.¹⁰³ Ook kent het MLI minimumstandaardbepalingen welke participerende staten verplicht dienen te implementeren, zoals art. 7 MLI, welke gaat over het voorkomen van verdragsmisbruik. Als twee verdragsluitende staten allebei het MLI hebben ondertekend en zij beide aan de depositaris¹⁰⁴ hebben gemeld dat zij het tussen hen geldende bilaterale belastingverdrag onder de reikwijdte van het MLI willen brengen,¹⁰⁵ is sprake van een zogenoemde *covered tax agreement* (hierna: **CTA**).¹⁰⁶ De werking van bepalingen in de huidige bilaterale belastingverdragen, waarbij de problematiek omtrent grondslaguitholling en winstverschuiving zich kunnen voordoen, worden door het MLI gewijzigd, mits beide verdragsluitende staten het MLI hebben ondertekend en er een parallel kan worden getrokken tussen de keuzes die zij hebben gemaakt ten aanzien van de bepalingen in kwestie.

De staatssecretaris van Financiën heeft de afgelopen jaren herhaaldelijk aan de Tweede Kamer bekend gemaakt dat Nederland misbruikssituaties – waarbij heffingsgrondslagen van staten worden uitgehold en winstverschuivingen tussen staten plaatsvinden door middel van oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen – onwenselijk vindt en daarom een actieve houding zal aannemen bij de bestrijding hiervan.¹⁰⁷ Nederland heeft het voornemen het MLI naast zoveel mogelijk bilaterale belastingverdragen te laten functioneren. Bij de reeds lopende onderhandelingen over bilaterale belastingverdragen met andere staten, tracht Nederland deze verdragen het uiterlijk te geven overeenkomstig de standaarden van de OESO. Kavelaars merkt naar mijn mening terecht op dat het spijtig is dat Nederland niet van plan is om de verdragsteksten van de CTA's gelijklopend naar de bepalingen in het MLI aan

¹⁰² Broekhuijsen & Vording, *BTR* 2016/1, p. 39, jo. par. 4 & 5 OECD, *Explanatory Statement MLI*, p. 1.

¹⁰³ Pötgens, *WFR* 2017/150, p. 932 en Broekhuijsen & Vording, *BTR* 2016/1, p. 41.

¹⁰⁴ De 'depositaris' is de secretaris-generaal van de OESO. Broekhuijsen, *FED* 2018/65, ond. 2.1, vtn 7.

¹⁰⁵ Bosman, *MBB* 2017/4, p. 126-127. jo. art. 39 MLI.

¹⁰⁶ Art. 1 jo. art. 2, lid 2, ond. a MLI.

¹⁰⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, 25 087, nr. 135, p. 3-4 & nnavv II 2017/2018, 34 853, nr. 6, p. 2-3.

te passen.¹⁰⁸ Immers, bij iedere toekomstige herziening van het OESO-MV dient een nieuw multilateraal instrument tot stand te worden gebracht, waardoor in de toekomst verscheidene multilaterale instrumenten naast elkaar bestaan en het systeem zeer complex wordt.

Art. 7 MLI betreft een minimumstandaardbepaling en verplicht participerende staten om een antimisbruikbenadering te hanteren. De staten hebben de keuze tussen de volgende drie varianten:

1. *Principle Purpose Test* (hierna: **PTT**);¹⁰⁹
2. *Limitation On Benefits* (hierna: **LOB**), aangevuld met een PPT, of;¹¹⁰
3. LOB, aangevuld met een nationale bepaling of een verdragsbepaling die doorstroomactiviteiten voorkomt.

Een LOB is een specifieke antimisbruikbepaling.¹¹¹ Specifieke antimisbruikbepalingen staan bekend om hun complexe karakter, aangezien hierbij expliciet alle verdragsmisbruiksituaties dienen te worden geformuleerd. Dit heeft als nadeel dat belastingplichtigen nog steeds de gevolgen van de antimisbruikbepaling kunnen ontwijken door fiscale structuren eromheen te construeren. Deswege verplicht het MLI de participerende staten die hebben geopteerd voor een LOB een additionele antimisbruikbepaling te gebruiken. Nederland hanteert bij de bilaterale belastingverdragen Nederland-VS en Nederland-Japan al een LOB. De essentie van de LOB in het bilaterale belastingverdrag Nederland-VS komt overeen met de LOB in het MLI. Nederland heeft ten aanzien van het MLI voor implementatie van de PPT gekozen.¹¹² De PPT is een algemene antimisbruikbepaling. Doorgaans heeft een algemene antimisbruikbepaling een eenvoudig karakter. Enerzijds is dit voordelig, aangezien niet alle mogelijke verdragsmisbruiksituaties behoeven te worden geformuleerd. Anderzijds zijn zowel belastingplichtigen als overheden afhankelijk van de rechtsprekende macht, die zal bepalen wat de reikwijdte is van het doel en de strekking van de antimisbruikbepaling. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid voor belastingplichtigen en aldus ook niet aan de uitvoerbaarheid van de antimisbruikbepaling. Kavelaars stelt dat belastingplichtigen, vanwege de geringe rechtszekerheid, het deswege niet vaak zullen laten neerkomen op een rechtsprocedure.

¹⁰⁸ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 111.

¹⁰⁹ Art. 7, lid 1-5 MLI.

¹¹⁰ Art. 7, lid 6-14 & 16 MLI.

¹¹¹ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 113-115.

¹¹² MvT II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 3, p. 18.

Indien het verkrijgen van een verdragsvoordeel van een CTA één van de voornaamste redenen is voor het opzetten van een bepaalde fiscale constructie of transactie, zorgt de PPT ervoor dat dit voordeel niet zal worden toegekend, tenzij geldt dat het toekennen van het voordeel in overeenstemming is met het doel en de strekking van de betreffende verdragsbepaling.¹¹³ De structuur van de PPT heeft veel weg van het Nederlandse leerstuk van *fraus legis*, waarbij het motief- en normvereiste het fundament vormen: waar het motiefvereiste ziet op misbruiksituaties, waarbij een belastingplichtige doelbewust het oogmerk heeft gehad om belastingheffing te vrijdelen door op fiscale motieven gebaseerde rechtshandelingen te verrichten, toetst het normvereiste of het resultaat van deze rechtshandelingen in strijd is met het doel en de strekking van fiscale wetgeving.¹¹⁴ Bij de PPT wordt verdragsmisbruik getoetst door middel van een subjectief- en objectief-vereiste, ter vaststelling of sprake is van strijdigheid met het doel en de strekking van een CTA, dan wel of sprake is van het in overwegende mate beogen van een fiscaal voordeel.¹¹⁵ Aangezien de PPT ziet op verdragsmisbruik en niet op misbruik van fiscale wetgeving, staat logischerwijze voornamelijk de transactie centraal en niet de (belastingplichtige) persoon.

Zoals hiervoor is beschreven, mogen participerende staten zelf kiezen voor welke antimisbruikbepaling zij opteren. De tekst van de PPT zal gelden voor alle bilaterale belastingverdragen die Nederland met zijn verdragsluitende staten heeft afgesloten en die als CTA zijn aangemeld, mits zo'n verdragsluitende staat deze antimisbruikbepaling ook accepteert.¹¹⁶ Dit betreffen dus de bilaterale belastingverdragen waarin nog helemaal geen algemene antimisbruikbepaling staat opgenomen, als ook die reeds voorzien zijn van een algemene antimisbruikbepaling. Deze laatste groep krijgt dus een update. Ten aanzien van de LOB geldt dat deze in beginsel alleen van toepassing is, als beide verdragsluitende staten van een CTA hiervoor hebben geopteerd.¹¹⁷ Echter, ingeval één van beide verdragsluitende staten van een CTA voor een LOB heeft geopteerd, terwijl de andere staat heeft gekozen voor toepassing van een PPT, voorziet art. 7, lid 7 MLI van de regeling om bij soortgelijke asymmetrische keuzes de LOB nog steeds toepassing te laten vinden, mits beide staten hierin toestemmen. Daar waar Nederland niet heeft geopteerd voor een LOB, acht ik de kans klein dat Nederland akkoord gaat met het toepassen van een LOB op een CTA als de andere

¹¹³ Art. 7, lid 1 MLI.

¹¹⁴ Kruiswijk, *WFR* 2002/1501, p. 1. en Van Dool, e.a, 2018, p. 141.

¹¹⁵ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 114.

¹¹⁶ MvT II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 3, p. 19.

¹¹⁷ Art. 7, lid 6 MLI.

participerende staat wel voor de LOB heeft gekozen. Een nadere analyse hierover acht ik dan ook niet van belang voor de context van de probleemstelling van deze scriptie.

2.7.2: De verhouding tussen de PPT van het MLI en de Wet BB 2021

Nederland heft per 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op interest en royalty's in misbruiksituaties en op alle uitgaande interest- en royaltybetalingen naar staten die als zogenoemde 'lbj' kunnen worden aangemerkt. Staten met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% en staten die op de zwarte EU-lijst van de EC staan opgenomen, merkt Nederland aan als lbj's.¹¹⁸ De lijst van lbj's wordt jaarlijks op 1 oktober gepubliceerd voor het volgende kalenderjaar.¹¹⁹ Zie hoofdstuk 3 voor een nadere uiteenzetting van de Wet BB 2021. Van alle staten die Nederland momenteel als lbj aanwijst, heeft Nederland met Bahrein, Barbados, Koeweit, Oman, Qatar en de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: VAE) een bilateraal belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting afgesloten.¹²⁰ Op 27 februari 2020 is Panama ook aan de zwarte EU-lijst van de EC toegevoegd, waardoor Panama vanaf 1 januari 2021 mogelijk ook als lbj kan worden aangemerkt. Nederland heeft ook met Panama een bilateraal belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting afgesloten. Ten aanzien van de lbj's die momenteel op de lijst staan opgenomen, hebben alle staten – met uitzondering van Bahrein – het MLI ondertekend. Desalniettemin zijn enkel de bilaterale belastingverdragen die Nederland met Koeweit, Qatar en de VAE heeft afgesloten bij de depositaris aangemeld als CTA's.¹²¹ Net als Nederland hebben ook Qatar en de VAE geopteerd voor toepassing van de PPT. Koeweit past momenteel voor korte termijn de PPT toe, maar wil in de toekomst de LOB hanteren.¹²²

Zoals in par. 2.4 is vermeld, is in het onderzoek van het CPB 'Doorsluisland NL doorgelicht' onder andere in kaart gebracht naar welke (type) staten uitgaande interest en royalty's direct

¹¹⁸ De zwarte EU-lijst van de EC, jo. art. 1.2, lid 1, ond. e, Wet BB 2021.

¹¹⁹ Art. 1.2, lid 1, ond. e Wet BB 2021.

¹²⁰ Geraadpleegd van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/circulaires/2020/04/01/verdragenoverzicht-per-1-april-2020>.

¹²¹ NB: Panama heeft het MLI nog niet geratificeerd.

¹²² Lijst van reservations en notificaties van het Qatar betreffende het MLI, gedeponereerd op 23 december 2019, p. 11 & 26. Lijst van reservations en notificaties van het VAE betreffende het MLI, gedeponereerd op 29 mei 2019, p. 12 & 34. Lijst van reservations en notificaties van Koeweit betreffende het MLI, nog niet gedeponereerd, p. 5 & 13. Geraadpleegd van <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

naartoe stromen.¹²³ Het overgrote deel van uitgaande royaltybetalingen stroomt naar Bermuda. Bermuda staat momenteel op de lijst van lbj's opgenomen. Aangezien Nederland geen bilateraal belastingverdrag met Bermuda heeft afgesloten, kan ten aanzien van royaltybetalingen van Nederland naar Bermuda geen sprake zijn van verdragsmisbruik en speelt de PPT hier dus geen rol. Nederland heeft wel een bilateraal belastingverdrag met de VS, het VK, Luxemburg en Ierland. Van de uitgaande interestbetalingen stroomt een groot deel naar deze staten. De bilaterale belastingverdragen met het VK en Luxemburg zijn bij de depositaris voor toepassing van het MLI aangemeld als CTA. Nederland wil ook graag zijn bilaterale belastingverdrag met Ierland onder het MLI brengen, maar hier heeft Ierland kennelijk geen behoefte aan, aangezien Ierland het bilaterale belastingverdrag met Nederland niet heeft opgenomen op de lijst van gewenste CTA's.¹²⁴ Het VK en Luxemburg hebben net als Nederland ook geopteerd voor de PPT.¹²⁵ Gelijkelijk in par. 2.7.1 is vermeld, is het bilaterale belastingverdrag Nederland-VS reeds voorzien van een LOB-bepaling.

Het is positief dat de PPT van toepassing is op de CTA's Nederland-VK en Nederland-Luxemburg, aangezien de Wet BB 2021 de interestbetalingen naar deze overige belastingparadijzen of doorstroomlanden niet zal onderscheppen, tenzij sprake is van een misbruiksituatie. Uitgaande interestbetalingen van Nederland naar andere belastingparadijzen of doorstroomlanden – welke ongeveer 25% vormen van het totaal aantal uitgaande interestbetalingen –¹²⁶ kunnen alleen in misbruiksituaties met de Wet BB 2021 in aanmerking komen, mits wordt voldaan aan de voorwaarden. In de situaties waarbij sprake is van verdragsmisbruik, maar die niet door middel van de Wet BB 2021 worden aangepakt, biedt de PPT mogelijk een oplossing.

Zoals is vermeld in paragraaf 2.5, is de OESO van mening dat het MLI een oplossing vormt om treaty-shopping te voorkomen. Ook in de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat het MLI een nuttige functie vervult bij het bestrijden van verdragsmisbruik.¹²⁷ Daarbij heeft de

¹²³ Lejour, Möhlmann & Van 't Riet, *CPB Policy Brief*, p. 2, 6-7.

¹²⁴ Enkel Nederland noemt Ierland op zijn lijst van reservations en notificaties betreffende het MLI, gedeponneerd op 29 maart 2019, p. 8, geraadpleegd van <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

¹²⁵ Lijst van reservations en notificaties van het VK betreffende het MLI, gedeponneerd op 29 juni 2018, p. 11 & 32. Lijst van reservations en notificaties van Luxemburg betreffende het MLI, gedeponneerd op 9 april 2019 p. 13 & 35. Deze lijsten zijn geraadpleegd van <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

¹²⁶ Lejour, Möhlmann & Van 't Riet, *CPB Policy Brief*, p. 2, 6-7.

¹²⁷ Kavelaars is bijvoorbeeld van mening dat het MLI een voordelig middel is om verdragsmisbruik te voorkomen. Zie: *TFO* 2018/159.1, p. 117. Vleggeert & Vording dragen aan dat (onder andere) in het MLI een zogenoemde 'minimum effective tax'-bepaling dient te worden opgenomen om doorstroomactiviteiten te verminderen. Het lijkt dat zij het MLI dus ook nuttig vinden. Zie: *WFR* 2018/3, p. 10-11.

staatssecretaris van Financiën betoogd dat de PPT – in het kader van het voorkomen van belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten – een belangrijke rol speelt voor Nederland, aangezien bronstaten door middel van de PPT kunnen optreden ingeval zij door MNO's voor doorstroomactiviteiten worden gebruikt. Enerzijds onderschrijf ik deze visies, aangezien veel staten het MLI hebben ondertekend en art. 7 een minimumstandaardbepaling is, waardoor veel Nederlandse bilaterale belastingverdragen door het MLI voortaan een antimisbruikbepaling bevatten. Anderzijds zijn er nog steeds veel staten die het MLI niet hebben ondertekend, maar die wel een belangrijke rol spelen bij de Nederlandse doorstroomactiviteiten van interest en royalty's. Daarbij geldt dat participerende staten de keuze hebben tussen drie varianten. Ingeval een staat – waarmee Nederland een CTA heeft – voor de LOB heeft geopteerd, dan geldt niet vanzelfsprekend dat de PPT op deze CTA van toepassing is. In dat geval moet Nederland samen met de betreffende verdragsluitende staat een tussenweg overeenkomen met betrekking tot welke antimisbruikbepaling ze zullen toepassen. Tevens geldt dat nog steeds sprake kan zijn van een grote mate van onzekerheid als een verdragsluitende staat wel, net als Nederland, heeft geopteerd voor een PPT. Immers, de rechtssprekende macht zal invulling geven over de reikwijdte van de antimisbruikbepaling. In par. 2.7.1 haalde ik reeds aan dat bij iedere toekomstige herziening van het OESO-MV een nieuw multilateraal instrument tot stand moet worden gebracht. Het bestrijden van verdragsmisbruik kan in de toekomst daarom zeer complex worden als diverse multilaterale instrumenten naast elkaar bestaan. Het MLI is een stap in de goede richting, maar bevat naar mijn mening nog vele haken en ogen die waarschijnlijk niet (eenvoudig) kunnen worden verminderd, aangezien staten veelal hun soevereiniteit willen behouden.¹²⁸

2.8: Europeesrechtelijke maatregelen

Ook door de Unie zijn reeds maatregelen getroffen om belastingontwijking te bestrijden of bestaat het voornemen hiertoe.

¹²⁸ Zie ook de bijdrage van Broekhuijsen & Vording in *BTR* 2016/1, p. 50-51.

2.8.1: De ATAD

In 2016 is als reactie op het project BEPS van de OESO de Antibelastingontwikingsrichtlijn (hierna: **ATAD**) tot stand gekomen. Aan de hand van ATAD1¹²⁹ en ATAD2¹³⁰ dienden EU-lidstaten de richtlijn in twee stappen in de nationale wetgeving te implementeren.¹³¹ ATAD1 bevat maatregelen om belastingontwikingspraktijken die rechtstreeks van invloed zijn op de interne markt van de EU te bestrijden, terwijl ATAD2 ziet op hybridemismatches met derde landen. ATAD is niet voorzien van een specifieke maatregel om doorstroomactiviteiten van interest- en royaltybetalingen te bestrijden.

2.8.2: De IRR

De IRR beoogt te waarborgen dat dubbele belasting over interest- en royaltybetalingen tussen verbonden ondernemingen wordt weggenomen.¹³² Nationale belastingwetten en bilaterale/multilaterale belastingverdragen kunnen dubbele belasting namelijk niet altijd wegnemen, waardoor ingezetenen anders te maken kunnen krijgen met kasmiddelproblemen en administratieve lasten. Het uitgangspunt van de IRR betreft dat onder nader gestelde voorwaarden geen bronbelasting wordt geheven op uitgaande interest- en royaltybetalingen tussen verbonden lichamen, mits de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde is tot de betaling.¹³³ Veelal zullen interest en royalty's bij de ontvanger in de woonstaat in de heffing worden betrokken. In de IRR is geen objectieve onderworpenheidseis opgenomen die verplicht dat de transacties bij de ontvanger effectief worden belast.¹³⁴ De IRR stelt wel eisen aan de rechtsvormen die kwalificeren, de fiscale vestigingsplaats van entiteiten en een subjectieve onderworpenheid aan een winstbelasting.¹³⁵ Tevens is de IRR voorzien van

¹²⁹ Richtlijn (EU) 2016/ 116 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regelster bestrijding van belastingontwikingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, PbEU 2016, L 193/1.

¹³⁰ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU)2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen, PbEU 2017, L 144/1.

¹³¹ Deze verplichting is neergelegd in art. 288 VwEU. ATAD1 en ATAD2 zijn achtereenvolgens sinds 2019 en 2020 van kracht.

¹³² Preambule IRR, par. 1-3. en Van der Linde & Lamers, *WFR* 2004/349, ond. 1.

¹³³ Art. 1, lid 1 & art. 3, ond. b IRR.

¹³⁴ Hierbij dient te worden opgemerkt dat het HvJ bij het arrest *N Luxembourg I* wijst dat een heffingssubject niet (meer) kwalificeert voor de IRR, indien geen sprake is van een objectieve onderworpenheid in de woonstaat. Naar mijn mening is dit in lijn met het beoogde doel van de IRR, namelijk het waarborgen dat interest- en royaltybetalingen binnen de EU eenmaal in een EU-lidstaat in de heffing worden betrokken. Zie: C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 71 & 130 en par. 2, Preambule IRR.

¹³⁵ NB: voor de IRR kan een v.i. onder gestelde voorwaarden ook als heffingssubject kwalificeren.

antimisbruikbepalingen, zoals een uiteindelijk gerechtigdentoets¹³⁶ en een specifieke antimisbruikbepaling.¹³⁷

Sinds 17 juni 2015 bestaat het voornemen de IRR zo aan te passen dat bronstaten geen vrijstelling van heffing op interest en royalty's hoeven te verlenen als deze inkomensbestanddelen nergens binnen de EU effectief in de heffing worden betrokken.¹³⁸ Dit kan worden bewerkstelligt door een zogenoemde '*minimum effective tax clause*' in de IRR op te nemen, die bewerkstelligt dat een vrijstelling van bronbelasting enkel wordt verleend als interest en royalty's bij de uiteindelijk gerechtigde tegen een effectief tarief van minimaal 10% worden belast.¹³⁹ Echter, vooralsnog is hierover geen consensus bereikt. Daarbij is ook nog geen overeenstemming over de reikwijdte van de IRR ten aanzien van vergoedingen die indirect worden doorbetaald aan derde landen die staan opgenomen op de zwarte EU-lijst van de EC.¹⁴⁰

2.9: Deelconclusie

Indien staten verschillende heffingsbeginselen toepassen ter afbakening van de internationale belastingplicht, kan dubbele belasting zich voordoen. Bilaterale belastingverdragen zijn doorgaans gebaseerd op het OESO-MV en het VN-MV en trachten dubbele belasting te voorkomen door de heffingsbevoegdheid over inkomens- en vermogensbestanddelen tussen twee verdragsluitende staten te verdelen. Het VN-MV 2017 erkent de problematiek van grondslaguitholling bij royalty's en geeft daarom een andere invulling aan de royaltybepaling dan het OESO-MV 2017. Daarbij heeft het VN-MV 2017 ook een nieuwe bepaling met een bronbelasting op technische dienstverlening. Een ongewenst gevolg van de internationale toename van het aantal bilaterale belastingverdragen is dat de verschillen hiertussen steeds groter worden en MNO's daardoor de kans krijgen belasting te ontwijken door middel van treaty-shopping. Nederland staat – wegens zijn uitgebreide bilaterale

¹³⁶ Art. 1, lid 4 & 5 IRR.

¹³⁷ Art. 5 IRR.

¹³⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: *Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden*, Brussel, 17 juni 2015, COM(2015) 302 final, p. 11.

¹³⁹ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 9 december 2015, 15187/15, p. 6-7.

¹⁴⁰ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 12 juni 2017, 10046/17, p. 11.

belastingverdragenennetwerk en gunstig belastingstelsel – bekend om zijn fiscaal vestigingsklimaat voor buitenlandse investeerders. Gezien het feit dat alle inkomende en uitgaande interest- en royaltystromen via Nederland ongeveer even groot zijn, is het duidelijk dat Nederland een spilfunctie vervult als doorstroomland voor interest- en royalty's. Het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in de interest- en royaltybepaling van het OESO-MV houdt zich bezig met de vraag of de ontvanger van een interest- of royaltybetaling recht heeft op vermindering van bronbelasting. Het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' beoogt misbruiksituaties te voorkomen, waarbij aan een ontvanger vermindering van bronbelasting wordt verleend, terwijl hij in de ketting van transacties slechts als doorstroomlichaam fungeert en zelf geen baat heeft bij de ontvangen betalingen. Overige vormen van treaty-shopping kunnen niet met het begrip uiteindelijk gerechtigde worden bestreden. De OESO heeft maatregelen getroffen om doorstroomactiviteiten en treaty-shopping te voorkomen. In actieplan 6 Final Report 2015 staat bijvoorbeeld een conceptvoorstel opgenomen dat veel wegheeft van de special-tax-regime-bepaling van het bilaterale belastingmodelverdrag van de VS. Daarnaast heeft de OESO in het GloBE-voorstel onder andere een plan opgenomen om een conditionele bronbelasting op transacties tussen entiteiten binnen een internationaal concern te introduceren. In het MLI zijn geen soortgelijke bepalingen opgenomen. Art. 7 MLI verplicht participerende staten wel om een antimisbruikbepaling te handhaven, zodat verdragsmisbruik kan worden voorkomen. Aangezien participerende staten de keuze hebben tussen drie typen antimisbruikbepalingen, kan het voorkomen dat twee verdragsluitende staten allebei voor een verschillende antimisbruikbepaling hebben geopteerd, waardoor zij samen moeten onderhandelen welke antimisbruikbepaling ze ten aanzien van hun CTA willen hanteren. Voor uitgaande inkomensstromen die niet via de Wet BB 2021 zullen worden belast, kan de PPT mogelijk een oplossing bieden, mits sprake is van een CTA en de andere verdragsluitende staat net als Nederland voor de PPT heeft geopteerd. Het MLI is een stap in de goede richting, maar bevat naar mijn mening nog steeds veel onzekerheden en gebreken. EU-lidstaten hebben als reactie op het project BEPS van de OESO de ATAD in hun nationale wetgeving geïmplementeerd. Binnen de EU bestaat al enige tijd het voornemen om een zogenoemde 'minimum effective tax clause' in de IRR op te nemen, zodat bronstaten geen vrijstelling van belastingheffing op interest en royalty's hoeven te verlenen als deze inkomensbestanddelen nergens effectief in de heffing worden betrokken. Tot op heden is hierover nog geen consensus bereikt. Eveneens bestaat er geen overeenstemming hoe ten aanzien van de IRR moet worden omgegaan met transacties die indirect worden doorbetaald aan staten van de zwarte EU-lijst van de EC.

Hoofdstuk 3. Wet bronbelasting 2021

3.1: Inleiding

Sinds de economische globalisering is de omvang van het aantal doorstroomactiviteiten door MNO's via de Nederlandse brievenbussector toegenomen. Wegens de onrust die met de komst van het project BEPS was aangewakkerd, besloot het kabinet een 'én-én-strategie' te gaan hanteren waarbij internationale belastingontwijking prohibitief zal worden bestreden en eveneens zal worden toegezien op het behouden van een gunstig fiscaal vestigingsklimaat.¹⁴¹ Nederland heft ingaande 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op interest en royalty's via de Wet BB 2021. In dit hoofdstuk wordt de Wet BB 2021 uiteengezet. Het hoofdstuk vangt aan met een beschrijving van het beoogde doel van de Wet BB 2021. Vervolgens worden de eerste vier hoofdstukken van de Wet BB 2021 kort toegelicht en geanalyseerd. Daarna wordt aan de hand van twee voorbeeldsituaties de Wet BB 2021 kritisch besproken in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid. In de deelconclusie wordt antwoord gegeven op de derde deelvraag: 'Wat is het uiterlijk van de Wet BB 2021 en in hoeverre vormt deze wet een oplossing voor Nederland?' In dit hoofdstuk komt de internationaal- en Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Wet BB 2021 niet aan bod. Zie daarvoor hoofdstuk 4.

3.2: Het doel van de Wet BB 2021

Het doel van de Wet BB 2021 is tweeledig en betreft zowel (1) het voorkomen dat Nederland nog langer wordt gebruikt als toegangspoort naar lbj's, als (2) het bestrijden van het verschuiven van de Nederlandse heffingsgrondslag naar lbj's.¹⁴² Ondanks dat de Wet BB 2021 erop is gericht om doorstroomactiviteiten via Nederland naar lbj's te bestrijden, wordt niet enkel bronbelasting geheven op uitgaande interest- en royaltybetalingen naar lbj's, maar ook naar hbj's als sprake is van misbruik. De staatssecretaris van Financiën betoogt dat de Wet BB 2021 bijdraagt aan de verwezenlijking van het beleidspeerpunt van Nederland om belastingontwijking te bestrijden. De staatssecretaris van Financiën stelt dat dit van belang is, aangezien Nederland niet de kans wil lopen dat het een negatief internationaal imago krijgt en

¹⁴¹ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647, p. 1-2.

¹⁴² MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

daardoor het investeringsklimaat verslechtert, omdat andere staten vinden dat Nederland een verkeerd belastingmoraal heeft.

3.3: De Wet BB 2021 in het algemeen

De Wet BB 2021 betreft een conditionele bronbelasting die wordt geheven bij lichamen.¹⁴³ Hoofdstuk 1 Wet BB 2021 bevat algemene bepalingen, zoals een bepaling met definities van begrippen (art. 1.2 Wet BB 2021) en een bepaling waarin staat opgenomen in welke gevallen inhoudingsplichtigen worden geacht naar Nederlands recht te zijn opgericht (art. 1.3 Wet BB 2021). Bij het bepalen van de belastingplicht voor de Wet BB 2021 zijn met name de definities van de begrippen ‘l**bj**’¹⁴⁴, ‘kwalificerend belang’¹⁴⁵ en ‘aan de voordeelgerechtigde gelieerde inhoudingsplichtige’¹⁴⁶ van belang.

Hoofdstuk 2 Wet BB 2021 gaat over de belastingplichtigen. Het eerste lid van art. 2.1 beschrijft welke voordeelgerechtigden en omstandigheden tot een belastingplicht voor de Wet BB 2021 kunnen leiden. In de daarop volgende leden worden tegenbewijsmogelijkheden beschreven waardoor deze voordeelgerechtigden toch niet belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021. In principe is de Wet BB 2021 hoofdzakelijk gericht op het voorkomen van rechtstreekse interest- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen die gevestigd zijn in een l**bj**.¹⁴⁷ Dit kunnen ook betalingen aan een in een l**bj** gevestigd lichaam zijn, waarbij de betaling wordt toegerekend aan in een h**bj** gevestigde v.i.¹⁴⁸ en vic versa¹⁴⁹.¹⁵⁰ Dan wel interest- en royaltybetalingen aan een hybride lichaam, waarbij in feite sprake is van een

¹⁴³ Art. 1.1 Wet BB 2021.

¹⁴⁴ Voor de definitie verwijs ik naar art. 1.2, lid 1, ond. e Wet BB 2021 en de zwarte EU-lijst van de EC.

¹⁴⁵ Voor de definitie verwijs ik naar art. 1.2, lid 1, ond. d Wet BB 2021. Op grond van de MvT lijkt de benadering die de Wet BB 2021 gebruikt erg op de beoordeling of sprake is van een zogenoemde ‘gecontroleerde deelneming’ in de CFC-bepaling van art. 13ab Wet VpB 1969. *V-N* 2019/47.13, p. 245, jo. MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 19.

¹⁴⁶ Voor de definitie verwijs ik naar art. 1.2, lid 1, ond. c Wet BB 2021. Zie ook: MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 18-19.

¹⁴⁷ Art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

¹⁴⁸ Art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

¹⁴⁹ Art. 2.1, lid 1, ond. b Wet BB 2021.

¹⁵⁰ Aangezien een v.i. juridisch een onzelfstandig afgesplitst gedeelte van een primaire onderneming (het hoofdhuis) is, kan een v.i. niet in een staat zijn gevestigd. Het hoofdhuis is in de staat waar de v.i. is geplaatst buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de fiscale winst van de v.i. Zie: De Graaf, Kavelaars & Stevens, 2019, p. 38. Ondanks dat ik me ervan bewust ben dat het fiscaal onjuist is geformuleerd, wordt in het vervolg van deze scriptie gemakshalve gesproken over de ‘vestiging(splaats) van een v.i.’.

betaling aan een lichaam dat in een lbj is gevestigd.¹⁵¹ Daarbij ziet de Wet BB 2021 ook op misbruiksituaties waarbij MNO's door middel van fiscale planningsconstructies de Nederlandse conditionele bronbelasting trachten te ontwijken.¹⁵² Ten aanzien van de doeltreffendheid van de Wet BB 2021 is het noodzakelijk dat deze is voorzien van een antimisbruikbepaling. MNO's kunnen de conditionele bronbelasting anders eenvoudig via kunstmatige constructies of transacties ontwijken door interest en royalty's als omweg via een in een hbj gevestigd lichaam – die fungeert als tussenschakel – naar een in een lbj gevestigd lichaam te laten stromen. Deswege is ook dan de conditionele bronbelasting verschuldigd, mits de tussenschakel enkel in de inkomensstroom wordt geplaatst met als hoofddoel, of één van de hoofddoelen, om heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan. Net als bij andere antimisbruikmaatregelen in de Wet VpB 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: **Wet DB 1965**),¹⁵³ worden belastingplichtigen ook voor de antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021 door middel van de zogenoemde 'substance-eisen' de mogelijkheid geboden om tegenbewijs te kunnen leveren, dat een in een hbj gevestigd doorstroomlichaam wel degelijk een wezenlijke economische activiteit uitoefent.¹⁵⁴ Voorheen dienden de substance-eisen als *safe harbour*, maar sinds het arrest *N Luxembourg I* –¹⁵⁵ waarin het HvJ ten aanzien van doorstroomlichamen invulling geeft aan wat onder misbruik kan worden verstaan – spelen ze enkel nog een rol bij de bewijslastverdeling bij zowel de subjectieve als objectieve toets.¹⁵⁶ Een verdere analyse over de antimisbruikbepaling in samenhang met de IRR en jurisprudentie van het HvJ volgt in par. 4.5.

Hoofdstuk 3 gaat over de heffingsgrondslag van interest en royalty's. De Wet BB 2021 hanteert een uitgebreide definitie van de begrippen 'interest' en 'royalty's'.¹⁵⁷ Ten aanzien van de definitie van het begrip royalty's wordt aangesloten bij de definitie in het OESO-MV 2017. Onder interest wordt iedere vorm van een vergoeding als tegenprestatie voor een verkregen geldlening verstaan. De Wet BB 2021 sluit bij de heffing over interestbetalingen aan bij het zakelijkheidsbeginsel (*arm's-lengthbeginsel*).¹⁵⁸ Het arms-lengthbeginsel verplicht gelieerde entiteiten om zakelijke voorwaarden bij onderlinge transacties in aanmerking te

¹⁵¹ Art. 2.1, lid 1, ond. d & e Wet BB 2021.

¹⁵² Art. 2.1, lid 1, ond. c Wet BB 2021.

¹⁵³ Deze antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021 heeft namelijk veel weg van de antimisbruikbepalingen in art. 17, lid 3, ond. b Wet VpB 1969 en art. 4, lid 3, ond. c Wet DB 1965.

¹⁵⁴ De substance-eisen staan opgenomen in art. 2e UB VpB 1971. jo. art. 2d UB VpB 1971.

¹⁵⁵ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), BNB 2020/9.

¹⁵⁶ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 8-9 & 25-30.

¹⁵⁷ Art. 3.3 respectievelijk art. 3.4 Wet BB 2021. jo. MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 36-38.

¹⁵⁸ Art. 3.2 Wet BB 2021.

nemen alsof zij onafhankelijke derden zijn van elkaar.¹⁵⁹ In de MvT bij de Wet BB 2021 wordt een voorbeeld gegeven over een renteloze lening. Bij een renteloze lening dient – als correctie – een interestbetaling met een zakelijke rentevoet in aanmerking te worden genomen, waarop het bronbelastingtarief zal worden losgelaten.¹⁶⁰ Na de ophef vanuit internationale hoeken – dat Nederland een belastingsysteem hanteerde dat gericht was op schadelijke belastingconcurrentie en dat Nederland niet in lijn met het arm's-lengthbeginsel handelde – ging het kabinet in 2002 over tot codificatie van het arm's-lengthbeginsel in het Nederlandse belastingsysteem.¹⁶¹

In hoofdstuk 4 van de Wet BB 2021 staat het tarief centraal. De hoogte van het tarief is gelijk aan het hoogste tarief in de Wet VpB 1969.¹⁶² Bagci, Brandsma, Ruige en Zuidhof stellen dat zij dit een frappante keuze vinden van de wetgever.¹⁶³ Zij betogen dat deze keuze alleen begrijpelijk is als de Wet BB 2021 zich enkel beperkt tot het belasten van voordelen die in beginsel op de Nederlands fiscale winst in aftrek kunnen worden gebracht, zodat het verschuiven van de Nederlandse heffingsgrondslag naar andere staten kan worden voorkomen. Echter, aangezien de Wet BB 2021 ook bronbelasting heft over niet-aftrekbare voordelen – zoals interestbetalingen die wegens een antimisbruikbepaling niet in aftrek op de Nederlands fiscale winst kunnen worden gebracht –¹⁶⁴ vinden zij het eigenaardig dat de wetgever niet ervoor heeft gekozen om niet-aftrekbare betalingen hetzelfde te behandelen als dividend. Dividend is (ook) niet van de fiscale winst aftrekbaar.¹⁶⁵ Uit de MvT blijkt dat de wetgever hier bewust voor heeft gekozen, aangezien het niet in lijn is met het prohibatieve karakter van de Wet BB 2021 om een uitzondering te maken voor aftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Van den Dool e.a., 2018, p. 515.

¹⁶⁰ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 9-10.

¹⁶¹ Vollebregt, *WRF* 2008/436, p. 436.

¹⁶² Art. 4.1 Wet BB 2021.

¹⁶³ Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207, p. 1253, vtn 8 & p. 1254.

¹⁶⁴ In de MvT wordt het voorbeeld gegeven van een renteaftrekbeperking als gevolg van een hybridemismatchmaatregel die Nederland in verband met ATAD2 in zijn nationale wetgeving heeft geïmplementeerd. Zie vtn 6 van op p. 3 van de MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3.

¹⁶⁵ Dividend vormt namelijk een vergoeding voor het verschaffen van eigen vermogen en is deswege niet aftrekbaar van de fiscale winst. Art. 10, lid 1, ond. a Wet VpB 1969.

¹⁶⁶ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 3 & 15.

3.4: De Wet BB 2021 vergeleken met het Nederlands fiscale verdragsbeleid

In par. 3.3 is de Wet BB 2021 kort toegelicht. In deze paragraaf zal aan de hand van twee voorbeelden de Wet BB 2021 kritisch worden geanalyseerd ten aanzien van het Nederlands fiscale verdragsbeleid.¹⁶⁷

Het eerste voorbeeld gaat over investeren via fondsen, waarbij het investeringsfonds een (omgekeerde) hybride entiteit betreft. Fiscale planningsconstructies die door middel van hybridemismatches met derde landen beogen belasting te ontwijken, worden ook aangepakt door ATAD2.¹⁶⁸ ATAD2 is in de nationale wetgeving van EU-lidstaten geïmplementeerd en ziet niet op verdragssituaties.

Op grond van art. 2.1, lid 1, onderdeel a Wet BB 2021 is een lichaam belastingplichtig voor de Wet BB 2021 ingeval het gerechtigd is tot een interest- of royaltybetaling en als geldt dat het – naar omstandigheden beoordeeld – in een lbj is gevestigd of volgens de regelgeving aldaar in die staat is gevestigd. Opvallend is dat de Wet BB 2021 geen definitie van het begrip ‘lichaam’ bevat. De Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR)¹⁶⁹ definieert lichamen als “*verenigingen en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens*”¹⁷⁰. Op basis van deze definitie zou kunnen worden geconcludeerd dat entiteiten die naar Nederlandse maatstaven fiscaal transparant en zelfstandig zijn, ook als lichaam kunnen worden aangemerkt.¹⁷¹ Echter, volgens de MvT is dat niet de bedoeling bij de Wet BB 2021. In de MvT staat namelijk vermeld dat entiteiten kunnen kwalificeren als lichaam in de zin van de Wet BB 2021, ingeval vanuit Nederlandse optiek geldt dat zij als fiscaal zelfstandige entiteit kunnen worden aangemerkt.¹⁷² Van belang is dus hoe Nederland een buitenlandse hybride entiteit kwalificeert; als transparante of non-transparante entiteit. In het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M staan de toetsingskaders van de Belastingdienst

¹⁶⁷ Beide voorbeelden zijn gebaseerd op het artikel van De Graaf in *MBB* 2019/12.43, p. 468-470.

¹⁶⁸ Als gevolg van de hybridemismatchmaatregel die Nederland in verband met ATAD2 in zijn fiscale wetgeving heeft geïmplementeerd, kan aftrek worden beperkt. Het kabinet is van oordeel dat voor dit soort gevallen geen uitzonderingen dient te worden gemaakt, aangezien dat niet in lijn is met het prohibatieve karakter van de Wet BB 2021. Zie: MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 3, vtn 6.

¹⁶⁹ In art. 1, lid 1 AWR staat opgenomen dat bij de heffing van rijksbelastingen de bepalingen in de AWR van kracht zijn, dus ook ten aanzien van de Wet BB 2021.

¹⁷⁰ Art. 2, lid 1, ond. b AWR.

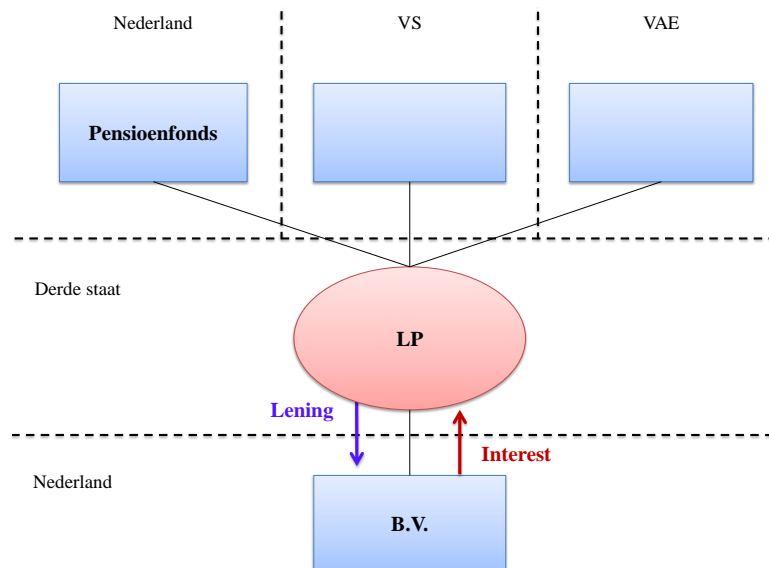
¹⁷¹ Immers, maatschappen worden volgens de AWR ook als lichaam aangemerkt, terwijl deze geen rechtspersoonlijkheid bezitten, omdat ze transparant zijn.

¹⁷² MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 17-18.

opgenomen om te beoordelen of een buitenlandse entiteitsvorm volgens Nederlandse maatstaven als transparante of non-transparante entiteit kan worden gekenmerkt.¹⁷³

Stel dat de derde staat in de voorbeeldsituatie van figuur 3.1 een lbj betreft en dat Nederland de *limited partnership* (hierna: **LP**), op grond van het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, fiscaal aanmerkt als non-transparante entiteit, terwijl de VS, de VAE en de derde staat de LP juist fiscaal aanmerken als transparante entiteit. In dat geval is de LP belastingplichtig op grond van art. 2.1, lid 1, onderdeel a Wet BB 2021, aangezien een betaling wordt verricht aan een naar Nederlandse maatstaven fiscaal zelfstandige entiteit, die gevestigd is in een lbj.¹⁷⁴

Figuur 3.1:
Voorbeeld van investeringen in een
(omgekeerde) hybride entiteit



Art. 2, lid 1, onderdeel e Wet BB 2021 regelt de situatie dat een voordeelgerechtigde entiteit in een lbj is gevestigd. Op grond van deze bepaling is deze entiteit belastingplichtig voor de Wet BB 2021 als hij volgens de regelgeving van de staat naar wiens recht hij fiscaal is opgericht, geldt dat hij daar niet is gevestigd en hij daar dus ook niet in de heffing wordt betrokken voor de ontvangen interest- of royaltybetalingen. Daarbij dient de voordeelgerechtigde ook niet volgens de regelgeving van een andere staat aldaar fiscaal te zijn gevestigd. Daarentegen stelt art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 dat dit niet geldt indien alle

¹⁷³ In de bijlage bij het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M staan de beoordeelde samenwerkingsverbanden opgenomen en wordt ter indicatie vermeld hoe deze entiteiten waarschijnlijk zullen worden gekwalificeerd.

¹⁷⁴ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 468-469. jo. art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

achterliggende aandeelhouders – al dan niet als samenwerkende groep –¹⁷⁵ volgens de fiscale regelgeving van hun woonstaat worden behandeld als de gerechtigden tot de interest of royalty's en aldus worden belast over de ontvangen voordelen. Tevens dient de achterliggende participant geen lichaam te zijn waar – zonder tussenkomst van een hybride entiteit – art. 2.1, lid 1, onderdelen a, b, c of d Wet BB 2021 op van toepassing zou zijn.¹⁷⁶

Stel dat de LP in de voorbeeldsituatie van figuur 3.1 niet is gevestigd in een lbj, maar juist in een hbj, dan zal Nederland bronbelasting heffen over de uitgaande interestbetaling op grond van art. 2.1, lid 1, onderdeel e Wet BB 2021.¹⁷⁷ Immers, van belang is of de achterliggende aandeelhouders door hun woonstaat – als gerechtigden tot de interestbetaling – (voldoende) worden belast. De interestbetaling zal niet bij het pensioenfonds in de heffing worden betrokken, aangezien Nederland de LP aanmerkt als non-transparant en Nederland deze betaling vanuit fiscaal perspectief dus niet bij het pensioenfonds ziet. De VAE is een lbj en betreft daarom een zogenaamde 'slechte achterliggende participant'. Enkel de VS zal de interestbetaling bij de achterliggende participant voldoende in de heffing betrekken, aangezien de LP daar wordt aangemerkt als transparante entiteit. In zoverre is art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 een frappante bepaling, omdat deze alleen geldt als alle participanten door hun woonstaat voldoende worden belast voor de ontvangen interestbetaling, ook als geen sprake is van grondslagverschuiving. Ten aanzien van de betalingen aan de achterliggende participant in Nederland, betreffende het pensioenfonds, is namelijk geen sprake van grondslaguitholling. Toch vindt er heffing plaats, omdat niet wordt voldaan aan art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021.

Vergeleken met het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 maart 1997, nr. IFZ97/204M is art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 een stuk strenger. In dit besluit staat aangegeven welke verdragstoepassing dient te worden gevolgd bij een verschil in fiscale kwalificatie van een hybride entiteit tussen Nederland en de VS, dan wel het VK, waarbij Nederland – wegens de mogelijkheid tot vrije toe- en uittreding van participanten – de entiteit fiscaal als niet-transparant beschouwt, terwijl de andere staat stelt dat sprake is van een fiscaal transparante entiteit.¹⁷⁸ Aangezien de hybride entiteit in de andere staat fiscaal niet is gevestigd, heeft hij geen toegang tot de verdragsvoordelen, zoals het verrekenen van bronbelasting voor de

¹⁷⁵ Voor het begrip samenwerkende groep wordt aansluiting gezocht bij de winstdrainagebepaling van art. 10a Wet VpB 1969. Het ziet op lichamen die samen met één of meerdere andere lichamen een kwalificerend belang in een deelneming bezitten. De samenwerkende groep staat opgenomen in art. 10a, lid 6 Wet VpB 1969.

¹⁷⁶ Art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 jo. MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 34.

¹⁷⁷ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 468-469.

¹⁷⁸ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 maart 1997, nr. IFZ97/204M.

vennootschapsbelasting.¹⁷⁹ Deze situatie doet zich voor als zo'n hybride entiteit participaties heeft in Nederlandse entiteiten.¹⁸⁰ Aangezien de hybride entiteit zelf niet kwalificeert voor toegang tot verdragsvoordelen, is in het besluit van 17 maart 1997, nr. IFZ97/204M opgenomen dat de achterliggende participanten onder bepaalde voorwaarden toch materieel een beroep kunnen doen op de toepassing hiervan, mits zij ook recht zouden hebben op de verdragsvoordelen als zij de ontvangen betalingen rechtstreeks zouden hebben genoten.¹⁸¹

In het bilaterale belastingverdrag Nederland-VS is in art. 24, lid 4 eenzelfde soort regeling opgenomen als in het hiervoor aangehaalde besluit van de staatssecretaris van Financiën. Een achterliggende participant heeft recht op toepassing van de verdragsvoordelen, mits en voor zover het voordeel bij hem in de heffing wordt betrokken.¹⁸² Naar rato van zijn belang mag het (lagere) verdragspercentage worden toegepast, zolang de achterliggende participant eveneens een beroep had kunnen doen op het bilaterale belastingverdrag als hij de interest of royalty's direct had ontvangen of genoten. Eveneens bevatten ook het OESO-MV 2017 en het MLI in respectievelijk art. 1, lid 2 en art. 3 bepalingen met eenzelfde strekking. Anders dan in deze (model)verdragen geldt in het besluit van 17 maart 1997 dat het niet van belang is hoe de staten, waar de participanten gevestigd zijn, de hybride entiteit fiscaal kwalificeren.¹⁸³

De keuze die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 is dus nogal opvallend, aangezien Nederland hier een terughoudende houding heeft, terwijl het Nederlands fiscale verdragsbeleid hier doorgaans geen moeite mee heeft. Intussen heeft de staatssecretaris van Financiën op 3 december 2019 per besluit aangekondigd dat het besluit van 17 maart 1997 in de toekomst wordt heroverwogen.¹⁸⁴ Het is nog onduidelijk hoe deze herziening zal worden ingevuld.

De NOB pleit voor het opnemen van een tegenbewijsregeling voor achterliggende participanten die niet in een lbj zijn gevestigd en die in soortgelijke situaties de hybride entiteit aanmerken als non-transparant, waarbij geldt dat de hybride entiteit zijn gerealiseerde

¹⁷⁹ Brandsma (Cursus Belastingrecht, deel Div.bel.3.2.1.B.b), (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2019).

¹⁸⁰ Voorheen had het technische aanmerkelijk belang een ruimere reikwijdte, waardoor zo'n entiteit als buitenlands belastingplichtige werd aangemerkt ten aanzien van ontvangen inkomenstransacties. Zie: art. 17, lid 3 Wet VpB 1969, jo. art. 49, lid 1, ond. b & c Wet IB 1964.

¹⁸¹ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 469.

¹⁸² Art. 24, lid 4 Verdrag NL-VS.

¹⁸³ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 469.

¹⁸⁴ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 december 2019, nr. 2019-200938.

opbrengsten meteen uitkeert.¹⁸⁵ Ik sluit mij hierbij aan. Als de hybride entiteit – in de voorbeeldsituatie van figuur 3.1 – zijn gerealiseerde opbrengsten meteen uitkeert, is ten aanzien van het Nederlandse pensioenfonds geen sprake van belastingontwijking met betrekking tot de interestbetaling, want Nederland betreft een hbj.

De Wet BB 2021 is ook voorzien van een bepaling die ziet op situaties met omgekeerde hybride entiteiten.¹⁸⁶ Stel dat in de voorbeeldsituatie van figuur 3.1 zowel Nederland als de staat naar wiens recht de LP is opgericht de LP fiscaal aanmerken als transparante entiteit, waardoor zij uitgaande interest- en royaltybetalingen aan de achterliggende participanten toerekenen. Echter, de VS en de VAE beschouwen de LP juist fiscaal als non-transparante entiteit. Aangezien Nederland de LP fiscaal als transparante entiteit beschouwt, kan de LP niet belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021.¹⁸⁷ Er dient te worden beoordeeld of dat de achterliggende participanten belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021 met betrekking tot de interestbetaling. De achterliggende participant die gevestigd is in de VAE is belastingplichtig, aangezien hij in een lbj is gevestigd en gerechtigd is tot de interestbetaling.¹⁸⁸ De in de VS gevestigde achterliggende participant kan op grond van art. 2.1, lid 1, onderdeel d Wet BB 2021 als belastingplichtige worden aangewezen. Achterliggende participanten die in een hbj zijn gevestigd en door hun woonstaat niet in de heffing worden betrokken – omdat zij de ontvangen voordelen fiscaal niet zien wegens een kwalificatieverschil – zijn belastingplichtig voor de Wet BB 2021.¹⁸⁹ Aangezien de VS de LP fiscaal aanmerkt als non-transparante entiteit, ziet de VS de interestbetaling van de B.V. fiscaal niet, waardoor de in de VS gevestigde achterliggende participant hierover niet zal worden belast. Het Nederlandse pensioenfonds is daarentegen niet belastingplichtig ten aanzien van de interestbetaling, aangezien Nederland de LP als fiscaal transparant aanmerkt en het pensioenfonds daardoor aanwijst als gerechtigde tot de interestbetaling.¹⁹⁰

Het tweede voorbeeld gaat over bilaterale versus triangulaire situaties. In figuur 3.2 is sprake van een triangulaire situatie, waarbij een Nederlandse dochterentiteit een interestbetaling doet aan haar buitenlandse moederentiteit. Aangezien de geldlening – uit hoofde waarvan de ontvangen interestbetaling wordt genoten – op basis van vermogensetikettering aan de v.i. van

¹⁸⁵ NOB-commentaar Wet BB 2021, p. 4, par. 10 (ii).

¹⁸⁶ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 469-470.

¹⁸⁷ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 17-18.

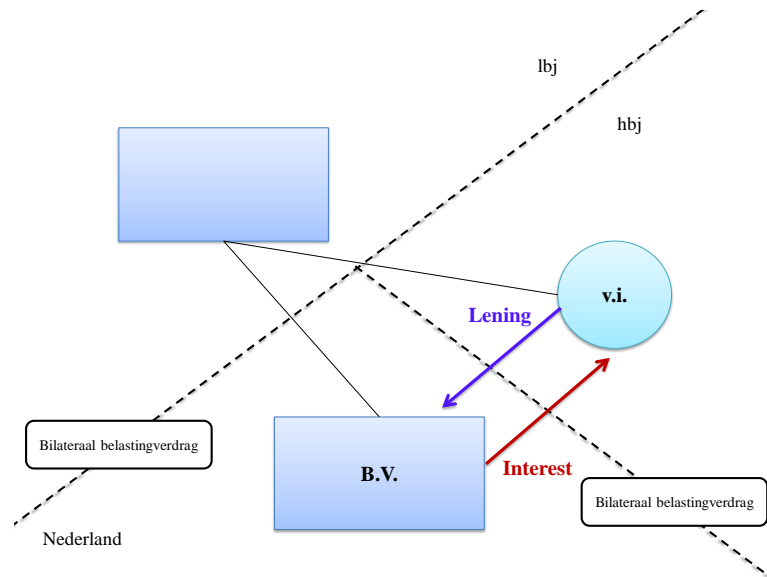
¹⁸⁸ Art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

¹⁸⁹ Art. 2.1, lid 1, ond. d Wet BB 2021.

¹⁹⁰ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 31-32.

de moederentiteit kan worden toegerekend, dient eveneens de interestbetaling aan de v.i. te worden toegerekend. Stel dat de moederentiteit/ het hoofdhuis in een lbj is gevestigd en de v.i. in een hbj. Nederland heeft met zowel de woonstaat van de moederentiteit/ het hoofdhuis als de staat waar de v.i. is gevestigd, een bilateraal belastingverdrag afgesloten.

Figuur 3.2:
Voorbeeld 1 van een
triangulaire situatie



Art. 2.1, lid 1, onderdeel a Wet BB 2021 ziet ook op interestbetalingen die kunnen worden toegerekend aan een v.i. van een ander lichaam.¹⁹¹ De interestbetaling kwalificeert als heffingsobject voor de Wet BB 2021, aangezien de betaling in principe wordt verricht aan een entiteit welke is gevestigd in een lbj. Bij betalingen aan entiteiten die gevestigd zijn in een lbj is altijd sprake van een belastingplicht voor de Wet BB 2021, dus ook ingeval de interestbetaling kan worden toegerekend aan een v.i. die in een hbj is gevestigd.¹⁹²

Tevens geldt dat als de v.i. niet in een derde staat (hbj), maar in Nederland is gevestigd, zoals in figuur 3.3, de moederentiteit/ het hoofdhuis ook belastingplichtig is voor de Wet BB 2021. In dat geval is sprake van een bilaterale situatie, namelijk Nederland en de lbj. De moederentiteit treedt voor de Wet VpB 1969 op als buitenlands belastingplichtige voor de fiscale winst van de Nederlandse v.i.,¹⁹³ waarvan de interestbetalingen onderdeel uitmaken. Gezien het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021, is het kabinet van mening dat de bronbelasting – die door de Nederlandse B.V. als inhoudingsplichtige wordt ingehouden – bij

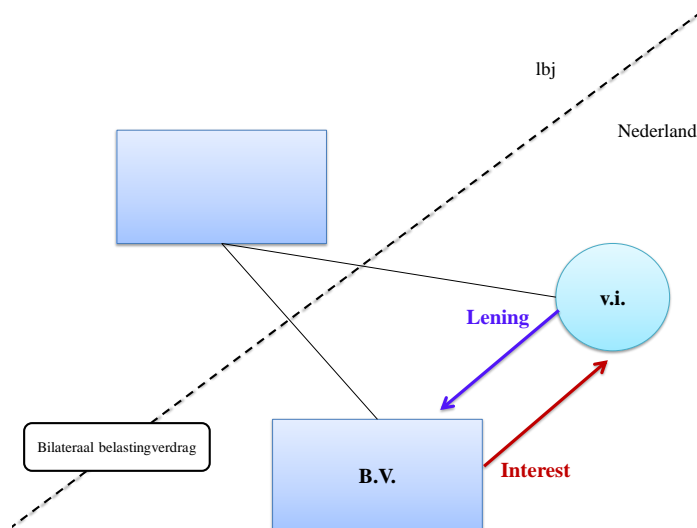
¹⁹¹ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 468.

¹⁹² Art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

¹⁹³ Art. 17, lid 3, ond. a Wet VpB 1969.

de moederentiteit/ het hoofdhuis niet mag worden verrekend voor de toepassing van de Wet VpB 1969.¹⁹⁴ Deze beslissing van de wetgever is naar mijn mening nogal frappant. Immers, de belastingplichtige wordt in de bilaterale situatie in figuur 3.3 in principe meer nadelig behandeld dan in de triangulaire situatie van figuur 3.2, terwijl bij de bilaterale situatie in feite sprake is van een binnenlandse betalingen en de Nederlandse heffingsgrondslag daardoor niet kan worden uitgehold. Onder de aanname dat Nederland in de triangulaire situatie met beide staten een OESO-MV-conform bilateraal belastingverdrag heeft afgesloten en de v.i. in een derde staat is gevestigd, is Nederland als bronstaat gehouden om vermindering van bronbelasting te verlenen over de interestbetaling op grond van de interestbepaling.¹⁹⁵ Als de v.i. in Nederland zou zijn gevestigd, mag Nederland onverminderd heffen, omdat in dat geval in feite sprake is van een binnenlandse situatie, waardoor niet aan een bilateraal belastingverdrag kan worden toegekomen.

Figuur 3.3:
Voorbeeld van een bilaterale
situatie



Enkel de antimisbruikmaatregel voor v.i.'s die gevestigd zijn in derde landen van art. 10 MLI, kan in deze situatie mogelijk een oplossing bieden voor de hiervoor besproken ongelijke behandeling tussen bilaterale en triangulaire situaties.¹⁹⁶ Art. 10, lid 1 MLI regelt namelijk dat kan worden voorkomen dat de heffingsrechten van een bronstaat, met betrekking tot een inkomensbestanddeel aan een in een derde staat gevestigde v.i., worden beperkt door een bilateraal belastingverdrag tussen de bronstaat en de staat waar het hoofdhuis van de v.i. is

¹⁹⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 23-24.

¹⁹⁵ Art. 11, lid 2 OESO-MV 2017.

¹⁹⁶ De staatsecretaris van Financiën heeft dit bevestigd in de nnavv II 2019/2020, 35 305, nr. 6, p. 36-37.

gevestigd (woonstaat), omdat het hoofdhuis het inkomensbestanddeel toerekent aan de v.i.¹⁹⁷ Hiervoor dient wel te worden voldaan aan de voorwaarden van art. 10 MLI. Zodoende dient het inkomensbestanddeel in de derde staat – waar de v.i. is gevestigd – laag te worden belast. Hiervan is sprake als de belasting in de derde staat lager is dan 60% van de belasting die zou worden geheven als de v.i. is gelegen in de staat waar het hoofdhuis is gevestigd (woonstaat). Tevens geldt dat het eerste lid van art. 10 MLI niet opgaat als een inkomensbestanddeel verband houdt met de actieve bedrijfsuitoefening door de v.i.¹⁹⁸ Met betrekking tot het voorbeeld van de triangulaire situatie (zie figuur 3.2), geldt dat Nederland geen vermindering van heffing hoeft te verlenen, mits de belasting in de derde staat – waar de v.i. is gevestigd – lager is dan 60% van de belasting die zou worden geheven als de v.i. is gelegen in de staat waar het hoofdhuis is gevestigd. Aangezien het hoofdhuis van de v.i. in een lbj is gevestigd en de v.i. in een hbj is gevestigd, zal deze situatie zich niet snel voordoen. Daarbij geldt – zoals is toegelicht in par. 2.7.1 en 2.7.2 – dat het MLI niet altijd een oplossing vormt. Verdragsluitende staten dienen allebei het MLI te hebben ondertekend en het bilaterale belastingverdrag als CTA bij de depositaris te hebben aangemeld. Tevens dient er een parallel te kunnen worden getrokken tussen de keuzes die beide staten hebben gemaakt ten aanzien van de bepalingen in kwestie.

Uit het *Saint Gobain*-besluit¹⁹⁹ kan worden opgemaakt dat Nederland mogelijk vindt dat het in de situatie van figuur 3.3 – waarbij een in de lbj gevestigd hoofdhuis, die een v.i. heeft in Nederland – verrekening van bronbelasting moet geven. Het *Saint Gobain*-besluit is gebaseerd op het door het HvJ gewezen arrest *Saint Gobain*.²⁰⁰ Dit arrest gaat over een in Frankrijk gevestigde *société anonyme* met een v.i. in Duitsland. Het hoofdhuis bezit door middel van zijn Duitse v.i. enkele deelnemingen in Duitsland en de VS. De v.i., de Duitse en Amerikaanse deelnemingen en de belangen in buitenlandse entiteiten die door middel van deze Duitse en Amerikaanse deelnemingen worden aangehouden, vormen samen een *Organschaft*,²⁰¹ waarbij de v.i. de dominerende vennootschap is. De Duitse en Amerikaanse deelnemingen ontvingen dividenden van hun buitenlandse entiteiten die zij volgens de Duitse fiscale wetgeving aan de v.i. dienden toe te rekenen. Aangezien de v.i. fiscaal niet in Duitsland is gevestigd, mocht zij bepaalde belastingvoordelen – zoals een internationale

¹⁹⁷ Art. 10 MLI wordt ook aangehaald in de MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 24-25.

¹⁹⁸ Art. 10, lid 2 MLI. & Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, p. 117.

¹⁹⁹ Besluit van 1 januari 2004, nr. IFZ2003/558M.

²⁰⁰ C-307/97 (*Saint Gobain*), *BNB* 2000/75.

²⁰¹ Dit betreft een Duitse fiscale eenheid.

deelnemingsvrijstelling – niet toepassen, terwijl andere Duitse onbeperkt belastingplichtige entiteiten wel toegang hadden tot deze voordelen. Het HvJ wijst er op dat dit verschil in behandeling de vrije rechtsvormkeuze voor het uitoefenen van een bedrijf in een andere EU-lidstaat belemmert en dat dit in strijd is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van werknemers.²⁰²

Uit het arrest *Saint Gobain* kan worden afgeleid dat als een onderdaan van de EU zich in Nederland vestigt door middel van een v.i. en voordelen ontvangt die aan de v.i. kunnen worden toegerekend, omdat de vermogensbestanddelen die deze voordelen oproept tot het fiscale vermogen van de v.i. behoren, de in het buitenland geheven bronbelasting over deze voordelen met de Nederlandse belasting mogen worden verrekend. Immers, als de buitenlands belastingplichtige ervoor had gekozen om niet middels een v.i. in Nederland activiteiten te gaan verrichten, maar juist in Nederland een dochterentiteit op te zetten, dan had deze doorgaans – als binnenlands belastingplichtige – de bronbelasting kunnen verrekenen. Verrekening van buitenlandse bronbelasting bij de buitenlands belastingplichtige ten aanzien van de fiscale winst die worden toegerekend aan de v.i., is deswege alleen mogelijk als een binnenlands belastingplichtige entiteit de voordelen zou ontvangen en deze entiteit de buitenlandse bronbelasting ook zou kunnen verrekenen door middel van een (internationale) regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Op basis van dit arrest is in het *Saint Gobain*-besluit opgenomen dat de mogelijkheid tot het verrekenen van buitenlandse bronbelasting niet enkel is beperkt tot situaties binnen de EU, maar dat ook buitenlandse belastingplichtigen uit derde staten met een v.i. in Nederland deze mogelijkheid kunnen hebben, mits de buitenlands belastingplichtige toegang heeft tot een bilateraal belastingverdrag waarin een bepaling met vestigingsvrijheid is opgenomen.²⁰³

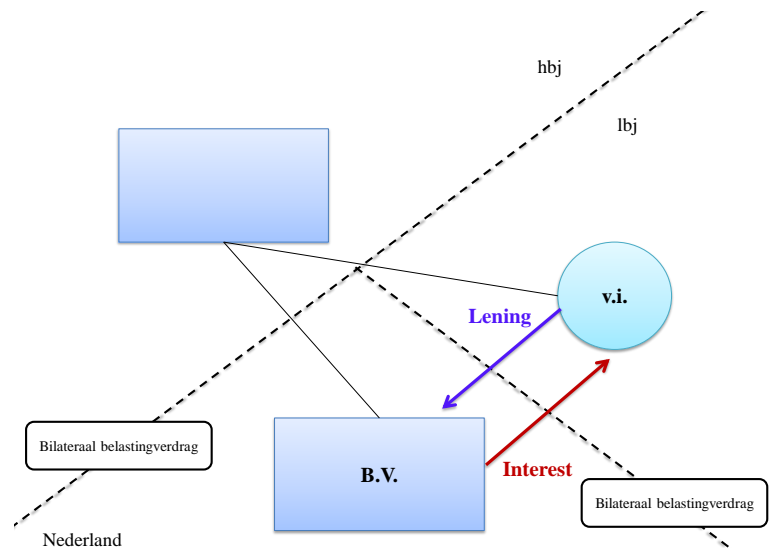
Zie figuur 3.4. Stel dat de moederentiteit in een hbj is gevestigd en zij een v.i. heeft in een lbj. De in Nederland gevestigde dochterentiteit doet een interestbetaling aan de moederentiteit, waarbij geldt dat de bijbehorende geldlening en aldus ook de bijbehorende interestbetaling aan de v.i. kunnen worden toegerekend. De moederentiteit/ het hoofdhuis is belastingplichtig ten aanzien van de ontvangen interestbetaling op grond van art. 2.1, lid 1, onderdeel b Wet BB 2021, aangezien de betaling ziet op een geldlening die zij aan haar v.i. toerekent, die in een lbj is gevestigd. De wetgever heeft hier speciaal voor gekozen omdat belastingplichtigen

²⁰² C-307/97 (*Saint Gobain*), BNB 2000/75, r.o. 42-44, 48 & 63.

²⁰³ Besluit van 1 januari 2004, nr. IFZ2003/558M.

anders gemakkelijk belasting zouden kunnen ontwijken, doordat geen bronbelasting verschuldigd is, aangezien de ontvanger niet in een lbj is gevestigd, terwijl de voordelen laag worden belast.²⁰⁴ Opvallend is dat enkel voor deze situatie geen tegenbewijsmogelijkheid is opgenomen in art. 2.1 Wet BB 2021.

Figuur 3.4:
Voorbeeld van een triangulaire
situatie 2



Ten slotte signaleert Vakstudie Nieuws (hierna: **V-N**) nog een tegenstrijdigheid bij situaties die gelijk zijn aan de figuren 3.3 en 3.4. De wetgever vindt het namelijk niet hinderlijk om onverminderd te heffen als een Nederlandse entiteit een interestbetaling doet aan een in een lbj gevestigd lichaam, terwijl dit lichaam de interestbetaling toerekent aan een Nederlandse v.i. (zoals in figuur 3.3),²⁰⁵ maar de wetgever vindt het toerekenen van een interestbetaling aan een v.i. ineens wel van belang als deze in een lbj is gevestigd, terwijl het hoofdhuis in een hbj is gevestigd (zoals in figuur 3.4).²⁰⁶ V-N stelt dat Nederland hierdoor, bij verdragssituaties met staten die door Nederland worden aangemerkt als lbj, mogelijk in strijd handelt met de non-discriminatiebepaling van een bilateraal belastingverdrag. Als oplossing draagt V-N aan om de bronbelasting als bevrijdende voorheffing aan te merken, ingeval een in een lbj gevestigde entiteit (hoofdhuis) een voordeel ontvangt van een Nederlandse entiteit, die kan worden toegerekend aan zijn Nederlandse v.i. Het hoofdhuis hoeft dan als buitenlands

²⁰⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 24.

²⁰⁵ art. 2.1, lid 1, ond. a Wet BB 2021.

²⁰⁶ Art. 2.1, lid 1, ond. b Wet BB 2021.

belastingplichtige voor de Wet VpB 1969 geen vennootschapsbelasting meer te betalen over ontvangen voordelen die aan zijn Nederlandse v.i. kunnen worden toegerekend.²⁰⁷

3.5: Deelconclusie

Nederland voert via de Wet BB 2021 per 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op interest- en royaltybetalingen tussen gelieerde lichamen in. Het doel van de Wet BB 2021 is tweeledig en betreft zowel (1) het voorkomen dat Nederland langer wordt gebruikt als toegangspoort naar lbj's, als (2) het bestrijden van het verschuiven van de Nederlandse heffingsgrondslag naar lbj's. De Wet BB 2021 is dan ook hoofdzakelijk gericht op het belasten van rechtstreekse interest- en royaltybetalingen aan in lbj gevestigde gelieerde lichamen of aan een hybride lichaam of v.i., waarbij feitelijk sprake is van een betaling aan een (v.i. van een) lichaam die in een lbj is gevestigd. Daarbij belast de Wet BB 2021 ook misbruiksituaties waarbij MNO's via kunstmatige constructies of transacties bronbelasting zouden kunnen ontwijken door de voordelen te laten stromen via een in een lbj gevestigd doorstroomlichaam. De Wet BB 2021 heeft daarmee een zeer ruim toepassingsbereik. Hierin is duidelijk het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021 terug te zien.

Conform de voorbeelden van achtereenvolgens de situatie met de investeringen in een (omgekeerde) hybride entiteit en de situatie met de v.i. in de bilaterale en triangulaire situatie blijkt dat de Wet BB 2021, in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid, een andere aanpak hanteert. Uit deze analyse blijkt bij de eerste voorbeeldsituatie dat art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 een frappante bepaling is, aangezien de wetgever hier een stuk strenger is en een terughoudende houding aanneemt, terwijl op basis van het Nederlands fiscale verdragsbeleid kan worden geconcludeerd dat Nederland in situaties waarbij het de bronstaat is, geen moeite heeft om de fiscale behandeling van zijn verdragspartners te volgen. Ook bij de tweede voorbeeldsituatie blijkt dat de Wet BB 2021 nogal wat onevenwichtigheden bevat. Belastingplichtigen worden in de tweede voorbeeldsituatie in bilaterale situaties namelijk meer nadelig worden behandeld dan in triangulaire situaties. In de bilaterale situatie mag Nederland onverminderd heffen, terwijl in de triangulaire situatie geldt dat Nederland als bronland gehouden is om vermindering van heffing te verlenen over de interestbetaling op

²⁰⁷ V-N 2019/47.13 van 5 oktober 2019, p. 250.

grond van de interestbepaling in een bilateraal belastingverdrag, mits dit een OESO-MV-conform bilateraal belastingverdrag betreft. Dat is frappant aangezien in de bilaterale situatie geen sprake kan zijn van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag. Mogelijk kan art. 10 MLI deze onevenwichtigheid in sommige gevallen recht trekken. Op basis van het Saint Gobain-besluit kan worden opgemaakt dat Nederland mogelijk vindt dat het in de bilaterale situatie verrekening van bronbelasting moet geven. Tevens lijkt de wetgever het niet hinderlijk te vinden om betalingen aan v.i.'s hoe dan ook in de heffing te betrekken, zolang het hoofdhuis of de v.i. maar in een lbj is gevestigd. V-N waarschuwt voor strijdigheid met de non-discriminatiebepaling bij verdragssituaties met lbj's. Nederland spreekt zichzelf op sommige punten bij de Wet BB 2021 in vergelijking met zijn fiscale verdragsbeleid dus tegen.

Hoofdstuk 4: Internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten

4.1: Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vierde deelvraag centraal: ‘Wat is de verhouding tussen de Wet BB 2021 en de Europees- en internationaalrechtelijke houdbaarheid?’ Dit hoofdstuk vangt aan met een bespreking van de impact van de Wet BB 2021 op internationale belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten van interest en royalty’s. Vervolgens worden de gevolgen van de Wet BB 2021 op het bilaterale belastingverdragennetwerk geanalyseerd. Daarna wordt dieper ingegaan op de verhouding tussen de Wet BB 2021 en het EU-recht. Op basis van het beginsel van loyale samenwerking zijn EU-lidstaten verplicht de Unie bij te staan bij de uitvoering van taken die uit verdragen voortvloeien en passende maatregelen te nemen, zodat de verplichtingen die voortvloeien uit het primaire en secundaire EU-recht worden verwezenlijkt, zonder dat de doelstellingen van de Unie in gevaar worden gebracht.²⁰⁸ Het doel van de EU is de totstandbrenging van de interne markt.²⁰⁹ Nederland is verplicht in lijn met het EU-recht te handelen. Eerst volgt een analyse over de verenigbaarheid van de Wet BB 2021 met het primaire EU-recht, betreffende het verbod op staatsteun ex art. 107 VwEU respectievelijk de verkeersvrijheden van het VwEU. Vervolgens wordt uiteengezet wat de verhouding is tussen de Wet BB 2021 en de IRR. Daarna worden zowel de Wet BB 2021 als een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty’s getoetst aan de drie toetsingscriteria uit par. 1.3. Ten slotte volgt een beknopte analyse naar een voorstel voor een vervolgonderzoek.

4.2: De impact van de Wet BB 2021 op internationale belastingontwijking

Zoals in par. 2.4 is vermeld heeft het CPB recent twee onderzoeken verricht naar doorstroomactiviteiten via Nederland en treaty-shopping. Eén van deze onderzoeken ziet op de verwachte gevolgen van de Wet BB 2021 voor internationale belastingontwijking. Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat Nederland na invoering van de Wet BB 2021 minder voor doorstroomactiviteiten zal worden gebruikt.²¹⁰ Vanuit Nederland zullen na invoering van de Wet BB 2021 geen interest- en royaltybetalingen meer naar lbj’s stromen. Andere staten

²⁰⁸ Art. 4, lid 3 VEU.

²⁰⁹ Art. 3, lid 3 VEU en art. 26 VwEU.

²¹⁰ Lejour & Van ’t Riet, *CPB Notitie*, p. 1-2, 4 & 15.

zullen de functie van Nederland als doorstroomland van interest- en royaltybetalingen naar lbj's overnemen. Mondiaal neemt internationale belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten hierdoor waarschijnlijk niet af. Na invoering van de Wet BB 2021 daalt Nederland vermoedelijk in de rangorde van het aantal meest gebruikte doorstroomlanden. Echter, deze daling is waarschijnlijk bescheiden. Nederland behoort na invoering van de Wet BB 2021 mogelijk nog steeds tot de top 10 doorstroomlanden. Het CPB heeft geen rekening gehouden met in hoeverre fiscale motieven een rol spelen bij interest- en royaltystromen en welke fiscale motieven dit dan zijn.²¹¹ Het onderzoek van het CPB is enkel gericht op het in kaart brengen van internationale belastingontwijking door middel van treaty-shopping. In de realiteit doet zich een grote verscheidenheid aan casusposities voor.

Ontwikkelingslanden lopen veel belastinginkomsten mis door treaty-shopping. Het kabinet heeft in 2018 een herziening van een actieplan uit 2016²¹² opgesteld, dat erop gericht is ontwikkelingslanden te helpen met het realiseren van hun *Sustainable Development Goals* (hierna: **SDG's**).²¹³ Eén van de thema's van het actieplan betreft 'het tegengaan van belastingontwijking en belastingontduiking'. Ondanks dat Nederland met de Wet BB 2021 een goede zet doet – aangezien de doorstroomactiviteiten ten aanzien van interest en royalty's via Nederland door invoering van de Wet BB 2021 waarschijnlijk afnemen – zal internationale belastingontwijking mogelijk even groot blijven.²¹⁴ Omdat interest- en royaltystromen naar lbj's voortaan niet meer via Nederland lopen, verliest Nederland het zicht op deze stromen. Mogelijke zogenoemde negatieve 'waterbedeffecten'²¹⁵ ten aanzien van de internationale verlegging van de geldstromen en de gevolgen hiervan voor ontwikkelingslanden zijn lastig in kaart te brengen.²¹⁶

²¹¹ Lejour & Van 't Riet, *CPB Notitie*, p. 6.

²¹² Het oorspronkelijke actieplan is door het vorige kabinet in 2016 opgesteld en had een andere doelstelling.

²¹³ Brief van de minister voor buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking van 13 juli 2018, 33 625, nr. 265.

²¹⁴ Lejour & Van 't Riet, *CPB Notitie*, p. 1-2 & 15.

²¹⁵ Hiermee wordt bedoelt; het verplaatsen van het probleem. Als andere staten de doorstroomfunctie van Nederland overnemen, kunnen ontwikkelingslanden nog steeds door MNO's worden misbruikt als MNO's voortaan via andere staten bronbelasting op interest- en royalty's gaan ontwijken.

²¹⁶ MvA II 2019/2020, 35 305, nr. C, p. 5.

4.3: De Wet BB 2021 en het Nederlands bilaterale belastingverdragenetwerk

Nederland heeft bij de onderhandelingen van bilaterale belastingverdragen uiteraard niet kunnen anticiperen op de Wet BB 2021. Aangezien Nederland geen bronbelasting heft op interest en royalty's, streefde Nederland voorheen bij onderhandelingen met verdragspartners altijd naar uitsluitende woonstaatheffing op deze inkomensstromen. Indien een verdragspartner toch bronbelasting wenste te kunnen heffen op interest en royalty's, dan beoogde Nederland zoveel mogelijk uitzonderingen voor een bronheffingsrecht op te nemen.²¹⁷ Over het algemeen zijn de meeste bilaterale belastingverdragen van het Nederlands bilaterale belastingverdragenetwerk met betrekking tot de verdeling van heffingsrechten over passieve inkomensbestanddelen in lijn met het OESO-MV.²¹⁸ Zie par. 2.5.1 voor onder andere een toelichting over de verdeling van de heffingsbevoegdheid in het OESO-MV 2017 met betrekking tot interest- en royaltybetalingen in bilaterale situaties.

In par. 2.7 is reeds besproken welke staten op de lijst van lbj's staan vermeld. Staten die nieuw op de lijst van lbj's staan opgenomen krijgen drie jaar 'uitstel',²¹⁹ zodat Nederland via verdragsonderhandelingen kan proberen de volledige heffingsbevoegdheid naar zich toe te trekken, dan wel de heffingsbevoegdheid tegen een gereduceerd bronbelastingtarief kan verkrijgen. Nederland wil voorkomen dat de fiscale posities van de in de verdragsluitende staten gevestigde gelieerde entiteiten veranderen, omdat zij onvoldoende de tijd hebben gehad het bilaterale belastingverdrag aan te kunnen passen.²²⁰ Het kabinet is van oordeel dat een termijn van drie kalenderjaren schappelijk is voor Nederland om met verdragsluitende staten, die op de lijst van lbj's staan opgenomen, te heronderhandelen. De staatssecretaris van Financiën betoogt dat als Nederland een langer termijn hanteert, het ongewenste risico wordt gelopen dat zijn verdragspartners geen actieve houding zullen aannemen.²²¹ Vanzelfsprekend is het nog onzeker óf, en in hoeverre, bilaterale belastingverdragen daadwerkelijk zullen worden aangepast gedurende de driejaarstermijn. Zeker is dat de betreffende bilaterale belastingverdragen niet door Nederland zullen worden opgeheven.²²²

²¹⁷ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 11* van 11 februari 2011, p. 47.

²¹⁸ Zoals in par. 2.5.1 reeds is vermeld, geldt daarentegen dat de bilaterale belastingverdragen Nederland-Ghana en Nederland-India, conform het VN-MV 2017, voorzien zijn van een bepaling over vergoedingen voor technische dienstverlening.

²¹⁹ De termijn gaat in vanaf het eerste moment van aankondiging dat de verdragspartner door Nederland als lbj wordt aangemerkt. Zie: MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 5 en art. 1.2, lid 2 Wet BB 2021.

²²⁰ MvA II 201/2020, 35 305, nr. C, p. 3-4.

²²¹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 5.

²²² Pötgens, *NTFR* 2020/3, ond. 5. jo. MvA II 2019/2020, 35 305, nr. C, p. 3.

4.4: De Wet BB 2021 in verhouding tot het primaire EU-recht

Met betrekking tot de verhouding tussen de Wet BB 2021 en het EU-recht dient geen strijdigheid aanwezig te zijn met achtereenvolgens art. 107 VwEU – betreffende de bepaling waarin het verbod op staatsteun is opgenomen – en de in het VwEU neergelegde vrije verkeersbepalingen (hierna: **EU-vrijheden**). Het kabinet stelt dat met name het EU-recht een rol heeft gespeeld bij de vormgeving van de Wet BB 2021 en dat geen sprake is van enige strijdigheid met het staatssteunverbod en/of de EU-vrijheden.²²³ In de literatuur wordt dit betwijfeld.²²⁴

4.4.1: Het staatssteunverbod en de Wet BB 2021

Fiscale staatssteun aan een onderneming kan zich in verschillende vormen voordoen en is daarom niet altijd even snel herkenbaar. Om te bepalen of sprake is van verboden staatssteun dient een nationale maatregel aan vier criteria te worden getoetst.²²⁵ Het selectiviteitscriterium vormt veelal het grootste struikelblok bij verboden staatsteun. Omwille van de omvang van dit onderzoek worden enkel het voordeelcriterium en het selectiviteitscriterium behandeld, omdat deze criteria nauw met elkaar samenhangen en bovendien in de literatuur vooral veel is geschreven over het selectiviteitscriterium ten aanzien van de Wet BB 2021.²²⁶

Bij het voordeelcriterium staat centraal dat een nationale maatregel een economisch voordeel oplevert voor een belastingplichtige, in de zin dat de betreffende maatregel afwijkt van het normale belastingstelsel. Zo'n begunstiging kan diverse vormen aannemen: Iedere positieve prestatie die een overheid vanuit zichzelf en eenzijdig verricht, ook ieder voordeel dat een onderneming onder normale economische omstandigheden niet zou hebben verkregen en iedere lasten- of kostenverlichting die een onderneming normaal gesproken zelf draagt, kunnen als begunstiging worden aangemerkt.²²⁷ In de Mededeling over het verbod op staatsteun van de EC (hierna: **Mededeling**) staat opgenomen dat ook belastingvoordelen, die

²²³ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 12 & nnavv II, 2019/2020, 35 305, nr. 6, p. 8.

²²⁴ Zie bijvoorbeeld: De Graaf in *MBB* 2019/12-43; Pötgens in *NTFR* 2020/3; Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof in *WFR* 2019/207 en Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/190.

²²⁵ Dit betreffen (1) het voordeelcriterium, (2) het selectiviteitscriterium (3) het criterium dat het uit staatsmiddelen is bekostigd en (4) het criterium dat mededinging wordt vervalst en sprake is van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen EU-lidstaten. Zie: art. 107, lid 1 VwEU.

²²⁶ Zie bijvoorbeeld het artikel en de paper van Vleggeert en Vording 'Bronbelasting 2020: een wassen neus' respectievelijk 'A Tax on Aggressive Tax Planning'.

²²⁷ PbEU 2016, C 262/01, par. 66-68, p. 15.

de economische lasten van een onderneming verlichten, als begunstiging kunnen worden aangemerkt.²²⁸ Gezien de Wet BB 2021 een conditionele bronbelasting betreft en aldus enkel wordt geheven indien sprake is van een interest- of royaltybetaling aan in een lbj gevestigd lichaam, dan wel aan een in een hbj gevestigd lichaam ingeval sprake is van een misbruiksituatie,²²⁹ worden bepaalde ondernemingen – die niet voldoen aan de voorwaarden voor de belastingplicht voor de Wet BB 2021 – begunstigd. Naar mijn mening is de Wet BB 2021 kwetsbaar ten aanzien van het voordeelcriterium. Immers, entiteiten die niet belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021 – omdat zij niet aan de gestelde voorwaarden voldoen – worden bevoordeeld met een verlichting van hun economische lasten wegens een lagere belastingdruk, terwijl entiteiten die wel belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021 worden geconfronteerd met een hogere belastingdruk.

Kort en bondig houdt het selectiviteitscriterium in dat bepaalde ondernemingen of producties worden bevoordeeld ten opzichte van anderen, die – gelet op de doelstelling van de betrokken regeling – zich feitelijke en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden.²³⁰ Bij de beoordeling of sprake is van selectiviteit dient eerst de algemene of normale regeling van een nationale maatregel van een EU-lidstaat te worden achterhaald. Deze dient als relevant referentiekader. Vervolgens moet worden beoordeeld of de betrokken maatregel een selectief voordeel verschaft, doordat deze afwijkt van een algemene regeling. Hiervan is sprake als differentiaties tussen marktdeelnemers zijn ingevoerd, terwijl zij zich – gelet op het doel van de nationale maatregel van de betrokken EU-lidstaat – in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Ingeval een nationale maatregel differentiatie ten opzichte van het referentiekader behelst en dus *a priori* selectief is, moet ten slotte worden onderzocht of het voordeel gerechtvaardigd is door de aard en opzet van de regeling. Gelet op het interne doel van de betreffende regeling en de uitvoering daarvan, moet de maatregel evenredig en coherent zijn.

In principe wordt een nationale maatregel pas beoordeeld op verboden staatssteun als sprake is van een regeling die afwijkt van de referentieregeling. Echter, in de Mededeling staat opgenomen dat voor bepaalde nationale maatregelen geldt dat het onvoldoende is om enkel de referentieregeling van een nationale maatregel aan het selectiviteitscriterium te toetsen. Ook

²²⁸ PbEU 2016, C 262/01, par. 68, p. 15, vtn. 105.

²²⁹ Hiermee wordt bedoeld een misbruiksituatie in de zin van art. 2.1, lid 1, ond. c Wet BB 2021.

²³⁰ PbEU 2016, C 262/01, par. 128, p. 29.

de grenzen van de referentieregeling moeten er op worden beoordeeld of zij coherent zijn afgebakend.²³¹ De EC baseert dit op het arrest *Gibraltar*.²³² Het HvJ wijst er op dat het van belang is om de grenzen van de referentieregeling te beoordelen op een coherente afbakening. Nationale maatregelen kunnen zich anders verschuilen achter het feit dat ze tot stand zijn gebracht door middel van andere regelgevingstechniek, zodat ze gemakkelijk ontsnappen aan verboden staatssteun, terwijl rechtens en/of feitelijk hetzelfde resultaat wordt bereikt.²³³ In het Hongaarse arrest *Vodafone* was eveneens sprake van een nieuwe nationale belastingregeling – namelijk een op de omzet gebaseerde progressieve belasting voor telecommunicatieondernemingen – waardoor de referentieregeling voor het selectiviteitscriterium pas tot stand was gebracht bij de introductie ervan.²³⁴ Op 13 juni 2019 concludeerde advocaat-generaal (hierna: **A-G**) Kokott in deze zaak over eventuele verboden staatssteun,²³⁵ dat een nationale maatregel (die dient als referentieregeling) moet worden beoordeeld op zijn coherentie als deze onsamenvattend is en een EU-lidstaat met deze maatregel zijn belastingregels misbruikt om aan bepaalde ondernemingen als het ware ongeoorloofd subsidies te kunnen verstrekken.²³⁶ A-G Kokott meent dat de staatssteuntoets verder ingeperkt moet worden. Zij is van mening dat moet worden beoordeeld wat de ratio van de nationale maatregel is en of deze op consistente wijze in de belastingwet tot uitdrukking is gebracht. Er wordt voldaan aan het selectiviteitscriterium als een nieuwe nationale maatregel ten aanzien van het doel van de belastingwet van een EU-lidstaat niet rationeel is.²³⁷ A-G Kokott heeft ten aanzien van nieuw ingevoerde nationale maatregelen in principe dus dezelfde stellingname als de EC in de Mededeling.²³⁸

In het kader van de Wet BB 2021 dient te worden nagegaan of de grenzen van het begrip ‘ljb’ voldoende coherent zijn afgebakend, zodat bepaalde ondernemingen die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden als de ondernemingen van de referentieregeling, geen gunstigere behandeling krijgen.²³⁹ Selectiviteit is aanwezig als

²³¹ PbEU 2016, C 262/01, par. 129, p. 29.

²³² C-106/09 P, C-107/09 P (Uitspraak) (*Commissie/Gibraltar en VK*), r.o. 91, 92, 101, 106-108.

²³³ C-106/09 P, C-107/09 P (Uitspraak) (*Commissie/Gibraltar en VK*), r.o. 92.

²³⁴ Zie eveneens de op dezelfde dag gewezen zaak C-323/18, ECLI:EU:C:2020:140 (*Tesco-Global Áruházak*).

²³⁵ Aangezien het HvJ de prejudiciële vraag als niet ontvankelijk verklaard, zijn we enkel gewezen op de conclusie van A-G Kokott. Zie C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139 (*Vodafone Magyarország*), (*concl. Kokott*), r.o. 28-32.

²³⁶ Par. 168 van A-G HvJ-EU, C-75/18, ECLI:EU:C:2019:492 (*Vodafone Magyarország*). Zie ook par. 155 van A-G HvJ-EU 4 juli 2019, C-323/18, ECLI:EU:C:2019:567 (*Tesco-Global Áruházak*), (*concl. Kokott*).

²³⁷ Par. 163 & 170 van A-G HvJ-EU, C-75/18, ECLI:EU:C:2019:492 (*Vodafone Magyarország*).

²³⁸ De EC heeft namelijk dezelfde opvatting in PbEU 2016, C 262/01, par. 129, p. 29.

²³⁹ Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/190, p. 1316.

bepaalde ondernemingen niet belastingplichtig zijn voor de Wet BB 2021, terwijl zij daar – gelet op het doel van de Wet BB 2021 –²⁴⁰ wel onder zouden moeten vallen. Zij worden begunstigd met een belastingvoordeel (voordeelcriterium), waardoor zij lagere economische lasten hebben.

Zoals is vermeld in par. 1.1 en par. 2.7.2, kwalificeert Nederland onder andere staten met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% als lbj.²⁴¹ Het effectieve winstbelastingtarief speelt geen rol bij de kwalificatie. Vleggeert en Vording stellen dat de situatie van een onderneming die niet in een lbj is gevestigd, maar wel tegen een effectief tarief van minder dan 9% over zijn fiscale winst wordt belast – met het oog op het doel van de Wet BB 2021 – vergelijkbaar is met de situatie van een in een lbj gevestigde onderneming, waarbij geen sprake is van grondslagafwijking.²⁴² Voor beide groepen ondernemingen geldt dat zij Nederland gebruiken voor doorstroomactiviteiten om de heffingsgrondslag te verleggen naar een staat met een laag winstbelastingtarief. Ondernemingen die gevestigd zijn in een hbj, maar waarbij hun winsten wel tegen een effectief winstbelastingtarief van minder dan 9% in de heffing worden betrokken, zijn enkel belastingplichtig voor de Wet BB 2021 ingeval sprake is van misbruik.²⁴³ Zij worden begunstigd met een lagere belastingdruk. Terwijl zij zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden als ondernemingen die gevestigd zijn in een lbj – waarbij geen sprake is van grondslagafwijking – en die geconfronteerd worden met een hogere belastingdruk.

Aldus kan worden afgevraagd of Nederland het verbod op staatsteun voldoende heeft ingedamd. De Wet BB 2021 betreft een nieuwe regeling, waardoor – bij de beoordeling of sprake is van selectiviteit – de bronbelasting zelf dient als referentieregeling en geen uitzonderingsbepaling aanwezig is. De staatssecretaris van Financiën probeert zijn keuze voor het statutaire winstbelastingtarief te rechtvaardigen door zich te beroepen op de uitvoerbaarheid van de Wet BB 2021.²⁴⁴ Volgens hem wordt de Wet BB 2021 anders te complex, aangezien het niet meevalt om aan de hand van objectieve criteria een lijst van effectieve lbj's samen te stellen. Er bestaat geen algemeen mondiaal geaccepteerde definitie van een effectief winstbelastingtarief en daarbij is dit tarief afhankelijk van de feiten en

²⁴⁰ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

²⁴¹ Daarbij kwalificeren ook staten die op de zwarte EU-lijst van de EC staan opgenomen als lbj. Art. 1.2, lid 1, ond. e Wet BB 2021.

²⁴² Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/190, p. 1316.

²⁴³ PbEU 2016, C 262/01, par. 129, p. 29.

²⁴⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 15.

omstandigheden per afzonderlijk geval.²⁴⁵ Het kost teveel capaciteit bij de Belastingdienst om voldoende hooggekwalificeerd toezicht op ieder *case-by-case*-scenario per belastingplichtige te houden.²⁴⁶ Ondanks dat in de Mededeling ‘administratieve beheersbaarheid’ als een mogelijke rechtvaardigingsgrond wordt genoemd,²⁴⁷ roepen Vleggeert en Vording naar mijn mening terecht de tegenvraag op waarom een effectieve heffingstoets in de sfeer van de renteaftrekbepaling²⁴⁸ en de deelnemingsvrijstelling²⁴⁹ geen bezwaar vormt, maar een dergelijke toets in de sfeer van een conditionele bronbelasting wel.²⁵⁰ In de uitvoeringsregeling (hierna: **UR**) van de AWR wordt namelijk een bepaling opgenomen dat het kalenderjaar gaat gelden als tijdvak waarover de bronbelasting moet worden betaald.²⁵¹ Net als bij de compenserende heffingstoets in de winstdrainagebepaling van art. 10a Wet VpB 1969 en de onderworpenheidstoets voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB 1969 hoeven belastingplichtigen pas aan het eind van het kalenderjaar –²⁵² wat bij de meeste belastingplichtigen gelijk valt met het fiscale boekjaar – te weten hoeveel vennootschapsbelasting er effectief bij hen is geheven. Naar mijn mening is aansluiting bij het effectieve tarief in uitvoering niet bovenmatig complex. Ik volg de mening van Vleggeert en Vording, dat het begrip ‘l**bj**’ onvoldoende coherent is afgebakend en Nederland daardoor mogelijk ook in de knel komt met het selectiviteitsvereiste.

4.4.2: De EU-vrijheden en de Wet BB 2021

Om te bepalen welke EU-vrijheid van toepassing is op de Wet BB 2021, dient de jurisprudentie van het HvJ in aanmerking te worden genomen. Welke EU-vrijheid van toepassing is, betreft een zeer relevante vraag, aangezien de kapitaalsvrijheid ex art. 63 VwEU, anders dan de vestigingsvrijheid ex art. 49 VwEU, ook in de verhouding tot derde

²⁴⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 13-14.

²⁴⁶ Aanhangsel Handelingen II 2018/2019, nr. 1289, p. 3-4.

²⁴⁷ PbEU 2016, C 262/01, par. 139, p. 29.

²⁴⁸ Dit betreft de compenserende heffingstoets in de winstdrainagebepaling van art. 10a, lid 3, ond. b Wet VpB 1969.

²⁴⁹ Dit betreft de onderworpenheidstoets voor kwalificerende beleggingsdeelnemingen in de deelnemingsvrijstelling van art. 13, lid 11, ond. a Wet VpB 1969.

²⁵⁰ Vleggeert & Vording, *WFR* 2019/41, p. 235.

²⁵¹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 41.

²⁵² Hierbij dient te worden opgemerkt dat de inhoudingsplichtige op grond van art. 5.2 Wet BB 2021 verplicht is bronbelasting in te houden op het tijdstip dat deze voordelen worden genoten, zodat hij aan het eind van het kalenderjaar de ingehouden bronbelasting per aangifte kan afdragen.

landen geldt.²⁵³ Het HvJ wijst in het arrest *Test Claimants* dat de fiscale behandeling van dividenden ten aanzien van de EU-vrijheden zowel onder het bereik van de vestigingsvrijheid als de kapitaalsvrijheid kunnen vallen. Daarbij wijst het HvJ dat aan de hand van het voorwerp van de nationaal wettelijke regeling kan worden bepaald welke EU-vrijheid van toepassing is.²⁵⁴

Doordat enkel interest- en royaltybetalingen tussen gelieerde entiteiten onder de Wet BB 2021 vallen en voor de definitie van gelieerdheid aansluiting is gezocht bij jurisprudentie van het HvJ,²⁵⁵ is het kabinet van mening dat de Wet BB 2021 enkel onder het bereik van de vestigingsvrijheid valt.²⁵⁶ De definitie voor gelieerdheid in de Wet BB 2021 is met name specifiek gebaseerd op het arrest *Baars*, waarin het HvJ er op wijst dat een onderdaan van een EU-lidstaat die met zijn aandelenbelang een zodanige invloed heeft op de besluitvorming van een in een andere EU-lidstaat gevestigde deelneming en de activiteiten ervan kan bepalen, binnen het bereik van de vestigingsvrijheid valt.²⁵⁷

In het arrest *Test Claimants* wijst het HvJ er op dat nationaal wettelijke regelingen aan de vestigingsvrijheid moeten worden getoetst als deze zien op participaties in deelnemingen, waarbij een participant een ‘zodanige invloed’ heeft op de besluitvorming van een deelneming (zeggenschapsverhoudingen).²⁵⁸ Nationaal wettelijke regelingen waarbij het voorwerp ziet op participaties die alleen gericht zijn op beleggingen (niet-zeggenschapsverhoudingen) worden daarentegen getoetst aan de kapitaalsvrijheid.²⁵⁹ Als het voorwerp van een nationale wettelijke regeling zowel ziet op zeggenschapsverhoudingen als op niet-zeggenschapsverhoudingen, dient per situatie – aan de hand van de feiten – te worden beoordeeld welke EU-vrijheid van toepassing is. Zodoende kan bijvoorbeeld worden

²⁵³ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 4.

²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), r.o. 90; en C-504/16 & C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding/Bundeszentralamt für Steuern*), r.o. 77, en met verwijzingen aldaar.

²⁵⁵ C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*), r.o. 22 & 26 en HvJ-EU 23 oktober 2007, C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, r.o. 13.

²⁵⁶ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 4.

²⁵⁷ C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*), r.o. 22. Het HvJ heeft het arrest *Baars* later herbevestigd, zie bijvoorbeeld C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), r.o. 31.

²⁵⁸ C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), r.o. 91.

²⁵⁹ C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), r.o. 92.

afgevraagd of sprake is van een beleidsbepalende invloed in de deelneming door de participant.²⁶⁰

In de literatuur is kritiek gegeven op de verenigbaarheid van de Wet BB 2021 met de verkeersvrijheid en de kapitaalsvrijheid. Bagci, Brandsma, Ruige en Zuidhof betwisten of individuele (minderheids)deelnemers van een samenwerkende groep daadwerkelijk een ‘zodanige invloed’ op de besluiten van deelneming kunnen uitoefenen, waardoor de interest- en royaltybetalingen tussen de deelneming en de achterliggende participanten mogelijk binnen het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen.²⁶¹ De Graaf heeft dezelfde mening als de hiervoor genoemde auteurs.²⁶² Volgens hem zijn er vele situaties mogelijk waarbij achterliggende participanten niet (voldoende) betrokken zijn bij de economische activiteiten van een Nederlandse entiteit, waar zij als zogenoemde ‘samenwerkende groep’ volgens de Wet BB 2021 een kwalificerend belang in hebben.²⁶³ Pötgens merkt op dat ook transacties tussen entiteiten – waarbij sprake is van gelieerdheid door middel van middellijk aangehouden belangen – mogelijk onder de kapitaalsvrijheid vallen, aangezien niet per sé sprake is van een zodanige invloed op de besluitvorming van een middellijk gehouden deelneming.²⁶⁴ Als een interest- of royaltybetaling onder het bereik van de kapitaalsvrijheid valt, mag Nederland in veel gevallen geen conditionele bronbelasting heffen, omdat Nederland niet-ingezetene entiteiten, die gevestigd zijn in lbj’s, dan meer nadelig zou behandelen dan ingezetenen.²⁶⁵

Hoewel de situaties van de achterliggende participanten en middellijk aangehouden deelnemingen misschien kwetsbaar zijn – omdat deze mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen, aangezien geen sprake is van een zeggenschapsverhouding – geldt ten opzichte van de overige situaties, dat strijdigheid van de Wet BB 2021 met de vestigingsvrijheid aardig wordt omzeild. In par. 3.4 wordt aan de hand van twee voorbeelden de Wet BB 2021 kritisch geanalyseerd ten aanzien van het Nederlands fiscale verdragsbeleid. Uit deze analyse blijkt dat de Wet BB 2021 ook interest- en royaltybetalingen aan entiteiten die gevestigd zijn in een hbj onder het heffingsbereik van de Wet BB 2021 laat vallen. Tevens

²⁶⁰ Noot 13 van P.J. Wattel op C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), BNB 2013/28. Zie ook r.o. 93 van onderhavig arrest.

²⁶¹ Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207, p. 1253.

²⁶² De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 472.

²⁶³ De eerste voorbeeldsituatie in par. 3.4 betreft bijvoorbeeld zo’n situatie.

²⁶⁴ Pötgens, *NTFR* 2020/3, p. 5-6.

²⁶⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 4.

blijkt uit het tweede voorbeeld van par. 3.4 – over de v.i. in een bilaterale situatie (figuur 3.3) in vergelijking met een triangulaire situatie (figuur 3.2) – dat ingezetenen in sommige situaties zelfs meer nadelig worden behandeld dan niet-ingezetenen.²⁶⁶ Doordat Nederland ingezetenen en niet-ingezetenen gelijk behandelt wordt strijdigheid met de verkeersvrijheid voorkomen.²⁶⁷

Ook ten aanzien van de definitie van een ‘ljb’ heeft het kabinet ervoor gezorgd dat mogelijke onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid wordt voorkomen. Reeds bij het indienen van het wetsvoorstel van art. 13ab Wet VpB 1969 – waarbij Nederland zijn eigen invulling aan model A van de CFC-regeling heeft gegeven – besteedde het kabinet aandacht aan de vormgeving van een conditionele bronbelasting op interest en royalty’s, zodat geen sprake zou zijn van strijdigheid met de vestigingsvrijheid. Om te bepalen of sprake is van een zogenoemde ‘controleerende entiteit’, is art. 13ab, lid 3 Wet VpB namelijk ook voorzien van een lijst met ljb’s.²⁶⁸ De wetgever wil met het oog op de uitvoerbaarheid voor zowel art. 13ab Wet VpB 1969 als de Wet BB 2021 eenzelfde landenlijst hanteren. Aangezien het laagste statutaire winstbelastingtarief in Europa 9% bedraagt en het ten aanzien van de vestigingsvrijheid niet is toegestaan om enkel bronbelasting te heffen op interest en royalty’s aan gelieerde entiteiten die gevestigd zijn in andere EU-lidstaten of in andere staten van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER-lidstaten)²⁶⁹,²⁷⁰ is er uiteindelijk²⁷¹ voor gekozen om bij de lijst van ljb’s aan te sluiten bij een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9%.²⁷² Enige onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid is wegens de vastgelegde statutaire winstbelastingtariefgrens van minder dan 9% aldus niet aanwezig.

In par. 4.4.1 is de kwetsbaarheid van het begrip ‘ljb’ ten aanzien van het staatssteunverbod behandeld. Als Nederland aansluit bij een effectief winstbelastingtarief van 9% of lager om verboden fiscale staatsteun te vermijden, kan ook bronbelasting worden geheven op interest-

²⁶⁶ Zie par. 3.4 voor een uitgebreidere toelichting.

²⁶⁷ De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 468-470.

²⁶⁸ Art. 13ab, lid 3, ond. d Wet VpB 1965.

²⁶⁹ De vestigingsvrijheid is namelijk ook vastgelegd in art. 31 Overeenkomst betreffende de EER. Tot de EER behoren de EU-lidstaten en de staten van de Europese Vrijhandelsassociatie.

²⁷⁰ Art. 49 VwEU.

²⁷¹ Aanvankelijk werd beoogt aan te sluiten bij een statutair winstbelastingtarief van 7%, maar op 20 november 2018 is dit na het amendement van het lid van Weyenberg C.S., gewijzigd. Zie: MvT II 2018/19, 35 030, nr. 3 en Amendement II, 2018/19, 35 030, nr. 10.

²⁷² De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 466. jo. nnavv II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 8. Zie ook: MvT II 2018/19, 35 030, nr. 3 en MvA II 2018/19, 35 030, nr. C, p. 3.

en royaltybetalingen aan andere EU-lidstaten.²⁷³ Dit kan een belemmering vormen voor de vestigingsvrijheid. Het HvJ wijst namelijk in het arrest *Sopora* – welke gaat over unilaterale meestbegünstiging –²⁷⁴ dat discriminatie tussen niet-ingezetene werknemers is verboden als onderdanen van bepaalde EU-lidstaten worden bevoordeeld en anderen niet, terwijl hiervoor geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is.²⁷⁵ Vleggeert en Vording stellen daarom voor om een bronbelasting op interest en royalty's in te voeren, die van toepassing is tussen verbonden entiteiten – ongeacht waar de voordeelgerechtigden zijn gevestigd – en die wordt geheven als de voordelen bij de ontvanger onvoldoende effectief worden belast.²⁷⁶ Voorlopig stellen zij een minimaal effectief winstbelastingtarief van 15% voor, totdat binnen de EU of de OESO overeenstemming is bereikt ten aanzien van een minimumtarief. Met het oog op de conditionaliteit van de bronbelasting stellen de auteurs dat de IRR dient te worden aangepast en dat Nederland nieuwe afspraken moet maken met zijn verdragspartners. In de IRR dient een bepaling te worden opgenomen die lidstaten verplicht een bronbelasting op interest en royalty's in te voeren.²⁷⁷ Daarbij dienen de IRR en bilaterale belastingverdragen vervolgens zo te worden aangepast dat Nederland eventuele vrijstellingsbepalingen of tariefsverlagingen, die hierin staan opgenomen, niet hoeft toe te passen als de uiteindelijk gerechtigde van de interest- en royaltybetaling onvoldoende effectief hierover wordt belast. Doordat de conditionaliteit van de bronbelasting niet in de nationale wetgeving wordt opgenomen, wordt strijdigheid met de vestigingsvrijheid voorkomen.²⁷⁸ Immers op basis van het arrest *D* blijkt dat onderscheid kan worden gemaakt tussen een verschil in behandeling bij enerzijds grensoverschrijdende situaties die gebaseerd zijn op nationale wetgeving – zoals bij het arrest *Sopora* – en anderzijds bij grensoverschrijdende situaties die voortvloeien uit een bilateraal belastingverdrag.²⁷⁹

Vleggeert & Vording stellen dat bilaterale belastingverdragen via het MLI kunnen worden aangepast. Hierdoor lijkt het dat de auteurs zelf ook van mening zijn dat het voor Nederland niet zal meevallen om in (her)onderhandeling te gaan met al zijn verdragspartners voor

²⁷³ Vleggeert & Vording, *WFR* 2019/41, p. 234-235.

²⁷⁴ Dit gaat over de situatie waarbij een EU-lidstaat op basis van een bepaling in zijn nationale wetgeving een onderdaan meestbegünstigt. De Groot, *MBB* 2013/12, p. 375.

²⁷⁵ Vleggeert & Vording in 2019/41, p. 235 en in 'A Tax on Aggressive Tax Planning', p. 17. jo. C-512/13, ECLI:EU:C:2015:108 (*C.G. Sopora/Staatssecretaris van Financiën*) r.o. 23-25.

²⁷⁶ Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Vleggeert in *WFR* 2019/190, p. 1169, of de bijdragen samen met Vording in achtereenvolgens *WFR* 2018/3, p. 8-9 en *WFR* 2019/41, p. 235-236.

²⁷⁷ Vleggeert & Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', p. 20.

²⁷⁸ Vleggeert & Vording in *WFR* 2019/41, p. 235 en in 'A Tax on Aggressive Tax Planning', p. 17-18 & 20.

²⁷⁹ C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 (*D*), r.o. 60-62.

aanpassingen aan bilaterale belastingverdragen. Naar mijn mening vormt het MLI hier geen oplossing. Het MLI ziet alleen op aanpassingen die worden opgenomen in het OESO-MV 2017 en die moeten doorwerken in bestaande bilaterale belastingverdragen. Dat is hier niet aan de orde. Zelfs al zou een nieuwe bepaling in het OESO-MV wordt opgenomen, conform het idee van Vleggeert en Vording, dan betwijfel ik nog steeds of een multilateraal instrument een oplossing vormt. Momenteel is ook het MLI op veel bilaterale belastingverdragen niet van kracht, omdat de staten zich niet als participerende staat hebben aangemeld, dan wel omdat de bilaterale belastingverdragen niet als CTA bij de depositaris zijn aangemeld. Bij een nieuw multilateraal instrument vermoed ik dat dit niet anders zal zijn. Daarnaast stellen de auteurs dat de IRR dient te worden aangepast. Gezien de benodigde eenparigheid van stemmen en het feit dat vooralsnog geen consensus is bereikt over een voorstel tot herziening van de IRR,²⁸⁰ zie ik het niet snel gebeuren dat de IRR daadwerkelijk wordt aangepast.²⁸¹

4.5: De Wet BB 2021 in verhouding tot de IRR

Zoals in par. 3.3 reeds is vermeld, is de Wet BB 2021 voorzien van een antimisbruikbepaling. Deze treedt in werking als een in een hbj gevestigde tussenschakel enkel in de inkomensstroom is geplaatst met het hoofddoel, of één der hoofddoelen, om heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan.²⁸² Ingeval de tussenschakel in een EU-lidstaat is gevestigd, valt deze in principe onder het bereik van de IRR,²⁸³ mits wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden in de IRR.²⁸⁴ Ook de IRR is voorzien van antimisbruikbepalingen, zoals een uiteindelijk gerechtigdentoets²⁸⁵ en een specifieke antimisbruikbepaling²⁸⁶.

²⁸⁰ Zoals in par. 2.8 is vermeld, ligt er al sinds 2015 een voorstel tot het opnemen van een zogenoemde ‘minimum effective tax clause’ in de IRR.

²⁸¹ V-N 08, Aant. 4, jo. art. 115 VwEU.

²⁸² Art. 2.1, lid 1, ond. c Wet BB 2021.

²⁸³ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 26.

²⁸⁴ Er dient te worden opgemerkt dat de IRR alleen mogelijk van kracht kan zijn op uitgaande interest- en royaltybetalingen ingeval sprake is van een misbruiksituatie. Immers, momenteel kwalificeren EU-lidstaten niet als lbj, omdat het laagste statutaire winstbelastingtarief binnen de EU 9% is en er geen EU-lidstaat op de zwarte EU-lijst van de EC staat opgenomen. Tevens is het niet te verwachten dat een EU-lidstaat in de toekomst als lbj zal kwalificeren, aangezien de instellingen van de EU politieke druk op de EU-lidstaten uitoefenen om dit te voorkomen.

²⁸⁵ Art. 1, lid 4 & 5 IRR.

²⁸⁶ Art. 5, lid 2 IRR.

Het HvJ heeft de uiteindelijk gerechtigdentoets van de IRR ingevuld met het arrest *N Luxembourg I*.²⁸⁷ Een ontvanger kan als uiteindelijk gerechtigde worden aangemerkt als hij economisch het genot heeft over de interest- en royaltybetaling en hij vrijelijk over de ontvangen betaling kan beslissen.²⁸⁸ Daarbij is ook de invulling door de OESO van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ relevant voor de interpretatie van de uiteindelijk gerechtigdentoets van de IRR.²⁸⁹ Par. 2.6 gaat over de invulling door de OESO van het begrip uiteindelijk gerechtigde.

Naast de interpretatie van de uiteindelijk gerechtigdentoets in de IRR wijst het HvJ bij onderhavig arrest er ook op – met het oog op het naleven van het Unierechtelijk beginsel van verbod op misbruik (hierna: **EU-antimisbruikbeginsel**) – dat EU-lidstaten verplicht zijn IRR-voordelen te weigeren in geval van misbruik. Dit geldt ook als de nationale wetgeving niet is voorzien van een antimisbruikbepaling die conform de IRR kan worden uitgelegd. EU-lidstaten dragen de verplichting het EU-antimisbruikbeginsel toe te passen als sprake is van een Unierechtelijk voordeel.²⁹⁰ Het EU-antimisbruikbeginsel bevat een objectieve toets – die er op ziet of voldaan wordt aan het doel van de IRR – en een subjectieve toets, die bepaalt of een Unierechtelijk voordeel kunstmatig is verkregen.²⁹¹ Situaties waarbij mogelijk sprake is van misbruik dienen aan beide toetsen te worden onderworpen. Hierbij geeft het HvJ een cumulatie van aanwijzingen over wat als misbruik kan worden aangemerkt.²⁹² Het HvJ legt niet uit welk gewicht aan iedere aanwijzing moet worden gegeven.

De Wet BB 2021 dient rekening te houden met jurisprudentie van het HvJ, waarin (aan de hand van voorbeelden) invulling wordt gegeven over de verenigbaarheid van antimisbruikbepalingen met het EU-recht.²⁹³ De antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021 bestaat uit twee elementen die in samenhang moeten worden toegepast, namelijk een subjectieve en objectieve toets. Bij de subjectieve toets wordt een vergelijking gemaakt tussen de werkelijke situatie en de situatie waarbij de tussenschakel wordt weggedacht, om te kunnen bepalen of de situatie zonder tussenschakel tot een hogere Nederlandse bronbelastingclaim leidt. Dit kan wijzen op een constructie die beoogt bronbelasting bij een

²⁸⁷ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*).

²⁸⁸ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 88, 89 & 122.

²⁸⁹ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 90.

²⁹⁰ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 110-111 & 122.

²⁹¹ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 124.

²⁹² C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 127-133.

²⁹³ Pötgens, *NTFR* 2020/3, p. 7.

ander te ontgaan.²⁹⁴ De objectieve toets bepaalt of sprake is van een kunstmatige constructie of transactie die niet is gebaseerd op geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Aan de hand van relevante feiten en omstandigheden dient te worden beoordeeld of een doorstroomlichaam een kunstmatig karakter heeft.²⁹⁵

Zoals in par. 3.3 is vermeld, dienden de substance-eisen voorheen als safe harbour bij de objectieve toets van andere antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969 en de Wet DB 1965,²⁹⁶ maar sinds het arrest *N Luxembourg I* spelen ze enkel nog een rol bij de bewijslastverdeling bij zowel de subjectieve als objectieve toets.²⁹⁷ Het hanteren van een safe harbour zou op grond van dit arrest namelijk niet in lijn zijn met het EU-recht. Momenteel geldt dat als een tussenschakel voldoet aan de substance-eisen, de inspecteur nog steeds aannemelijk kan maken dat sprake is van misbruik, door aan te tonen dat de tussenschakel aan de subjectieve en objectieve toets voldoet. Ingeval een tussenschakel niet voldoet aan de substance-eisen, waardoor in eerste instantie wèl sprake is van misbruik, kan de belastingplichtige/ inhoudingsplichtige nog aannemelijk maken dat niet wordt voldaan aan de subjectieve of objectieve toets, waardoor vervolgens geen sprake meer is van misbruik.²⁹⁸ Zowel de inspecteur als de belastingplichtige/ inhoudingsplichtige kunnen de door het HvJ gegeven aanwijzingen in het arrest *N Luxembourg I* gebruiken bij de bewijsvoering van hun standpunt. De Wet BB 2021 is in dit opzicht dus niet heel concreet. Naar mijn mening is het begrijpelijk dat de wetgever voor deze benadering heeft gekozen en aansluiting heeft gezocht bij de aanwijzingen die het HvJ heeft gegeven in onderhavig arrest, aangezien belastingplichtigen anders mogelijkheden worden geboden om de bronbelasting te ontwijken.

4.6: Toetsing van de Wet BB 2021

4.6.1: Doeltreffendheid

De resultaten van het onderzoek van het CPB tonen aan dat de Wet BB 2021 het beoogde doel van de wetgever²⁹⁹ verwezenlijkt, omdat na invoering van de conditionele bronbelasting helemaal geen interest- en royaltybetalingen meer naar Ibj's zullen stromen en Nederland

²⁹⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 25 & 29.

²⁹⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 26-29.

²⁹⁶ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 27-28, jo. art. 2e, UB VpB 1971. & art. 2d, UB VpB 1971.

²⁹⁷ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 8-9 & 26-29.

²⁹⁸ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 28.

²⁹⁹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

mogelijk minder zal worden gebruikt voor doorstroomactiviteiten.³⁰⁰ Hoewel Nederland met de Wet BB 2021 aldus een stap in de goede richting zet, nemen andere staten waarschijnlijk wel de rol van Nederland als doorstroomland over. Het CPB benadrukt dat alleen internationale coördinatie uiteindelijk de mondiale fiscale planningsstructuren zal kunnen opbreken.³⁰¹ Hopelijk worden meer staten gestimuleerd om een conditionele bronbelasting te implementeren. Ook met het oog op ontwikkelingslanden is dit van belang, aangezien zij na de implementatie van de Wet BB 2021 namelijk mogelijk nog steeds hard geraakt worden met doorstroomactiviteiten en treaty-shopping, doordat MNO's andere fiscale planningsconstructies gaan construeren.

Het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021 is duidelijk terug te zien in zijn ruime toepassingsbereik. Door middel van de Wet BB 2021 zal namelijk bronbelasting worden geheven op uitgaande interest- en royaltystromen naar lbj's, als ook naar hbj's ingeval sprake is van misbruik. Met het oog op de doeltreffendheid van de Wet BB 2021 is het van belang dat ook misbruiksituaties in de heffing worden betrokken, aangezien MNO's anders via kunstmatige constructies of transacties de conditionele bronbelasting zouden kunnen ontwijken door interest- en royaltybetalingen via in hbj's gevestigde tussenschakels naar lbj's te laten stromen.³⁰² Het kabinet heeft bewust ervoor gekozen dat het niet relevant is of sprake is van een reële aanwezigheid in Nederland bij de inhoudingsplichtige, dan wel bij de voordeelgerechtigde/ belastingplichtige. Ook bedrijven met voldoende reële activiteiten in Nederland kunnen aan de hand van fiscale planningsconstructies interest- en royaltybetalingen naar lbj's laten stromen, dan de Nederlandse heffingsgrondslag verleggen naar lbj's.³⁰³

In par. 3.4 wordt aan de hand van twee voorbeeldsituaties aangetoond dat Nederland, in vergelijking met zijn fiscale verdragsbeleid, bij de Wet BB 2021 in sommige gevallen een strengere aanpak hanteert. Van het Nederlands fiscale verdragsbeleid kan namelijk worden afgeleid dat Nederland en doorgaans geen moeite mee heeft om als bronstaat de fiscale behandeling van zijn verdragspartners te volgen. Met de Wet BB 2021 kan Nederland bij verdragssituaties met lbj's mogelijk zelfs in strijd handelen met de non-discriminatiebepaling van een bilateraal belastingverdrag. Immers, Nederland wil onverminderd heffen ingeval een

³⁰⁰ Lejour & Van 't Riet, *CPB Notitie*, p. 1-2, 4 & 15.

³⁰¹ Lejour & Van 't Riet, *CPB Policy Brief*, p. 1, 3 & 14.

³⁰² MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 5-6.

³⁰³ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 3.

interestbetaling wordt verricht aan een in een lbj gevestigd gelieerd lichaam, terwijl dit lichaam/ hoofdhuis de interestbetaling toerekent aan een in Nederland gevestigde v.i. (art. 2.1, lid 1, onderdeel a Wet BB 2021), als ook bij een interestbetaling aan een in een hbj gevestigd gelieerd lichaam/ hoofdhuis die de betaling aan zijn in een lbj gevestigde v.i. toerekent (art. 2.1, lid 1, onderdeel b Wet BB 2021). Hiertoe behoefde de Wet BB 2021 te worden aangepast. Met betrekking tot de overig gegeven kritiek in par. 3.4 – waarbij het in feite erop neerkomt dat de Nederlandse wetgever ten aanzien van de Wet BB 2021 ineens een terughoudende houding heeft in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid – geldt dat Nederland niets ‘verkeerds’ doet. Immers, internationaal bezien is het gebruikelijk dat de woonstaat zich bij de fiscale behandeling van de bronstaat (in dit geval is dat Nederland) aansluit. De Wet BB 2021 is in dat opzicht dus niet kwetsbaar.

Op sommige vlakken is de Wet BB 2021 in lijn met de internationale of Europeesrechtelijke standaarden. De definitie van het begrip ‘lbj’ is bijvoorbeeld onder ander gebaseerd op de zwarte EU-lijst van de EC en de definities van het begrippen ‘interest’ en ‘royalty’s’ sluiten aan bij respectievelijk het arms-lengthbeginsel en het OESO-MV.³⁰⁴ Daarentegen hanteert de wetgever ook bepalingen die wellicht niet in lijn zijn met de toekomstige standaarden van de OESO. De wetgever heeft bewust ervoor gekozen het bronbelastingtarief gelijk te stellen aan het hoogste tarief in de Wet VpB 1969, aangezien dit past bij het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021.³⁰⁵ Doordat alle passieve inkomensbestanddelen in de heffing worden betrokken – dus ook voordelen die bij de inhoudingsplichtige niet-aftrekbaar zijn – zullen sommige transacties dubbel worden belast.³⁰⁶ In dit opzicht hanteert de wetgever een ander uitgangspunt dan het in par. 2.7 aangehaalde consultatiedocument van de OESO, waarin onder andere een ‘tax on base erosion payments’ is voorgesteld, dat gebaseerd is op het zogenoemde ‘*single tax principle*’.³⁰⁷ Dit beginsel gaat ervan uit dat inkomen altijd ergens éénmaal effectief in de heffing dient te worden betrokken.

Naast het feit dat de Wet BB 2021 aansluiting zoekt bij de zwarte EU-lijst van de EC, worden ook staten met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% als lbj aangemerkt.³⁰⁸ Aangezien het effectieve tarief geen rol speelt bij de kwalificatie van staten als lbj, is de Wet

³⁰⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 9-10.

³⁰⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 3 & 15.

³⁰⁶ Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207, p. 1253, vtn. 8 & p. 1254.

³⁰⁷ Vleggeert & Vording, *WFR* 2019/41, p. 233-234, jo. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document*, Paris: OECD Publishing 2019, par. 91, p. 24.

³⁰⁸ Art. 1.2, lid 1, ond. e Wet BB 2021.

BB 2021 kwetsbaar ten aanzien van het staatssteunverbod. Ik sluit mij aan bij de mening van Vleggeert en Vording dat het begrip ‘lby’ onvoldoende coherent is afgebakend. Immers, ondernemingen die gevestigd zijn in een hby en waarbij hun winsten tegen een effectief winstbelastingtarief van minder dan 9% in de heffing worden betrokken, zijn enkel belastingplichtig voor de Wet BB 2021 ingeval sprake is van misbruik. Echter, gelet op het doel van de Wet BB 2021, bevinden zij zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie als ondernemingen die gevestigd zijn in een lby, maar waarbij geen sprake is van enige grondslagafwijking.³⁰⁹ In beide situaties geldt dat Nederland kan worden gebruikt voor doorstroomactiviteiten, zodat de heffingsgrondslag wordt verlegd naar een staat met een laag winstbelastingtarief. Ondernemingen die gevestigd zijn in een hby en die in de heffing worden betrokken tegen een effectief winstbelastingtarief van minder dan 9%, worden selectief bevoordeeld met een vermindering van hun belastingdruk, in vergelijking met ondernemingen die gevestigd zijn in een lby en waarbij geen sprake is van grondslaguitholling. Vermoedelijk heeft de wetgever hier bewust voor gekozen, zodat mogelijke onverenigbaarheid van de Wet BB 2021 met de vestigingsvrijheid ex art. 49 VwEU wordt voorkomen. Door aan te sluiten bij een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% behandelt Nederland ingezetenen en niet-ingezetenen gelijk, omdat het laagste statutaire winstbelastingtarief binnen de EU/EER 9% is.³¹⁰

Ondanks dat de wetgever enige onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid wellicht heeft ingedamd, is de Wet BB 2021 mogelijk wel in strijd met de kapitaalsvrijheid ex art. 63 VwEU. Mogelijk vallen interest- en royaltybetalingen aan achterliggende participanten van een samenwerkende groep namelijk mogelijk niet onder het bereik van de vestigingsvrijheid, maar juist onder het bereik van de kapitaalsvrijheid. Immers, afgevraagd kan worden in hoeverre een individuele (minderheids)deelnemer van een samenwerkende groep daadwerkelijk ‘een zodanige invloed’ heeft op de besluiten van een deelneming en de activiteiten ervan kan bepalen, zodat de transactie onder het bereik van de vestigingsvrijheid valt.³¹¹ Er zijn vele situaties denkbaar waarbij achterliggende participanten niet (voldoende) betrokken zijn bij de economische activiteiten van een Nederlandse entiteit, zodat niet kan

³⁰⁹ Vleggeert & Vording, *WFR* 2018/190, p. 1316.

³¹⁰ De Graaf, *MBB* 2019/12-43, p. 466. jo. *nnavv* II 2018/19, 35030, nr. 7, p. 8. Zie ook *MvT* II 2018/19, 35030, nr. 3 en *MvA* II 2018/19, 35030, nr. C, p. 3.

³¹¹ C-251/98, *ECLI:EU:C:2000:205 (Baars)*, r.o. 22. Het HvJ heeft het arrest *Baars* later herbevestigd, zie bijvoorbeeld C-196/04, *ECLI:EU:C:2006:544 (Cadbury Schweppes)*, r.o. 31.

worden gesproken over de aanwezigheid van een zeggenschapsverhouding³¹² en deze transacties mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen.³¹³ Hetzelfde geldt in de situaties met middellijk aangehouden belangen in een deelneming.³¹⁴ Als transacties onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen, mag Nederland in veel gevallen geen conditionele bronbelasting op interest en royalty's heffen, aangezien Nederland niet-ingezetene entiteiten, die gevestigd zijn in lbj's, dan meer nadelig zou behandelen dan ingezetenen.³¹⁵

Het kabinet is van mening dat geen sprake is van enige strijdigheid met het staatsteunverbod, dan wel de EU-vrijheden.³¹⁶ Naar mijn mening is de Wet BB 2021 juist kwetsbaar ten aanzien van het staatssteunverbod en kunnen sommige situaties mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen. Als hiervan daadwerkelijk sprake is, mag Nederland niet heffen.

De Wet BB 2021 is wel geheel in lijn met het EU-antimisbruikbeginsel. De substance-eisen spelen bij de antimisbruikbepaling van de Wet BB 2021 namelijk enkel nog een rol bij de bewijslastverdeling bij zowel de subjectieve als objectieve toets.³¹⁷ De inspecteur en de belastingplichtige/ inhoudingsplichtige kunnen bij de bewijsvoering van hun standpunt gebruik maken van de aanwijzingen die het HvJ in het arrest *N Luxembourg I* heeft gegeven over de aanwezigheid van misbruik.³¹⁸

Toetsingscriterium	Wet BB 2021
Doeltreffendheid	-

4.6.2: Doelmatigheid

Verwacht wordt dat de Wet BB 2021 een prohibitieve werking heeft, waardoor de opbrengsten van de maatregel worden geschat op verwaarloosbaar. De wetgever verwacht dat interest- en royaltybetalingen geheel zullen worden verlegd of ophouden te bestaan.³¹⁹ Deze

³¹² C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), r.o. 92.

³¹³ Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2019/207, p. 1253; De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 472.

³¹⁴ Pötgens, *NtFR* 2020/3, p. 5-6.

³¹⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 4.

³¹⁶ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 12 & nnavv II 2019/2020, 35 305, nr. 6, p. 8.

³¹⁷ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 8-9 & 26-29.

³¹⁸ C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), r.o. 127-133.

³¹⁹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 13.

verwachting van de wetgever komt overeen met de resultaten van het onderzoek van het CPB. Dit onderzoek toont eveneens aan dat Nederland na invoering van de Wet BB 2021 niet langer wordt gebruikt als toegangspoort voor interest- en royaltystromen naar lbj's.³²⁰ In de MvT bij de Wet BB 2021 staat opgenomen dat de conditionele bronbelasting naar verwachting doelmatig is, aangezien de implementatie niet gepaard gaat met een budgettaire derving en de uitvoeringskosten en administratieve lasten slechts beperkt zullen toenemen.³²¹ Vooral het bedrijfsleven zal waarschijnlijk na implementatie van de Wet BB 2021 in de Nederlandse wetgeving met hogere kosten te maken krijgen.³²²

Nederland neemt met de Wet BB 2021 extra maatregelen om belastingontwijking te voorkomen, waardoor in sommige situaties geldt dat interest- en royaltybetalingen hoog worden belast. Uit de eerste voorbeeldsituatie van par. 3.4 – waarbij achterliggende participanten investeren in een hybride entiteit – blijkt dat de tegenbewijsregeling in art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 een strenge bepaling is, aangezien de regeling alleen slaagt als alle achterliggende participanten voldoende worden belast over hun ontvangen voordelen. De wetgever houdt geen rekening met de vraag of überhaupt sprake is van belastingontwijking of grondslagverschuiving. Dit betekent dat als een in Nederland gevestigde entiteit een kwalificerend belang heeft in een hybride entiteit, automatisch de tegenbewijsregeling niet slaagt. In vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid (zoals het besluit van de staatssecretaris van Financiën, nr. IFZ97/204M³²³ en bepalingen in het bilaterale belastingverdrag Nederland-VS, het OESO-MV³²⁴ en het MLI³²⁵) heeft de wetgever een terughoudende houding met betrekking tot de Wet BB 2021. Ik volg de mening van het NOB dat een in hbj gevestigde achterliggende participant, die in soortgelijke situaties een hybride entiteit aanmerkt als non-transparant en gerealiseerde opbrengsten van de hybride entiteit meteen krijgt uitgekeerd, alsnog tegenbewijs moeten kunnen leveren als art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 voor hem niet slaagt. Het feit dat andere achterliggende participanten – met wie hij een kwalificerend belang in een hybride entiteit heeft – onvoldoende worden belast over de

³²⁰ Lejour & Van 't Riet, *CPB Notitie*, p. 1-2, 4 & 15.

³²¹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 14.

³²² Geschat wordt dat het bedrijfsleven te maken krijgt met initiële kosten voor het aanpassen van fiscale structuren (circa € 3 - € 4 miljoen) en jaarlijkse administratieve lasten (circa € 3 miljoen) en dat de Belastingdienst extra uitvoeringskosten moet maken (totaliter circa € 4,16 miljoen tot en met het jaar 2023). MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 13-14.

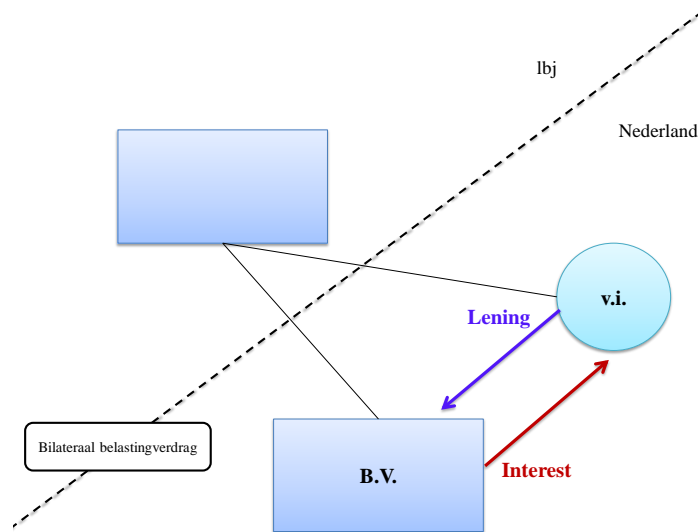
³²³ De Graaf, *MBB* 2019/12.43, p. 468-469.

³²⁴ art. 1, lid 2 OESO-MV.

³²⁵ Art. 3 MLI.

voordelen, is naar mijn mening geen geldige reden om deze achterliggende participant dubbel te belasten.³²⁶

Figuur 4.1:
Voorbeeld van een bilaterale
situatie



Ook uit de tweede voorbeeldsituatie van par. 3.4 blijkt dat de Wet BB 2021 onevenwichtigheden bevat. Zie figuur 4.1.³²⁷ Als een Nederlandse dochterentiteit een interestbetaling doet aan haar buitenlandse moederentiteit die in een lbj is gevestigd, waarbij de transactie wordt toegerekend aan de in Nederland gevestigde v.i., wil Nederland onverminderd heffen. De moederentiteit/ het hoofdhuis treedt voor de Wet VpB 1969 op als buitenlands belastingplichtige voor de fiscale winst van de Nederlandse v.i.³²⁸ en mag de conditionele bronbelasting op de ontvangen interestbetaling niet verrekenen met de fiscale winst voor Wet VpB 1969.³²⁹ Dat is naar mijn mening nogal frappant, aangezien belastingplichtigen in bilaterale situaties aldus meer nadelig worden behandeld dan in triangulaire situaties. Immers, als Nederland met beide staten een OESO-MV-conform bilateraal belastingverdrag heeft afgesloten, geldt in triangulaire situaties – zoals is weergegeven in figuur 4.2 –³³⁰ dat Nederland gehouden is om vermindering van bronheffing te verlenen.³³¹ In figuur 4.1 is sprake van een binnenlandse transactie, waardoor in feite geen sprake is van

³²⁶ NOB-commentaar Wet BB 2021, p. 4, ond. 10 (ii).

³²⁷ Voor verduidelijking is figuur 3.3 hier nogmaals weergegeven. Zie par. 3.4 voor een meer uitgebreide toelichting.

³²⁸ Art. 17, lid 3, ond. a Wet VpB 1969.

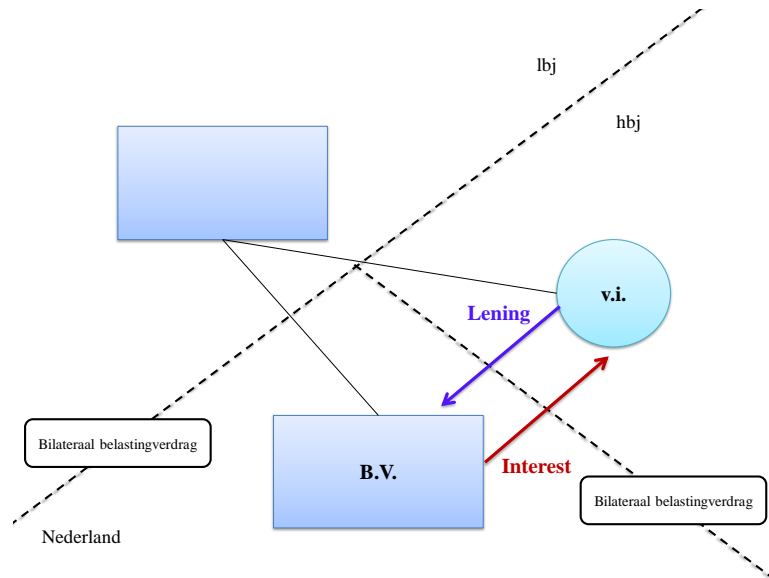
³²⁹ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 23-24.

³³⁰ Voor verduidelijking is figuur 3.2 hier nogmaals weergegeven. Zie par. 3.4 voor een meer uitgebreide toelichting.

³³¹ Art. 11, lid 2 OESO-MV 2017.

uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag. De Wet BB 2021 strookt in dit opzicht niet met het Saint Gobain-besluit.³³²

Figuur 4.2:
Voorbeeld van een triangulaire situatie



In bovenstaande beschreven situaties worden binnenlandse betalingen meer nadelig behandeld dan grensoverschrijdende betalingen. Ondanks dat hierdoor enige strijdigheid van de Wet BB 2021 met de vestigingsvrijheid wordt omzeild, betwijfel ik of de wetgever niet onnodig te ver gaat en zichzelf in de vingers snijdt.

Doordat in de toekomst door invoering van de Wet BB 2021 geen interest- en royaltybetalingen meer via Nederland naar l.b.j.'s zullen stromen en andere staten waarschijnlijk de functie van Nederland als doorstroomland zullen overnemen – waardoor internationale belastingontwijking door middel van doorstroomactiviteiten en treaty-shopping mondiaal gezien mogelijk niet zal afnemen – verliest Nederland het zicht op deze stromen.³³³ Het is lastig te beoordelen wat de gevolgen hiervan zijn voor ontwikkelingslanden.³³⁴

Toetsingscriterium	Wet BB 2021
Doelmatigheid	-

³³² Besluit van 1 januari 2004, nr. IFZ2003/558M.

³³³ Lejour & Van 't Riet, *CPB Notitie*, p. 1-2, 4 & 15.

³³⁴ MvA II 2019/2020, 35 305, nr. C, p. 5.

4.6.3: Uitvoerbaarheid

Gezien de prohibatieve werking van de Wet BB 2021 zullen MNO's aanvankelijk te maken krijgen met administratieve lasten om te onderzoeken of de Wet BB 2021 op hen van toepassing is, en zo ja, op welke manier zij hun fiscale structuren dienen te construeren zodat zij niet in aanmerking komen met de conditionele bronbelasting. Doordat sommige definities van bepaalde termen – zoals 'lbj', 'kwalificerend belang' en 'gelieerdheid' – herkenbaar zijn uit eerdere nationale wetgeving, doet dit de uitvoerbaarheid goed.³³⁵

Doordat de lijst van lbj's gebaseerd is op het statutaire winstbelastingtarief van staten en op de zwarte EU-lijst van de EC, kan de lijst voor het komende kalenderjaar gemakkelijk tot stand worden gebracht en bekend worden gemaakt.³³⁶

Sinds het arrest *N Luxembourg I* is de vormgeving van de antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969 en de Wet DB 1965 aangepast. Voor de Wet BB 2021 zal deze nieuwe vormgeving ook gaan gelden.³³⁷ Voorheen dienden de substance-eisen nog als safe harbour, maar sinds het arrest *N Luxembourg I* spelen ze enkel nog een rol bij de bewijslastverdeling bij zowel de subjectieve als objectieve toets. De Wet BB 2021 is niet heel concreet over in welke gevallen sprake is van misbruik. Er dient hiervoor aansluiting te worden gezocht bij de aanwijzingen die het HvJ geeft over misbruiksituaties. De aanwezigheid van misbruik dient per casus te worden beoordeeld. Als de aanwezigheid van misbruik ter discussie wordt gesteld, krijgen zowel belastingplichtigen als de inspecteur te maken met extra administratieve lasten.

Voor de uitvoerbaarheid van de Wet BB 2021 is het van belang dat de Belastingdienst alle benodigde informatie over belastingplichtige/ inhoudingsplichtigen verkrijgt. Met het oog op de huidige middelen voor internationale informatie-uitwisseling,³³⁸ acht ik dit goed haalbaar.

Toetsingscriterium	Wet BB 2021
Uitvoerbaarheid	+

³³⁵ Zoals de CFC- en de winstdrainagebepaling in de Wet VpB 1969.

³³⁶ Stcrt. 31 december 2018, nr. 72064, DB 2018/216528.

³³⁷ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 8-9 & 26-29.

³³⁸ Bijvoorbeeld: het Nederlands bilaterale belastingverdragenennetwerk, Tax Information and Exchange Agreements, de Common Reporting Standard en de Bijstandsrichtlijn.

4.6.4: Eindbeoordeling Wet BB 2021

Toetsingscriterium	Wet BB 2021
Doeltreffendheid	-
Doelmatigheid	-
Uitvoerbaarheid	+
Totaal	-

Uit par. 4.6.1 tot en met 4.6.3 blijkt dat de Wet BB 2021 doeltreffend is, aangezien het beoogde doel van de conditionele bronbelasting wordt verwezenlijkt. Om een doeltreffende en goed uitvoerbare conditionele bronbelasting op interest en royalty's te implementeren, moet Nederland een deel van zijn gunstig fiscale vestigingsklimaat opofferen. In vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid heeft de Nederlandse wetgever ten aanzien van de Wet BB 2021 namelijk een meer terughoudende houding dan gewoonlijk. Bovendien handelt Nederland bij verdragssituaties met lbj's mogelijk zelfs in strijd met de non-discriminatiebepaling van bilaterale belastingverdragen. De Wet BB 2021 is met name kwetsbaar ten aanzien van het staatssteunverbod en de kapitaalsvrijheid. Dat is kwalijk, want op basis van het beginsel van loyale samenwerking is Nederland verplicht de Unie bij te staan bij de uitvoering van de taken die uit verdragen voortvloeien en passende maatregelen te nemen, zodat verplichtingen uit het primaire en secundaire EU-recht worden vervuld, zonder dat er een inbreuk wordt gemaakt op de doelstellingen van de Unie.³³⁹ Nederland is verplicht het EU-recht te handhaven.

4.7: Een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's

Ondanks dat het kabinet het voornemen heeft een conditionele bronbelasting op interest en royalty's te implementeren,³⁴⁰ blijkt uit par. 4.2.2. en par. 4.6 – waarin respectievelijk het alternatieve conditionele bronbelastingstelsel naar idee van Vleggeert en Vording is besproken en de Wet BB 2021 is getoetst – dat Nederland beter een ander bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's kan implementeren. In deze paragraaf wordt een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's (hierna:

³³⁹ Art. 4, lid 3 VEU.

³⁴⁰ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 2.

onvoorwaardelijke bronbelasting) getoetst aan de toetsingscriteria. De onvoorwaardelijke bronbelasting wordt op alle transacties geheven en dus niet enkel in situaties waarbij belasting wordt ontweken of waarbij de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold. In par. 4.4.2 heb ik beargumenteerd waarom ik het voorstel van een conditionele bronbelasting op interest en royalty's naar het idee van Vleggeert en Vording onuitvoerbaar acht. Ik volsta hier slechts met een verwijzing naar deze paragraaf en zal dit voorstel aldus niet toetsen aan de toetsingscriteria.

Een onvoorwaardelijke bronbelasting beoogt een balans te vinden tussen het verdelen van heffingsbevoegdheid over de transacties en het verminderen van barrières voor investeringen.³⁴¹ Voor de vormgeving van de wet kan gemakshalve in grote lijnen aansluiting worden gezocht bij de Wet DB 1965.³⁴² De onvoorwaardelijke bronbelasting wordt door het betalende lichaam (inhoudingsplichtige) op de interest- en royaltybetalingen aan het ontvangende lichaam (belastingplichtige) ingehouden. Anders dan bij de Wet DB 1965, zijn natuurlijke personen dus niet belastingplichtig voor de onvoorwaardelijke bronbelasting.

4.7.1: Doeltreffendheid

Doordat de onvoorwaardelijke bronbelasting op iedere interest- en royaltybetaling wordt geheven, zal de in par. 4.6.1 beschreven problematiek over de Wet BB 2021 bij de implementatie van een onvoorwaardelijke bronbelasting niet meer aanwezig zijn. Doordat de onvoorwaardelijke bronbelasting geen conditioneel karakter heeft en er dus geen specifieke groepen ondernemingen als belastingplichtigen worden aangewezen – maar iedere entiteit belastingplichtig is voor de onvoorwaardelijke bronbelasting als deze een interest- of royaltybetaling ontvangt – is geen sprake van enige kwetsbaarheid ten aanzien van het staatsteunverbod en de kapitaalsvrijheid.

Toetsingscriterium	Onvoorwaardelijke bronbelasting interest/royalty's
Doeltreffendheid	+

³⁴¹ Vleggeert & Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', p. 2.

³⁴² NB: dit voorstel is zeer globaal opgesteld. Er wordt niet diep ingegaan op bepaalde uitzonderingsgevallen.

4.7.2: Doelmatigheid

Wegens gebrek aan middelen en gegevens, kan geen inschatting worden gemaakt betreffende de opbrengsten en kosten van een onvoorwaardelijke bronbelasting. Anders dan de Wet BB 2021, heeft een onvoorwaardelijke bronbelasting geen prohibitief karakter en is het zeer waarschijnlijk dat de geschatte opbrengst aanzienlijk meer bedraagt dan nihil. Mogelijk zal bij invoering van een onvoorwaardelijke bronbelasting het fiscale vestigingsklimaat van Nederland verslechteren, aangezien deze momenteel onder andere positief bekend staat om de afwezigheid van een bronbelasting op interest en royalty's. Desondanks valt de afname van het aantal commerciële ondernemingen wellicht mee, aangezien het Nederlands fiscale belastingsysteem meerdere 'kroonjuwelen' bevat, zoals de deelnemingsvrijstelling, het omvangrijke bilaterale belastingverdragennetwerk en de Nederlandse rullingpraktijk.³⁴³ Tevens is binnen de EU de IRR van toepassing, waardoor bij intra-EU-transacties in principe geen onvoorwaardelijke bronbelasting zal worden geheven, mits geen sprake is van een misbruiksituatie. Een afname van het aantal ondernemingen die geen reële economische activiteiten verrichten en die het Nederlands belastingsysteem enkel gebruiken om belasting te ontwijken, betreft een positief effect. Immers, dit soort fiscale structuren zijn schadelijk voor de belastingmoraal, het internationale aanzien van Nederland en aldus ook voor het Nederlands investeringsklimaat.³⁴⁴

De in par. 4.6.2 over de Wet BB 2021 beschreven situaties, waarbij de wetgever ten aanzien van de Wet BB 2021 een stuk strenger is en een terughoudende houding aanneemt in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid, zijn bij een onvoorwaardelijke bronbelasting niet langer aanwezig.

Toetsingscriterium	Onvoorwaardelijke bronbelasting interest/royalty's
Doelmatigheid	+

³⁴³ Brief staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647.

³⁴⁴ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 1.

4.7.3: Uitvoerbaarheid

Doordat voor de vormgeving in grote lijnen aansluiting wordt gezocht bij de Wet DB 1965, zal de systematiek van de onvoorwaardelijke bronbelasting bij zowel belastingplichtigen als de overheid redelijk snel duidelijk zijn. Daarbij krijgen MNO's niet meer te maken met de administratieve lasten om te onderzoeken of zij in aanmerking komen met de Wet BB 2021 en op welke manier zij hun fiscale structuren dienen aan te passen om de conditionele bronbelasting te voorkomen. Anders dan bij de Wet BB 2021, zal ook het MKB te maken krijgen met de onvoorwaardelijke bronbelasting. Hun administratieve lasten zullen aldus iets toenemen.

Het arrest *N Luxembourg I* heeft de rol van de substance-eisen in antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969 en de Wet DB 1965 veranderd.³⁴⁵ Zoals hiervoor in par. 4.7 is vermeld, wordt voor de vormgeving van de onvoorwaardelijke bronbelasting de Wet DB 1965 als uitgangspunt genomen. Dit geldt uiteraard ook ten aanzien van de antimisbruikbepaling uit de Wet DB 1965. Hierdoor kunnen, net zoals bij de Wet BB 2021, ook bij een onvoorwaardelijke bronbelasting zowel belastingplichtigen als de inspecteur te maken krijgen met additionele administratieve lasten als de aanwezigheid van misbruik ter discussie wordt gesteld.

Evenals bij de Wet BB 2021, geldt ook bij een onvoorwaardelijke bronbelasting dat het voor de uitvoerbaarheid van belang is dat de Belastingdienst alle benodigde informatie over belastingplichtigen/ inhoudingsplichtigen verkrijgt. Zoals reeds in par. 4.6.3 is vermeld, acht ik dit goed haalbaar.

Toetsingscriterium	Onvoorwaardelijke bronbelasting interest/royalty's
Uitvoerbaarheid	+

³⁴⁵ MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 8-9 & 26-29.

4.7.4: Eindbeoordeling onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's

Toetsingscriterium	Onvoorwaardelijke bronbelasting interest/royalty's
Doeltreffendheid	+
Doelmatigheid	+
Uitvoerbaarheid	+
Totaal	+

Aan de hand van het toetsingskader kan geconcludeerd worden dat Nederland beter een onvoorwaardelijke bronbelasting op interest en royalty's kan implementeren in zijn nationale wetgeving, dan de Wet BB 2021. Ondanks dat sommige nadelen van de Wet BB 2021 – zoals verslechtering van het fiscaal vestigingsklimaat en een toename van de administratieve lasten – ook bij een onvoorwaardelijke bronbelasting aanwezig zullen blijven, is bij een onvoorwaardelijke bronbelasting geen sprake meer van kwetsbaarheid met het staatsteunverbod en de kapitaalsvrijheid. Dat is een groot voordeel.

4.8: Een vervolgonderzoek naar een conditionele aftrekbeperking

In het recent gepubliceerde adviesrapport 'Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting' wordt door de adviescommissie 'Belastingheffing van multinationals' aanbevolen onderzoek te verrichten naar een maatregel om de Nederlandse heffingsgrondslag te kunnen verbreden door middel van een aftrekbeperking van royaltykosten binnen een concern.³⁴⁶ De adviescommissie signaleert namelijk dat MNO's nog steeds gemakkelijk winsten naar lbj's kunnen verschuiven door intellectuele eigendommen in een lbj te plaatsen, waarna vervolgens vanuit Nederland royaltybetalingen naar de lbj stromen als vergoeding voor het gebruik van het intellectuele eigendom. Ook door de OESO wordt geanalyseerd welke fiscale instrumenten een optie vormen om mondiale grondslaguitholling te voorkomen. Immers, in het voorstel van de OESO tot een 'tax on base erosion payments' wordt naast een bronbelasting, eveneens een aftrekbeperking besproken.³⁴⁷

³⁴⁶ Rapport Adviescommissie belastingheffing van multinationals, p. 92, 93 & 112.

³⁴⁷ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document*, Paris: OECD Publishing 2019, par. 91, p. 24. en OECD, *Global Anti-Base Erosion Proposal ("GloBE") (Pillar Two): Public Consultation Document. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, Paris: OECD Publishing 2019, p. 33.

Opvallend is dat in de parlementaire geschiedenis van de Wet BB 2021 enkel aandacht wordt besteed aan een conditionele bronbelasting op interest en royalty's en niet wordt stilgestaan bij een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten voor de Wet VpB 1969.³⁴⁸ In de MvT staat opgenomen dat de wetgever bij de ontwikkeling van de Wet BB 2021 Vleggeert en Vording had ingeschakeld, terwijl Vleggeert en Vording in de literatuur ook de instrumentkeuze voor het hanteren van een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten hebben besproken.³⁴⁹

Door de Wet BB 2021 zullen interest- en royaltybetalingen doorgaans door de betaler in aftrek worden gebracht op zijn fiscale winst,³⁵⁰ waarna vervolgens conditionele bronbelasting over deze betalingen wordt geheven ten hoogte van het hoogste belastingtarief van de Wet VpB 1969, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van de Wet BB 2021.

De adviescommissie 'Belastingheffing van multinationals' beveelt eveneens aan dat de verhouding tussen enerzijds een aftrekbepanking van royaltykosten binnen een concern en anderzijds de Wet BB 2021, dient te worden onderzocht.³⁵¹ Aangezien beide maatregelen hetzelfde beogen – namelijk het voorkomen dat de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold door winstverschuivingen naar lbj's – vraag ik mij af of kan worden volstaan met een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten, in plaats van zowel het opnemen van een conditionele bronbelasting op interest en royalty's als mogelijk zelfs ook een maatregel die de aftrekbaarheid van royaltykosten beperkt. In principe kan met een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten economisch hetzelfde resultaat worden bereikt als met conditionele bronbelasting op interest en royalty's.³⁵² Juridisch hebben beide instrumenten wel een verschillende uitwerking. Ik beveel een vervolgonderzoek naar een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten aan, waarin wordt onderzocht of zo'n conditionele aftrekbepanking een gunstigere oplossing is voor Nederland dan een onvoorwaardelijke bronbelasting.

³⁴⁸ Vleggeert & Vording, *WFR* 2019/41, p. 234.

³⁴⁹ Zie: Vleggeert & Vording, *WFR* 2019/41, p. 234, jo. MvT II 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 15.

³⁵⁰ Alleen een fiscale herkwalificatie bij een interestbetaling van een civielrechtelijke lening vormt fiscaal een vergoeding voor eigen vermogen en is aldus niet aftrekbaar.

³⁵¹ Rapport Adviescommissie belastingheffing van multinationals, p. 112.

³⁵² Ingeval de belastbare winst van een betalende partij zo laag is dat een conditionele aftrekbepanking geen direct gevolg heeft, zou een conditionele bronbelasting vanuit het perspectief van de wetgever wellicht een gunstigere oplossing zijn.

4.9: Deelconclusie

Uit de resultaten van het onderzoek van het CPB blijkt dat Nederland door invoering van de Wet BB 2021 waarschijnlijk daalt op de ranglijst van populairste doorstroomlanden en er geen interest en royalty's meer naar lbj's zullen stromen. Desondanks neemt internationale belastingontwijking niet af, aangezien andere staten de doorstroomfunctie van Nederland waarschijnlijk zullen overnemen. Ontwikkelingslanden zullen hierdoor mogelijk nog steeds hard worden geraakt door treaty-shopping. Nederland heeft bij de onderhandelingen van bilaterale belastingverdragen uiteraard niet kunnen anticiperen op de Wet BB 2021. Staten die voor het eerst als lbj worden aangemerkt krijgen drie jaar 'uitstel', zodat Nederland met de betreffende staten kan heronderhandelen over de heffingsbevoegdheid op interest en royalty's.

Het voordeel- en selectiviteitscriterium zijn twee van de vier criteria om te beoordelen of verboden staatsteun aanwezig is. Als een bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld ten opzichte van anderen – die, gelet op de doelstelling van een regeling – zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden, doordat zij door middel van een nationale maatregel worden begunstigd met een selectief voordeel die afwijkt van de algemene regeling, is staatsteun mogelijk aanwezig. Op basis van jurisprudentie van het HvJ stelt de EC dat bij de beoordeling van het selectiviteitscriterium ook de grenzen van een referentieregeling dienen te worden getoetst. Vleggeert en Vording betogen dat de grenzen van het begrip 'lbj' onvoldoende coherent is afgebakend en Nederland daardoor mogelijk in strijd handelt met het selectiviteitsvereiste. Immers, ondernemingen die in een lbj zijn gevestigd en die tegen een effectief tarief van minder dan 9% worden belast, bevinden zich – met het oog op het doel van de Wet BB 2021 – in een vergelijkbare situatie als in lbj's gevestigde ondernemingen waarbij geen sprake is van grondslagafwijking. De eerst genoemde groep ondernemingen worden begunstigd met een belastingvoordeel, terwijl zij – net zoals de tweede groep ondernemingen – de Nederlandse heffingsgrondslag uithollen.

Het kabinet beweert dat de Wet BB 2021 onder het bereik van de vestigingsvrijheid valt. In de meeste situaties klopt dat en heeft Nederland zichzelf goed ingedekt om strijdigheid met de vestigingsvrijheid te voorkomen. Echter, zowel achterliggende participanten als aandeelhouders van middellijk gehouden deelnemingen vallen mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid, omdat zij vaak geen 'zodanige invloed' hebben op de besluiten van de deelneming waarin zij een (middellijk) belang hebben. Indien deze belangen onder de kapitaalsvrijheid vallen, mag Nederland niet heffen, omdat niet-ingezetene entiteiten dan

meer nadelig worden behandeld dan ingezetenen. Om strijdigheid met het staatsteunverbod te voorkomen, stellen Vleggeert en Vording een bronbelasting op interest en royalty's tussen verbonden entiteiten voor, welke wordt geheven als de voordelen bij de ontvanger onvoldoende effectief worden belast. De conditionaliteit van de bronbelasting wordt bereikt door middel van aanpassingen van de IRR en van bilaterale belastingverdragen (door middel van het MLI), zodat strijdigheid met de vestigingsvrijheid wordt voorkomen. Naar mijn mening zijn deze aanpassingen niet (eenvoudig) realiseerbaar.

Ten slotte is ingegaan op de antimisbruikbepaling van de Wet BB 2021 en de IRR, en de verenigbaarheid van de antimisbruikbepaling van de Wet BB 2021 met het EU-recht. Op basis van het EU-recht mogen de Nederlandse substance-eisen enkel nog een rol spelen bij de bewijslastverdeling ingeval van misbruik.

Aan de hand van de toetsing aan de toetsingscriteria blijkt dat de Wet BB 2021 met name kwetsbaar is ten aanzien van het staatssteunverbod en de kapitaalsvrijheid. Dat is kwalijk, want Nederland is verplicht het EU-recht te handhaven. Nederland kan beter een onvoorwaardelijke bronbelasting hanteren, aangezien deze problematiek dan niet meer aanwezig is. Ten slotte dient onderzoek te worden verricht of een conditionele aftrekbeperking van interest- en royaltykosten mogelijk een gunstigere oplossing is voor Nederland dan een onvoorwaardelijke bronbelasting.

Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbevelingen

5.1: Inleiding

In deze scriptie is aan de hand van vier deelvragen onderzocht welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's het meest gunstig is voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren. In hoofdstuk 2 tot en met hoofdstuk 4 is in ieder hoofdstuk een separaat onderdeel besproken dat betrekking heeft op deze kwestie. Dit hoofdstuk vangt aan met een algehele samenvatting, waarbij de antwoorden op de deelvragen met elkaar worden samengevoegd. Aangezien de probleemstelling op zo'n wijze is geformuleerd, dat bij het beantwoorden hiervan in principe direct een aanbeveling aan de wetgever wordt gedaan, worden deze twee onderdelen samengetrokken. Op basis van de samenvatting en aan de hand van de resultaten uit de toetsing van zowel de Wet BB 2021 als een onvoorwaardelijke bronbelasting aan de toetsingscriteria 'doeltreffendheid', 'doelmatigheid' en 'uitvoerbaarheid', wordt een antwoord op de probleemstelling geformuleerd en wordt direct een aanbeveling aan de wetgever gedaan, met betrekking tot welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's Nederland in zijn nationale wetgeving dient te implementeren. Ten slotte volgt een suggestie voor een nader vervolgonderzoek.

5.2: Samenvatting

Vanwege het gunstig fiscale vestigingsklimaat van Nederland – waar het uitgebreide bilaterale belastingverdragen-netwerk en het feit dat Nederland geen bronbelasting heft op interest en royalty's een belangrijk onderdeel van uitmaken – vinden er veel doorstroomactiviteiten via Nederland plaats. Gezien de belangrijke rol die Nederland speelt bij doorstroomactiviteiten en treaty-shopping, hanteert Nederland een 'én-én-strategie'; waarbij internationale belastingontwijking prohibitief wordt aangepakt, terwijl ook wordt toegezien op het behouden van een gunstig fiscaal vestigingsklimaat voor buitenlandse investeringen. Nederland heft ingaande 1 januari 2021 via de Wet BB 2021 een conditionele bronbelasting op interest- en royaltybetalingen naar lbj's, als ook naar hbj's ingeval sprake is van een misbruiksituatie. Het doel van de Wet BB 2021 is tweeledig en betreft (1) het voorkomen dat Nederland langer wordt gebruikt als toegangspoort naar lbj's en (2) het bestrijden van het verschuiven van de Nederlandse heffingsgrondslag naar lbj's. De Wet BB 2021 is hoofdzakelijk gericht op het belasten van rechtstreekse interest- en royaltybetalingen

aan in lbj gevestigde gelieerde lichamen, of aan een hybride lichaam of v.i., waarbij in feite sprake is van een betaling aan een (v.i. van een) lichaam die in een lbj is gevestigd. Daarbij belast de Wet BB 2021 ook misbruiksituaties. In dit ruime toepassingsbereik is duidelijk het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021 terug te zien.

De SEO, het CPB en het FD hebben zelfstandig, dan wel op verzoek van de overheid, onderzoek verricht naar alle doorstroomactiviteiten via Nederlandse bfi's en brievenbusmaatschappijen en de hiermee samengaande treaty-shopping. Uit de onderzoeken kan worden geconcludeerd dat Nederland nog steeds een spilfunctie vervult als doorstroomland. In 2016 bedroeg de omvang van alle doorgestroomde dividend-, interest- en royaltybetalingen via Nederland bijna € 200 miljard. Hoewel royalty's in 2004 veel minder werden gebruikt als doorstroominkomen dan interest, zijn ze in de loop van de jaren populairder geworden en bedroeg de omvang van de doorgestroomde royaltybetalingen in 2016 ongeveer even veel als de doorgestroomde interestbetalingen. Wat betreft de (typen) staten, waar de doorgestroomde transacties vandaan komen en naartoe stromen, zitten er grote verschillen tussen interest en royalty's. Voor de doeltreffendheid van de Wet BB 2021 is dat niet erg, want uit de resultaten van het onderzoek van het CPB blijkt dat na de invoering van de Wet BB 2021 geen interest- en royaltybetalingen meer vanuit Nederland naar lbj's zullen stromen. Desondanks blijft de rol van Nederland als doorstroomland mogelijk in beperkte mate nog steeds aanwezig. Daarbij neemt ook internationale belastingontwijking door middel van treaty-shopping niet af. Alleen internationale coördinatie kan de mondiale fiscale planningsstructuren verbreken. Mogelijk lopen ontwikkelingslanden ook na implementatie van de Wet BB 2021 nog steeds veel belastinginkomsten mis wegens doorstroomactiviteiten en treaty-shopping. Het is lastig om de internationale verlegging van de geldstromen en de gevolgen hiervan voor ontwikkelingslanden helder in kaart te brengen.

De VN komt op voor de belangen van ontwikkelingslanden. Een passend voorbeeld hiervan is de nieuw geïntroduceerde bronbelasting op technische dienstverlening in art 12a VN-MV 2017. Door middel van deze bepaling kunnen ontwikkelingslanden met een verdragsland overeenkomen dat zij (een deel van) de heffingsbevoegdheid over betalingen krijgen toegewezen voor het verlenen van technische diensten. Het VN-MV 2017 kiest hier – als ook bij de royaltybepaling – voor een ander uitgangspunt dan het OESO-MV 2017. Het OESO-MV 2017 gaat bij zowel bij de interest- als de royaltybepaling uit van het principe dat de woonstaat van de ontvanger in beginsel de heffingsbevoegdheid krijgt toegewezen over de

transactie en verleent enkel bij de interestbepaling deels heffingsrecht aan de bronstaat, mits de ontvanger wel de uiteindelijk gerechtigde is tot de interestbetaling. Het VN-MV 2017 wijst ook bij de royaltybepaling de bronstaat een deel van de heffingsbevoegdheid toe over de vergoeding die hij betaalt voor het royaltyrecht, mits de ontvanger wel de uiteindelijk gerechtigde is tot de royaltybetaling. Het autonome begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ wil misbruiksituaties voorkomen waarbij aan een ontvanger vermindering van bronbelasting wordt verleend, terwijl hij in de ketting van transacties slechts als doorstroomlichaam fungeert en zelf geen baat heeft bij de ontvangen betalingen. Als het begrip uiteindelijk gerechtigde wordt misbruikt – zodat vermindering van bronbelasting kan worden verkregen – mag dit voordeel niet worden verleend. Bij overige vormen van treaty-shopping dienen andere antimisbruikmaatregelen te worden getroffen. De meeste bilaterale belastingverdragen die Nederland met verdragspartners heeft afgesloten zijn met betrekking tot de interest- en royaltybepaling redelijk in lijn met het OESO-MV 2017.

In actieplan 6 Final Report 2015 van het project BEPS – welke specifiek gaat over verdragsmisbruik – is een conceptvoorstel opgenomen om doorstroomactiviteiten te voorkomen. Het conceptvoorstel heeft veel weg van de ‘special-tax-regime-bepaling’ in het bilateraal belastingmodelverdrag van de VS. Het belang dat MNO’s een minimumniveau aan belasting dienen te betalen komt duidelijk naar voren in het GloBE-voorstel van de OESO. Hierin is namelijk een plan voor een ‘tax on base erosion payments’ opgenomen. Zodra binnen een internationaal concern grensoverschrijdende transacties plaatsvinden – zoals interest- en royaltybetalingen – en de ontvanger wordt in zijn woonstaat onvoldoende hierover belast, dient bronbelasting te worden geheven.

Het MLI – wat actieplan 15 van het project BEPS vormt – tracht de aanpassingen in het OESO-MV 2017 op een snelle en doeltreffende manier in CTA’s collectief aan te passen. Het MLI is niet voorzien van een bepaling die ziet op het voorkomen van doorstroomactiviteiten of treaty-shopping. Art. 7 MLI verplicht participerende staten wel om voor één van de drie typen antimisbruikbepalingen te opteren die verdragsmisbruik voorkomen. Als twee verdragsluitende staten allebei voor een andere antimisbruikbepaling hebben geopteerd, moeten ze samen onderhandelen over welke antimisbruikbepaling ze op hun CTA willen toepassen. Nederland heeft voor de PPT geopteerd. De PPT kan voor Nederland een oplossing vormen als interest- en royaltybetalingen niet via de Wet BB 2021 worden belast, maar wel sprake is van verdragsmisbruik, mits de PPT wel van toepassing is op de CTA. Het MLI is

een stap in de goede richting bij het bestrijden van belastingontwijking, maar bevat naar mijn mening nog steeds veel onzekerheden en gebreken.

De IRR bewerkstelligt dat geen bronbelasting wordt geheven op interest- en royaltybetalingen tussen verbonden ondernemingen, mits de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde is tot de betaling. Al lange tijd bestaat het voornemen een zogenoemde ‘minimum effective tax clause’ in de IRR op te nemen. Deze bepaling bewerkstelligt dat bronstaten enkel vrijstelling van het heffen van bronbelasting op interest en royalty’s hoeven te verlenen, als deze inkomensbestanddelen bij de uiteindelijk gerechtigde tegen een effectief tarief van minimaal 10% worden belast. Echter, vooralsnog is hierover geen consensus bereikt. Hetzelfde geldt voor de omgang van de IRR in samenhang met transacties die indirect worden doorbetaald aan staten die staan opgenomen op de zwarte EU-lijst van de EC.

De IRR is voorzien van een uiteindelijk gerechtigdetoets, die tegelijk met het EU-antimisbruikbeginsel in het arrest *N Luxembourg I* door het HvJ is ingevuld. Om de doeltreffendheid van de Wet BB 2021 te vergroten, is deze ook voorzien van een antimisbruikbepaling. Als een MNO via een in een hbj gevestigd lichaam – die fungeert als tussenschakel – interest en royalty’s naar een in een lbj gevestigd lichaam laat stromen, is de tussenschakel belastingplichtig voor de Wet BB 2021 als deze enkel in de inkomensstroom is geplaatst met als hoofddoel, of één van de hoofddoelen, om heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan. Sinds het arrest *N Luxembourg I* dienen de substance-eisen niet langer als safe harbour, maar spelen ze enkel nog een rol bij de bewijslastverdeling bij zowel de subjectieve als objectieve toets. Momenteel geldt dat als een tussenschakel voldoet aan de substance-eisen, de inspecteur nog steeds aannemelijk kan maken dat sprake is van misbruik omdat niet aan de subjectieve en objectieve toets wordt voldaan. Tevens geldt ook dat als een tussenschakel niet voldoet aan de substance-eisen, een belastingplichtige/ inhoudingsplichtige aannemelijk maken dat geen sprake is van misbruik, omdat niet wordt voldaan aan de subjectieve of objectieve toets. De nieuwe rol van de substance-eisen kunnen aldus additionele administratieve lasten met zich meebrengen, ingeval de aanwezigheid van misbruik ter discussie wordt gesteld. Echter, deze administratieve lasten zullen ook bij een onvoorwaardelijke bronbelasting nog steeds aanwezig zijn, mits dit bronbelastingstelsel zich laat baseren op de Wet DB 1965.

Het kabinet stelt dat met name het EU-recht een rol heeft gespeeld bij de vormgeving van de Wet BB 2021. De Wet BB 2021 heeft betrekking op interest- en royaltybetalingen aan zogenoemde ‘gelieerde’ entiteiten die gevestigd zijn in een lbj, dan wel in een hbj ingeval sprake is van een misbruiksituatie. De definitie van ‘gelieerdheid’ is gebaseerd op het arrest *Baars*, waar het HvJ er op wijst dat een transactie onder het bereik van de vestigingsvrijheid valt, als een entiteit met zijn aandelenbelang een ‘zodanige invloed’ op de besluitvorming van zijn deelneming heeft en hij de activiteiten ervan kan bepalen. Omdat de lijst van lbj’s aansluit bij statutaire winstbelastingtarieven van minder dan 9% en er geen EU- of EER-lidstaat is met zo’n laag statutair winstbelastingtarief, is van enige onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid geen sprake. Het is van belang dat de transacties die door de Wet BB 2021 in de heffing worden betrokken niet onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen, omdat de kapitaalsvrijheid ook in verhouding tot derde landen geldt. Dit betekent dat Nederland dan geen bronbelasting mag heffen, omdat niet-ingezetenen dan meer nadelig worden behandeld dan ingezetenen. In de literatuur is betoogd dat transacties aan zowel achterliggende participanten als aan aandeelhouders van middellijk gehouden deelnemingen mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid vallen, omdat zij vaak geen ‘zodanige invloed’ hebben op de besluiten van de betreffende (middellijk aangehouden) deelneming.

Naast dat de Wet BB 2021 mogelijk strijdig is met de kapitaalsvrijheid, is deze ook kwetsbaar ten aanzien van het staatsteunverbod. De aanwezigheid van het verbod op staatsteun wordt onder andere beoordeeld op basis van het voordeel- en selectiviteitscriterium. Als bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld ten opzichte van anderen – die, gelet op de doelstelling van een regeling, zich feitelijke en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden – doordat zij door middel van een nationale maatregel worden begunstigd met een selectief voordeel, die afwijkt van de algemene regeling, is staatsteun mogelijk aanwezig. De EC stelt dat bij de beoordeling van het selectiviteitscriterium ook de grenzen van een referentieregeling moeten worden getoetst. Dit baseert de EC op jurisprudentie van het HvJ. Nederland heeft de grenzen van het begrip ‘lbj’ onvoldoende coherent afgebakend en kan daardoor mogelijk in de knel komen met het selectiviteitsvereiste. Ondernemingen die in een hbj zijn gevestigd, maar wel tegen een effectief tarief van minder dan 9% worden belast, bevinden zich – met betrekking tot het doel van de Wet BB 2021 – in een vergelijkbare situatie als ondernemingen die in een lbj zijn gevestigd en waarbij geen sprake is van grondslagafwijking. De eerst genoemde groep ondernemingen worden begunstigd met een belastingvoordeel, terwijl zij net zoals de tweede groep ondernemingen de Nederlandse heffingsgrondslag uithollen.

Bij een onvoorwaardelijke bronbelasting is van enige kwetsbaarheid ten aanzien van het staatsteunverbod en de kapitaalsvrijheid geen sprake, omdat dan over iedere interest- en royaltybetaling bronbelasting wordt geheven. Bovendien is bij een onvoorwaardelijke bronbelasting ook geen sprake van tegenstrijdige bepalingen, waarbij belastingplichtigen veel strenger worden behandeld in vergelijking met het Nederlands fiscale verdragsbeleid. Immers, aan de hand van twee voorbeeldsituaties is aangetoond dat dit wel geldt bij de Wet BB 2021. Zo blijkt uit de eerste voorbeeldsituatie met de investeringen in een hybride entiteit dat de tegenbewijsregeling van art. 2.1, lid 4 Wet BB 2021 een frappante bepaling is, aangezien de tegenbewijsregeling alleen slaagt als alle achterliggende participanten voldoende worden belast over hun ontvangen voordelen. Het Nederlands fiscale verdragsbeleid gaat daarentegen altijd uit van de strekking dat een belastingplichtige wel naar rato van zijn belang in een deelneming een beroep kan doen op een verdragsvoordeel – zoals het verrekenen van bronbelasting of het toepassen van een (lager) verdragspercentage – mits hij dit voordeel ook verkrijgt als hij de interest- of royaltybetaling direct ontvangt of heeft genoten. Ook bij de tweede voorbeeldsituatie met de v.i. in de bilaterale en triangulaire situatie kan worden aangetoond dat belastingplichtigen in bilaterale situaties meer nadelig worden behandeld dan in triangulaire situaties. In bilaterale situaties mag Nederland onverminderd heffen, terwijl in triangulaire situaties geldt dat Nederland op grond van de interestbepaling in het OESO-MV 2017 gehouden is om vermindering van bronheffing te verlenen over de interestbetaling. Dat is frappant, want in de bilaterale situatie is geen sprake van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag. Mogelijk kan art. 10 MLI deze onevenwichtigheid recht trekken. Ook uit het Saint Gobain-besluit kan worden opgemaakt dat Nederland vindt dat het in de bilaterale situatie verrekening van bronbelasting moet geven. Ten slotte handelt Nederland in bilaterale situaties versus triangulaire situaties mogelijk in strijd met de non-discriminatiebepaling van bilaterale belastingverdragen die Nederland met lbj's heeft afgesloten. De strenge houding van de wetgever zorgt er wel voor dat enige strijdigheid van de Wet BB 2021 met de vestigingsvrijheid wordt omzeild, omdat niet-ingezetenen niet meer nadelig worden behandeld dan ingezetenen.

5.3: Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen

De probleemstelling van deze scriptie is als volgt: 'Welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's is het meest gunstig voor Nederland om in zijn nationale wetgeving

te implementeren?’ Gelet op de bevindingen in deze scriptie kan ik concluderen dat een onvoorwaardelijke bronbelasting het meest gunstig is voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren.

Doordat na invoering van de Wet BB 2021 geen interest- en royaltybetalingen meer naar lbj's stromen, wordt het beoogde doel van de Wet BB 2021 verwezenlijkt. Toch blijft internationale belastingontwijking ook na implementatie van de Wet BB 2021 waarschijnlijk nog steeds aanwezig en wordt Nederland na invoering van de Wet BB 2021 mogelijk nog steeds voor doorstroomactiviteiten gebruikt. De Wet BB 2021 heeft een ruim toepassingsbereik en een prohibitief karakter. Dit komt onder andere duidelijk naar voren als het Nederlands fiscale verdragsbeleid wordt vergeleken met de strenge aanpak van de wetgever bij de Wet BB 2021. Bovendien handelt Nederland bij verdragsituaties met lbj's mogelijk zelfs in strijd met de non-discriminatiebepaling van bilaterale belastingverdragen.

Hoewel een ruim toepassingsbereik en een prohibitief karakter benodigd is om de Wet BB 2021 goed uitvoerbaar en doeltreffend te laten zijn, doet het de doelmatigheid van de Wet BB 2021 niet ten goede. De Wet BB 2021 scoort negatief op doelmatigheid, omdat de wetgever binnenlandse betalingen meer nadelig behandelt dan grensoverschrijdende betalingen, terwijl op basis van het Nederlands fiscale verdragsbeleid geconcludeerd kan worden dat Nederland normaalgesproken een soepelere aanpak hanteert. Afgevraagd kan worden of de starre houding van de wetgever daadwerkelijk benodigd is om enige onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid te voorkomen. Bij een onvoorwaardelijke bronbelasting is deze problematiek niet langer aanwezig. Echter, mogelijk zorgt invoering van een onvoorwaardelijke bronbelasting wel dat het fiscale vestigingsklimaat verslechterd, aangezien Nederland dan niet meer één van de weinig staten betreft met een belastingsysteem dat niet voorzien is van een bronbelasting op interest en royalty's. Toch verwacht ik dat deze verslechtering van het fiscale vestigingsklimaat bescheiden zal zijn, aangezien het Nederlandse belastingsysteem meerdere 'kroonjuwelen' bevat. Daarbij is binnen de EU de IRR van toepassing, waardoor bij intra-EU-transacties in principe geen onvoorwaardelijke bronbelasting wordt geheven. Een onvoorwaardelijke bronbelasting scoort op doelmatigheid dan ook hoger dan de Wet BB 2021.

Met betrekking tot de uitvoerbaarheid scoren de Wet BB 2021 en een onvoorwaardelijke bronbelasting even hoog. Dit komt bijvoorbeeld omdat beide bronbelastingssystemen ongeveer

evenveel administratieve lasten bij belastingplichtigen met zich meebrengen. Aangezien voor de vormgeving van een onvoorwaardelijke bronbelasting aansluiting zal worden gezocht bij de Wet DB 1965, zal de systematiek van een onvoorwaardelijke bronbelasting redelijk snel duidelijk zijn. Daarbij hebben beide bronbelastingssystemen ten aanzien van interest en royalty's – vanwege de nieuwe rol van de substance-eisen bij de antimisbruikbepalingen – te maken met additionele administratieve lasten als de aanwezigheid van misbruik ter discussie wordt gesteld. Tevens geldt voor beide bronbelastingssystemen ten aanzien van interest en royalty's dat bij de Belastingdienst internationale informatie-uitwisseling benodigd is, om alle informatie over belastingplichtigen/ inhoudingsplichtigen te kunnen vergaren.

Ondanks dat de wetgever erin slaagt het doel van de Wet BB 2021 te verwezenlijken, is de Wet BB 2021 wel kwetsbaar ten aanzien van het staatsteunverbod en de kapitaalsvrijheid. Omdat de lijst van lbj's onder andere gebaseerd is op staten met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% en het effectieve tarief hierbij geen rol speelt, is het begrip 'lbj' onvoldoende coherent afgebakend. Dit levert kwetsbaarheid ten aanzien van het staatsteunverbod op. Immers, ondernemingen die in een hbj zijn gevestigd en waarbij hun winsten tegen een effectief winstbelastingtarief van minder dan 9% in de heffing worden betrokken, zijn enkel belastingplichtig voor de Wet BB 2021 ingeval van misbruik. Echter, gelet op het doel van de Wet BB 2021, bevinden zij zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie als ondernemingen die gevestigd zijn in een lbj en waarbij geen sprake is van enige grondslagafwijking. De eerstgenoemde groep ondernemingen worden selectief bevoordeeld met een vermindering van belastingdruk ten opzichte van de andere groep ondernemingen.

Ondanks dat de wetgever enige onverenigbaarheid met de vestigingsvrijheid heeft ingedamd door een statutair winstbelastingtariefsdrempel van 9% te hanteren, waardoor ingezetenen van EU-lidstaten niet belastingplichtig kunnen zijn voor de Wet BB 2021 en er daardoor niet in strijd met de vestigingsvrijheid wordt gehandeld, ligt strijdigheid met de kapitaalsvrijheid wel op de loer. Als een achterliggende participant van een samenwerkende groep of een aandeelhouder met een middellijk belang in een deelneming een interest- of royaltybetaling ontvangt van een Nederlandse deelneming en er wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden, zijn de achterliggende participant en de aandeelhouder belastingplichtig voor de Wet BB 2021. Als zo'n achterliggende participant of aandeelhouder met een middellijk gehouden belang geen 'zodanige invloed' heeft in de deelneming en een zeggenschapsverhouding aldus

niet aanwezig is, vallen deze transacties mogelijk onder het bereik van de kapitaalsvrijheid. Nederland mag dan niet heffen, omdat niet-ingezetene entiteiten dan meer nadelig worden behandelen dan ingezetenen.

Strijdigheid met het EU-recht is kwalijk. Op basis van het beginsel van loyale samenwerking zijn EU-lidstaten verplicht de Unie bij te staan bij de uitvoering van de taken die uit verdragen voortvloeien en om passende maatregelen te nemen, zodat de verplichtingen die voortvloeien uit het primaire en secundaire EU-recht worden verwezenlijkt, zonder dat de doelstellingen van de Unie in gevaar worden gebracht. Bij een onvoorwaardelijke bronbelasting is iedere entiteit belastingplichtig en worden geen specifieke groepen ondernemingen als belastingplichtigen aangewezen. Hierdoor geldt dat een onvoorwaardelijke bronbelasting niet kwetsbaar is ten aanzien van het staatsteunverbod en de kapitaalsvrijheid. Dit verbetert de doeltreffendheid van de Wet BB 2021. Alles bij elkaar genomen, beveel ik de wetgever daarom aan om een onvoorwaardelijke bronbelasting te implementeren in plaats van de Wet BB 2021. Een onvoorwaardelijke bronbelasting scoort op basis van het toetsingscriteria het hoogst en vormt voor Nederland daarom het meest gunstige bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's om in de nationale wetgeving te implementeren.

Toetsingscriterium	Wet BB 2021	Onvoorwaardelijke bronbelasting interest/royalty's
Doeltreffendheid	-	+
Doelmatigheid	-	+
Uitvoerbaarheid	+	+
Totaal	-	+

Omwille van de omvang van deze scriptie is enkel onderzocht welk bronbelastingstelsel ten aanzien van interest en royalty's het meest gunstig is voor Nederland om in zijn nationale wetgeving te implementeren. Economisch bezien kan met een conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten in principe hetzelfde effect worden bereikt als met een conditionele bronbelasting op interest en royalty's. Met het oog op het rapport van de adviescommissie Belastingheffing van multinationals, het voorstel van de OESO tot een 'tax on base erosion payments' en de door Vleggeert en Vording in de literatuur beschreven conditionele aftrekbepanking van interest- en royaltykosten, beveel ik een vervolgonderzoek naar een conditionele aftrekbepanking van interest en royaltykosten aan, waarin wordt

onderzocht of zo'n conditionele aftrekbepanking een gunstigere oplossing is voor Nederland dan een onvoorwaardelijke bronbelasting.

Literatuurlijst

Artikelen

R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruijs & H.R. Zuidhof, 'Enige wetenswaardigheden van een belasting zonder opbrengst: Wet bronbelasting 2021', *WFR* 2019/207 van 17 oktober 2019.

R.P.C.W.M. Brandsma, 'Buitenlandse transparante entiteiten' (Cursus Belastingrecht, deel Div.bel.3.2.1.B.b), (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2019).

N. Bravo, 'The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties', *World Tax Journal* van oktober 2016.

D.M. Broekhuijsen, 'Wat is er 'multilateraal' aan het multilateraal instrument?', *FED* 2018/65 van 4 april 2018.

D. Broekhuijsen & H. Vording, 'The Multilateral Tax Instrument: how to Avoid a Stalemate on Distributional Issues?', *BTR* 2016/1.

A.C.G.A.C. de Graaf, 'Wet bronbelasting 2021, kritisch belicht vanuit EU-vrijheden', *MBB* 2019/12-43 van 11 december 2019.

G. de Groot, 'Dubieuze klanten vertrekken bij trustkantoren door strenger toezicht', *FD* van 21 januari 2021.

I.M. de Groot, 'EU-recht schept verplichting voor lidstaten tot unilaterale meestbegunstiging', *MBB* 2013/12 van december 2013.

G.T.W. Janssen, 'Dividenden, interest en royalty's' (Cursus Belastingrecht, aantekening IB.2.3.3), (online, bijgewerkt op 2 april 2019).

P. Kavelaars, 'Antimisbruik bepalingen in het MLI', *TFO* 2018/159.1 van 11 oktober 2018.

P. Kavelaars, 'Bronstaathellingen in opmars', *NFR* 2019/1937 van 1 augustus 2019.

A. Kruiswijk, 'De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking', *WFR* 2002/1501 van 1 januari 2002.

A.M. Lejour, J.L. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Belastingmaatregelen tegen NL doorsluisland, voldoende impact?', *WFR* 2019/40 van 26 februari 2019.

R.W. van der Linde & A.W.G. Lamers, 'De interest- & royaltyrichtlijn', *WFR* 2004/349 van 1 januari 2004.

J.J. Oortwijn, 'EG-recht versus dividendbelasting over inbound en outbound dividend', *WFR* 2006/928 van 1 januari 2006, par. 1.

F.P.G. Pötgens, 'Nederland en het MLI: de spanning stijgt?', *WFR* 2017/150 van 18 juli 2017.

F.P.G. Pötgens, 'Wet bronbelasting 2021; een trendbreuk met het verleden!', *NtFR* 2020/3 van 30 januari 2020.

F.P.G. Pötgens & P.H. Sleurink, 'De afschaffing van de dividendbelasting in fiscaal-juridisch perspectief', *WFR* 2018/163 van 11 september 2018.

D.E. van Sprundel, 'Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse', *WFR* 2009/511 van 1 januari 2009.

Vakstudie Nieuws, 'EG-moeder/dochterrichtlijn opnieuw uitgebracht en Nederlandse implementatie ervan (Richtlijn 90/435/EEG)', *V-N* 2012/13.5 van 30 november 2011.

Vakstudie Nieuws, 'Wet bronbelasting 2021. Voorgestelde wettekst met artikelsgewijze toelichting. Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 2 en 3', *V-N* 2019/47.13 van 5 oktober 2019, p. 245.

Vakstudie Nieuws – 08 Nederlands Internationaal Belastingrecht, 'Aant. 4. De verhouding tussen art. 115 VwEU-Verdrag enerzijds en art. 114 en 116 VwEU-Verdrag anderzijds', bijgewerkt t/m 14 maart 2020.

J. Vleggeert, 'De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus "aggressive tax planning indicators"', *WFR* 2016/47 van 1 maart 2016.

J. Vleggeert, 'Suggesties voor grondslagverbreding van de vennootschapsbelasting', *WFR* 2019/190 van 26 september 2019.

J. Vleggeert & H. Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning' van 11 april 2017 (online) geraadpleegd via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2949840.

J. Vleggeert & H. Vording, 'Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord', *WFR* 2018/3 van 4 januari 2018.

J. Vleggeert & H. Vording, 'Is Nederland een belastingparadijs?', *NJB* 2018/139 van 19 januari 2018.

J. Vleggeert & H. Vording, 'Bronbelasting 2020: een wassen neus', *WFR* 2018/190 van 18 oktober 2018.

J. Vleggeert & H. Vording, 'Nederland doorsluisland: hoe nu verder?', *WFR* 2019/41 van 28 februari 2019.

H.A. Vollebregt, 'Transfer pricing: ontwikkelingen sinds de codificatie van het arm's-lengthbeginsel per 2002', *WFR* 2008/436 van 1 januari 2008.

H. Vording, 'Fiscale Beleidsnotities 2014', *WFR* 2013/1112 van 23 september 2013.

Boeken

R.P. van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting* (Compendiumreeks, deel 17), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht* (Fiscale Studieserie, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

S. Jain, *Effectiveness of the Beneficial Ownership. Test in Conduit Company Cases*, Amsterdam: IBFD 2013.

P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law* (General Topics and Direct Taxation, deel 1), Deventer: Kluwer 2018.

Databases

M. Helminen, Article 11: Interest - Global Tax Treaty Commentaries, Global Topics IBFD van 15 mei 2019 (online) geraadpleegd via https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gttc_article11_chaphead.

A.J. Martín Jiménez, Article 12: Royalties (OECD and UN Models) and Article 12A: Technical Services (UN Model (2017)) - Global Tax Treaty Commentaries, *Global Topics IBFD* van 27 juni 2019 (online), geraadpleegd via https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gttc_article12_chaphead.

Jurisprudentie

United States Tax Court 5 augustus 1971, nr. 292-69 (*Aiken Industries Inc. V. Commissioner of Internal Revenue*), 56 925.

HR 6 april 1994, nr. 28 638, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639 (*Marketmaker*), BNB 1994/217, m.nt. Van Brunschot.

United States Tax Court 6 juni 1997, (*Northern Indiana Public Service Co. V. Commissioner of Internal Revenue*), 115 F.3d 506.

HvJ-EG 21 september 1999, nr. C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438 (*Saint Gobain*), BNB 2000/75 (*concl. Mischo*), m.nt. I.J.J. Burgers.

HvJ-EU 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*), *BNB* 2000/242 (*concl. Alber*), m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

HvJ-EG 6 juni 2000, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294 (*Verkooijen*), *BNB* 2000/329 (*concl. La Pergola*), m.nt. I.J.J. Burgers.

HvJ-EG 15 juli 2004, C-315/02, ECLI:EU:C:2004:446 (*Lenz*), *BNB* 2004/400 (*concl. Tizzano*), m.nt. P.J. Wattel.

HvJ-EG 7 september 2004, C-319/02, ECLI:EU:C:2004:484 (*Manninen*), *BNB* 2004/401 (*concl. Kokott*), m.nt. P.J. Wattel.

HvJ-EVA 23 november 2004, E-1/04, ECLI:NL:XX:2004:AV0752 (*Fokus Bank*), *BNB* 2005/168, m.nt. P.J. Wattel.

HvJ-EU 5 juli 2005, C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 (*D*), *BNB* 2006/1 (*concl. Ruiz-Jarabo Colomer*), m.nt. G.T.K. Meussen.

HvJ-EG 19 januari 2006, C-265/04, ECLI:EU:C:2006:51 (*Bouanich D*), *V-N* 2006/7.5, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

HvJ-EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54 (*concl. Léger*), m.nt. P.J. Wattel.

HvJ-EG 14 november 2006, C-513/04, ECLI:EU:C:2006:713 (*Kerckhaert-Morres*), *BNB* 2007/73 (*concl. L.A. Geelhoed*), m.nt. Marres.

HvJ-EU 23 oktober 2007, C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623.

HvJ-EG 8 november 2007, C-379/05, ECLI:EU:C:2007:655 (*Amurta*), *V-N* 2007/57.16, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

HvJ-EU 21 juli 2011, C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499 (*Scheuten-Solar*), *FED* 2012/10, m.nt. E. Thomas.

HvJ EU 15 november 2011, C-106/09 P, C-107/09 P (Uitspraak), ECLI:EU:C:2011:732 (*Commissie/Gibraltar en VK*), (concl. Jääskinen), m.nt. M.R. Mok.

HvJ-EU 13 november 2012, C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 (*Test Claimants/Commissioners of Inland Revenue*), BNB 2013/28 (concl. Jääskinen), m.nt. P.J. Wattel.

HvJ-EU 24 februari 2015, C-512/13, ECLI:EU:C:2015:108 (*C.G. Sopora/Staatssecretaris van Financiën*), BNB 2015/133 (concl. Kokott), m.nt. G.T.K. Meussen.

HvJ-EU 20 december 2017, C-504/16 & C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding/Bundeszentralamt für Steuern*), BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

HvJ-EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*), BNB 2020/9 (concl. Kokott), m.nt. S.C.W. Douma.

A-G HvJ-EU 13 juni 2019, nr. C-75/18, ECLI:EU:C:2019:492 (*Vodafone Magyarország*), V-N 2019/33.9 (concl. Kokott), m.nt. Redactie V-N.

A-G HvJ-EU 4 juli 2019, nr. C-323/18, ECLI:EU:C:2019:567 (*Tesco-Global Áruházak*), (concl. Kokott).

HvJ-EU 3 maart 2020, nr. C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139 (*Vodafone Magyarország*), V-N 2020/14.13 (concl. Kokott), m.nt. Redactie V-N.

HvJ-EU 3 maart 2020, nr. C-323/18, ECLI:EU:C:2020:140 (*Tesco-Global Áruházak*), V-N 2020/14.12 (concl. Kokott), m.nt. Redactie V-N.

Overige

Adviescommissie Belastingheffing van multinationals, *Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting. Analyses en aanbevelingen* (Publicatie-nr. 20401417), Den Haag: Ministerie van Financiën, april 2020, geraadpleegd van

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/04/15/rapport-adviescommissie-belastingheffing-van-multinationals>.

J. Hers, J. Witteman & W. Rougoor ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s. Feiten, cijfers en mogelijkheden voor effectmeting’, SEO Economisch Onderzoek van oktober 2018 (online), geraadpleegd van http://www.seo.nl/uploads/media/2018-86_Balansen_inkomsten_en_uitgaven_van_bfi_s_01.pdf.

A. Lejour & M. van ’t Riet, ‘De economische betekenis van bilaterale belastingverdragen’, *CPB Achtergronddocument* (behorend bij *CPB Policy Brief* 2013/07) van 30 augustus 2013 (online), geraadpleegd van <https://www.cpb.nl/publicatie/bilaterale-belastingsverdragen-en-buitenlandse-investeringen>.

A. Lejour, J. Möhlmann & M. van ’t Riet, ‘Doorsluisland NL doorgelicht’, *CPB Policy Brief* van januari 2019 (online), geraadpleegd van <https://www.cpb.nl/doorsluisland-nl-doorgelicht>.

A. Lejour & M. van ’t Riet, ‘Netwerkanalyse van een Nederlandse voorwaardelijke bronbelasting op renten en royalty’s’, *CPB Notitie* van november 2019 (online), geraadpleegd van <https://www.cpb.nl/netwerkanalyse-van-een-nederlandse-voorwaardelijke-bronbelasting-op-renten-en-royaltys>.

Ministerie van Financiën, ‘Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 11’ van 11 februari 2011 geraadpleegd van https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20110211/notitie_fiscaal_verdragsbeleid_nfv.

T. Nakamoto & Y. Ikeda, ‘Identification of conduit jurisdictions and community structures in the withholding tax network’, *Evolutionary and Institutional Economics Review* van 1 november 2018, p. 477-493.

NOB-commentaar Wet bronbelasting 2021 (35 305) van 4 oktober 2019, geraadpleegd van https://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob-commentaar_-_wet_bronbelasting_2021_inlusief_bijlage.pdf.

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Paris: OECD Publishing 2013 (online), geraadpleegd van <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Paris: OECD Publishing 2019 (online), geraadpleegd van www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf

OECD, *BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Paris: OECD Publishing 2015 (online), geraadpleegd van <https://doi.org/10.1787/9789264263437-en>.

OECD, *Explanatory Statement Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, geraadpleegd van <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

OECD, *Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) (Pillar Two): Public Consultation Document. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, Paris: OECD Publishing 2019 (online), geraadpleegd van <https://www.oecd.org/.../public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>.

OECD, *Glossary of Tax Terms* (online), geraadpleegd van <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

Overzicht van verdragen op het gebied van directe belastingen per 1 april 2020, geraadpleegd van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/circulaires/2020/04/01/verdragenoverzicht-per-1-april-2020>.

Preamble to 2016 U.S. Model Income Tax Convention van February 17, 2016, geraadpleegd van <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf>.

United States Model Income Tax Convention. Convention between the government of the United States of America and the government of _____ for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion with respect to taxes on income, geraadpleegd van <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>.

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

Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 12 juni 2017, 10046/17.

Parlementaire stukken

Aanhangsel van de Handelingen, Kamerstukken II 2018/2019, nr. 1289.

Amendement van het Lid van Weyenberg C.S., Kamerstukken II 2018/2019, 35 030, nr. 10.

Beleidsplan, Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 2.

Besluit van de Directeur-Generaal voor Fiscale Zaken namens de staatssecretaris van Financiën van 21 januari 2004, nr. IFZ2003/558M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 maart 1997, nr. IFZ97/204M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M (Stcrt. 2005, 167).

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 nr. CPP2009/519M (stcrt. 2009, 19749).

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 december 2019, nr. 2019-200938 (Stcrt. 2019, 66196).

Brief van de minister voor buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking van 13 juli 2018, 33 625, nr. 265.

Brief staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, 25 087, K, nr. IZV/2015/657 M.

Brief staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647.

Brief staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, 25 087, nr. 135.

Brief staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.

Brief staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778.

Brief staatssecretaris van Financiën van 11 november 2019, 35 305, nr. 8.

Brief staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020, 25 087, nr. 255.

Handeling, Kamerstukken II 2005/2006, 30 306, nr. 5.

MvA, Kamerstukken II 2019/2020, 35 305, nr. C.

MvT, Kamerstukken II 2017/2018, 34 853 (R2096), nr. 3.

MvT, Kamerstukken II 2018/2019, 35 030, nr. 3.

MvT, Kamerstukken II 2019/2020, 35 305, nr. 3.

MvT, Kamerstukken II 2019/2020, 35 523, nr. 3.

nnavv, Kamerstukken II 2017/2018, 34 853, nr. 6.

nnavv, Kamerstukken II 2018/2019, 35 028, nr. 21.

nnavv, Kamerstukken II, 2019/2020, 35 305, nr. 6.

Regeerakkoord 2017 – 2021 ‘Vertrouwen in de toekomst’, kabinet VVD, CDA, D66 en ChristenUnie van 10 oktober 2017.

Publicatieblad van de Europese Unie

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, nr. C 64/8, geraadpleegd van <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>.

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

Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, C 262/01 van 19 juli 2016.

Staatsblad

Stb. 30 november 2006, jaargang 2006, nr. 631, p. 23.

Staatscourant

Stcrt. 31 december 2018, nr. 72064, DB 2018/216528.