Masterscriptie Fiscale Economie

Het doolhof van antimisbruikmaatregelen in het huidige Nederlandse beleid

Een onderzoek naar de mate waarin de beschikbare antimisbruikmaatregelen in staat zijn *tax treaty shopping* te bestrijden

Naam:	D.M. van der Hout
ANR:	367799
Studie:	Master Fiscale Economie
Faculteit:	School of Economics and Management
Universiteit:	Tilburg Universiteit
Examencommissie:	mr. dr. G.C. van der Burgt en prof. dr. A.J.A. Stevens

Datum definitieve versie: 28 mei 2022

Voorwoord

Beste lezer,

Nooit had ik verwacht de fiscale weg in te slaan tot ik in het derde jaar van mijn vorige studie kennis maakte met het omvangrijke belastingrecht. Mede door mijn afstudeerstage bij de belastingafdeling van een internationale financiële dienstverlener werd ik dermate geënthousiasmeerd om te kiezen voor een fiscale (pre)masteropleiding. Wegens het gebrek aan fiscale kennis bij de aanvang van de premaster was de materie uiterst complex. Naarmate het collegejaar vorderde, werd de systematiek van de wet alsmaar duidelijker en begon ik steeds meer plezier in de studie te krijgen waardoor deze voorbij is gevlogen. Voor u ligt het slotstuk van de master én hetgeen waar ik gedurende mijn studietijd het meest tegenop heb gekeken.

Hoewel er te veel mensen zijn om individueel te bedanken in dit voorwoord, gaat een speciaal woord van dank uit naar mijn ouders. Zij hebben mij niet enkel gestimuleerd om het beste uit mijzelf te halen op zowel academisch als persoonlijk vlak, ook waren zij altijd daar om motiverende woorden toe te fluisteren wanneer de moed mij in de schoenen was gezakt.

Daarnaast ben ik ook zeer dankbaar voor mijn lieve vriendinnen en zusje die voldoende afleiding hebben verzorgd om mijn gedachten te verzetten. In het bijzonder wil ik Alicia Slooff en Elles Warrenaar bedanken voor het meermaals doorlezen van mijn thesis ondanks dat hun specialisatie ver afstaat van de fiscaliteit.

Tot slot uit ik graag een woord van dank aan mijn begeleider, Dhr. Van der Burgt, door wiens onuitputtelijke geduld en feedback deze scriptie geworden is wat het is.

Deze scriptie vormt het sluitstuk van mijn studietijd en markeert het begin van mijn professionele carrière. Ondanks dat ik enorm uitkijk naar wat de toekomst mij zal brengen, denk ik met veel vreugde terug aan mijn studententijd.
Ik zal u niet langer meer ophouden met dit voorwoord en wens u veel plezier met het lezen van mijn masterscriptie.

D.M. van der Hout

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen 5

1. Inleiding 6

1.1. Aanleiding ... 6

1.2. Probleemstelling ... 9

1.3. Opbouw ... 9

1.4. Afbakening ... 10

2 Toetsingskader 11

2.1 Inleiding ... 11

2.2 Doeltreffend en doelmatig ... 11

2.3 Evenredigheid ... 11

2.4 Rechtszekerheid ... 12

2.5 Internationaal en Europees recht ... 12

2.6 Rangorde van de toetsingscriteria ... 12

3 Treaty shopping 14

3.1 Inleiding ... 14

3.2 Belastingontwijking ... 14

3.3 Belastingontduiking ... 16

3.4 Belastingontduiking vs. belastingontwijking ... 17

3.5 Belastingplanning ... 18

3.6 Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en verdragsmisbruik ... 19

3.7 Treaty shopping ... 20

3.8 Deelconclusie ... 23

4 Het door Nederland gehanteerde antimisbruikbeleid 24

4.1 Inleiding ... 24

4.2 Paradijs of doorstroomland? ... 25

4.3 Antimisbruikmaatregelen ... 26

4.3.1 Inleiding en afbakening ... 26

4.3.2 Principal purpose test ... 27

4.3.3 De Europese misbruikconcepten ... 32

4.4 Uiteindelijk gerechtigde ... 35

4.5 Hybride mismatches ... 38

4.6 Nederlandse bronbelasting ... 42

4.6.1 Bronbelasting op rente- en royaltybetalingen ... 42

4.6.2 Bronbelasting op dividenden ... 43

4.6.3 Toetsing Wet BB ... 43

4.7 Deelconclusie ... 47

5 Samenvatting en conclusie 49

Literatuurlijst 52

I. Boeken ... 52

II. Artikelen ... 53

III. Kranten en overige media ... 55

IV. Parlementaire stukken ... 55

V. Overige stukken ... 56

Jurisprudentie 60

I. Hof van Justitie van de Europese Unie ... 60

II. Hoge Raad ... 60

III. Overig ... 60

Wetsartikelen 61

I. Verdrag betreffende de Europese Unie ... 61

II. Algemene wet inzake rijksbelastingen ... 61

III. Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ... 61

IV. Wet op de dividendbelasting 1965 ... 61

V. Wet bronbelasting 2021 ... 61

VI. Overig ... 61

Lijst met gebruikte afkortingen

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFI	Bijzondere Financiële Instelling
Bvdb	Besluit voorkoming dubbele belasting
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CFC	Controlled Foreign Company
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
FR	Fusierichtlijn
GAAR	General Anti Abuse Rule
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IMF	Internationaal Monetair Fonds
IRR	Interest- en royaltyrichtlijn
LOB	Limitation on Benefits
MDR	Moeder-Dochterrichtlijn
MLI	Multilaterale Instrument
MNO	Multinationale onderneming
NFV	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	Modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PPT	Principal Purpose Test
TAAR	Targeted Abuse Rule
VI	Vaste inrichting
Wet DB	Wet op de dividendbelasting
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting
Wet VpB	Wet Vennootschapsbelasting

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Volgens het rapport van het Internationaal Monetair Fonds (IMF) vindt de helft van alle buitenlandse directe spookinvesteringen wereldwijd plaats in Nederland en Luxemburg.[1] De grote mate waarin deze investeringen worden aangetrokken door landen als Nederland en Luxemburg heeft veelal te maken met de beleidsstrategie die deze landen hanteren. Hoewel dit aan belastingen weinig tot niets oplevert, creëert dit werkgelegenheid en draagt dit bij aan de lokale economie. Onderzoek van KMPG in 2016 toont aan dat Nederland het meest aantrekkelijke Europese land was om een onderneming te vestigen, mede doordat Nederland voordelige belastingtarieven hanteert.[2]
Nederland kan dus worden gezien als een doorsluisland, waar voornamelijk multinationale ondernemingen (MNO's) gebruik van maken door de gunstige omstandigheden om zich te vestigen. Nederland heeft deze positie onder andere te danken aan fiscale regelingen zoals de deelnemingsvrijstelling, mogelijkheid tot het sluiten van 'rulings'[3] en het grote netwerk aan bilaterale belastingverdragen waarin gunstige bronbelasting op dividend, rente en royalty's is overeengekomen.[4] Dit wordt geïllustreerd door de bijna 100 belastingverdragen die Nederland op 1 januari 2021 was overeengekomen.[5]

In Nederland worden belastingverdragen voornamelijk overeengekomen om dubbele belasting te voorkomen ter bevordering van de internationale economische relaties. Belastingverdragen trekken echter ook bedrijven aan die zich enkel vestigen zodat zij toegang verkrijgen tot het belastingverdrag waardoor zij van de bijbehorende verdragsvoordelen kunnen genieten. Een desbetreffende fiscaal voordelige route voor MNO's wordt mogelijk gemaakt door het vestigen van een brievenbusfirma[6] in Nederland. Op die wijze wordt er misbruik gemaakt van de belastingverdragen. Dit fenomeen wordt ook wel *tax treaty shopping* genoemd en is al jaren bekend probleem. Reeds in 1977 werd in het commentaar op artikel 1 door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) beschreven wat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen inhoudt.[7] In belastingverdragen is dan ook een taak weggelegd om belastingontwijking en -ontduiking te voorkomen. De voordelen van een belastingverdrag zouden niet beschikbaar mogen zijn wanneer het hoofddoel van bepaalde transacties of structuren is om een gunstigere belastingpositie of behandeling te verkrijgen. In het belastingverdrag bestaat de mogelijkheid om specifieke bepalingen op te nemen die gericht zijn op het voorkomen van (bepaalde vormen van) belastingontwijking.[8]

[1] Jannick Damgaard, 'The Rise of Phantom Investments', September 2019
[2] KMPG, 'Competitive Alternatives', 2016 edition
[3] A. Lejour, J. Möhlmann, M. van 't Riet, 'Doorsluisland NL doorgelicht', januari 2019
[4] A. Lejour, M. van 't riet, 'Bilaterale belastingverdragen en buitenlandse investeringen', 2013
[5] Ministerie van Financiën, 'Verdragen op het gebied van directe belastingen per 1 januari 2021'
[6] Volgens de OESO (*Adressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS*)) kenmerkt een brievenbusmaatschappij zich als volgt: '(1) Een rechtspersoon die (2) geregistreerd is en onderworpen is aan fiscale en andere juridische verplichtingen in diens jurisdictie, (3) direct of indirect gecontroleerd wordt door een buitenlandse aandeelhouder, (4) weinig of geen werknemers heeft, weinig of geen productieactiviteiten in de bronstaat verricht en weinig overige aanwezigheid in de bronstaat heeft, (5) bezittingen en schulden heeft die voornamelijk buitenlandse investeringen vertegenwoordigen en (6) waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit het houden en financieren van dochtervennootschappen'
[7] Zie paragraaf 8 en 9 van het OESO-commentaar uit 1977 op art. 1
[8] Art. 29 lid 9 OMV

Dit blijkt in de praktijk niet altijd te werken wat duidelijk wordt uit nieuwsberichten die aandacht besteden aan de belastingontwijkende structuren van onder andere bekende bedrijven zoals Google[9], Uber[10] en Shell[11].

Nu er steeds meer duidelijkheid is in welke mate belastingontwijking plaatsvindt en op welke manier dit wordt bewerkstelligd, zijn er steeds meer initiatieven op mondiaal, Europees en nationaal niveau tot stand gekomen om deze ontwijking tegen te gaan.[12]
Zo is op mondiaal niveau de OESO in 2012 gestart met het Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project. Zij concludeerden dat treaty shopping één van de belangrijkste oorzaken is van grondslaguitholling en het verschuiven van winsten.[13] Naar aanleiding van dit project heeft de OESO verschillende actiepunten geformuleerd die belastingontwijking bestrijden en waarvan verdragsmisbruik een van de thema's is waar de actiepunten op toezien. Het kost echter veel tijd om deze actiepunten door te voeren in de bilaterale verdragen die landen reeds hebben gesloten. Om dit te bespoedigen, heeft de OESO als laatste actiepunt het Multilaterale Instrument (MLI) ontwikkeld. Met dit instrument kunnen de BEPS-maatregelen worden geïmplementeerd in een multilateraal verdrag waardoor de bestaande verdragen van de aangesloten staten worden aangepast conform het OESO-modelverdrag en de gekozen maatregelen.[14] Deze doorwerking geldt enkel indien beide verdragspartners hebben ingestemd met de bepaling, beide het MLI hebben ondertekend en het geldende belastingverdrag hebben aangemeld onder het MLI. Daarnaast moet het MLI in beide landen in werking zijn getreden.[15]

Daarnaast is op Europees niveau het fiscale stelsel reeds in 2003 verrijkt met de interest- en royaltyrichtlijn (IRR) en later in 2011 met de Moeder-dochterrichtlijn (MDR). In beide richtlijnen is een antimisbruikbepaling opgenomen. Voor de MDR geldt dat de voordelen niet worden toegekend als sprake is van een constructie of meerdere constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of toepassing van de richtlijn ondermijnt en die kunstmatig van aard is.[16] Bij de IRR geldt dat het genot van de richtlijn niet wordt toegekend in het geval de transactie is aangegaan met (als een van de) voornaamste beweegredenen belastingontwijking, belastingontduiking of fraude.[17]
Ook de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) in een tweetal Deense misbruikzaken[18] geeft antwoord op vragen omtrent de uiteindelijk gerechtigde, het misbruikbegrip en de verplichting van EU-lidstaten om de zojuist genoemde richtlijnen niet toe te passen in misbruiksituaties.
Een ander voorbeeld is het, door de Europese Commissie (EC) ontwikkelde, Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) die haar oorsprong vindt in het BEPS-project. Met deze anti-

[9] AD, 'Google sluisde minstens 128 miljard euro weg via Nederland', 13 januari 2021
[10] NOS, 'Uber ontwijkt nog steeds belasting in Nederland', 6 februari 2021
[11] AD, 'Shell betaalt geen winstbelasting in Nederland', 21 mei 2019
[12] Kamerstukken II 2020/2021, 25087, nr. 260, p. 5
[13] OESO, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', 2013 (p. 18)
[14] F.P.G. Pötgens, Cursus belastingrecht, IBR.3.1.5. Multilateraal instrument
[15] Rijksoverheid, 'Multilateraal instrument en Nederlandse belastingverdragen', 2021
[16] Art 1 lid 2 MDR
[17] Art 5 lid 2 IRR
[18] HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, N Luxembourg 1 en HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, T Danmark en Y Denmark

belastingontwijkingsrichtlijn is beoogd een deel van de BEPS-aanbevelingen in de Europese Unie (EU) te implementeren.[19]

Tenslotte, is op nationaal niveau sinds 1 januari 2021 een bronbelasting op rente en royalty's ingevoerd. Rente- en royalty betalingen aan gelieerde entiteiten die zijn gevestigd in laagbelastende jurisdicties of wanneer sprake is van misbruiksituaties, zullen worden onderworpen aan een conditionele bronheffing. Hoewel voormalig Staatssecretaris Wiebes van het Ministerie van Financiën enkele jaren geleden nog geen voorstander was van deze bronheffing gezien de mogelijkheid tot dubbele belastingheffing[20], heeft zijn opvolger, Staatssecretaris Snel, deze mening herzien en draagt de bronbelasting tegenwoordig bij om de doorstroom naar belastingparadijzen te minimaliseren.[21]
Met betrekking tot antimisbruikregels inzake de bestrijding van treaty shopping heeft Nederland de voorkeur uitgesproken om maatregelen te treffen in de belastingverdragen zelf in plaats van in de nationale wetgeving.[22] Ter illustratie heeft Nederland de voorkeur gegeven om de Principal Purpose Test (PPT), die voortvloeit uit de BEPS-actiepunten, door te voeren in de belastingverdragen. Met de PPT wordt oneigenlijk gebruik van het Nederlandse verdragennetwerk voorkomen. Daarnaast wordt ook ingezet op de bestrijding van mismatches en zullen er hogere eisen worden gesteld aan de 'substance' in Nederland alvorens zekerheid vooraf kan worden gekregen.[23]

Als het gaat om het vestigingsklimaat is Staatssecretaris Vijlbrief van Financiën van mening dat het voornamelijk van belang is dat geen juridische dubbele belasting wordt betaald. Waarbij het met name relevant is dat er een belastingverdrag is overeengekomen en niet zozeer hoe de allocatie van heffingsrechten is ingericht. Door het uitbreiden en onderhouden van het verdragennetwerk kan (de angst voor) dubbele belasting voorkomen worden. Bovendien draagt dit bij aan de rechtszekerheid van de belastingplichtigen uit beide verdragsstaten.[24] Het is volgens hem van groot belang dat het vestigingsklimaat aantrekkelijk blijft voor hoofdkantoren en bedrijven met reële economische activiteiten.[25]

[19] R.P.C.W.M. Bransma, S.R. Pancham, D.S. Smit, Cursus Belastingrecht, EBR 8.5.0. EU-anti-belastingontwijkingsrichtlijn.
[20] Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2013, nr. IFZ/2013/216 U
[21] Rijksoverheid, 'Kabinet pakt 22 miljard euro belastingontwijking aan met bronbelasting', 6 november 2018
[22] Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 43 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011)
[23] Notitie 'Aanpak belastingontwijking en belastingontduiking', 23 februari 2018
[24] Kamerstukken II 2019/2020, 25 087, nr. 256 (Beantwoording Kamervragen schriftelijk overleg Notitie Fiscaal Verdragsbeleid)
[25] Kamerstukken II 2019/2020, 25 087, nr. 112

1.2. Probleemstelling

Vanwege de toegenomen aandacht voor het tegengaan van treaty shopping en de diverse mogelijke antimisbruikbepalingen van zowel de EU als de OESO, is het interessant om te toetsen in hoeverre de door Nederland gekozen beleidsstrategie inzake treaty shopping dit fenomeen ook daadwerkelijk bestrijdt. De probleemstelling voor dit onderzoek luidt dan ook als volgt:

'In hoeverre dragen de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikmaatregelen bij aan de bestrijding van tax treaty shopping en zouden maatregelen ter aanvulling kunnen worden overwogen?'

1.3. Opbouw

Om tot beantwoording van de bovenstaande probleemstelling te komen, zal onderzoek worden gedaan aan de hand van een drietal deelvragen. Het betreft een kwalitatief onderzoek waarbij gebruik wordt gemaakt van fiscale en juridische vakliteratuur, Nederlandse en Europese jurisprudentie en parlementaire stukken.

Allereerst zal in hoofdstuk twee een toetsingskader worden uitgewerkt. Aan dit toetsingskader kunnen de geïmplementeerde maatregelen onderworpen worden om antwoord te geven op de vraag in hoeverre deze maatregelen bijdragen aan de bestrijding van treaty shopping. Vervolgens zullen vanaf hoofdstuk drie de deelvragen worden beantwoord.

De eerste deelvraag luidt:
'Wat is treaty shopping en hoe wordt dit ingezet om belasting te ontwijken?'.

Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden zal eerst worden toegelicht wat het verschil is tussen belastingontwijking en belastingontduiking en vervolgens wat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen inhoudt. Oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag zal worden geïllustreerd aan de hand van enkele voorbeelden. Door gebruik van deze voorbeelden zal duidelijk worden hoe deze vorm van belastingontwijking ingezet kan worden door belastingplichtigen.

Nadat in voorgaand hoofdstuk is beschreven wat treaty shopping inhoudt en hoe deze vorm van belastingontwijking wordt gebruikt, zal in hoofdstuk vier toegelicht worden welke maatregelen Nederland heeft geïmplementeerd. In dit hoofdstuk zullen de volgende twee deelvragen worden behandeld:
'Welke antimisbruikmaatregelen heeft Nederland tot dusver geïmplementeerd?' en *'In hoeverre zijn deze maatregelen in staat om treaty shopping bestrijden?'*.

Allereerst zal uiteengezet worden welke rol Nederland heeft binnen de wereldwijde belastingontwijking. Vervolgens zullen de huidige maatregelen worden uiteengezet, de door Nederlands gekozen implementatie van deze maatregelen worden toegelicht en deze zullen worden onderworpen aan het toetsingskader uit hoofdstuk twee. Daarnaast zullen ook de nieuwe conditionele bronheffingen worden beschreven waarmee Nederland tracht belastingontwijking te bestrijden.

Tot slot zal in het laatste hoofdstuk een samenvatting van de onderzoeksbevindingen en beantwoording van alle deelvragen en de hoofdvraag worden gegeven wat de conclusie zal vormen.

1.4. Afbakening

Uit de voorgaande paragrafen blijkt al hoe omvangrijk dit onderwerp is. Om die reden zal dit onderzoek afgebakend worden.
In deze thesis zal niet nader uiteengezet worden hoe deze winstverdeling idealiter zou behoren te zijn maar wordt slechts onderzoek uitgevoerd naar de maatregelen die treaty shopping beogen te minimaliseren. Met name door de opkomst van de digitale economie lijkt de eerlijke verdeling van het oude systeem, dat gebaseerd was op de fysieke economie, te zijn verstoord. Doordat de fysieke aanwezigheid van MNO's verdwijnt, verliezen die landen waar eerst winkels, kantoren en fabrieken waren gevestigd ook de belastingopbrengsten stelt Smit.[26] Om de winst te belasten daar waar deze wordt gerealiseerd, zal de OESO met een herziening komen van dit systeem. Ondanks dat dit een zeer belangrijk en interessant onderwerp is, zal in dit onderzoek geen aandacht besteed worden aan vragen omtrent de rechtvaardigheid van het heffen van belasting over winst.

Dit onderzoek richt zich enkel op de regels inzake materiële belastingwetgeving. Daarnaast zullen enkel de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikmaatregelen uitgebreid behandeld worden. De overige maatregelen die bijdragen aan de bestrijding van treaty shopping, kunnen kort benoemd worden voor de volledigheid, maar zullen niet worden onderworpen aan het toetsingskader. Daarnaast zullen nieuwe maatregelen die nu in de kinderschoenen staan, zoals bijvoorbeeld de Digital Service Tax, niet nader uitgewerkt worden. Dit in verband met de reikwijdte van het onderzoek en de onzekerheid van de implementatie van het initiatief.

Gedurende dit onderzoek zullen de maatregelen worden beoordeeld aan de hand van het opgestelde toetsingskader uit hoofdstuk 2. Hierbij geldt onverminderd voor iedere maatregel dat het resultaat gemonitord dient te worden om zo te concluderen in hoeverre de problematiek zich voordoet wanneer de regeling enkele jaren is geïmplementeerd en of de wijze waarop *tax treaty shopping* vorm wordt gegeven veranderd. Dit is met name relevant omdat de meeste maatregelen recent zijn ingevoerd waardoor resultaat aan de hand van data nog onbekend is. Daarnaast wordt verondersteld dat het bestaande systeem van afzonderlijke winstbelasting in stand blijft en dat er geen sprake is van een mondiale winstbelasting. Hier zal dan ook niet nader op in worden gegaan voor de beantwoording van de centrale vraag in dit onderzoek.

[26] D. Smit, 'Hoe kunnen we de 'belastingkoek' eerlijk verdelen?', Universiteit van Amsterdam

2 Toetsingskader

2.1 Inleiding

Zowel wet- als regelgeving dient te voldoen aan bepaalde criteria, welke zijn opgenomen in een door Nederland ontworpen wetgevingskwaliteitsbeleid. Hierbij dient de wetgeving te voldoen aan de eisen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, doorzichtigheid, consistentie, proportionaliteit, effectiviteit en efficiency, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. [27]
Deze criteria zorgen voor kwaliteitswaarborging van onze wet- en regelgeving, wat van belang is voor de uitvoering en toepassing door de rechterlijke macht. Onvoldoende kwaliteit van de wet- en regelgeving kan namelijk leiden tot een gevoel van onrecht en oneerlijke concurrentie tussen bedrijven.[28] Vanzelfsprekend dienen ook de antimisbruikmaatregelen te voldoen aan de kwaliteitseisen.

In dit hoofdstuk zal het toetsingskader toegelicht worden, welke bestaat uit criteria als doeltreffendheid, doelmatigheid, evenredigheid, rechtszekerheid, en het Internationale en Europese recht. Voor deze criteria is gekozen omdat dit aansluit bij de door de overheid gehanteerde kwaliteitseisen. Daarnaast toetst deze selectie van criteria of de doelstelling waarvoor de maatregel wordt ingevoerd wordt behaald, of dit de beste manier is om tot de beoogde doelstelling te komen, waarbij de maatregel niet te kort schiet of te veel is, en de belastingplichtigen zekerheid kunnen ontlenen aan de gevolgen van de maatregel en of de maatregelen geldig zijn in Europees en internationaal licht. Door middel van de criteria uit het toetsingskader zal een antwoord worden geformuleerd op de onderzoeksvraag: *'In hoeverre dragen de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikmaatregelen bij aan de bestrijding van tax treaty shopping en zouden maatregelen ter aanvulling kunnen worden overwogen?'*.
In onderstaande paragrafen zullen de criteria nader uiteengezet worden waarna afsluitend belang wordt toegekend aan de verschillende criteria.

2.2 Doeltreffend en doelmatig

Ten eerste zal de antimisbruikmaatregel worden onderworpen aan het doelmatigheidscriterium. Het doelmatigheidscriterium toetst of de maatregel de bedoelde uitwerking heeft, namelijk het bestrijden van treaty shopping. Ook zal worden gekeken of de maatregel niet tekortschiet met betrekking tot het behalen van de doelstelling.
Enkel het voldoen aan de beoogde doelstelling is niet voldoende, er dient ook te worden voldaan aan de doelmatigheidseis. Dit meet de efficiëntie van de gehanteerde maatregel aan de hand van de voor- en nadelen. Een antimisbruikmaatregel voldoet aan de doelmatigheidseis indien de voordelen de nadelen overtreffen.
Mijns inziens kan de doeltreffendheid enkel volledig worden bepaald met inachtneming van de doelmatigheid. Hoewel een maatregel zeer effectief kan zijn, mag dit niet ten koste gaan van de efficiëntie. Om deze reden is gekozen om deze twee eisen naast elkaar te beoordelen zodat in totaliteit een oordeel gegeven kan worden of de maatregel zowel effectief als efficiënt is.

2.3 Evenredigheid

Het evenredigheidscriterium toetst of de maatregel geschikt en noodzakelijk is of dat er een andere, minder ingrijpende maatregel bestaat die hetzelfde doel kan bereiken. Er mag namelijk geen sprake zijn van disproportionaliteit. In dat geval ondervinden rechtmatige

[27] Kamerstukken II 1990–1991, 22 008, nrs. 1–2, nota 'Zicht op Wetgeving'
[28] Kamerstukken II 2000/2001, 27475, nr. 2, p. 1

gebruikers leed van de maatregel terwijl zij het recht op de juiste manier toepassen met inachtneming van doel en strekking van de wet.
Een belanghebbende mag immers op grond van de nationale wet[29] geen nadelige gevolgen ondervinden die onevenredig zijn met het te dienen doel.
Wanneer er een andere, meer geschikte maatregelen bestaat waarvan de belanghebbende minder nadelige gevolgen ervaart, dient de minder belemmerende maatregel gehanteerd te worden.
Bij het evenredigheidscriterium dient vermijdbare en onwenselijke overinclusiviteit en onderinclusiviteit, beter bekend als overkill en underkill, te worden gemeden. [30]
Bij overinclusiciteit is er sprake van een te ruime werking van belastende regels ten opzichte van de doelstelling die de wetgever bij de totstandkoming van die regels voor ogen had. Terwijl er bij onderinclusiviteit juist sprake is van een tegenovergestelde situatie, de belastende regels werken dan te beperkt.
Er is sprake van vermijdbare overinclusiviteit indien deze voor het behalen van de doelstelling niet noodzakelijk is. Er wordt gesproken van onwenselijkheid wanneer na afweging van de voor- en nadelen de vermijdbare overinclusiviteit niet het minst slechte alternatief blijkt te zijn.[31]

2.4 Rechtszekerheid

Middels dit criterium zal worden geanalyseerd of de maatregel voldoende rechtszekerheid biedt voor de belastingplichtigen. Dit wordt bepaald door te toetsen of de belastingplichtige voorafgaande aan de rechtshandeling redelijkerwijs een inschatting kan maken dat de desbetreffende handeling onder de uitwerking van de antimisbruikmaatregel valt en wat de gevolgen hiervan zijn.
Hoe duidelijker de werking en gevolgen van een antimisbruikmaatregel zijn, des te groter de rechtszekerheid voor de belastingplichtige. De interpretatie van de desbetreffende maatregel dient voor alle gebruikers evident te zijn zodat de belastingplichtige weet waar hij aan toe is en hierop kan anticiperen.
Indien de belastingplichtige niet op de hoogte is van de gevolgen van zijn rechtshandeling, kan worden gesteld dat de anti-misbruikmaatregel bijdraagt aan de rechtsonzekerheid en wordt niet aan het criterium voldaan.

2.5 Internationaal en Europees recht

Tot slot zullen de maatregelen worden getoetst of deze niet strijdig zijn met het internationale en Europese recht. Zo geldt er bijvoorbeeld een vrij verkeer van kapitaal- en betalingsverkeer[32] binnen de Europese Unie. Nationale wetgeving en belastingverdragen mogen geen inbreuk maken op deze fundamentele vrijheden. Verondersteld zal worden dat de anti-misbruikmaatregelen die afkomstig zijn van de EU, zullen voldoen aan het EU-recht. Desalniettemin zal de door Nederland gehanteerde implementatie wel getoetst worden aan het EU-recht.

2.6 Rangorde van de toetsingscriteria

De belangrijkste criteria waaraan de diverse maatregelen in dit onderzoek worden onderworpen, zijn in voorgaande paragrafen geformuleerd. Idealiter zouden de

[29] Art. 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht
[30] D.B Bijl en J.A.G van der Geld, ‘Overkill in fiscale wet- en regelgeving’, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 237, 2009
[31] A. Rozendal, ‘Het begrip ‘belang’ in de Nederlandse belastingwetgeving’, 2014
[32] Art. 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

antimisbruikmaatregelen op alle criteria uit dit kader voldoende scoren en zou er sprake zijn van een vrijwel perfecte bestrijding van *tax treaty shopping*. Wanneer de perfecte wetgeving echter reeds zou bestaan, zou dit onderzoek niet benodigd zijn. Daarom wordt in deze paragraaf toegelicht welke criteria van doorslaggevend belang zijn in de beoordeling van de hoofdvraag.
Ter beoordeling of de antimisbruikmaatregelen in staat zijn *tax treaty shopping* te bestrijden, acht ik de criteria 'doeltreffend en doelmatig' van doorslaggevend belang. Derhalve zal in de beoordeling met dit criterium worden aangevangen. Wanneer een maatregel op dit criterium onvoldoende scoort, zal toetsing aan de overige criteria niet plaatsvinden. Een maatregel die niet doeltreffend of doelmatig is, zal immers niet (volledig) in staat zijn *treaty shopping* te bestrijden. Daarnaast acht ik het criterium 'Europees en internationaal recht' van significant belang omdat het nationaal recht niet mag worden toegepast wanneer dit strijdig is met het Europese of internationale recht.[33] Wanneer dit het geval is, zal de maatregel moeten worden gecorrigeerd conform EU of internationaal recht waardoor de maatregel tot die tijd niet in staat is treaty shopping te bestrijden.
De overige criteria, te weten evenredigheid en rechtszekerheid, zijn vanzelfsprekend ook van betekenis in de algehele beoordeling, maar zijn naar mijn mening van minder groot belang dan de hiervóór genoemde criteria. Dit alles resulteert in de volgende rangorde:

- Doeltreffend en doelmatig
- Europees en internationaal recht
- Evenredigheid
- Rechtszekerheid

[33] Artikelen 94 Grondwet

3 Treaty shopping

3.1 Inleiding

Dankzij de globalisering waardoor de mobiliteit van economische activiteiten is toegenomen en de belemmeringen in de wereldwijde handel steeds meer zijn afgenomen hebben bedrijven de mogelijkheid om zich overal ter wereld te vestigen.[34] Wereldwijd heeft dit geleid tot concurrentie om zoveel mogelijk binnen- en buitenlandse ondernemingen aan te trekken. Een veelgebruikt middel hiervoor bestaat onder andere uit een tariefsverlaging in de vennootschapsbelasting.[35] Door de toenemende globalisering zijn er fricties ontstaan als het gaat om de afstemming van het fiscale beleid dat landen hanteren. Zo kunnen vennootschappen of natuurlijk personen door de lacunes die zijn ontstaan vanwege de niet op elkaar aansluitende nationale belastingwetten, relatief eenvoudig belasting ontgaan of ontduiken.[36] Daarnaast wordt door middel van belastingverdragen ook getracht om de internationale handel te bevorderen en belemmeringen te elimineren. Aangezien in de belastingverdragen afspraken worden vastgelegd over welk land het heffingsrecht toekomt bij grensoverschrijdende inkomsten, kan juridische dubbele belasting worden voorkomen. Daarbij wordt vaak een gereduceerd brontarief afgesproken voor dividend, royalty's en interest. Minimaliserende belastingplichtigen hebben de voorkeur om gebruik te maken van de situatie waarbij het heffingsrecht toekomt aan een bepaald land, terwijl dit land niet heft over het inkomensbestanddeel op grond van de nationale wet of de situatie waarin een lager brontarief is overeengekomen door beide staten in het verdrag. Dit soort oneigenlijk gebruik van de belastingverdragen is ongewenst en bestrijding hiervan heeft de laatste jaren een steeds prominentere plek op de politieke agenda gekregen.

In dit hoofdstuk zullen eerst de fenomenen belastingontwijking en belastingontduiking worden toegelicht met vervolgens de belangrijkste verschillen tussen deze twee verschijnselen. Vervolgens zal worden ingegaan op het oneigenlijk gebruik en misbruik van belastingverdragen en in welke situaties dit wordt toegepast om belastingvoordeel te genereren. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een deelconclusie die de volgende deelvraag zal beantwoorden:

'Wat is treaty shopping en hoe wordt dit ingezet om belasting te ontwijken?'.

3.2 Belastingontwijking

Belastingen tasten het vrije besteedbare inkomen van belastingplichtige aan en in beginsel zal eenieder geneigd zijn om het bedrag aan te betalen belastingen te minimaliseren. Dit heet ook wel belastingontwijking en kan worden gezien als een negatieve houding ten aanzien van de belastingafdracht.[37]

In veel gevallen is er bij belastingontwijking sprake van een zogenaamd grijs gebied. In de eerste plaatst is belastingontwijking legaal volgens de wet.[38] Daarbij is de belastingplichtige vrij om voor de voordeligste weg te kiezen waarbij zo min mogelijk belasting geheven wordt, hetzij dit binnen de kaders van het recht plaatsvindt. Dit wordt erkent door de Europese wetgever blijkt uit de toevoeging van de volgende zin:

[34] P.F.E.M. Merks, 'Globalisering en vennootschapsbelasting', WFR 2005/1659

[35] E. van de Velde en F. Cannas, 'Harmful tax practices within the EU: definition, identification and recommendations', 2021

[36] Reeds in 2005 (Nota werken aan winst uit, V-N 2005/24.3) werd al benoemd dat sprake was van een slinkende belastingopbrengst van het (internationale) grootbedrijf

[37] D.A. Albregtse, 'Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering', in P. Kavelaars 'Ongewenste Belastingontwijking? De jacht naar de fair share', p. 7, 2013

[38] J. Vleggeert, 'Dit moet je weten over belastingontwijking', Universiteit van Leiden

'In de Unie moeten algemene antimisbruikregels worden toegepast op kunstmatige constructies; voor het overige moet de belastingplichtige het recht hebben om zijn handelsactiviteiten in de fiscaal efficiëntste vorm te gieten.'[39]

Ook uit jurisprudentie van zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) als de Hoge Raad der Nederlanden (HR) is te lezen dat het de belastingplichtige vrij staat te kiezen voor de fiscaal voordeligste weg. Dit blijkt onder andere uit rechtspraak in het Halifax-arrest[40] door het HvJ EU waarin het volgende is opgenomen: *'Wanneer de belastingplichtige kan kiezen tussen twee transacties, verplicht de Zesde richtlijn hem niet de transactie te kiezen waarvoor de hoogste BTW is verschuldigd. Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de belastingplichtige integendeel het recht om zijn activiteit zodanig te structureren dat de omvang van zijn belastingschuld beperkt blijft.*'.

De HR stelt overeenkomstig het volgende: 'Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat het een belastingplichtige weliswaar vrij staat om de voor hem voordeligste weg te kiezen, maar dat die vrijheid niet zo ver gaat dat, met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg kan worden gekozen die ertoe leidt dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.'.[41]

Uit bovenstaand citaat van de HR blijkt echter dat de vrijheid om te kiezen voor de voordeligste weg wordt begrensd door een toepassing die niet overeenkomstig is met het doel en de strekking van de wet. Het leerstuk van fraus legis is van toepassing als sprake is van een rechtshandeling waarbij de enige, althans volstrekt overwegende beweegreden, belastingbesparing is geweest voor het aangaan van de zojuist genoemde rechtshandeling. Fraus legis is een bijzonder rechtsmiddel dat de rechter als laatste kan inzetten wanneer de onder vuur liggende rechtshandeling niet kan worden bestreden met de gebruikelijke interpretatiemethoden. Hiermee kan de rechter ingrijpen om oneigenlijke vormen van belastingontwijking tegen te gaan.[42]

De legale toepassing van de wet die belastingontwijking mogelijk maakt, wordt enerzijds begrensd door het leerstuk van fraus legis en anderzijds door de morele omgang met de belastingafdracht. Ondanks de legaliteit is er veel maatschappelijke verontwaardiging over de agressieve tax planning structuren die worden gehanteerd om optimale belastingontwijking te realiseren. De wijze waarop belastingminimalisatie wordt gerealiseerd, wordt door velen onwenselijk bevonden. Zo sprak Margaret Hodge tijdens het publieke verhoor inzake belastingontwijking de executives van Starbucks, Google en Amazon, reeds in 2012, toe met de woorden: '*We are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral.*'.[43]

Wetgeving is echter meer dan een verzameling artikelen die grammaticaal geïnterpreteerd en nageleefd dienen te worden. De teleologische interpretatie staat voorop, stelt Essers waarbij gekeken dient te worden naar doel en strekking waarbij de achterliggende gedachte van de wet tot uitdrukking is gebracht.[44] Doch laat de HR regelmatig de letterlijke tekst prevaleren in

[39] Opgenomen in punt 11 uit de preambule van de Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn (ATAD), 12 juli 2016.
[40] HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax)
[41] HR BNB 2012/127
[42] R.E.C.M. Niessen, 'Grondslag voor toepassing van fraus legis door de Nederlandse belastingrechter'
[43] The Guardian, 'Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits', 2012
[44] P.H.J. Essers, 'VIII.3.3 van doel en strekking naar de geest van de wet', De Starbuckszaak en haar dilemma's, 2020

haar uitspraak. Zo wordt ook gesteld dat, ter bevordering van de rechtszekerheid, de grammaticale interpretatiemethode voorrang dient te krijgen wanneer sprake is van een duidelijke bewoording.[45] In de literatuur wordt bepleit dat niet de letter, het doel of de strekking maar de geest van de wet als ethisch vertrekpunt moet gelden. Een gebeurtenis is in strijd met de geest van de wet als de situatie niet strikt genomen onder toepassing van de wet valt maar de wetgever had de wet anders vormgegeven indien hij op de hoogte was geweest van de betreffende situatie.[46]. Het is daarbij de vraag hoe men dient om te gaan met de situatie waarin de bedoeling van de wetgever onduidelijk is als de geest van de wet wordt opgevolgd. Doel en strekking kunnen immers nog worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis en biedt derhalve meer rechtszekerheid aan de belastingplichtigen.

De morele plicht om bij te dragen aan de maatschappij kan worden toegerekend aan de zogeheten fiscale fair share die eenieder behoort bij te dragen. De fair share ontstaat doordat de belastingwet de lasten en lusten verdeeld over alle leden van de samenleving. Indien de fair share niet wordt bijgedragen, wordt de verdeling van de lasten aangetast en dit wordt door de overheid gezien als ongewenst. De publieke en politieke aandacht voor deze fair share is de laatste jaren toegenomen. De oorzaak hiervan kan worden gevonden in de jaren na de economische en financiële crisis van 2008. Overheden kampten met begrotingstekorten en als gevolg daarvan werden de lasten voor de burgers verzwaard om dit tekort te laten slinken.[47] De verontwaardiging was dan ook groot toen bleek dat met name MNO's gebruik konden, en deden, maken van mogelijkheden om belasting te ontwijken en hierdoor niet hun fair share aan belastingen betaalden.[48]

Een ander ethisch vraagstuk is wat de fiscale fair share precies inhoudt. Nationaal gezien dient een onderneming zich te houden aan de geldende normen en waarden uit de samenleving die voortvloeien uit de nationale wetten. Deze worden nageleefd door de letter en ratio te volgen. Sommige handelingen worden echter, maatschappelijk gezien, ethisch niet wenselijk bevonden ondanks dat deze wettelijk niet expliciet verboden zijn. Ondernemingen maken deel uit van deze samenleving en zullen zich derhalve ook dienen te houden aan deze normen en waarden van de leef- en werkomgeving. Er is echter een belangrijk verschil te onderkennen tussen louter nationaal gevestigde organisaties en MNO's. Waar een nationaal actieve onderneming zich dient te houden aan de normen en waarde van de nationale maatschappij, dient een MNO zich te houden aan de diverse normen en waarden die per land waar zij gevestigd zijn zullen afwijken. Hierdoor is het lastig vast te stellen wat voor een MNO de fair share is. Daarnaast hebben zij ook het volledige recht om gebruik te maken van de door de nationale overheden gefaciliteerde regelingen[49] die de belastingdruk verlagen.[50]

3.3 Belastingontduiking

Naast het grijze gebied van belastingontwijking, staat het helder omlijnde gebied van belastingontduiking. Waar belastingontwijking kan worden gezien als een legale doch ongewenste vorm van belastingbesparing, is belastingontduiking volstrekt illegaal. Belastingontduiking is geen wettelijke term maar kan worden beschreven als een

[45] HR BNB 2003/185 met annotatie van R.F.C. Spek (FED 2003/18)
[46] R.H. Happé, Belastingrecht en de geest van de wet: Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving, Tilburg: Tilburg University 2011, p. 21
[47] F.J. Elsweier, Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen, '2.4.2 Fair Share (moraliteit)', FM nr. 153, 2018
[48] Bekende voorbeelden zijn o.a. de Lux Leaks in 2014 en de Panama Papers in 2016
[49] Denk hierbij bijvoorbeeld aan de deelnemingsvrijstelling
[50] J.A.G. van der Geld, 'Ethiek en multinationale ondernemingen', 2011 (uit 'Principeel Belastingrecht, Vriendenbundel Richard Happé')

onrechtmatige daad die kan leiden tot strafrechtelijke vervolging.[51] De onrechtmatige daad is erop gericht om de wet te overtreden met als hoofddoel, of een van de hoofddoelen, te ontsnappen aan de plicht om belasting te betalen. Bij een onrechtmatige daad kan worden gedacht aan gevallen als witwassen of het naar het buitenland smokkelen van geld. Ook zijn situaties denkbaar waarbij de transactie op zichzelf gezien wel rechtmatig is maar er onrechtmatig wordt gehandeld, dit is bijvoorbeeld het geval bij het onjuist doen van de belastingaangifte. In deze gevallen kan ook wel worden gesproken van omissiedelicten. [52] Deze delicten zijn ook terug te vinden in artikel 69 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). De daar benoemde delictsomschrijvingen omvatten namelijk het opzettelijk verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen aan de inspecteur[53] en het opzettelijk doen van een onjuiste of onvolledige aangifte[54]. Volgens Merks worden deze delicten ook wel aangeduid als belastingfraude. Dit kenmerkt zich door de specifieke bedoeling van belastingplichtige om belasting te ontduiken.[55] Doordat elk land een eigen nationale wetgeving heeft ingericht en er hierdoor verschillen zijn ontstaan in wetgeving, verschilt het kader van belastingontduiking ook per land. Om deze reden kan een geval van belastingfraude per land verschillen en zullen de gevolgen eveneens verschillen van elkaar.

Een andere definitie van het fenomeen belastingontduiking luidt als volgt:

'*Het door de belastingplichtige ontwijken van het betalen van belasting, zonder dat de verplichting hiertoe is vervallen, met als gevolg het niet betalen van belasting (die onomstotelijk volgens de wet verschuldigd is) en het overtreden van de wet.*' [56]

Hieruit is op te maken dat er sprake is van belastingontduiking wanneer de belastingplichtige geen belasting betaalt zonder dat de belastingplichtige is vrijgesteld van zijn/haar belastingplicht.

3.4 Belastingontduiking vs. belastingontwijking

Het verschil tussen belastingontduiking en -ontwijking is eens door Denis Healy[57] als volgt omschreven:

'The difference between tax avoidance and tax evasion is the thickness of a prison wall.'[58]

Hiermee impliceert de oud-minister dat er een significant verschil bestaat tussen de juridische positie van belastingontduiking en -ontwijking waarbij alleen belastingontwijking strafbaar is. Daarnaast illustreert de quote van Healy dat het gebied van belastingontwijking vrij dicht tegen belastingontduiking aan ligt.

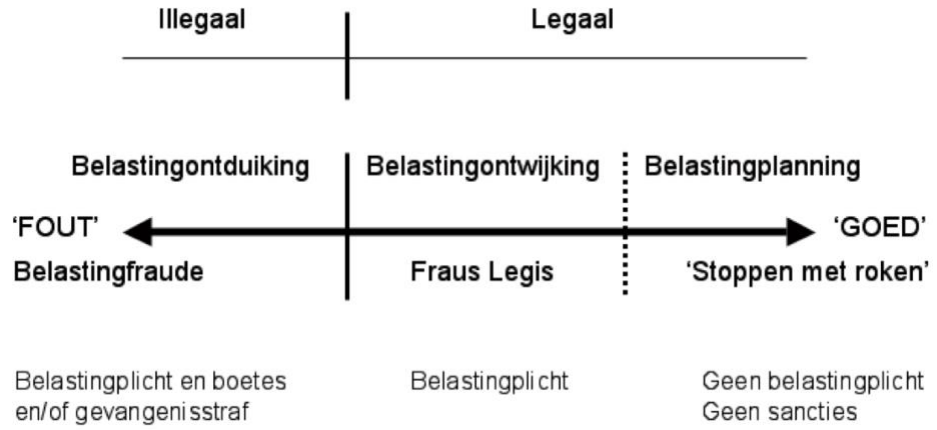
[51] D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse, 'Belastingontduiking: Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand', Kluwer, Deventer 1989, p. 217
[52] P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, - ontwijking en -planning (deel 1)', MBB 2006/09
[53] Art. 69 lid 1 AWR
[54] Art. 69 lid 2 AWR
[55] V. Uckmar, 'Tax avoidance/Tax evasion', Cahiers de droit fiscal international, IFA, Vol. LXVIIIa (1983), p. 23
[56] P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, - ontwijking en -planning (deel 1)', MBB 2006/09
[57] Denis Healy is oud-minister van Financiën van het Verenigd Koninkrijk
[58] The Economist, Volume 354, Issues 8152-8163 (2000), p. 186

De quote geeft echter niet weer wat het onderscheid precies inhoudt. Wel geeft het aan dat bij belastingontduiking strafrechtelijke middelen kunnen worden ingezet terwijl dit bij belastingontwijking niet mogelijk is.[59]
Het inzetten van strafrechtelijke middelen is mogelijk doordat belastingontduiking illegaal is omdat de belastingplichtige zijn wettelijke verplichting niet nakomt. Dit is niet mogelijk bij belastingontwijking omdat bij deze vorm de belastingplicht wordt geminimaliseerd door gebruik te maken van de hiaten in de wetgeving en daardoor dus geen sprake is van een strafbaar feit. Zoals eerder benoemd, wordt belastingontwijking toch als onwenselijk beschouwd omdat dit wordt ervaren als maatschappelijk onverantwoord.

3.5 Belastingplanning

In de literatuur wordt naast belastingontwijking en -ontduiking nog een derde variant benoemd. De derde variant, belastingplanning, behelst een legale en aanvaardbare manier om de belastingplicht te verlagen. Volgens de OESO kunnen belastingplichtigen gebruik maken van belastingplanning door met behulp van belastingverlichting en toeslagen de meest gunstige weg volgen die samengaat met normale zakelijke transacties of door af te zien van bepaalde belaste aankopen.[60] De andere woordkeuze verduidelijkt het verschil tussen aanvaardbare belastingontwijking die de overheid niet tegen wil gaan en onaanvaardbare belastingontwijking die de overheid wel wil bestrijden.
Echter refereert de OESO ook naar belastingplanning met ‘aanvaardbare belastingontwijking’ of ‘toegestane belastingontwijking’, wat mijns inziens voldoende duidelijkheid schept om het verschil aan te geven tussen de vormen die wel of niet bestreden dienen te worden.

Schematisch gezien kan het verschil tussen belastingontduiking, -ontwijking en -planning als volgt worden weergeven[61]:



Figuur 1: Schematische weergave verschil belastingontduiking, -ontwijking en -planning door Marks

Hierbij heeft Marks gebruik gemaakt van het voorbeeld ‘stoppen met roken’ om aan te geven hoe belastingplanning kan worden vormgegeven. Wanneer iemand namelijk stopt met roken, zal deze geen accijns meer betalen die hij eerst wel verschuldigd was bij het kopen van een pakje sigaretten. Dit belastingbesparende gedrag wordt gezien als ‘goed’ en is voor de wetgever irrelevant om op te handhaven.

[59] N. Lgarahm D.A. Groenewoud, ‘Verslag van het seminar ‘Belastingontduiking versus belastingontwijking, verschuivende grenzen’’, WFR 2021/120
[60] OESO, ‘International Tax Avoidance and Evasion, Four related studies’, OESO 1987, p. 23
[61] P.F.E.M. Merks, ‘Belastingontduiking, - ontwijking en -planning (deel 1)’, MBB 2006/09

3.6 Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en verdragsmisbruik

Het is mogelijk dat belastingplichtigen op oneigenlijke wijze gebruik maken van het belastingverdrag. Wanneer het gebruik in strijd is met het doel en de strekking van het verdrag, is sprake van 'oneigenlijk gebruik'. Om te achterhalen wat oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag inhoudt, dient te worden gekeken naar wat de bedoeling van beide verdragsluitende staten is. Dit kan namelijk per verdrag verschillen en gebruikmaken van een bewust gecreëerde faciliteit door de verdragsluitende staten kan niet worden geschaard onder oneigenlijk gebruik. Zodoende dient eerst te worden gekeken naar wat de verdragspartijen als oneigenlijk gebruik van het verdrag kwalificeren alvorens een handeling kan worden bestempeld als oneigenlijk gebruik.[62]
Ter illustratie kan worden gekeken naar het OESO-modelverdrag (OESO-MV) aangezien dit als basis geldt voor diverse belastingverdragen en uitgelegd dient te worden in overeenstemming met het hierop gegeven commentaar. Sinds 2003 is in het commentaar de volgende bepaling opgenomen:

'The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.'[63]

Uit bovenstaande is op te maken dat het voorkomen van zowel belastingontwijking als -ontduiking één van de twee hoofddoelen is. Opvallend is dat hier ook belastingontwijking, ondanks dat deze vorm legaal is, wordt benoemd als speerpunt.
Uit dit commentaar is ook op te maken dat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen inhoudt dat de belastingplichtige belastingvoordeel krijgt dat in strijd is met doel en strekking van de wet doordat gebruik is gemaakt van belastingontduiking c.q. -ontwijking.

Volgens de OESO is sprake van misbruik in belastingverdragen wanneer 'een persoon met gebruikmaking van een rechtspersoon als wezenlijke doel heeft het verkrijgen van verdragsvoordelen die niet rechtstreeks beschikbaar zouden zijn geweest'.[64]
Het principe van misbruik van recht komt ook voor in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid (NFV). Hier wordt gesproken over het misbruik in het kader van de belastingverdragen:

'Als gevolg van het overeenkomen van een verdeling van heffingsbevoegdheden tussen verdragspartners bestaat het risico dat belastingplichtigen pogen belasting in strijd met het nationale recht te ontgaan. Door oneigenlijk gebruik te maken van de regels van het belastingverdrag kunnen namelijk verdragsvoordelen worden verkregen door personen voor wie deze niet bedoeld zijn. Dit zal hierna worden aangeduid als verdragsmisbruik.'[65]

Bij verdragsmisbruik ontstaat een situatie waarbij verdragsvoordelen worden verkregen, doordat er recht is op toepassing van het verdrag, door oneigenlijk gebruik te maken van de regels terwijl er feitelijk geen recht zou zijn op deze voordelen.

[62] M.C. Rasenberg, 'Antimisbruik in verdragen: dat kan specifieker!', WFR 2017/93
[63] § 7 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV 2017
[64] Vrij vertaald uit § 9 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV 2017
[65] Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', p. 25

Verdragsmisbruik kan in drie categorieën worden verdeeld[66]:

(i) **Fiscaal vluchtgedrag**:
Een inwoner van Nederland emigreert naar een andere verdragspartij om te kunnen profiteren van de combinatie van het buitenlandse fiscale regime en de verdeling van heffingsrechten waarin het belastingverdrag voorziet.

(ii) **'Shopping' binnen het verdrag**:
Een inwoner van Nederland of de andere verdragspartij verricht geknutselde rechtshandelingen teneinde aanspraak te maken op een verdragsvoordeel, terwijl zonder die handeling slechts aanspraak zou bestaan op een minder gunstig verdragsvoordeel.

(iii) **'Treaty shopping'**:
Een inwoner van een derde staat verschaft zich toegang tot een verdragsvoordeel terwijl dit voordeel niet voor deze (rechts)persoon bedoeld is.

Bij de laatste twee categorieën gaat het met name om het verkrijgen van een zo laag mogelijke bronheffing. Wanneer in het belastingverdrag een zeer gereduceerd brontarief is opgenomen, is de kans groter dat belastingplichtigen (treaty-)shopping-constructies op zullen zetten omdat dit meer voordeel oplevert. Bij 'shopping' binnen het verdrag kan ook wel van 'rule shopping' worden gesproken. Hierbij heeft een (rechts)persoon reeds recht op de voordelen van een bepaald verdrag en dit verdrag op de meest gunstige wijze toepast waardoor hij recht heeft op de voordeligere regel in plaats van de originele, minder gunstige regel.
Het verschil tussen de laatste twee categorieën zit hem in het gegeven van inwonerschap. Bij shopping binnen het verdrag (ii) gaat het om een geknutselde rechtshandeling waardoor een gunstiger voordeel wordt verkregen door reeds een inwoner van het desbetreffende land.
Bij treaty shopping (iii) is er sprake van een inwoner uit een derde staat die toegang wil krijgen tot een verdrag welke een andere staat is overeengekomen dan de woonstaat.
In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op wat treaty shopping inhoudt en op welke wijze dit kan worden ingezet om belastingminimalisatie te realiseren.

3.7 Treaty shopping

Zoals reeds benoemd in de vorige paragraaf, behelst treaty shopping de situatie waarbij een (rechts)persoon toegang probeert te verkrijgen tot de voordelen van een belastingverdrag welke tussen twee rechtsgebieden is overeengekomen zonder dat deze (rechts)persoon inwoner is van een van deze rechtsgebieden. De OESO heeft treaty shopping als één van de belangrijkste oorzaken voor BEPS bestempeld.[67] Daarnaast heeft ook het IMF treaty shopping benoemd voor zowel de impact die het heeft op de internationale belastingheffing als de zorg voor ontwikkelingslanden omdat zij belastinginkomsten mislopen.[68]

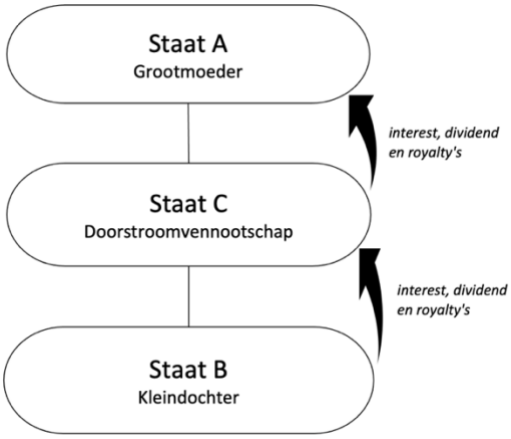
Doordat belastingverdragen worden overeengekomen met als hoofddoel het vermijden van dubbele belasting, kan wereldwijd een gemiddelde verlaging van 9% van het samengestelde (gecombineerde effectieve) belastingtarief worden gerealiseerd. Daar bovenop neemt de belastinglast voor MNO's met nog eens 6% af door treaty shopping.[69] Dit is mogelijk doordat

[66] Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', p. 25 en 26
[67] OESO, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', 2013, p. 18
[68] IMF, 'Spillovers in international corporate taxation', IFM policy papers, 2014
[69] M. van 't Riet en A. Lejour, 'Ranking the Stars: Network analysis of Bilateral Tax Treaties', CPB Discussion Paper, 290, p. 3

belastingverdragen op twee manieren een belastingverlaging faciliteren. Namelijk doordat in het verdrag een lager tarief bronbelasting wordt overeenkomen en/of soepelere methoden voor belastingvermindering voor verdragspartners van toepassing kunnen zijn. Als methode voor belastingvermindering kan worden gedacht aan een tax sparing credit.[70] In dat geval geeft de woonstaat niet alleen een belastingverrekening voor de daadwerkelijk geheven bronheffing maar ook voor het bedrag aan bronheffing waarvan de werkstaat heeft afgezien, deze vorm van vermindering komt veelal voor in verdragen met ontwikkelingslanden.[71]

Het concept van treaty shopping is tot op het heden niet precies gedefinieerd. Hoe gebruik kan worden gemaakt van treaty shopping wordt het best omschreven in de volgende economische definitie: *'Treaty shopping is the practice where MNE's, rather than investing directly in a host country, funnel the investment through a third country to take advantage of treaty provisions not found between the host and the home country of the investment.'*[72]

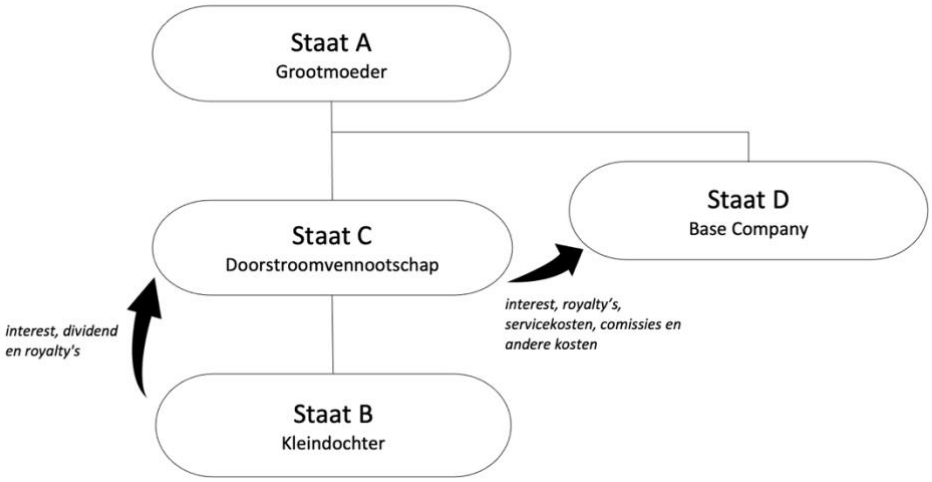
Ondanks dat de definitie van treaty shopping niet vast omlijnd is, kan geconcludeerd worden dat voor dit fenomeen minimaal drie staten nodig zijn om resultaat te behalen.
Er is bijvoorbeeld sprake van treaty shopping in de situatie waarin de belastingplichtige inwoner is van staat A en deze heeft een dochteronderneming die is gevestigd in de bronstaat B welke dividenden, interest en royalty's uitkeert aan de moeder. Het uitkeren van dit inkomen zou op een gunstigere wijze kunnen plaatsvinden wanneer de inkomensstroom via staat C geschied. Dit heeft als reden dat er tussen staat A en C een aantrekkelijker belastingverdrag is overeengekomen dan tussen staat A en B. Daarnaast is ook sprake van een gunstig verdrag tussen staat B en C, anders zou er slechts sprake zijn van geen of gering voordeel. De belastingplichtige kan een belastingvoordeel behalen door het opzetten van een indirecte structuur waarbij de inkomensbestanddelen via staat C naar staat A worden uitgekeerd. Om dit te bewerkstelligen kan de belastingplichtige een entiteit oprichten in staat C die als doorstroomvennootschap fungeert. Deze wijze van treaty shopping wordt ook wel aangeduid als direct '*conduit-structure'* waarbij staat C de '*conduit state'* is en de daar gevestigde nieuwe entiteit '*a conduit company*' vormt. Het doel van deze vorm van treaty shopping is het minimaliseren of vermijden van bronbelasting in de bronstaat waardoor er een belastingvoordeel ontstaat bij de belastingplichtige terwijl dit ten koste gaat van de bronstaat.[73]



Figuur 2: Direct conduit-structure

[70] Ministerie van Financiën, Besluit van 9 maart 2021, nr. 2021-49042, Staatscourant 2021, 13012, §1.3.4.
[71] C. van Raad, Cursus Belastingrecht, IBR.1.2.3.E.e Tax sparing credit
[72] R.B. Davies, 'Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance, International tax and public finance 11', 775-802, 2004
[73] L. de Broe, 'International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies', IBFD 2008, p. 816

In bovenstaande situatie wordt door de belastingplichtige gebruik gemaakt van drie verschillende staten om een belastingvoordeel te behalen. Er zijn echter ook situaties mogelijk waarin gebruik wordt gemaakt van meer dan drie verschillende staten. Er kan dan ook onderscheid worden gemaakt tussen '*direct conduit-structures'* en de zogeheten '*stepping stone conduit-structures*'.[74] Bij de laatstgenoemde variant vestigt de belastingplichtige, die inwoner is in staat A, een entiteit in staat C waardoor de inkomsten van de kleindochter in staat B geheel aan belasting in staat C is onderworpen. Er wordt echter een hoge interest, royalty's, servicekosten, commissies en andere kosten betaald aan een verbonden entiteit die is opgericht in staat D. Deze entiteit wordt gecontroleerd door de aandeelhouders van de '*conduit company'*. De bedragen zijn aftrekbaar in staat C en worden niet of nauwelijks belast in staat D vanwege het aldaar geldende belastingregime. De entiteit in staat D wordt ook wel aangeduid als 'base company', in Nederland ook wel betiteld als een brievenbusmaatschappij.



Figuur 3: Stepping stone conduit-structure

In bovenstaande voorbeelden wordt treaty shopping geïllustreerd aan de hand van passieve inkomensstromen[75]. Het is echter ook mogelijk dat er aanspraak kan worden gemaakt op verdragsvoordelen wanneer de nieuw opgerichte entiteit daadwerkelijk een bedrijf uitoefent in de andere staat. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er een Luxemburgse bouwondernemer is die een opdracht heeft in België met een tijdsduur van 8 maanden. Om dit te bewerkstelligen kan de ondernemer een dochteronderneming oprichten in Nederland speciaal voor deze opdracht. Dit heeft als reden dat op grond van het verdrag tussen België en Nederland het dienstverband niet wordt aangemerkt als vaste inrichting (hierna: VI) terwijl het op grond van het verdrag tussen Luxemburg en België wel als VI wordt aangemerkt en daardoor dus belastingplichtig is in België.[76]

[74] OECD, 'International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, Issues in International Taxation', No. 1, OECD, 1987, no. 4.
[75] Hierbij kan worden gedacht aan interest, dividenden en royalty's
[76] O.g.v. art 5 lid 2 onderdeel 7 van het belastingverdrag België – Luxemburg is sprake van een VI indien de uitvoering van een bouwwerk of constructiewerkzaamheden de duur van 6 maanden overschrijdt terwijl er o.g.v. art 5 lid 2 onderdeel 7 van het belastingverdrag Nederland-België sprake is van een VI bij overschrijding van de duur van 9 maanden.

3.8 Deelconclusie

'Wat is treaty shopping en hoe wordt dit ingezet om belasting te ontwijken?'.

Onder treaty shopping wordt het verschaffen van toegang tot een belastingverdrag waar de belastingplichtige in beginsel geen toegang toe had verstaan. De belastingplichtige heeft bij treaty shopping geen toegang tot het verdrag omdat deze geen inwoner is van de desbetreffende staat. Op deze wijze verlaagt de belastingplichtige zijn/haar belastingdruk. Hoewel de belastingplichtige vrij is om te kiezen voor de fiscaal meest voordelige weg, dient dit binnen de kaders van het recht te worden vormgegeven. De laatste jaren is veel maatschappelijke verontwaardiging over de belastingminimalisatie door middel van ontwijkende structuren en geldt in de literatuur de mening dat eenieder een fair share behoort bij te dragen. De definiëring van wat de fair share inhoudt, is niet eenduidig omdat deze gebaseerd is op de normen en waarden van een land die zijn verankerd in haar wetgeving. MNO's opereren op de internationale markt waar deze normen en waarden per land kunnen verschillen waardoor de fair share lastig is om vast te stellen en onduidelijk is wat een MNO precies behoort af te staan aan belastingen.
Bij internationale belastingontduiking, om een lagere belastingdruk te realiseren, kan een belastingplichtige op oneigenlijke wijze belastingvoordelen afkomstig uit bilaterale belastingverdragen toe-eigenen waar in beginsel geen recht op was. In dat geval is het gebruik in strijd met het doel en de strekking van het belastingverdrag, wat volgens de OESO het i) voorkomen van dubbele belasting is en ii) het voorkomen van belastingontwijking en -ontduiking. Het oneigenlijk gebruik maken van het belastingverdrag vindt plaats bij treaty shopping maar ook bij fiscaal vluchtgedrag of door het shoppen binnen een verdrag waar reeds toegang tot was.

Geconcludeerd kan worden dat treaty shopping wordt ingezet om belasting te ontwijken door een belastingstructuur op te zetten waarbij hij/zij zich vestigt in de desbetreffende staat waardoor inwonerschap en zo gunstige verdragsvoordelen worden verkregen. Om dit te realiseren maakt de belastingplichtige gebruik van drie of meer staten. Dit kan worden vormgegeven op twee verschillende manieren: '*direct conduit-structuren'* en '*stepping stone conduit-structure'*. Hierbij worden één of meerdere entiteiten tussengeschoven in de structuur die zijn gevestigd in landen met een gunstiger belastingverdrag om op een fiscaal voordeligere wijze bepaalde inkomensstromen uit te keren binnen het concern. Het behalen van een fiscaal voordeel is mogelijk doordat de lidstaten een lager tarief voor de bronbelasting zijn overeengekomen in het verdrag of sprake kan zijn van soepelere methodes voor belastingvermindering zoals een tax sparing credit. Wereldwijd is hierdoor sprake van een verlaging van het gecombineerde effectieve belastingtarief waarbij dit tarief door treaty shopping nog eens verder verlaagd kan worden. De OESO meent dat treaty shopping één voor de belangrijkste oorzaken is voor de problematiek rond grondslaguitholling en winstverschuivingen.

4 Het door Nederland gehanteerde antimisbruikbeleid

4.1 Inleiding

Nederland is al geruime tijd een aantrekkelijke bestemming voor huisvesting van internationale bedrijven waarbij het risico van treaty shopping op de loer ligt. Zo plaatste het World Economic Forum het Nederlandse vestigingsklimaat in 2019 nog op een vierde plek in de lijst met meest competitieve economieën wereldwijd.[77]
Hoewel Nederland in 2020 minder buitenlandse bedrijven aan heeft getrokken dan eerdere jaren, wat onder andere een gevolg is van de wereldwijd heersende pandemie, hebben deze nieuwe bedrijven ongeveer 8.600 banen gecreëerd en €1,9 miljard in projecten geïnvesteerd.[78]
Daarnaast behoort Nederland al jaren tot de top wat betreft de inkomende en uitgaande directe buitenlandse investeringen (DBI).[79] Een DBI vindt plaats wanneer een buitenlands bedrijf, vaak een buitenlandse MNO, een bedrijf in Nederland opricht of een Nederlands bedrijf overneemt.[80] Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek wordt echter ongeveer 80% van deze investeringen doorgesluisd naar andere landen door middel van een Bijzondere Financiële Instelling (BFI's), beter bekend als brievenbusmaatschappijen. Hierbij wordt dan gebruik gemaakt van het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk.
Mede hierdoor kopt de media al enkele jaren dat Nederland een belastingparadijs is.[81]
Nederland scoorde zelfs een vierde plek op de Tax Haven Index, welke jaarlijks wordt gepubliceerd door Tax Justice Network. Hiermee komt zij net na de Britse Maagdeneilanden, de Kaaimaneilanden en Bermuda.[82] Het ministerie van Financiën zegt zich echter niet te herkennen in het geschetste beeld dat Nederland belastingontwijking faciliteert aangezien zij juist maatregelen neemt om dit tegen te gaan.[83]

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre Nederland kan worden bestempeld als een belastingparadijs. Vervolgens zullen de algemene antimisbruikmaatregelen ter bestrijden van treaty shopping worden uiteengezet. Daaropvolgend zal de rol van het uiteindelijk gerechtigde-begrip worden beschreven en daarna zullen de genomen maatregelen ter voorkoming van hybride mismatches worden uiteengezet. Nadien zal de Nederlandse bronbelasting op rente- en royalty- en dividendbetalingen worden toegelicht. Ter beoordeling in hoeverre deze maatregelen in staat zijn treaty shopping te bestrijden, zijn de maatregelen onderworpen aan het toetsingskader uit hoofdstuk twee. Naar aanleiding van het toetsingskader zullen aanbevelingen voor eventuele verbeteringen van maatregelen worden gedaan. Vervolgens zal worden beoordeeld of de huidige antimisbruikmaatregelen voldoende in staat zijn treaty shopping te bestrijden of aanvullende maatregelen wenselijk zijn. Tot slot zal dit hoofdstuk worden afgesloten met een deelconclusie die de volgende deelvraag beantwoord:

'Welke antimisbruikmaatregelen heeft Nederland tot dusver geïmplementeerd en in hoeverre zijn deze maatregelen in staat om treaty shopping bestrijden?'.

[77] K. Schwab, 'The Global Competitiveness Report 2019', World Economic Forum
[78] Invest in Holland, 'The annual results of the Invest in Holland collective and the Netherlands Foreign Investment Agency (NFIA) over 2020'
[79] L. Franssen, 'Geldstromen van BFI's in Nederland; welke rol spelen bilaterale verdragen?', CBS, Internationaliseringsmonitor 2018-IV
[80] S. Creemers, L. Franssen en M. Jaarsma, 'Buitenlandse investeringen en multinationals' CBS 2020
[81] NOS, 'Nederland nog steeds een van de grootste belastingparadijzen', 9 maart 2021
[82] Tax Justice Network, 'Corporate Tax Haven Index – 2021 Results'
[83] Kamerstukken II 2018/19, 25 087, nr. 230 en in de aflevering van Buitenhof op 31 maart 2019 wordt dit meermaals door staatssecretaris Snel bevestigd

4.2 Paradijs of doorstroomland?

Wereldwijd bestaat geen algemeen geaccepteerde definitie van een belastingparadijs waardoor er ook geen universele lijst bestaat waarop alle belastingparadijzen zijn opgenomen. Wel zijn er een aantal kenmerken waaraan een belastingparadijs herkend kan worden. De kenmerken bestaan uit[84]:

- Een effectief lage of verwaarloosbare winstbelasting; en
- De belastingwetgeving is weinig transparant; en
- Het land is niet coöperatief in het verstrekken van informatie over de belastingplichtigen

Een doorsnee of hoog statutair tarief is onbeduidend wanneer de wetgeving talloze mogelijkheden geeft die de belastingdruk aanzienlijk verlagen, om deze reden is het effectieve belastingtarief van belang. Daarnaast geeft de weinig coöperatieve houding van landen en weinig transparantie wetgeving de mogelijkheid om inkomen en/of vermogen verborgen te houden waardoor belastingontduiking gefaciliteerd kan worden.
De OESO hanteert nog een vierde kwalificatie-eis welke het ontbreken van substantiële activiteiten omvat.[85]

De reden dat een grote hoeveelheid investeringen via Nederland wordt doorgesluisd naar het buitenland heeft voornamelijk een fiscale achtergrond. Zo zijn de lage Nederlandse bronbelasting, deelnemingsvrijstelling, tax rulings, toegankelijkheid van de Belastingdienst en de kennis en ervaring van de Nederlandse trustsector de voornaamste reden om investeringen via Nederland naar het buitenland te leiden.[86] Daarnaast maken de vele bilaterale verdragen die Nederland heeft afgesloten met andere landen het ook aantrekkelijk om via Nederland te investeren zodat belastingminimalisatie, door toepassing van treaty shopping, kan worden gerealiseerd.[87]
Hiermee maakt Nederland de doorsluis van nauwelijks belaste of zelfs onbelaste winsten naar belastingparadijzen mogelijk waardoor zij internationale belastingontwijking faciliteert. Dit kan als reden worden gezien dat Nederland wordt beschouwd als belastingparadijs[88] en voorkomt op sommige lijsten van belastingparadijzen. Desalniettemin moet in ogenschouw worden genomen dat deze winst niet in Nederland wordt gerealiseerd en dat het bronland deze winsten in de belastingheffing had moeten betrekken. Hierdoor dient de vraag gesteld te worden in hoeverre Nederland als belastingparadijs aangemerkt moet worden als het bronland de winst niet in de heffing betrekt. Zoals reeds in de afbakening benoemd is het vraagstuk omtrent belastingheffing daar waar de winst wordt gerealiseerd te omvangrijk om in deze scriptie volledig uiteen te zetten maar verdient het onderwerp een vermelding.

Wanneer deze winsten echter in Nederland zouden blijven, zouden deze volgens de reguliere tarieven worden belast en kan niet gesproken worden van een effectief lage winstbelasting. Nederland kan dan ook volgens Schindler[89] niet worden gezien als klassiek belastingparadijs: ‘het heeft geen laag winsttarief, het land is relatief groot en de winst komt niet in Nederland

[84] A. Lejour, J. Möhlmann, M. van ’t Riet, ‘Doorsluisland NL doorgelicht’, CPB Policybrief 2019
[85] OECD, ‘Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue’, 1998
[86] A. Lejour, M. van ’t Riet, ‘Nederland belastingparadijs? Nederland doorsluisland!’, CPB Policy brief, 2013/07
[87] L. Franssen, ‘Geldstromen van BFI’s in Nederland; welke rol spelen bilaterale verdragen?’, CBS, Internationaliseringsmonitor 2018-IV
[88] Het Europees Parlement stemde op 26 maart 2019 in met de motie, afkomstig van PvdA-Europarlementariër Paul Tang, die stelt dat Nederland beschouwt moet worden als belastingparadijs. Dit was overigens de eerste keer dat het parlement een EU-land als belastingparadijs aanmerkt.
[89] Hoogleraar Internationale Belastingheffing aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

terecht'. Door onder andere Arjen Lejour[90] wordt bepleit dat Nederland geen belastingparadijs is maar een doorsluisland. Gezien de grote hoeveelheid investeringsstromen die via Nederland worden doorgesluisd naar het buitenland, sluit ik mij aan bij laatstgenoemde visie over de functie van Nederland in de internationale belastingontwijking. Hierbij ben ik van mening dat de hoeveelheid bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting bijdragen aan de aantrekkelijkheid van Nederland als doorsluisland. Doordat de doorsluis van onbelaste geldstromen via Nederland mogelijk is door het inzetten van de belastingverdragen, wordt treaty shopping mogelijk gemaakt en blijft de problematiek rondom BEPS bestaan. De genomen maatregelen zouden hier een einde aan moeten maken. In de volgende paragrafen zullen de maatregelen nader uiteengezet worden en zal worden onderzocht hoe deze maatregelen beogen treaty shopping te bestrijden en of dit doel wordt behaald. Hierbij zullen eerst de algemene antimisbruikmaatregelen uiteen worden gezet waarna vervolgens maatregelen in specifieke situaties, zoals rente- of royaltybetalingen aan laagbelastende jurisdicties, zullen worden onderzocht.

4.3 Antimisbruikmaatregelen

4.3.1 Inleiding en afbakening

De problematiek rond BEPS wordt niet alleen op nationaal niveau bestreden ter verkleining van de mogelijkheden tot belastingontwijking en -ontduiking maar ook op internationaal niveau is gewerkt aan oplossingen. De internationale ontwikkelingen zijn van groot belang omdat een probleem dat zich afspeelt op wereldschaal, niet enkel op nationaal niveau opgelost kan worden. Staten zullen daarom samen moeten werken om tot een werkende oplossing te komen. In deze paragraaf staan de generieke antimisbruikmaatregelen centraal die door de OESO en de EU zijn aangedragen om verdragsmisbruik te bestrijden. Generieke maatregelen zijn, in tegenstelling tot specifieke maatregelen, ruim geformuleerd waardoor deze van toepassing kunnen zijn in diverse situaties. In paragraaf 4.3.2 wordt de Principle Purpose Test, een initiatief vanuit de OESO, behandeld en vervolgens in paragraaf 4.3.3 de Europese misbruikconcepten.

De EU werkt namelijk samen met de aangesloten lidstaten aan de coördinatie van het economische beleid, de vennootschaps- en de inkomstenbelasting waarbij zij belastingontwijking en -fraude wil voorkomen.[91] Om dit te realiseren zijn verschillende misbruikconcepten tot stand gekomen waaronder een algemene antimisbruikmaatregel (GAAR), het leerstuk misbruik van het recht en antimisbruikmaatregelen opgenomen in Europese richtlijnen zoals de Moeder-Dochterrichtlijn (MDR), Fusierichtlijn (FR) of Interest en Royaltyrichtlijn (IRR). Met betrekking tot antimisbruikconcepten geldt dat de bewoording op hetzelfde neerkomt en daarmee in aanzienlijke mate overeenkomt. Zo worden de voordelen uit de MDR niet toegekend als sprake is van een (reeks van) constructie(s) die is opgezet met als (een van de) hoofddoel(en) om een belastingvoordeel te verkrijgen en deze constructie kunstmatig is.[92] Deze bewoording komt nagenoeg volledig overeen met het norm- en kunstmatigheidsvereisten zoals deze zijn opgenomen in de GAAR en met het tweede punt uit het toetsingskader van het leerstuk misbruik van recht.[93]

[90] Hoogleraar Belastingen en Overheidsfinanciën aan Tilburg University en betrokken bij het CPB-onderzoek naar belastingontwijking
[91] https://europa.eu/european-union/topics/taxation_nl
[92] Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn
[93] P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1', TFO2019/161.3

Wanneer een belastingplichtige zich wegens misbruik niet kan beroepen op voordelen van een richtlijn, geldt dat hij/zij zich net zomin kan beroepen op de EU-verkeersvrijheden.[94]
Deze verkeersvrijheden[95] zijn gerealiseerd om een interne markt binnen de EU te creëren waarbij discriminatie op basis van nationaliteit voorkomen wordt. Eén van de rechtvaardigingsgronden waarbij inbreuk mag worden gemaakt op deze verdragsvrijheden betreft wanneer sprake is van misbruik.

Het HvJ EU heeft namelijk in de zaken Deister en Juhler geoordeeld dat '*de doelstelling van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking dezelfde draagwijdte heeft, ongeacht of ze wordt aangevoerd krachtens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn dan wel als rechtvaardiging voor een belemmering van het primaire recht*'.[96] Hieruit concludeer ik dat het voor de bestrijding van misbruik niet uitmaakt welke bestrijdingswijze wordt gehanteerd omdat deze in de uitwerking op hetzelfde neerkomen.

Aanvullend ben ik van mening dat niet enkel de toepassing van de in de richtlijnen opgenomen antimisbruikmaatregelen en de verdragsvrijheden op hetzelfde neerkomen, ook de GAAR en het leerstuk misbruik van het recht kennen eenzelfde toepassing. Kijkend naar de uitspraken van het hof[97] toetst het leerstuk misbruik van recht aan zowel een objectieve toets als een subjectieve toets. Namelijk (één van de) hoofddoel(en) is het ontgaan van belasting (objectief) en als sprake is van een kunstmatige structuur (subjectief). Deze twee toetsen komen geheel overeen met de toetsen uit de MDR zoals hiervoor benoemd en de GAAR welke wordt onderzocht in paragraaf 4.3.3.
Derhalve wordt in dit onderzoek de antimisbruikbepaling uit de MDR, FR, IRR, het leerstuk misbruik van recht en de verdragsvrijheden niet uitgewerkt omdat deze in de uitwerking materieel op hetzelfde neerkomen als de GAAR.

4.3.2 Principal purpose test

Zoals in hoofdstuk één is beschreven, is de OESO in 2013 aangevangen met het BEPS-project op verzoek van de G20-landen[98] waarbij zij vijftien actiepunten hebben geformuleerd met als doel het bestrijden van winstverschuivingen en grondslaguitholling. De OESO is een intergouvernementele organisatie waarbij 38 lidstaten zich hebben aangesloten en waar regeringen samenwerken om oplossingen te vinden voor gemeenschappelijke uitdagingen, ontwikkelen van wereldwijde normen, uitwisselen van ervaringen en *best practices* te identificeren om het beleid te verbeteren. Beslissingen die door de OESO worden genomen zijn op basis van consensus en hebben geen juridische basis. Doordat alle aangesloten lidstaten akkoord zijn gegaan met de beslissingen, zal niet naleven tot spanningen leiden.[99]

[94] HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (N Luxembourg 1)
[95] Vrij verkeer van burgers, vrij verkeer van goederen, vrij werknemersverkeer, vrijheid van vestiging, vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van kapitaal. Opgenomen in artikelen 21, 45, 49, 56 en 63 VWEU
[96] HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 en C-613/16, rechtsoverweging 97 (Deister Holding AG en Juhler Holding)
[97] HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02, rechtsoverweging 43 (Halifax) en HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, rechtsoverweging 124
[98] Een economische overleggroep die bestaat uit: Argentinië, Australië, Brazilië, Canada, China, Duitsland, Frankrijk, India, Indonesië, Italië, Japan, Mexico, Rusland, Saoedi-Arabië, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zuid-Afrika en Zuid-Korea en de Europese Unie. Deze landen vertegenwoordigen circa 80% van de wereldhandel en 2/3 van de wereldbevolking.
[99] OECD, 'Discover the OECD. Better Policies for Better Lives'

Ter bestrijding van treaty shopping is actiepunt 6 ontwikkeld. Bij dit actiepunt zijn minimum standaarden opgenomen waaraan de aangesloten lidstaten zich dienen te committeren. Zo zullen zij in de belastingverdragen een bepaling opnemen in de preambule die ziet op bescherming tegen verdragsmisbruik. In het OESO-MV is deze bepaling als volgt vormgegeven: '*Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)'.*

Daarnaast dienen de lidstaten ook een antimisbruikmaatregel op te nemen in het verdrag. Hierbij hebben zij de keuze uit een van de drie volgende opties[100]:

1. Het opnemen van een *Principal Purpose Test* (PPT); of
2. Het opnemen van een PTT gecombineerd met een *Limitation on Benefits* (LOB) bepaling; of
3. Het opnemen van een gedetailleerde LOB aangevuld met een mechanisme dat gericht is op het bestrijden van doorstroomregelingen die nog niet in het verdrag zijn opgenomen.

Implementatie van bovenstaande antimisbruikmaatregelen is een flinke aangelegenheid dat veel tijd kost aangezien ieder verdrag individueel gewijzigd dient te worden.[101] Om dit proces te voorkomen, heeft de OESO als laatste actiepunt een MLI ontwikkeld ter implementatie van een aantal BEPS-maatregelen. Het MLI is van toepassing indien beide verdragsstaten partij zijn bij het MLI en vervolgens beide hebben gekozen om het verdrag onder de werkingssfeer te brengen conform art 2 MLI. Een niet-verplichte maatregel uit het MLI is alleen effectief mits beide staten hiervoor hebben geopteerd waardoor er een match ontstaat.[102]

Het MLI is op 1 juli 2019 in werking getreden in Nederland waarbij zij relatief veel verdragen onder de reikwijdte van het MLI heeft laten vallen en heeft gekozen voor opname van een legio niet-verplichte maatregelen.[103] Om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, heeft Nederland gekozen voor toepassing van de PPT.[104] Dit omdat het de enige maatregel is die op zichzelf voldoet aan de minimumstandaard en voldoende flexibel is om diverse vormen van misbruik te bestrijden aldus Staatssecretaris Wiebes.
De PPT bestaat uit een motief- en normvereiste. Het toekennen van een verdragsvoordeel wordt weigert wanneer redelijkerwijs kan worden geconcludeerd, met inachtneming van de relevante feiten en omstandigheden, dat het verkrijgen van het voordeel één van de voornaamste doelen was van de constructie(s) of transactie(s) waardoor het voordeel is gerealiseerd (motiefvereiste). Er kan sprake zijn van voordeel bij vermindering, vrijstelling, uitstel of terugbetaling van belasting.[105] Het verdragsvoordeel wordt echter niet onthouden indien wordt vastgesteld dat het toekennen van het voordeel in die omstandigheden in lijn zou zijn met het doel en strekking van de betreffende verdragsbepaling (normvereiste).[106]
Toetsing van deze vereisten vindt plaats door middel van een objectieve analyse van de doelstellingen met inachtneming van alle betrokken partijen bij de constructie of transactie.

[100] https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/
[101] C. van Raad, 'IBR.3.1.4. Procedure van totstandkoming van verdragen', Cursus Belastingrecht 2021
[102] Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 3
[103] F.P.G. Pötgens, E.M.L. Kool, 'Nederland en het Multilaterale Instrument: een stand van zaken', WFR2018/206
[104] Kamerstukken II 2017/18, 34853, nr. 3, p. 19
[105] Commentaar op art. 29 OESO-MV, §175
[106] Art. 29 lid 9 OESO-MV

Doeltreffendheid en doelmatigheid

Zoals Staatssecretares Wiebes betoogd is de PPT de enige maatregel die in staat is diverse vormen van misbruik te bestrijden. De PPT heeft een open norm waardoor de feiten en omstandigheden in het concrete geval kunnen worden onderworpen aan zowel het motief- als normvereiste door middel van een objectieve analyse. Daarbij dient belastingvoordeel één van de hoofddoelen te moeten te zijn, waardoor de bewijslast voor de belastingautoriteiten vrij beperkt is. Derhalve is de PPT in grote mate in staat het doel, voorkomen dat verdragsvoordeel wordt gegeven in ongewenste situaties[107], te behalen waardoor de maatregel als zeer doeltreffend kan worden gezien. In tegenstelling tot de PPT maakt de LOB-bepaling het recht op het verdragsvoordeel afhankelijk van een aantal objectieve voorwaarden en eigenschappen van de belastingplichtige.[108] Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat kwalificerende vennootschappen alsnog aanspraak kunnen maken op verdragsvoordelen ondanks dat het verkrijgen van dit voordeel het voornaamste doel was van de desbetreffende c.q. achterliggende vennootschap(pen) waardoor niet wordt voldaan aan het doel van de bepaling.

Ten aanzien van de efficiëntie, ofwel de doelmatigheid, dient te worden bezien of de voordelen opwegen tegenover de nadelen. Voor deze analyse zal het gevolg op de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats voor ondernemingen nader worden onderzocht. In het geval van een individuele verdragsonderhandeling spelen factoren als economische relatie met de verdragsstaat, de aard van het oneigenlijke verdragsgebruik en de rol van Nederland als bronstaat of doorsluisland een belangrijke rol.[109] Hierbij staat met name de internationale concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats centraal voor MNO's. Ondernemingen zullen, doordat Nederland de PPT opneemt in haar verdragenbeleid, geneigd zijn zich minder snel in Nederland te vestigen waardoor de concurrentiepositie van Nederland af zal nemen. De kosten zien met name op MNO's die activiteiten hebben in Nederland maar geen nauwe band met Nederland hebben waardoor zij mogelijkerwijs onder de PPT vallen. Voor Nederland als bronstaat is de PPT aantrekkelijk omdat deze maatregel maatwerk biedt. Hierdoor kan de onbelaste doorstroom van bijvoorbeeld dividenden tegen worden gegaan stellen Bender en Engelsen. Niet enkel de positie van Nederland als doorstroomland zal hiermee worden verkleind, ook zal de bereidheid van derde landen toenemen om in te stemmen met een lager percentage bronbelasting. Hierdoor kan het voor buitenlandse bedrijven aantrekkelijker worden om zich te vestigen in Nederland vanwege de fiscale voordelen die het overeengekomen belastingverdrag bieden. Hierdoor menen Bender en Engelsen zelfs dat toepassing van de PPT een positief effect heeft wanneer Nederland als bronstaat fungeert.[110] Naar mijn mening wegen deze voordelen op tegenover de kosten die betrekking hebben op vertrekkende ondernemingen die mogelijkerwijs onder de reikwijdte van de PPT vallen vanwege de geringe band die zij hebben met Nederland waardoor de PPT als doeltreffend kan worden beoordeeld. Naast doeltreffend is de PPT ook doelmatig omdat door invoering van één op zichzelf staande maatregel de doelstelling kan worden gerealiseerd.

[107] OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 — 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en

[108] F.P.G. Pötgens, 'IBR.3.5.6.C Limitstion-on-benefits-bepaling (art. 29 lid 1-7)', cursus Belastingrecht 2021

[109] T. Bender en F.A. Engelsen, 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', WFR 2016/51, onderdeel 7

[110] T. Bender en F.A. Engelsen, 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', WFR 2016/51, onderdeel 7

Evenredigheid
Nederland heeft, ter voorkoming van onder andere de overkill, de PPT aangevuld met de *discretionary relief*-bepaling.[111] Op verzoek van de belastingplichtige kunnen verdragsvoordelen alsnog worden toegekend als deze wel zouden worden toegekend bij afwezigheid van de relevante constructie en/of transactie. Hierbij is het wel vereist dat de verdragsluitende staten overleggen alvorens het verzoek wordt afgewezen.[112]In zulke gevallen zal namelijk geen sprake zijn van misbruik waardoor de verdragsvoordelen toegekend kunnen worden. Dit zal eveneens de in vorig paragraaf besproken doelmatigheid vergroten. Daarnaast verkleint deze bepaling ook het risico dat MNO's met activiteiten in NL maar een geringe band met Nederland hebben onder de toepassing van de PPT vallen zoals beschreven bij de analyse over de doelmatigheid. De bepaling is vergelijkbaar als een soort noodoplossing en biedt de mogelijkheid om de situatie te herzien en verdragsvoordelen alsnog toe te kennen als zij zonder de relevante constructie/transactie ook recht hadden gehad op het voordeel.
De tweede bepaling ziet op het raadplegen van de andere verdragsstaat over het voornemen om verdragsvoordelen te weigeren n.a.v. de PPT zonder dat deze een belemmering vormt om de PPT toe te passen. Deze bepaling kan overkill voorkomen in situaties waarin niet alle feiten duidelijk zijn.[113]

Beide bepalingen ontnemen het overkill-element uit de PPT waardoor de belastingplichtige geen disproportionaliteit ervaart wanneer deze van toepassing is. Vanwege de open norm is, zoals eerder benoemd, de maatregel in staat diverse vormen van misbruik te bestrijden en is er ook geen sprake van underkill. Daarnaast wordt disproportionaliteit voorkomen omdat het verdragsvoordeel niet wordt onthouden wanneer wordt voldaan aan het normvereisten. Derhalve acht ik de PPT als geschikte maatregel die geen onevenredige nadelen biedt aan de onderworpen belastingplichtigen.

Rechtszekerheid
Vanwege de open norm van de PPT is deze in staat om het doel van de maatregel te bereiken. Echter is geen invulling gegeven hoe de afweging plaats dient te vinden of één van de hoofddoelen het verkrijgen van belastingvoordeel is in een concreet geval. Het ontbreken van deze invulling doet afbreuk aan de rechtszekerheid omdat aanstonds onduidelijk is wanneer wordt voldaan aan de eis 'één van de hoofddoelen'. In tegenstelling tot de PPT, draagt de LOB-bepaling namelijk wel bij aan een vergroting van de rechtszekerheid doordat wordt beschreven welke belastingplichtigen in welke situaties belastingvoordeel genieten. Deze statische bepaling omvat echter niet alle vormen van misbruik en kan ook niet flexibel worden uitgelegd waardoor deze onvoldoende in staat is om (alle) misbruiksituaties aan te pakken. Zoals in vorige alinea is geconcludeerd, is de PPT op zichzelf doeltreffend om treaty shopping te bestrijden en acht ik het overbodig om de keuze te maken voor de LOB-bepaling aangevuld met de PPT omdat dit geen verdere toevoeging heeft, ook niet als dit wordt bekeken vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. Het voordeel van rechtszekerheid wordt volgens Staatssecretaris Wiebes van Financiën tenietgedaan door het feit dat de LOB-bepaling niet zelfstandig geïmplementeerd dient te worden[114] omdat dit volgens de OESO onvoldoende is om misbruik te bestrijden.[115] Ondanks dat de beslissingen van de OESO worden genomen op basis consensus en de adviezen geen juridische basis kennen waardoor de LOB-bepalingen theoretisch gezien zelfstandig geïmplementeerd kan worden, leidt niet naleving tot

[111] Art. 7 lid 4 van het MLI
[112] Art. 7 lid 3 en 4 MLI en commentaar op art 29 OESO-MV, §184
[113] Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020', p. 8
[114] Kamerstukken II 2016/17 25087, nr. 135
[115] https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/

spanningen doordat de aangesloten lidstaten akkoord zijn gegaan met deze genomen beslissingen.[116]

Europees en Internationaal recht
Doordat de PPT alle omstandigheden van een concreet geval in acht neemt, alvorens misbruik vastgesteld wordt en de verdragsvoordelen onthouden worden, lijkt de anti-misbruikmaatregel *EU-proof*. Misbruik dient Europeesrechtelijk namelijk te worden vastgesteld aan de hand van een *case-by-case* toetsing.[117] Staatssecretaris Wiebes heeft aangegeven dat misbruik of een ontgaansconstructie van geval tot geval dient te worden te worden beoordeeld. Dit dient te gebeuren op basis van concrete omstandigheden waardoor aan de Europeesrechtelijke eis van de toetsingswijze wordt voldaan.[118]
De EC is van mening dat de bepaling conform EU-recht is maar heeft wel een aanbeveling gepubliceerd waarin zij aanraadt om de tekst van de PTT die de lidstaten opnemen te wijziging naar:

"Niettegenstaande de andere bepalingen van dit verdrag wordt een voordeel uit hoofde van dit verdrag niet toegekend ter zake van een inkomens- of vermogensbestanddeel indien, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het verkrijgen van dit voordeel een van de voornaamste doelen is van het opzetten van een constructie dan wel het aangaan van een transactie die rechtstreeks of indirect tot dat voordeel leidt, tenzij wordt aangetoond dat hierin een reële economische activiteit besloten ligt of dat de toekenning van het voordeel in deze omstandigheden in overeenstemming is met het doel en de strekking van de desbetreffende bepalingen van dit verdrag."[119]

Door toevoeging van het onderstreepte zinsdeel is de anti-misbruikmaatregel afgestemd op de uitspraak van de HvJ EU met betrekking tot misbruik van het recht waardoor de maatregel verenigbaar is met EU-recht.[120] Op dit moment is bovenstaande zinsdeel niet opgenomen in de tekst uit artikel 7 lid 1 MLI, terwijl dit juist in overeenstemming zou zijn met het EU-recht en om deze reden een toevoeging en aanbeveling zou zijn.

Slotconclusie
Concluderend kan worden gesteld dat de PPT na toetsing aan de criteria uit het toetsingskader als volgt wordt beoordeeld:

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig	X		
Evenredigheid	X		
Rechtszekerheid			X
Internationaal en Europees recht	X		

Op het gebied van rechtszekerheid scoort de PPT onvoldoende maar uit onderzoek blijkt dat het voordeel met betrekking tot de rechtszekerheid van de LOB-bepaling teniet wordt gedaan. Dit is de consequentie van het gegeven dat de LOB-bepaling niet zelfstandig

[116] OECD, 'Discover the OECD. Better Policies for Better Lives'
[117] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom), punt 32 en HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 (Juhler Holding/Deister Holding), punt 74.
[118] Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 7.
[119] Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan'. C(2016) 271 final
[120] HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes)

geïmplementeerd mag worden als anti-misbruikmaatregel en zodoende aanvulling vereist. Derhalve is de PPT de gewenste bepaling om misbruik in verdragssituaties te bestrijden.

4.3.3 De Europese misbruikconcepten

De Europese Commissie (EC) heeft in 2016 naar aanleiding van het BEPS-project de ATAD1-richtlijn[121] gepresenteerd. Met deze richtlijn wordt beoogd aanbeveling van de OESO op geharmoniseerde wijze te implementeren in de EU.[122] Markant is dat bij het opstellen van de ATAD-richtlijn weinig aansluiting lijkt te zijn gezocht bij het BEPS-actieplan. Zo blijkt uit de wetsgeschiedenis bijvoorbeeld niet dat voor de uitleg van begrippen aansluiting is gezocht bij de BEPS-maatregelen.[123]

De ATAD1-richtlijn voorziet o.a. in een GAAR[124] die zich richt op bestrijden van ontwijkingsstructuren en is niet enkel in EU-situaties van toepassing maar heeft ook in verhouding tot derde landen werking waarbij strijdigheid van EU-recht wordt getoetst. Om deze reden is deze maatregel uit ATAD1 het beste in staat om treaty shopping te bestrijden. De voordelen worden namelijk niet toegekend wanneer wordt voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:

1. **Het motiefvereiste**:
   'Het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht wordt ondermijnd';
2. **Het normvereiste**:
   'Een constructie of een reeks van constructies (…) die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen';
3. **Het kunstmatigheidsvereiste**:
   'Die, alle feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, kunstmatig is'.

In tegenstelling tot de eerste en tweede voorwaarde, wordt de derde voorwaarde toegelicht inde richtlijn; er is sprake van een kunstmatige constructie *'voor zover ze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen'*.[125] Uit zowel artikel 6 ATAD1 als de Considerans[126] blijkt hierdoor dat de EC de nadruk van de GAAR op het kunstmatige karakter legt.

De GAAR kent, evenals de PPT, een open norm door de toetsing aan de drie vereisten. Hiermee is de maatregel, theoretisch bezien, effectief in het bestrijden van treaty shopping. Opvallend is dat de wetgever heeft besloten af te zien van de opname van GAAR in de Nederlandse wetgeving. Hij is van mening dat het leerstuk van fraus legis volstaat omdat deze functioneert als vangnet wanneer een specifieke antimisbruikmaatregel een misbruiksituatie niet kan bestrijden. Fraus legis kent immers ook een motief- en normvereiste zoals opgenomen in de GAAR van ATAD1. Echter ontbreekt de kunstmatigheidseis waar volgens de Considerans en in het artikel zelf bij de GAAR de nadruk op ligt. Volgens de wetgever wordt bij het motiefvereiste reeds de kunstmatigheid getoetst omdat wordt aangesloten bij dezelfde 'zakelijke redenen' die zijn benoemd in de GAAR.[127]

---

[121] Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (hierna: ATAD 1)
[122] Punt 3 Preambule ATAD1
[123] S.A. Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', TFO 2017/150.4.
[124] Art. 6 ATAD1
[125] Art. 6 lid 2 ATAD1
[126] Punt 11 Considerans ATAD1
[127] Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, §2.3 GAAR, p. 15

Naar mijn mening is deze opmerking van de wetgever erg zwart-wit. In oude jurisprudentie van de HR[128] werd namelijk het kunstmatigheidsvereiste als afzonderlijk criterium gehanteerd terwijl dit criterium in de huidige toepassing niet meer voorkomt.[129] Desalniettemin kan worden gesteld dat sprake is van een kunstmatigheid in de structuur. Aangezien de structuur enkel op een bepaalde wijze is vormgegeven om voordeel te behalen en geen reëel economisch doel dient.

Doeltreffendheid en doelmatigheid

Tot op het heden is het leerstuk van fraus legis niet succesvol ingezet bij verdragsmisbruik. De HR heeft geoordeeld dat doorwerking van fraus legis mogelijk is, zoals doorwerking van nationaalrechtelijke antimisbruikleerstukken in Duitsland en Italië door de rechter wel mogelijk is geacht[130], mits dit expliciet is overeengekomen door beide verdragsluitende staten.[131] In de NFV 2011 heeft Staatssecretaris Weekers van Financiën aangegeven dat in internationale verdragsverhoudingen verdragsmisbruik via specifieke verdragsbepalingen kan worden bestreden en dat fraus legis in de hoofdregel niet van toepassing is.[132] Dit sluit ook aan bij de mening van de EC omtrent de GAAR. De EC is namelijk van mening dat de ATAD1, met in het bijzonder de GAAR, niet het juiste instrument is om verdragsmisbruik te bestrijden: *"Some issues, however, would not be suited to a standalone directive. In particular, issues relating more to tax treaties have not been included in the ATA Directive. Nonetheless, a coordinated approach is needed now to prevent negative spill-overs. The Commission is therefore presenting a Recommendation on the implementation of measures relating to Permanent Establishments, as well as to the G20/OECD report on Tax Treaty abuse."*. [133]

Om deze reden vormt fraus legis c.q. de GAAR, geen doeltreffende maatregel ter bestrijding van treaty shopping. Kavelaars meent wel dat ter bevordering van de rechtszekerheid het leerstuk fraus legis in de wet zou moeten worden gecodificeerd. Dit omdat de bindende werking van rechters regelingen minder bindend zijn dan de werking van wettelijke regels en rechters in een concreet geval af kunnen wijken van de rechtsregeling zodat de mogelijkheid bestaat om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden in het concrete geval.[134] Derhalve is wellicht opname van dit leerstuk in nationale wetgeving ter bevordering van de bindende werking van de regeling in grotere mate van belang omdat deze geldt als algemeen vangnet om misbruik te ondermijnen. Daarnaast zou verankering ook leiden tot de beschikbaarheid van een antimisbruikmaatregel die niet beperkt is tot de VpB zoals dat nu voortvloeit uit ATAD1. Kaverlaars suggereert dat fraus legis opgenomen kan worden in het huidige artikel 31 Algemene wet inzake Rijksbelastingen (AWR) waarbij de leer van de richtige heffing vervangen kan worden omdat deze in het huidige beleid niet meer wordt ingeroepen waar ik mij bij aansluit.

[128] HR 11 september 1991, nr. 27 388, BNB 1991//317, HR 8 juli 1992, nr. 28 211, BNB 1992/308
[129] P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1', TFO 2019/161.3
[130] Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, V-N 2011/12.4
[131] HR 26 mei 1989, nr. 24.446, BNB 1989/217 en HR 15 december 1993, nr. 29.296, BNB 1994/259
[132] NFV 2011, onderdeel 2.20.2 (p. 70) van de bijlage bij de brief van de staatssecretaris van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, opgenomen in V-N 2011/12.4
[133] European Commission, Communication, Anti-Tax Avoidance Package: next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU, Brussel, 28 januari 2016, COM (2016) 23 final, p. 6.
[134] K. Teuben, '9.3 Mogelijkheden en onmogelijkheden', Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht (BPP nr. II) 2004/9.3

Doordat de GAAR niet is geïmplementeerd en de Staatssecretaris heeft aangegeven dat fraus legis in de hoofdregel niet nodig is ter bestrijding van verdragsmisbruik, acht ik de antimisbruikmaatregel in het kader van treaty shopping irrelevant.

Slotconclusie
Concluderend kan worden gesteld dat de Europese misbruikconcepten na toetsing aan de criteria uit het toetsingskader als volgt wordt beoordeeld:

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig			X
Evenredigheid	-	-	-
Rechtszekerheid	-	-	-
Internationaal en Europees recht	-	-	-

Doordat de GAAR c.q. fraus legis als onvoldoende wordt beoordeeld op het criterium doeltreffend en doelmatig en dit criterium van doorslaggevende aard is, zijn de overige toetsingscriteria niet onderzocht. Geconcludeerd kan worden dat de maatregel niet effectief is in de bestrijding van verdragsmisbruik. Door de opname van de PPT in de belastingverdragen is dat naar mijn mening ook niet noodzakelijk.

4.3.4 Gezamenlijke beoordeling van de PPT en de EU-misbruikconcepten

Hoewel hiermee de onderzoeksvraag uit dit hoofdstuk beantwoord is, ben ik van mening dat dit de bijdrage van de Europese antimisbruikconcepten ondermijnt. Een noemenswaardige kanttekening omvat namelijk dat de misbruikconcepten van belang zijn in de bestrijding van misbruik in EU-recht. Derhalve zouden deze maatregelen in het licht van misbruikbestrijding naast de PPT bezien moeten worden. Waarbij dit geheel effectief naast elkaar werkt in de bestrijding van misbruik. Enerzijds bestrijdt de PPT verdragsmisbruik en anderzijds zien de Europese misbruikconcepten op de bestrijding van rechtsmisbruik. Volgens de Staatssecretaris Wiebes van Financiën vormt dit tezamen een coherent raamwerk van misbruikbestrijding.[135]
Enige noot van kritiek ziet op de hoeveelheid antimisbruikmaatregelen die nu uit de verschillende richtlijnen zijn gecodificeerd. Zoals benoemd in paragraaf 4.3.1 kennen we de antimisbruikmaatregel uit de MDR, FR, IRR, het leerstuk misbruik van recht én de GAAR c.q. fraus legis. Waarbij laatstgenoemde geldt als een algemene antimisbruikmaatregel en die derhalve in staat zou zijn misbruik in de MDR, FR en IRR te bestrijden. Staatssecretaris Wiebes heeft echter zelfs aangegeven dat een inspecteur zich kan beroepen op fraus legis wanneer de antimisbruikbepaling uit een richtlijn niet van toepassing is.[136]
Ik sluit mij dan ook aan bij het standpunt van Kavelaars dat in plaats van de implementatie van de antimisbruikmaatregelen uit de richtlijnen fraus legis had volstaan.[137]

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig	X		
Evenredigheid	X		
Rechtszekerheid	-	X	-
Internationaal en Europees recht	X	-	-

[135] Kamerstukken II 2017/18, 34788, nr. 2
[136] Kamerstukken II 2017/18, 34788, nr. 3
[137] P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1', TFO 2019/161.3

4.4 Uiteindelijk gerechtigde

Reeds in 1977 werd in het eerst gepubliceerde OESO-MV het begrip *beneficial ownership* geïntroduceerd als antimisbruikbepaling met als doel het voorkomen van belastingontwijking. Met het begrip werd getracht om verdragsvoordelen uit een drietal artikelen[138] te beperken om zodoende belastingontwijkende constructies tegen te gaan. Dit ziet met name op het ondermijnen van de functie van doorstroomvennootschappen in de belastingontwijkende structuren.
In het OESO-MV was enkel een negatieve omschrijving van het begrip uiteindelijk gerechtigde opgenomen waardoor het begrip invulling kon krijgen door jurisprudentie. Uiteindelijk heeft de OESO het begrip in 2014 gewijzigd omdat het begrip door rechters verschillend geïnterpreteerd kon worden vanwege de afwezigheid van een duidelijke definitie en derhalve anders werd uitgelegd.[139] Met de update in 2014 heeft de OESO veel onduidelijkheid weggenomen door op te nemen dat de beneficial owner degene is die beschikt over het *'right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person'*.[140] Daarbij is ook van belang dat de ontvanger inwoner is van het verdragsland wat blijkt uit de volgende opname in het OESO-modelverdrag: '*the company paying the dividends is a resident'* en *'if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed'.*[141]

Een meer economische benadering heeft het HvJ EU in de Deense zaken aan het *beneficial ownership*-vereiste gegeven hoewel deze uitspraak geen doorwerking vindt naar het OESO-MV zelf. Doordat het hof aansluiting heeft gezocht bij de OESO-invulling is de uitspraak van waarde.[142]. In het T-Danmark-arrest werd namelijk geoordeeld dat een kunstmatige doorstroomvennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde van de dividenden kan zijn.

Nationaal gezien heeft de HR in het Marketmaker-arrest[143] besloten dat sprake was van een uiteindelijk gerechtigde omdat de marketmaker i) eigenaar was geworden van de dividendbewijzen door aankoop en ii) hij over zowel de bewijzen als de uitgekeerde bedragen vrijelijk kon beschikken. Daarbij iii) trad hij bij het inwisselen niet op als zaakwaarnemer of lasthebber en iv) was het moment van ter beschikking stellen beslissend en niet het moment van declareren. Dit sluit aan bij het OESO-commentaar omdat de marketmaker beschikkingsmacht heeft over de dividendbewijzen, wat hij niet zou hebben gehad in het geval van optreden als zaakwaarnemer c.q. lasthebber.

In 2001 is besloten om het negatieve niet-uiteindelijk gerechtigde op te nemen in de Wet DB, Wet VpB en Wet IB om dividendstripping tegen te gaan.[144] Verrekening, vermindering of teruggaaf van de dividendbelasting is op grond van deze bepaling uitgesloten voor degene die het dividend heeft ontvangen maar niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Hoewel in het artikel in de Wet DB invulling is gegeven aan wie niet de uiteindelijk belanghebbende is, geeft het Marketmaker-arrest invulling aan de eisen wanneer wel sprake is van een

[138] Art. 10 (dividend), 11 (interest) en 12 (royalty's) OESO-MV
[139] Zie o.a. arresten: United States Tax Court, 5 augustus 1971, 56 T.C. 925, 292-69 (Aiken Industries Inc.); HR 6 april 1944, BNB 1994/127, nr. 28 638; UK Court of Appeal, 2 maart 2006, 2006 EWCA Civ 158 (Indofood) en Tax Court of Canada, 22 april 2008, 2008 TCC 231, par. 15 (Prévost)
[140] Commentaar op art. 10 OESO-MV 2014, §12.4
[141] Art. 10 lid 2 OESO-MV
[142] P. Kavelaars, '5.4.2. Beneficial ownership', Bronstaatheffing en vermogensinkomsten (FM nr. 167)
[143] Hoge Raad 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217
[144] Zie art.9.2 lid 2 en lid 3 van de Wet IB 2001, art. 25 lid 2 en lid 3 van de Wet Vpb 1969, art. 4 lid 4, lid 7 en lid 8 van de Wet DB 1965.

uiteindelijk belanghebbende. Hierdoor is het arrest van toegevoegde waarde in aanvulling op het wetsartikel.
Vervolgens is de vraag in hoeverre de invulling van het niet-uiteindelijke begrip doorwerkt naar de overeengekomen verdagen waarbij dit criterium nog niet inwerking was getreden. Volgens het OESO-MV[145] moeten niet-gedefinieerde begrippen in het verdrag zelf worden gedefinieerd conform nationaal recht. Door opname van de woorden '*at this time'* in het OESO-MV vloeit voort dat het verdrag moet worden toegepast volgens het nationale recht zoals deze op moment van toepassen geldt tenzij de context anders vereist. Doordat Nederland in veel met name oudere verdragen heeft gekozen de woorden '*at this time*' niet op te nemen, is het de vraag of invulling van het niet-uiteindelijk gerechtigde begrip doorwerkt naar haar verdragen. Staatssecretaris Bos van Financiën was destijds van mening dat er sprake is van doorwerking omdat het nationale recht nodig is om invulling te geven aan het begrip.[146] Dit standpunt werd ook ingenomen in de FNV 2011.[147]

Wattel is daarentegen van mening dat het uiteindelijk gerechtigde-begrip slechts beperkt dynamisch moet worden toegepast. Volgens de dynamische interpretatie moeten verdragen worden uitgelegd conform de huidige betekenis van de terminologie en niet zoals de betekenis op het moment van verdragssluiting luidden zodat het verdrag praktisch toepasbaar en adequaat is.[148] De beperkt dynamische interpretatie houdt in dat later gewijzigde versies van het OESO-commentaar niet zonder meer van betekenis zijn voor de uitleg van oudere verdragen als de bepalingen in het OESO-modelverdrag ook op belangrijke onderdelen zijn gewijzigd.[149] Wattel sluit aan bij het OESO-commentaar waarin is opgenomen dat in het geval een begrip een deel van het verdrag buiten werking stelt, met name wanneer dit ziet op voordelen waar iemand recht op heeft, het verdrag voor zover buiten toepassing wordt gelaten waardoor doorwerking niet mogelijk zou moeten zijn.[150] In het geval van de definitie niet-uiteindelijk gerechtigde kan wel sprake zijn van het ontnemen van voordeel maar er is ook sprake op het adequaat houden van het begrip onder verdragstoepassing. Waardoor betwijfeld kan worden in hoeverre de invulling van het begrip doorwerking heeft naar de verdragen.[151]

Doeltreffendheid en doelmatigheid
In het OESO-commentaar wordt aangegeven dat het uiteindelijk gerechtigde-vereiste een beperkt middel vormt tegen treaty shopping. De HR heeft zich diverse malen uitgelaten over de toepassing van het vereiste onder verdragstoepassing en hieruit kan worden geconcludeerd dat slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden niet aan het criterium wordt voldaan.[152] In EU-rechtelijke zin kan het vereiste in belastingverdragen wel gelden als een indicator die op de aanwezigheid van misbruik kan wijzen.

Daarnaast geldt dat de bewijslast bij de fiscus ligt. De fiscus moet aannemelijk maken dat de belastingplichtige niet de uiteindelijk gerechtigde is.[153] Dit kan hij doen door aannemelijk te maken dat aan de objectieve criteria uit art. 25 lid 2 Wet VpB is voldaan.[154] Dit maakt het

[145] Art. 3 lid 2 OESO-MV
[146] Kamerstukken II 2001–2002, 27 896, nr. 3, Kamerstukken II, 2001–2002, 27 896, nr. 5
[147] Notitie Nederlands fiscaal Verdragsbeleid 2011 van 11 februari 2011, Ministerie van Financiën, p. 23-24
[148] B. Starink, '4.1.1 Dynamische verdragsinterpretatie', FM nr. 144, 2015
[149] Hof Amsterdam 22 december 2020, nr. 18/00688, V-N 2021/14.1.2
[150] Zie aantekening 13 van het commentaar op art. 3 OESO-MV
[151] HR 5 september 2003, nr. 37 651, LJN AE8398, BNB 2003/379, paragraaf 2.20
[152] Zie o.a. HR 6 april 1994, 28 638, BNB 1994/217
[153] Kamerstukken II, 2000-2001, 27 896, nr. 3, blz. 8.
[154] HR 18 oktober 2019, nr. 18/03614, BNB 2019/19 en HR 28 januari 2021, nr. 20/01884, V-N Vandaag 2021/501

voor de fiscus lastiger om misbruik te bestrijden waardoor niet in alle gevallen waarbij een vermoeden is van dividendstripping naheffingen en boetes opgelegd kunnen worden.

Treaty shopping kan echter gemakkelijker worden bestreden met een in het belastingverdrag opgenomen antimisbruikbepaling, zoals de PPT. Sinds de komst van deze antimisbruikmaatregel in het MLI zal het uiteindelijk gerechtigde begrip slechts een beperkte rol spelen als bestrijdingsmogelijkheid in misbruiksituaties.

Evenredigheid
Doordat het uiteindelijk gerechtigde criterium ook is opgenomen in de Nederlandse wetgeving waarbij een verwijzing bestaat naar voordelen afkomstig uit het belastingverdrag ontstaat cumulatie met de antimisbruikbepaling uit de belastingverdragen.
Zoals hiervoor reeds beschreven, is met de komst van antimisbruikbepalingen in het MLI het belang van het uiteindelijk gerechtigde criterium afgenomen. Het volgende voorbeeld illustreert het afnemende belang voor de keuze van het vereiste: Om vermindering van Nederlandse dividendbelasting in verdragssituaties te weigeren kan zowel een beroep worden gedaan op de PPT uit een belastingverdrag als artikel 4 Wet DB. De PPT heeft echter een ruimer bereik waardoor deze doeltreffender is. Ik sluit mij dan ook aan bij de mening van Velthoven dat de opgenomen verwijzing naar belastingverdragen in artikel 4 Wet DB heroverwogen mag worden voor zover in belastingverdragen een PPT is opgenomen.[155] Voor de belastingplichtigen is immers onduidelijk waar beroep op wordt gedaan. Toch blijft het uiteindelijk gerechtigde vereiste uit artikel 4 Wet DB wel van belang in louter nationale situaties waarbij de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijk belanghebbende is. Ik sluit mij in dat geval echter bij de mening van van de Streek aan om in de Wet DB een generieke antimisbruikmaatregel op te nemen die waakt tegen het ontgaan van dividendbelasting.[156]

Rechtszekerheid
Doordat een exacte definitie van het uiteindelijk gerechtigde begrip ontbreekt en door middel van jurisprudentie de negatieve omschrijving nader ingevuld dient te worden, blijft flexibiliteit behouden maar dit brengt rechtsonzekerheid in de toepassing. Voor de verdragstoepassing is het OESO-commentaar uit 2014 van belang. Hierin is opgenomen dat het begrip niet dient te worden uitgelegd conform nationaal belastingrecht van de verdragsstaten.[157] Het HvJ EU sloot in de Deense zaken aan bij de invulling zoals deze door de OESO is gegeven. Een nationale rechter hoeft zich echter niet aan deze interpretatie te committeren bij uitspraken over nationale aangelegenheden maar het verdient aanbeveling om deze wel aan te houden ter voorkoming van uiteenlopende invullingen van het begrip in intra-EU situaties bij richtlijnen en belastingverdragen.[158] Wanneer één lijn wordt getrokken in de uitleg c.q. invulling van het begrip, draagt dit bij aan de rechtszekerheid voor zowel de uitvoerende partij als de belastingplichtigen omdat onzekerheid over de uitvoering wordt ontnomen. Daarnaast is het naar mijn mening wenselijk als het beleid op elkaar wordt afgestemd omdat alleen een gecoördineerd beleid in staat is treaty shopping te bestrijden. Derhalve zou het dan ook aanbeveling verdienen om de uiteindelijk gerechtigde toetst op te nemen in de antimisbruiktoets in het belastingverdrag omdat deze geldt als indicator van misbruik.

[155] M.J, Velthoven, 'De Nederlandse bepalingen tegen dividendstripping in het BEPS-tijdperk', WFR 2018/131
[156] Position paper prof. dr. J.L. van de Streek (Universiteit Leiden) ten behoeve van het rondetafelgesprek 'Fraude met dividendbelasting' op 13 december 2021
[157] Commentaar op art. 10 OESO-MV, §12.1
[158] HvJ EU, C-116/16, T Danmark, punt 90

Europees en internationaal recht
Aangezien door middel van internationale arresten invulling is gegeven aan het uiteindelijk gerechtigde-begrip is het vereiste niet in strijd met EU- of internationaal recht. In het Prévost-arrest[159] werd onder andere door de Canadese rechter geoordeeld dat de persoon wie die dividenden ontvangt voor zijn/haar genot, hiervan het risico draagt en de hierover de controle heeft, kwalificeert als beneficial owner. In het Indofood-arrest[160] oordeelt het Britse Suprême High Court op basis van het OESO-commentaar waardoor de eisen aansluiting vinden bij de door de OESO gegeven definitie.

Slotconclusie
Concluderend kan worden gesteld dat de toetsing van het uiteindelijk gerechtigde criterium aan de criteria uit het toetsingskader als volgt wordt beoordeeld:

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig		X	
Evenredigheid			X
Rechtszekerheid			X
Internationaal en Europees recht	X		

De maatregelen scoren voldoende op het criterium doeltreffend en doelmatig omdat het vereiste in belastingverdragen gelden als een indicator dat kan wijzen op de aanwezigheid van misbruik. De bewijslast voor de fiscus maakt het echter lastiger om het voordeel te ontnemen bij (het vermoeden van) misbruik. Het verdient om deze reden ook aanbeveling om het criterium op te nemen in de antimisbruikmaatregel in de belastingverdragen in plaats van het blijven hanteren als losstaande antimisbruikmaatregel.

4.5 Hybride mismatches
Bij een hybride mismatch is sprake van een classificatieverschil welke moeilijkheden met zich mee kan brengen bij de toepassing van het belastingverdrag. Door het classificatieverschil kan de ene verdragsluitende staat namelijk van mening zijn dat de entiteit zelfstandig belastingplichtig is terwijl de andere staat meent dat de entiteit transparant is waardoor de achterliggende participanten belastingplichtig zijn. Dit geldt eveneens voor verschillen in fiscale behandelingen van instrumenten of VI's. Hierdoor kan de hybride entiteit onderworpen worden aan een dubbele non-belastingheffing of wordt aftrek gerealiseerd zonder een compenserende heffing.[161] Structuren met een hybride karakter, zoals de bekende BV/CV-structuur, zijn dan ook een geschikt instrument om treaty shopping vorm te geven.

Ter bestrijding hiervan heeft de OESO oplossingen tegen hybride mismatches uiteengezet[162] zoals een nieuw tweede lid bij artikel 1 in het OESO-MV en ziet artikel 3 van het MLI op verdragstoepassing bij hybride entiteiten.[163] Vanwege de mogelijkheid om gebruik te maken van de opt-out hebben veel landen gekozen om dit artikel geen doorgang te laten vinden. Hoewel Nederland wel heeft gekozen voor toepassing van dit artikel, vindt deze geen doorwerking wanneer er geen match is met de andere verdragsstaat. De doorwerking van

[159] Tax Court of Canada, 22 april 2008, 2008 TCC 231, par. 15
[160] UK Court of Appeal, 2 maart 2006, 2006 EWCA Civ 158
[161] F.P.G. Pötgens, 'IBR.3.2.3.A.c Hybride entiteiten', Cursus Belastingrecht 2021
[162] OECD (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report', OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
[163] H. Lohuis, 'Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument', TFO 2018/159.3

laatstgenoemde lijkt daardoor zeer beperkt op het Nederlandse verdragennetwerk. Desalniettemin is het Nederlandse verdragsbeleid voornemens om deze bepaling voor te stellen aan toekomstige verdragspartners maar tot op het heden lijkt de maatregel om deze reden dan ook weinig doeltreffend.

Ook de EC heeft in de ATAD1-richtlijn[164] een regeling opgenomen waarin is aangegeven hoe binnen EU-lidstaten dient te worden omgegaan met kwalificatieverschillen waarbij de lidstaat de kwalificatie van de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, lasten zijn opgekomen of verliezen zijn geleden volgt. Met opvolger ATAD2[165] is de regeling uitgebreid naar derde landen en worden de verschillen in fiscale behandelingen tegengegaan door deze verschillen te identificeren en de gevolgen hiervan te neutraliseren.[166] Dit wordt gerealiseerd door de fiscale behandeling van de ene staat afhankelijk te maken van de fiscale behandeling in de andere staat, hierbij worden de gevolgen van de kwalificatie op elkaar afgestemd door zogeheten '*linking rules*'. Sinds 1 januari 2021 heeft Nederland in de Wet VpB 1969 bepalingen[167] van ATAD2 opgenomen om zo de voordelige effecten van hybride mismatches te neutraliseren. De wet kent nu een primaire regel van de *linking rules* waarbij renteaftrek wordt geweigerd in gelieerde situaties waarbij de corresponderende renteontvangst onbelast is wat het gevolg is van het hybride instrument of structuur.[168] De secundaire regel stelt dat er sprake is van een objectieve belastingplicht voor rentebaten voor zover de primaire regel op de corresponderende renteaftrek in het buitenland geen toepassing kent.[169] Daarnaast is een artikel gericht op de documentatieverplichting waarin is opgenomen dat de belastingplichtige aan dient te geven in haar aangifte in hoeverre de hybride mismatchmaatregelen van toepassing zijn.[170] Tot slot is per 1 januari 2022 een subjectieve belastingplicht opgenomen in de Wet VpB 1969[171] voor bepaalde omgekeerd hybride entiteiten[172] waardoor deze worden behandeld als binnenlands belastingplichtigen. Opname van deze artikelen in de wetgeving draagt bij aan het onaantrekkelijker maken van de Nederlandse doorsluisfunctie doordat renteaftrek niet meer onbelast is maar in de heffing wordt betrokken waardoor treaty shopping via Nederland minder aantrekkelijk wordt gemaakt.

Doeltreffendheid en doelmatigheid
De door de OESO gehanteerde maatregelen zijn slechts optioneel en vormen een soft law die geen nadere implementatie vereist. Vanwege de keuze van veel landen om dit niet te implementeren, vormt dit geen doeltreffende maatregel tegen hybride mismatches.
Het doel van de maatregelen uit de Europese richtlijn is het implementeren van de OESO richtlijnen op Europees niveau waarbij de voordelen die met behulp van een hybride mismatch worden gerealiseerd, tegen wordt gegaan. Doordat de maatregelen die effecten neutraliseren, wordt het voordeel ontnomen waardoor de maatregel doeltreffend werkt. Wel dient de kanttekening te worden geplaatst dat bepaalde begrippen niet voldoende zijn gedefinieerd waardoor sprake kan zijn van ongelijke implementatie in de verschillende lidstaten. Dit heeft een inconsistente aanpak als gevolg. Het zou wenselijk zijn dat de EC deze

[164] Art. 10 ATAD1
[165] Richtlijn (EU) 2017/952
[166] Kamerstukken II 2018/19, 35241, 3, p. 3-6
[167] Art. 12aa tot en met 12ag en art. 15e lid 9 Wet VpB 1969
[168] Art. 12aa Wet VpB 1969
[169] Artikel 12ab Wet VPB 1969
[170] Artikel 12ag Wet VPB 1969
[171] Art. 2 lid 3 Wet VpB 1969
[172] Een omgekeerde hybride entiteit wordt door de staat van oprichting, vestiging of registratie als fiscaal transparant beschouwd maar door de staat van de achterliggende participanten als niet-transparant waardoor de entiteit als zelfstandig belastingplichtig wordt aangemerkt.

begrippen nader definieert en harmonisatie tussen de lidstaten wordt gerealiseerd wat ten goede komt aan de efficiëntie van de maatregel. Hoewel de maatregel in staat is de gevolgen van het misbruik te harmoniseren, zou het nog effectiever zijn om de oorzaak van mismatches te ontnemen. Op deze wijze zou zowel dubbele belastingheffing als dubbele niet-belastingheffing als gevolg van een mismatch geheel voorkomen worden. Dit kan echter alleen gerealiseerd worden door wanneer landen aansluiten bij elkaars fiscale classificatie of door gecoördineerde heffingsbelasting.[173] De *linking rules* vormen een geschikt manier om dubbele non-heffing tegen te gaan wat naar mijn mening opweegt tegen het nadeel dat niet het gehele probleem van hybride mismatches wordt ontnomen waardoor de maatregelen als doelmatig wordt beoordeeld.

Evenredigheid

Na verschijning van het wetsvoorstel ATAD2 werd kritiek geuit op de rangorderegel van de primaire regel[174] en de samenloop met de *regular linking rule* uit de MDR[175] welke mogelijk kan leiden tot dubbele heffing.[176] Deze mogelijke overkill heeft de wetgever voorkomen door de *regular linking rule* te laten prevaleren boven de primaire regel. Dit houdt in dat de anti-mismatch regels uit de MDR voorrang verkrijgen in toepassing op de primaire regel.
De *linking rules* richten zich alleen situaties waarin sprake is van een hybride mismatch met in het bijzonder mismatches in geval van een gelieerd verband. De toepassing van de maatregel is derhalve zo ver afgebakend dat het geen andere situaties treft en gaat de maatregel niet verder dan in de richtlijn is beoogd. Hieruit kan worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een disproportionaliteit.
Doordat het kabinet heeft gekozen om geen gebruik te maken van de in de ATAD2 geboden uitzonderingen, is er naar mijn mening sprake van een overmatig verzwaarding voor de belastingplichtige die simpelweg voorkomen had kunnen worden door evenals andere EU-lidstaten uitzonderingen op te nemen. Mijns inziens had deze gegeven ruimte door de EC niet geboden moeten worden om zo een eenduidig beleid te creëren dat binnen de EU overeenkomt en op elkaar aansluit. Hoewel dit indruist tegen de soevereiniteit van de individuele lidstaten, ben ik van mening dat het belang van belastingontwijking middels een eenduidig beleid zwaarder weegt en daarom de voorkeur geniet.
Daarnaast is er sprake van een disproportionaliteit voor de belastingplichtige doordat de wetgever de belastingplichtige verantwoordelijk gemaakt voor de toetsing aan ATAD2 door middel van een documentatieverplichting.[177] De wetgever wuift dit bezwaar weg en geeft aan dat slechts de minderheid van de VpB-plichtigen te maken zullen krijgen met de documentatieverplichting.[178] Dit omdat het overgrote deel (81% van de 740.000 VpB-plichtigen) enkel nationaal opereren waardoor geen sprake is van internationale betalingen c.q. ontvangsten in gelieerde verhoudingen waardoor de documentatieverplichting beperkt blijft. Desondanks is er sprake van een onevenredige last voor de belastingplichtige nu zij aan deze documentatieverplichting moeten voldoen wanneer zij internationaal actief zijn.

Rechtszekerheid

De regels ter bestrijding van hybride mismatches worden als complex beschouwd door Staatssecretaris Snel en dit wordt in stand gehouden door de keuze om geen uitzonderingen

[173] A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, 2013, p. 7
[174] Art. 12aa lid 5 Wet VpB 1969
[175] Art. 13 lid 17 Wet VpB 1969
[176] A.F.J.S. Molleman en J.M.H. Deumens, 'Onduidelijke rangorderegel in wetsvoorstel Wet implementatie ATAD2: aanpassing gewenst, WFR 2019/216
[177] Artikel 12ag Wet VPB 1969
[178] Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 7, p. 9

op te nemen en sommige begrippen strenger te implementeren dan de ATAD2 voorschrijft.[179] Daarnaast zijn er enkele onduidelijkheden (zie ook hierna) waardoor belastingplichtigen weinig rechtszekerheid ontlenen bij de toepassing van de hybride mismatch bepalingen.
Het is bijvoorbeeld onduidelijk of participanten in een samenwerkingsverband met een gemeenschappelijke beheerder standaard als samenwerkende groep worden gekwalificeerd Vanwege het ontbreken van een definitie is onduidelijk in welke context de samenwerkende groep uitgelegd moet worden in het geval van hybride mismatches.
Ook is het onzeker of de Nederlandse kwalificatie van het hybride financiële instrument of lichaam relevant is voor de toepassing van de geïmporteerde-mismatchregel[180]. Er heerst ook verwarring hoe dient om te worden gegaan met stille reserves die al aanwezig waren voor de wijziging van de participanten maar pas hierna wordt gerealiseerd waardoor het aftrekrecht wijzigt in het geval van een omgekeerd hybride mismatch. Naar mijn mening maken zulke onduidelijkheden de toepassing voor zowel de belastingplichtigen als de Belastingdienst lastig. En dat zet druk op de rechtszekerheid. Dat de *linking rules* mijns inziens op zichzelf wel duidelijk geformuleerd zijn, doet daar niet aan af.

Europees en internationaal recht
De richtlijn waaruit de antimisbruikmaatregelen die zien op hybride mismatches voortvloeien is afkomstig van de EC. Bij toetsing of wordt voldaan aan EU-recht wordt door het HvJ EU onderscheid gemaakt tussen een maatregel die onafhankelijk toebehoort aan de lidstaat of die naar aanleiding van een EU-richtlijn in de nationale wet is opgenomen. Bij de laatste situatie zal de maatregel slechts aan de richtlijn worden getoetst wanneer de richtlijn uitputtend is geharmoniseerd.In andere situaties zal de maatregel door het HvJ EU worden getoetst aan primair EU-recht.[181] De implementatie van Nederland in haar wetgeving volgt de minimumvereisten van de Europese richtlijn maar is strenger met betrekking tot betalingen aan en door hybride lichamen. Daar waar de ATAD2 een 50%-vereiste aanhoudt, is bij de Nederlandse implementatie gekozen voor een 25%-vereiste. In de memorie van toelichting wordt dit verklaard dat dit ten goede zou komen aan de eenvoud in de VpB.[182] Doordat het toepassingsgebied door het lagere percentuele vereiste enkel wordt vergroot, is mijns inziens geen sprake van een vereenvoudiging. Desalniettemin is deze keuze niet strijdig met EU- of internationaal recht en staat het de lidstaten vrij om de minimumnormen strenger te implementeren. Het zou zoals eerder benoemd wenselijk zijn om een meer gecoördineerd beleid tot stand te brengen door een verplichte standaardvorm van implementatie zonder afwijkingsmogelijkheden.

Slotconclusie
Concluderend kan worden gesteld dat de hybride mismatch maatregelen na toetsing aan de criteria uit het toetsingskader als volgt wordt beoordeeld:

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig	X		
Evenredigheid			X
Rechtszekerheid			X
Internationaal en Europees recht	X		

[179] Kamerstukken II 2021/22, 35931, nr. 8, p. 10
[180] Er is sprake van een geïmporteerde mismatch indien er een verband bestaat tussen de vergoeding of betaling van de Nederlandse belastingplichtige en de financiering van de transactie waaruit de hybridemismatch ontstaat
[181] F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, "Het EU-rechtelijk risico van de earningstrippingmaatregel", MBB 2019
[182] Kamerstukken II 2019/2020, 35241, nr.7, p. 32

Vanwege onduidelijke definiëring van begrippen zijn de maatregelen complex en wijkt de implementatie tussen de EU-lidstaten af. Het verdient enerzijds aanbeveling om een meer gecoördineerd beleid te voeren tussen de lidstaten zelf én wanneer een wereldwijde harmonisatie zou worden bereikt. Dit is nu namelijk niet het geval, de maatregelen vanuit de OESO zijn zelfs gebaseerd op soft law wat geen implementatie vereist. Anderzijds is het wenselijk om duidelijkheid te scheppen in de toepassing. Desalniettemin kan geconcludeerd worden dat, ondanks de aanwezige overkill en onduidelijkheid wat afbreuk doet aan de rechtszekerheid, de hybride mismatch maatregelen in staat zijn belastingvoordeel door gebruik van een classificatieverschil te ontnemen door het neutraliseren van de gevolgen. Hiermee wordt de doorsluisfunctie van Nederland verkleind omdat het onaantrekkelijk wordt voor bedrijven die voorheen gebruik maakten van hybride mismatches om zich in Nederland te vestigen en op onwenselijke wijze gebruik te maken van het Nederlandse verdragennetwerk.

4.6 Nederlandse bronbelasting

Nationaal gezien neemt Nederland aanvullende maatregelen om belastingontwijking tegen te gaan. Naast de reeds genoemde implementaties van maatregelen die afkomstig zijn van de OESO en EU, heeft Nederland een tweetal conditionele bronbelastingen ingevoerd waarmee wordt beoogd geldstromen, die via Nederland naar laagbelastende jurisdicties vloeien, te belasten.[183] In tegenstelling tot eerdergenoemde antimisbruikmaatregelen ontneemt dit middel geen (onterecht geacht) voordeel, maar heft het een bronbelasting op betalingen naar laagbelastende jurisdicties in bepaalde omstandigheden. In de volgende subparagrafen worden de betalingen waarop de Wet Bronbelasting (Wet BB) ziet uiteengezet. Vervolgens wordt de gehele Wet BB onderworpen aan het toetsingskader.

4.6.1 Bronbelasting op rente- en royaltybetalingen

Doordat er tot begin 2021 geen bronbelasting op uitgaande rente- en royaltybetalingen werd geheven en Nederland een uitgebreid verdragennetwerk heeft opgebouwd, had Nederland een prominente rol bij het doorsluizen van dividenden, royalty's en rente (zie §4.2).[184] Sinds 1 januari 2021 is de conditionele bronbelasting op renten en royalty's van kracht. Deze bronbelasting heeft als doel om te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties zodat het risico wordt verkleind dat de Nederlandse belastinggrondslag verschuift naar deze jurisdicties.[185]

De Wet BB is van toepassing bij een rente- of royaltybetaling aan een in een laagbelastende jurisdictie gevestigd gelieerd lichaam of hybride lichaam door een in Nederland gevestigd lichaam. Daarnaast is de Wet BB van toepassing indien er sprake is van misbruik. Wanneer lichamen onderworpen zijn aan een statutair tarief van minder dan 9% winstbelasting of wanneer de jurisdictie is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden worden deze gekwalificeerd als een laagbelastende jurisdictie.[186] De wet kent ook een antimisbruikbepaling. Op grond daarvan wordt bronbelasting geheven als de voordeelgerechtigde niet is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie maar wanneer deze is

[183] Aanhangsel Handelingen II 2019/2020, nr. 2020Z15724, belastingontwijking ten koste van ontwikkelingslanden
[184] Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3 (MvT), p. 1
[185] Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 8, p. 2
[186] Art. 1.2 lid 1, onderdeel e Wet Bronbelasting 2021

gerechtigd tot de voordelen met als (een van de) hoofddoel(en) om de heffing bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie.[187]

4.6.2 Bronbelasting op dividenden

Ter aanvulling op de bronbelasting op rente- en royaltybetalingen en als volgende stap in de strijd tegen belastingontwijking, is het kabinet Rutte III voornemens om vanaf 2024 een bronbelasting op dividenden in te voeren. Het kabinet had eerder voor ogen om de Wet DB af te schaffen en met de introductie van de Wet Bronbelasting 2021 ook de betaling van dividenden op te nemen.[188] Er is uiteindelijk in 2018 besloten om de dividendbelasting te behouden maar het kabinet achtte in 2020 aanvullende maatregelen op onbelaste dividendstromen noodzakelijk. Het is namelijk nog steeds mogelijk, ondanks handhaving van de Wet DB, dat dividendstromen onbelast kunnen worden uitgekeerd.[189] Dit kan het geval zijn wanneer een dividenduitkering wordt gedaan binnen concernverband aan een lichaam dat is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten. Wanneer sprake is van een deelneming[190] kan doorgaans een beroep worden gedaan op de inhoudingsvrijstelling uit de Wet op DB waardoor geen dividendbelasting wordt geheven.
Een andere mogelijkheid waarbij geen dividendbelasting wordt geheven is wanneer een dividenduitkering plaatsvindt door een niet-houdstercoöperatie[191] aan een lichaam dat is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. De niet-houdstercoöperatie is namelijk volgens de Wet op DB niet inhoudingsplichtig en zelf niet belastingplichtig.[192]

Het kabinet heeft gekozen om de bronbelasting op dividenden te integreren in de Wet BB in plaats van in de Wet DB. Met de reden dat eenzelfde bereik wordt beoogd te behalen met de bronbelasting op dividenden als de bronbelasting op rente en royalty's. Echter speelt het risico van grondslaguitholling niet voor dividenden omdat deze niet aftrekbaar zijn voor de heffing van een winstbelasting terwijl dit wel een doelstelling was bij de conditionele heffing op rente- en royaltybetalingen. Van de Streek is van mening dat deze aanvullende bronheffing met name gezien kan worden als een internationaal-politiek signaal dat Nederland belastingontwijking aan wil pakken.[193]

4.6.3 Toetsing Wet BB

Doeltreffendheid en doelmatigheid
Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) heeft in 2019 een onderzoek gedaan naar de verwachte effecten van de invoering van bronbelasting op rente- en royaltybetalingen. Hieruit kon geconcludeerd worden dat wereldwijd gezien belastingontwijking door middel van treaty shopping niet zal afnemen. Nederland zal echter na invoering van de bronbelasting minder aantrekkelijk worden als doorsluisland, al is er slechts sprake van een bescheiden daling op de

[187] Art. 2.1, lid 1, onderdeel c Wet Bronbelasting 2021
[188] Kamerstukken II 2018/19, 35028, nr. 21, p. 15
[189] Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020, nr. 2020-0000100950
[190] Een belang van 5% of meer
[191] Een coöperatie waarvan de feitelijke werkzaamheden niet doorgaans hoofdzakelijk bestaat uit het houden van deelnemingen of (in)direct financieren van verbonden lichamen of natuurlijke personen.
[192] Artikel 1 Wet DB
[193] Samenvatting afscheidscollege dat Jan van de Streek op 19 januari 2021 verzorgde aan de Universiteit van Amsterdam

ranglijst van doorsluislanden.[194] Desalniettemin kan er worden opgemerkt dat de bronbelasting doeltreffend is aangezien het de functie van Nederlandse als doorstroomland weldegelijk minder aantrekkelijk maakt. Daardoor zal Nederland vermoedelijk in mindere mate als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties functioneren zodat de Nederlandse heffingsgrondslag niet langer verschuift naar die jurisdicties.
De bronbelasting voldoet daarnaast aan het doelmatigheidscriterium gezien de beperkte budgettaire derving en beperkte toename van uitvoeringslasten en administratieve lasten.[195] Hoewel dit resultaat veelbelovend klinkt, is het een aanbeveling waard om dit resultaat te evalueren over 5 jaar omdat de praktijk meer dan eens weerbarstiger blijkt te zijn dan modellen trachten te voorspellen en belanghebbenden zullen anticiperen op de vernieuwde wetgeving.

Voor de toets of een staat laagbelastend is, wordt gekeken naar het statutaire tarief, of opname op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden, en dus niet naar het effectieve tarief. Daardoor is het mogelijk dat een land niet als laagbelastend kwalificeert, terwijl het effectieve tarief minder dan 9% is. De voormalige staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat is gekozen voor deze toepassingvereisten om de gevolgen voor de uitvoering en de administratieve lasten te beperken.[196] Hij geeft daarbij aan dat idealiter aangesloten zou worden bij het effectieve tarief maar heeft hiervoor niet gekozen in de uitvoering om kapitaalstromen naar niet-laagbelastende jurisdicties niet onnodig te belemmeren. Naar mijn mening heeft de wetgever een kans laten lopen om rente- en royaltybetalingen naar jurisdicties met een effectief laag tarief ook te belasten waardoor het doel van de Wet BB niet volledig wordt behaald. Het is aanbevelingswaardig bij de hiervoor genoemde evaluatie te analyseren in hoeverre rente- en royaltybetalingen, en vanaf 2024 ook dividendbetalingen, doorgang vinden naar landen met een effectief tarief van minder dan 9%.

Ondanks dat de Wet DB eerst zou worden afgeschaft waardoor deze logischerwijs zou worden opgenomen in de Wet BB is de wetgever teruggekomen van dit plan. De Wet DB bestaat dus nog altijd en vanaf 2024 worden in de Wet BB ook dividenden naar laagbelastende jurisdicties belast met een bronheffing. Uit het conceptwetsvoorstel blijkt dat de Wet DB in grote mate en op geknutselde wijze wordt geïncorporeerd in de Wet Bronbelasting waardoor er twee wetten zullen ontstaan die voorzien in dezelfde soort heffing. De mogelijke toegevoegde waarde van opname in de Wet Bronbelasting schuilt o.a. in: het hogere tarief, de uitbreiding tot uitkeringen door niet-houdstercoöperaties en de afwijkende doorkijkbenadering. Overigens is dit niet bevestigd in de toelichting op het conceptwetsvoorstel.[197]
Naar mijn mening zou het de efficiëntie vergroten door de Wet DB aan te passen zodat dividendstromen naar laagbelastende jurisdicties belast kunnen worden tegen het in de Wet DB opgenomen tarief van 15%. Hierdoor wordt de Wet DB naar mijn mening doeltreffender en doelmatiger ingezet om dividendstromen te belasten.

Evenredigheid
In de huidige versie van de Wet BB is geen uitzondering opgenomen voor bedrijven met reële aanwezigheid in Nederland c.q. in de laagbelastende jurisdictie. Daarnaast is ook geen

[194] M. van 't Riet, A. Lejour, 'Netwerkanalyse van een Nederlandse voorwaardelijke bronbelasting op rente en royalty's', CBP notitie 2019
[195] Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 12
[196] Kamerstukken II 2019/2020, 35305, nr. 6, p. 2
[197] R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruige en H.R. Zuidhof, 'Het conceptvoorstel Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden versus de Wet op de dividendbelasting', WFR 2021/24

uitzondering opgenomen voor rentes die wegens een aftrekbeperking niet aftrekbaar zijn wat dubbele belastingheffing tot gevolg kan hebben. Dit leidt tot overkill omdat aan het doel van de wetgeving voorbij wordt gegaan door ook belastingplichtigen met reële activiteiten te belasten of zelfs dubbel in de belastingheffing te betrekken. Voormalig Staatssecretaris Snel van Financiën heeft echter opgemerkt dat het voorkomen van cumulatie tussen de bronbelasting en de VpB de Wet BB complexer zou maken. De verwachting is dat de betreffende rente- en royaltybetalingen (nagenoeg) geheel zullen worden verlegd of verdampen waardoor het ontnemen van deze cumulatie niet nodig werd geacht.[198] Daarnaast bestaat er de mogelijkheid dat bij een uitzondering voor bedrijven met reële aanwezigheid, de bronbelasting minder effectief is omdat bedrijven dan alsnog structuren op kunnen zetten die leiden tot belastingontwijking.
Ondanks laatstgenoemd gegeven is sprake van vermijdbare overinclusiviteit die naar mijn mening (deels) vermeden kan worden door een uitzondering op te nemen voor de niet-aftrekbare rente en de mogelijkheid tot tegenbewijs voor de belastingplichtige wat de evenredigheid ten goede zou komen.

Voor zover samenloop van dividendbelasting en bronbelasting op dividenden plaatsvindt, bijvoorbeeld bij een dividenduitkering aan een lichaam in een laagbelastende jurisdictie waarmee geen verdrag is overeengekomen, wordt de in te houden bronbelasting op dividenden verminderd met de ingehouden dividendbelasting. Door opname van deze bepaling wordt overkill voorkomen, al kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij het feit dat de belastingplichtigen een hoger tarief verschuldigd zijn dan wanneer enkel dividendbelasting geheven zou worden. In de eerder aangehaalde literatuur[199] wordt daarom bepleit dat aanpassing van de Wet DB de voorkeur geniet waar ik mij bij aansluit.

Rechtszekerheid
De Wet BB is van toepassing in geval lichamen onderworpen zijn aan een statutair tarief van minder dan 9% of wanneer de jurisdictie waar het lichaam gevestigd is voorkomt op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden. Deze kaders bieden de belastingplichtigen rechtszekerheid vanwege de limitatieve lijst van laagbelastende jurisdicties, minimum statutairtarief en daarnaast het soort betaling waarbij de Wet BB van toepassing is, waardoor wordt voldaan aan dit criterium. Daarbij kan de belastingplichtige in een concreet geval vooraf overleggen met de belastingdienst of bronbelasting naar aanleiding van de antimisbruikbepaling verschuldigd is. Dit vergroot de rechtszekerheid van de belastingplichtige in de desbetreffende situatie.[200]

Europees en internationaal recht
De bronheffing kan in beginsel alleen worden geheven op rente- en royaltybetalingen, en in de toekomst dividendbetalingen, aan gelieerde lichamen waarbij wordt aangesloten bij het door de HvJ EU ontwikkelde criterium voor gelieerdheid.[201] Bij een gelieerd lichaam is sprake van een controlerend belang, wat inhoudt dat er een zodanige invloed is dat de bovenliggende entiteit de activiteiten van de vennootschap kan bepalen, waardoor enkel de vrijheid van vestiging relevant blijft.[202] Deze vrijheid wordt beperkt indien een grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een vergelijkbare binnenlandse

[198] Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3 (MvT), p. 3
[199] Zie voetnoot 204
[200] Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3 (MvT), p. 26
[201] Kamerstukken II 2019/2020, nr. 35305, p. 6
[202] HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (Baars)

situatie.[203] Het bestrijden van belastingontwijking vormt een rechtvaardigingsgrond die een inbreuk op het EU-recht kan rechtvaardigen. Een betaling tegen een laag of geen tarief kan op grond van jurisprudentie van de HvJ weliswaar duiden op belastingontwijking, maar houdt niet per definitie in dat er sprake is van een kunstmatige constructie. Daarvoor zullen alle feiten en omstandigheden van het geval in ogenschouw genomen moeten worden alvorens de bronheffing geheven kan worden.[204]

Slotconclusie
Concluderend kan worden gesteld dat de Wet BB na toetsing aan de criteria uit het toetsingskader als volgt wordt beoordeeld:

	Goed	Voldoende	Onvoldoende
Doeltreffend en doelmatig	X		
Evenredigheid		X	
Rechtszekerheid	X		
Internationaal en Europees recht	X		

Geconcludeerd kan worden dat de Wet BB een gunstig verwacht effect heeft op de rol van Nederland als doorsluisland door het heffen van een bronbelasting op bepaalde uitgaande rente- en royaltybetalingen. Daarbij moet echter de kanttekening worden geplaatst dat de Wet BB slechts werking heeft in het geval van een laag statutair tarief waarbij het effectieve tarief geen rol speelt. Derhalve is het raadzaam om in de toekomst het resultaat van de Wet BB te evalueren en hierbij ook te analyseren of doorstroom naar landen met een effectief tarief van minder dan 9% plaatsvindt en of uitbreiding in de Wet BB noodzakelijk is. Vooralsnog, op basis van het verwachte effect, is daarom het criterium doeltreffend en doelmatig als goed beoordeeld, maar dit kan slechts blijken uit evaluatie.
De specifieke voorwaarden die gelden voor toepassing van de bronbelasting dragen bij aan de rechtszekerheid van zowel de belastingplichtige als de uitvoerende kant. Daarbij wordt deze rechtszekerheid vergroot door de mogelijkheid tot overleg. Doordat echter geen uitzonderingsgrond is opgenomen voor bedrijven met reële aanwezigheid, ben ik van mening dat sprake is van overkill die voorkomen kan worden door opname van een uitzondering of een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige. Met betrekking tot de bronbelasting op dividendbetalingen sluit ik mij aan bij de mening dat deze opgenomen zou moeten worden in de reeds bestaande Wet DB. In dat geval zijn alle dividend gerelateerde belastingen opgenomen in één wet. Dat zorgt voor meer overzicht, kenbaarheid en eenvoud en dat komt ook de evenredigheid ten goede.

[203] J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', TFO 2013/125.3
[204] HvJ EU 26 januari 2019, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136, punt 86

4.7 Deelconclusie

'Welke antimisbruikmaatregelen heeft Nederland tot dusver geïmplementeerd en in hoeverre zijn deze maatregelen in staat om treaty shopping bestrijden?'.

De belangrijkste bevindingen, van de in dit hoofdstuk onderzochte antimisbruikmaatregelen die treaty shopping kunnen bestrijden, zijn als volgt:

- De door de OESO ontwikkelde PPT, aan welke Nederland de voorkeur heeft gegeven in haar verdragenbeleid, scoort voldoende op het gebied van doeltreffendheid en doelmatigheid, evenredigheid en Europees en internationaal recht. Op het gebied van rechtszekerheid scoort de LOB-bepaling beter maar dit wordt tenietgedaan doordat deze niet zelfstandig gebruikt mag worden als anti-misbruikmaatregel en zodoende aanvulling vereist. Hierdoor kan worden geconcludeerd dat de PPT een zeer effectieve maatregel betreft welke in staat is diverse vormen van treaty shopping te bestrijden.
- De uit de Europese richtlijn afkomstige GAAR is niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving omdat de wetgever van mening is dat het leerstuk fraus legis volstaat ondanks de verschillen die te onderkennen zijn in beide maatregelen. Tot op heden is het leerstuk fraus legis niet succesvol ingezet in geval van treaty shopping en de wetgever is echter van mening dat dit niet nodig is. Derhalve vormt dit geen relevante antimisbruikbepaling in het kader van *tax treaty shopping*. Wel vormt dit tezamen met de PPT een effectief raamwerk in de bestrijding van misbruik en dient het te worden bezien als een tweesporenbeleid waarbij dit geldt voor alle Europese misbruikconcepten.
- Met de hybride mismatchmaatregelen zoals deze zijn opgenomen in de VpB is treaty shopping door in constructies gebruik te maken van classificatieverschillen getracht te ontnemen. Hierbij wordt niet de oorzaak bestreden maar de gevolgen van het classificatieverschil worden geneutraliseerd door de kwalificatie op elkaar af te stemmen. De maatregelen scoren goed op het gebied van doeltreffendheid, doelmatigheid en internationaal en Europees recht. Er is echter sprake van overkill en rechtsonduidelijkheid welke beide ontnomen kunnen worden. Met de maatregelen wordt de doorsluisfunctie van Nederland verkleind en neemt het op onwenselijke wijze gebruik te maken van het Nederlandse verdragennetwerk af waardoor geconcludeerd kan worden dat de maatregel effect werkt in de strijd tegen tax treaty shopping.
- In de Wet BB worden rente-, royalty- en per 2024 ook dividendbetaling aan een in een laagbelastende jurisdictie gevestigd gelieerd lichaam of hybride lichaam door een in Nederland gevestigd lichaam belast. De belasting wordt aan de hand van analyses als effectief beoordeeld en voldoet aan het toetsingskader ondanks dat er sprake is van vermijdbare overinclusiviteit. Met de wet wordt voorkomen dat Nederland als doorsluisland, waarbij gebruik wordt gemaakt van het in Nederland aanwezige verdragennetwerk, wordt benut voor de hiervoor genoemde geldstromen.

	Wel in staat tax treaty shopping te bestrijden	Niet in staat tax treaty shopping te bestrijden
PPT	X	
Europese misbruikconcepten		X
Uiteindelijk gerechtigde		X
Hybride mismatch maatregelen	X	
Wet BB	X	

Naar aanleiding van de analyse zijn enkele aanbevelingen geformuleerd die betrekking hebben op de volgende punten:

- In het kader van dividendstripping is het uiteindelijk gerechtigde criterium als overbodig beoordeeld. In verdragssituaties kan een beroep worden gedaan op de PPT in plaats van het uiteindelijk gerechtigde criterium zoals deze is opgenomen in de Wet DB. Derhalve acht ik het wenselijk dat de verwijzing naar het belastingverdrag enkel van toepassing is wanneer een verdrag geen algemene antimisbruikbepaling kent.
- Het verdient aanbeveling om het uiteindelijk gerechtigde criterium, vanwege haar rol als indicator, op te nemen in de antimisbruikmaatregel in de belastingverdragen
- Ter bevordering van de rechtszekerheid en een toepassingsbereik buiten de VpB is het raadzaam om fraus legis op te nemen in de Nederlandse wetgeving. Dit zou ter vervanging opgenomen kunnen worden in artikel 31 AWR waarin op dit moment de richtige heffing is opgenomen. Gemakshalve zou doorwerking van fraus legis naar richtlijnen de voorkeur genieten zodat de vereisten van de diverse antimisbruikmaatregelen niet afwijken van elkander en eenzelfde beleid wordt gehanteerd.
- In de wet BB is geen uitzondering van heffing opgenomen voor bedrijven met reële activiteiten in laagbelastende jurisdicties. Deze overkill kan voorkomen worden door de belastingplichtige de mogelijkheid te geven tot het leveren van tegenbewijs en een uitzondering op te nemen voor niet-aftrekbare rentes waardoor deze niet twee keer aan belasting zullen worden onderworpen. Daarbij wordt voor de belastingheffing niet gekeken naar het effectieve tarief, evaluatie van implementatie zal moeten doen blijken in hoeverre deze stromen plaatsvinden en of deze stromen bestreden dienen te worden.
- In algemeenheid verdient het aanbeveling om het beleid van de OESO en de EU op elkaar af te stemmen zodat een gecoördineerd beleid zal ontstaan welke uniform kan worden gehanteerd door zowel de EU-lidstaten als de OESO-lidstaten.

Dit tezamen in acht genomen ben ik van mening dat de door Nederland opgenomen maatregelen een krachtig wapen vormen om weerstand te bieden aan *treaty shopping* met in achtneming van de eerdergenoemde technische aanbevelingen die zien op codificatie van fraus legis, opname van het uiteindelijke gerechtigde criterium in de PPT en overkill in de Wet BB.
De PPT ontneemt namelijk verdragsvoordelen wanneer sprake is van *treaty shopping*. Met de hybride mismatchmaatregelen worden voordelen uit de Wet VpB ontnomen in het geval van een classificatieverschil en maakt derhalve Nederland als doorsluisland onaantrekkelijk wat zal reflecteren op *treaty shopping* door gebruik van het Nederlandse verdragennetwerk. Daarnaast zal ook de bronbelasting op rente- en royaltybetalingen, met in de toekomst ook dividendbetalingen, bijdragen aan de onaantrekkelijkheid van de Nederlandse doorsluisfunctie. Dit doordat vestiging in Nederland om zo doorgang van onbelaste geldstromen naar laagbelaste jurisdicties plaats te laten vinden niet meer mogelijk is.

Unilaterale maatregelen bieden echter mijns inziens een beperkte oplossing in de wereldwijde strijd tegen *treaty shopping* en ik sluit mij aan bij de aanbeveling van de Commissie Doorstroomvennootschappen om een proactieve rol aan te nemen bij de implementatie van internationale en Europese initiatieven.[205] Waarbij het ten zeerste aanbeveling verdient dat ook deze initiatieven tussen de OESO en EU op meer gecoördineerde wijze tot stand zullen komen in de toekomst.

[205] Commissie Doorstroomvennootschappen, ‘Op weg naar acceptabele doorstroom’, 2021

5 Samenvatting en conclusie

Afsluitend van dit onderzoek wordt op basis van de bevindingen een antwoord gegeven op de onderzoeksvraag:

'In hoeverre dragen de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikmaatregelen bij aan de bestrijding van tax treaty shopping en zouden maatregelen ter aanvulling kunnen worden overwogen?'

Ter beantwoording van de probleemstelling, is het onderzoek aangevangen met het vraagstuk wat *treaty shopping* precies inhoudt en op welke wijze dit fenomeen kan worden ingezet om fiscaal voordeel te behalen. Relevant is het verschil tussen belastingontwijking en -ontduiking. Alleen in het geval van belastingontduiking is sprake van een illegale handeling waardoor strafrechtelijke gevolgen mogelijk zijn. Zolang de belastingplichtige de wet opvolgt en binnen deze kaders rechtshandelingen vormgeeft, kan belastingontwijking plaatsvinden. Het staat de belastingplichtige namelijk vrij te kiezen voor de meest voordelige weg bezien vanuit een fiscaal oogpunt.
Treaty shopping is een manier van internationale belastingontwijking waarbij de belastingplichtige toegang verschaft tot een verdrag ter verkrijging van verdragsvoordelen waar hij/zij in beginsel geen recht op zou hebben. Dit kan de belastingplichtige vormgeven door entiteiten te vestigen in drie of meerdere staten of door het gebruik van structuren met een hybride karakter.
Mede door de vele bilaterale belastingverdragen, tax rulings en fiscale wetgeving is het aantrekkelijk om investeringsstromen via Nederland te laten stromen. Hierdoor is geconcludeerd dat Nederland dienstdoet als doorstroomland, waarbij het verdragennetwerk oneigenlijk wordt gebruikt om fiscaal voordeel te realiseren.

Vervolgens zijn in hoofdstuk 4 de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikmaatregelen, die dit oneigenlijke gebruik van de belastingverdragen dienen te voorkomen, onderworpen aan het toetsingskader uit hoofdstuk 2.
De OESO benoemt *treaty shopping* als een van de meest prominente oorzaken voor winstverschuiving en grondslaguitholling waardoor zij in het BEPS-rapport één specifiek actiepunt hebben opgenomen dat ziet op het bestrijden hiervan. Hierbij werden de aangesloten lidstaten verzocht om een bepaling op te nemen in de preambule dat ziet op de bescherming tegen verdragsmisbruik. Daarnaast dienden de lidstaten een antimisbruikmaatregelen te implementeren in de verdragen waarbij keuzevrijheid bestond tussen een drietal opties. Ter implementatie van de maatregelen in bestaande verdragen heeft de OESO een MLI ontwikkeld die dit proces kan versnellen wanneer beide verdragslidstaten hebben geopteerd voor dezelfde maatregel(en) waardoor een match ontstaat. Nederland heeft hierin gekozen voor implementatie van de PPT middels het MLI. Verdragsvoordelen worden bij de PPT niet toegekend wanneer het verkrijgen van dit voordeel het voornaamste doel van de constructie c.q. transactie is. Vanwege het algemene karakter is de maatregel voldoende flexibel om diverse vormen van misbruik te bestrijden en kan, in tegenstelling tot de overige bepalingen, zelfstandig worden geïmplementeerd. Op de rechtszekerheidstoets na scoort de PPT goed op doeltreffendheid, doelmatigheid, evenredigheid en Europees recht. Het rechtszekerheidsvoordeel wat de LOB-bepaling aanvankelijk heeft ten opzichte van de PPT wordt tenietgedaan doordat deze niet zelfstandig kan worden geïmplementeerd. Ten aanzien van het EU-recht wordt geadviseerd de aanbeveling van de EC op te volgen zodat ook wordt voldaan aan deze toets.

De EU heeft verschillende initiatieven tot stand gebracht waarmee zij tracht belastingontwijking en -fraude te voorkomen. Hieronder vallen de richtlijn specifieke antimisbruikmaatregelen, mag in geval van misbruik inbreuk worden gemaakt op de verdragsvrijheden, een GAAR en het leerstuk misbruik van recht. Opvallend is dat de bewoording in deze maatregelen nagenoeg geheel overeenkomen. Het HvJ EU heeft bevestigd dat de doelstelling eenzelfde draagwijdte kent en het derhalve niet uitmaakt of gebruik wordt gemaakt van de misbruikmaatregel uit een richtlijn of een rechtvaardiging van een belemmering van het primaire recht. Op basis van jurisprudentie is geconcludeerd dat de toetsingswijze van zowel het leerstuk misbruik van recht als de GAAR bestaat uit een subjectieve en objectieve toets. Hiermee komt deze beoordeling nagenoeg geheel overeen met de richtlijn specifieke maatregelen.

Naar aanleiding van het BEPS-project heeft de EC de ATAD1-richtlijn geïntroduceerd waarmee een minimumniveau wordt vereist van de lidstaten in de bestrijding van belastingontduiking. Met name de GAAR uit deze richtlijn is in staat om *treaty shopping* te bestrijden. De Nederlandse wetgever is daarentegen van mening dat het door jurisprudentie tot stand gekomen leerstuk fraus legis volstaat. Dit omdat het fraus legis overeenkomt met de GAAR uit ATAD1 en Nederland derhalve reeds een algemene antimisbruikmaatregel heeft. Tot op het heden is nimmer succesvol beroep gedaan op fraus legis en heeft de wetgever aangegeven dat dit ook niet de bedoeling is. Geconcludeerd is dat de gaar c.q. fraus legis geen geschikt instrument is om *treaty shopping* te bestrijden, wat sinds de introductie van de PPT ook overbodig is geworden. Derhalve zouden deze maatregelen in het licht van misbruikbestrijding naast de PPT bezien moeten worden. Waarbij is geconcludeerd dat dit geheel effectief naast elkaar werkt in de bestrijding van misbruik. Vanwege het feit dat de toepassing en uitwerking van de Europese misbruikconcepten in beginsel hetzelfde is, is verondersteld dat deze uitkomst evengoed geldt voor de overige Europese misbruikconcepten. Ter aanbeveling zou voor de vergroting van rechtszekerheid en een toepassingsbereik buiten de vennootschapsbelasting fraus legis dienen te worden gecodificeerd in de wetgeving. Hierbij ben ik van mening dat fraus legis de plaats van de richtige heffing[206] in kan nemen. Daarnaast verdient het ook aanbeveling om het leerstuk door te laten werken als antimisbruikmaatregel in de diverse richtlijnen zodat uniformiteit en consistentie ontstaat in de toepassing wat de rechtszekerheid voor de belastingplichtigen zou vergroten.

Het van de OESO afkomstige uiteindelijk gerechtigde-vereiste is sinds de komst van de PPT en stuk minder relevant. Het vereiste kan echter wel een rol spelen als indicator dat duidt op misbruik. Het verdient derhalve aanbeveling om het criterium te incorporeren in de antimisbruikmaatregel welke is opgenomen in de belastingverdragen en daarbij een behoorlijke bewijslastverdeling te hanteren.

De EC heeft in de ATAD-richtlijnen aangegeven hoe dient te worden omgegaan met kwalificatieverschillen. De EC kiest hierbij om de gevolgen te neutraliseren waarbij de fiscale behandeling afhankelijk wordt gemaakt van de behandeling in de andere staat wat aansluit bij de behandeling volgens de OESO. In de nationale wetgeving zijn als gevolg hiervan *linking rules* opgenomen. Mogelijke overkill heeft de wetgever voorkomen door de *linking rules* uit de MDR voorrang te geven waardoor de kans op dubbele heffing is ontnomen. De hybride mismatchmaatregelen scoren goed op doeltreffendheid, doelmatigheid en Europees en internationaal recht. Op de toetsen evenredigheid en rechtszekerheid zou ter verbetering de overkill ontnomen moeten worden en is verduidelijking van begrippen wenselijk waardoor de

[206] Artikel 31 AWR

implementatie in de lidstaten consistenter geschied. Doch treffen de *linking rules* doel en worden de kans op dubbele non-heffing door een hybride mismatch ontnomen.

Sinds 1 januari 2021 is de bronbelasting op rente- en royaltybetalingen van kracht waarmee Nederland haar rol als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties, en daarmee haar doorsluisfunctie, beoogd te verkleinen. Deze bronbelasting voldoet naar verwachting aan de doeltreffendheids-en doelmatigheidstoets omdat deze in staat is *treaty shopping* bij rente- en royaltybetalingen te bestrijden omdat deze betalingen in de heffing worden betrokken. Wel dient het voorspelde resultaat geëvalueerd te worden om te controleren of de wet het beoogde resultaat inderdaad behaald. Daarbij verdient het aanbeveling om in deze evaluatie de betalingsstromen naar landen met een effectief laag tarief nader te analyseren omdat deze landen niet worden betrokken in de Wet BB. Ook scoort de wet voldoende op de zekerheidstoets vanwege de specifieke afgekaderde situaties waarbij belasting geheven mag worden en de mogelijkheid tot overleg. De wetgever is van mening dat het opnemen van uitzonderingen niet noodzakelijk is vanwege het prohibitieve karakter van de wet. Het verdient naar mijn mening aanbeveling om een uitzondering op te nemen voor niet-aftrekbare rentes zodat overkill voorkomen kan worden en de wet ook voldoende scoort op de evenredigheidstoets. Aangezien de wet onder de vrijheidsvestiging valt en belastingontwijking een rechtvaardigingsgrond vormt is de Wet BB niet strijdig met Europees of internationaal recht. Aanvullend in de Wet BB staat implementatie van de bronbelasting op dividenden op de agenda voor 2024. Het is echter onduidelijk waarom wordt gekozen om deze te integreren in de bronbelasting op rente- en royaltybetalingen aangezien de Wet DB nu op grote wijze moet worden geïncorporeerd terwijl deze gehandhaafd blijft. Het lijkt eerder een politiek signaal dat Nederland actief bezig is misbruik te bestrijden waarbij zulke dividendstromen worden bestraft door een hoger belastingtarief van toepassing te verklaren dan zou gelden onder de dividendbelasting. Raadzaam is om af te zien van de huidige plannen en misbruik direct te bestrijden in de wet DB.

Alles tezamen genomen kan geconcludeerd worden dat de PPT in het belastingverdrag uiterst goed in staat is *treaty shopping* te bestrijden aangezien de maatregel op alle toetsen voldoende is beoordeeld. Met daarbij de opname van de hybride mismatch bepalingen in de nationale wet wordt de doorsluisfunctie van Nederland verkleind waardoor *treaty shopping* via Nederland effectief wordt bestreden. Hierbij is op nagenoeg alle toetsen voldoende gescoord. Daarnaast wordt het doorsluizen van geldstromen met de bronbelasting op rente-, royalty- en, in de nabije toekomst ook, de dividendbetalingen verder bestreden. Met dit pakket aan maatregelen wordt *tax treaty shopping* door Nederland op effectieve wijze bestreden en is aanvulling van maatregelen op nationaal niveau onnodig.

Afsluitend zijn enkele technische aanbevelingen gedaan die zien op codificatie van fraus legis, het uiteindelijk gerechtigde-criterium te incorporeren in de PPT, overkill in de Wet BB te ontnemen en acht ik het van belang om de bronbelasting op dividenden direct op te nemen in de Wet DB.
Treaty shopping behelst een internationaal probleem en maatregelen hiertegen dienen dan ook internationaal gecoördineerd te worden waarbij alle landen zich conformeren aan implementatie die op elkaar aansluit. Samenwerking vanuit de OESO en EU, waarbij beider maatregelen aanvullingen vormen, verdient aanbeveling en vormt naar mijn mening een vereiste om *treaty shopping* zoveel mogelijk te ondermijnen. Hierbij dient de realiteit niet uit het oog te worden verloren; Zolang er verschillende belastingstelsels zijn die niet volledig op elkaar aansluiten zullen berekende belastingplichtigen, of de fiscaal adviseur, mogelijkheden blijven vinden om belastingontwijking vorm middels *treaty shopping* te geven.

Literatuurlijst

I. Boeken

Aristoteles 1999.
Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V.14, blz. 1137, Historische Uitgeverij Groningen 1999.

Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht
R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht* EBR.7.1.4.B, Antimisbruikbepaling' (online, bijgewerkt 10 april 2018).
R.P.C.W.M. Bransma, S.R. Pancham, D.S. Smit, *Cursus Belastingrecht* EBR 8.5.0. EU-anti-belastingontwijkingsrechtlijn (online, bijgewerkt 10 maart 2021).

Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht
M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht* FBR.7.5.1 Rechtsvinding en fraus legis (online, bijgewerkt 25 januari 2021).

Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht
C. van Raad, *Cursus Belastingrecht* IBR.1.2.3.E.e Tax sparing credit (online, bijgewerkt 2 april 2021).
C. van Raad, *Cursus Belastingrecht* IBR.3.1.4. Procedure van totstandkoming van verdragen (online, bijgewerkt 1 april 2021).
F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht* IBR.3.2.3.A.c Hybride entiteiten (online, bijgewerkt 20 maart 2021).
F.P.G. Pötgens, *Cursus belastingrecht* IBR.3.1.5. Multilateraal instrument (online, bijgewerkt 20 maart 2021).

Davies 2004.
R.B. Davies, *Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance, International tax and public finance 11*, 2004.

De Broe 2008.
de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD 2008.

De graaf, 2013.
A.C.G.A.C de Graaf, *Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, 'k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2013.

Elsweier 2018.
F.J, Elsweier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*, FM nr. 153, '2.4.2 Fair Share (moraliteit)', Deventer: Wolters kluwer 2018.

Essers 2021.
P.H.J. Essers, *De Starbuckszaak en haar dilemma's*,'VIII.3.3 van doel en strekking naar de geest van de wet', Deventer: Wolters Kluwers 2020.

Hessing e.a. 1989.
D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse, *Belastingontduiking: Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Kluwer, Deventer 1989.

Rozendal 2014.
A. Rozendal, *Het begrip 'belang' in de Nederlandse belastingwetgeving*, Amersfoort: Sdu-uitgevers 2014.

II. Artikelen

Bagci, *WFR 2021/24*.
R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruige en H.R. Zuidhof, 'Het conceptvoorstel Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden versus de Wet op de dividendbelasting', *WFR* 2021/24.

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

Bijl & van der Geld 2009.
D.B Bijl en J.A.G van der Geld, 'Overkill in fiscale wet- en regelgeving', *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap* nr. 237, 2009.

Damgaard 2019.
Jannick Damgaard, 'The Rise of Phantom Investments', *Finance & Development vol. 56*, no. 3, September 2019.

Kavelaars, *TFO 2019/161.3*.
P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1', *TFO* 2019/161.3.

Korving, *TFO 2013/125.3*.
J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013/125.3.

Lejour & 't Riet 2021.
A. Lejour, M. van 't Riet, "Aanpak belastingontwijking nauwelijks terug te zien in de data", *Me Judice*, 31 mei 2021.

Lgarahm & Groenewoud, *WFR 2019/120*.
N. Lgarahm D.A. Groenewoud, 'Verslag van het seminar 'Belastingontduiking versus belastingontwijking, verschuivende grenzen'', *WFR* 2021/120.

Marres & de Groot, *WFR 2020/209*.
O.C.R. Marres en I.M. de Groot, 'Bestrijding van misbruik door doorstromers', *WFR* 2020/209.

Merks, *MBB 2006/009*.
P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, - ontwijking en -planning (deel 1)', *MBB* 2006/09.

Merks, *WFR 2005/1659*.
P.F.E.M. Merks, 'Globalisering en vennootschapsbelasting', *WFR* 2005/1659.

Molleman & Deumens, *WFR 2019/216*.
A.F.J.S. Molleman en J.M.H. Deumens, 'Onduidelijke rangorderegel in wetsvoorstel Wet implementatie ATAD2: aanpassing gewenst, *WFR* 2019/216.

Pötgens, *WFR 2018/206.*
F.P.G. Pötgens, E.M.L. Kool, 'Nederland en het Multilaterale Instrument: een stand van zaken', *WFR* 2018/206.

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

Smit 2021.
D.S Smit, 'Hoe kunnen we de 'belastingkoek' eerlijk verdelen?', *Universiteit van Amsterdam* 2021.

Smit e.a. 2019.
D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden, B.J. Kiekebeld, '4.6 art. 4, derde lid, wet DB 1965: uitbreiding inhoudingsvrijstelling lidstaten', *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* 2019/4.6.

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

Teuben 2004.
K. Teuben, '9.3 Mogelijkheden en onmogelijkheden', Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht, *BPP nr. II* 2004/9.3.

Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3.*
M. Tydeman-Yousef, 'Fraus conventionis, quae est?', *WFR* 2014/3.

Uckmar 1989.
V. Uckmar, 'Tax avoidance/Tax evasion', Cahiers de droit fiscal international, *IFA, Vol. LXVIIIa* 1983.

Van den Berg 2020.
Irene van den Berg, 'Wie plukt de vruchten in ons belastingparadijs? (spoiler: jij niet)', *One World,* 26-05-2020.

Van der Geld, *WFR 1991/1633*.
J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tot implementatie van de EG-moeder-dochterrichtlijn, *WFR* 1991/1633.

Velthoven *WFR 2018/131*.
M.J, Velthoven, 'De Nederlandse bepalingen tegen dividendstripping in het BEPS-tijdperk', *WFR* 2018/131.

Vleggeert 2021.
J. Vleggeert, 'Dit moet je weten over belastingontwijking', *Universiteit van Leiden,* 4 oktober 2021.

Warren, *WFR 2020/24.*
C.J.D. Warren, 'Een hybride mismatch maar dan anders' *WFR* 2020/24.

III. Kranten en overige media

AD 2021.
AD, ‘Google sluisde minstens 128 miljard euro weg via Nederland’, *Het Algemeen Dagblad* 13 januari 2021, geraadpleegd via: https://www.ad.nl/economie/google-sluisde-minstens-128-miljard-euro-weg-via-nederland~abb3bafb/.

NOS 2021.
NOS, ‘Uber ontwijkt nog steeds belasting in Nederland’, *Nederlandse Omroep Stichting* 6 februari 2021, geraadpleegd via: https://nos.nl/artikel/2367519-uber-ontwijkt-nog-steeds-belasting-in-nederland.

NU.nl 2021.
NU.nl, ‘Crocs heeft nieuwe manier gevonden om belasting te ontwijking in Nederland’, *NU.nl* 9 september 2021, geraadpleegd via: https://www.nu.nl/economie/6156054/crocs-heeft-nieuwe-manier-gevonden-om-belasting-te-ontwijken-in-nederland.html.

Samson 2019.
R. Samson, 'Shell betaalt geen winstbelasting in Nederland', *Het Algemeen Dagblad* 21 mei 2019, geraadpleegd via: https://www.ad.nl/economie/shell-betaalt-geen-winstbelasting-in-nederland~ae854652/.

Syal 2012.
R. Syal, ‘Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits’, *The Guardian* 12 november 2012, geraadpleegd via: https://www.theguardian.com/business/2012/nov/12/amazon-google-starbucks-diverting-uk-profits.

Wout 2021.
J. Wout, ‘Nederland minder in trek als vestigingsplaats voor buitenlandse bedrijven’, *Het Financieele dagblad* 18 februari 2021, geraadpleegd via: https://fd.nl/economie-politiek/1374283/nederland-minder-in-trek-als-vestigingsplaats-buitenlandse-bedrijven.

IV. Parlementaire stukken

Aanhangsel Handelingen II 2019/2020, 2020Z15724.
Kamerstukken II 2000/2001, 27 475, 2.
Kamerstukken II, 2001/2002, 27 896, nr. 3 en 5.
Kamerstukken II 2001/2002, 28 259, 6.
Kamerstukken II 2010/11, 25 087, 7, V-N 2011/12.4.
Kamerstukken II 2010/2011, 25 087, 7.
Kamerstukken II 2015/2016, 25 087, 112.
Kamerstukken II 2016/17 25087, 135.
*Kamerstukk*en II 2017/18, 34 853, 3.
Kamerstukken II 2017/18, 34853, 3.
Kamerstukken II 2017/2018, 25 087, 188.
Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21.
Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3.
Kamerstukken II 2018/19, 35241, 3.
Kamerstukken II 2018/19, 35241, 7.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, 7.
Kamerstukken II 2018/2019, 25 087, 230.
Kamerstukken II 2019/20, 35305, 3.
Kamerstukken II 2019/20, 35305, 8.
Kamerstukken II 2019/2020, 25 087, 256
Kamerstukken II 1990–1991, 22 008, 1–2.

V. Overige stukken

Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2013.
Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2013, nr. IFZ/2013/216 U, geraadpleegd via: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25087-D.html.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020.
Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020, nr. 2020-0000100950, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/29/aankondiging-aanvullende-maatregelen-tegen-dividendstromen-naar-laagbelastende-jurisdicties.

Brief van de Staatssecretaris Snel van Financiën van 14 juni 2019.
Brief van de Staatssecretaris Snel van Financiën van 14 juni 2019, 2019Z08977, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/06/14/antwoorden-kamervragen-over-arresten-van-het-hof-van-justitie.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2020.
S. Creemers, L. Franssen en M. Jaarsma, 'Buitenlandse investeringen en multinationals', CBS 2020, geraadpleegd via: https://longreads.cbs.nl/nederland-handelsland-2020/buitenlandse-investeringen-en-multinationals/

Commissie Doorstroomvennootschappen 2021.
Commissie Doorstroomvennootschappen, 'Op weg naar acceptabele doorstroom', november 2021, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/11/22/rapport-commissie-doorstroomvennootschappen-op-weg-naar-acceptabele-doorstroom.

Albregtse 2013.
D.A. Albregtse, 'Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering', in P. Kavelaars 'Ongewenste Belastingontwijking? De jacht naar de fair share', 2013.

European Commission 2016.
European Commission, Communication, Anti-Tax Avoidance Package: next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU, Brussel, 28 January 2016, geraadpleegd via: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0023.

Europese Commissie 2016.
Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan', 28 januari 2016, geraadpleegd via: https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/C(2016)271_0/de00000000371194?rendition=false.

Franssen 2018.
Franssen, 'Geldstromen van BFI's in Nederland; welke rol spelen bilaterale verdragen?', CBS, Internationaliseringsmonitor 2018-IV, geraadpleegd via: https://longreads.cbs.nl/im2018-4/geldstromen-van-bfis-in-nederland-welke-rol-spelen-bilaterale-verdragen/.

Geld 2011.
J.A.G. van der Geld, 'Ethiek en multinationale ondernemingen', 2011, uit '*Principeel Belastingrecht, Vriendenbundel Richard Happé*'.

Happé 2011.
R.H. Happé, Belastingrecht en de geest van de wet: Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving, Tilburg: Tilburg University 2011, geraadpleegd via: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1334971/Happe_Belastingrecht_en_de_geest_van_de_wet_110608_publishers_immediately.pdf.

IMF, Policy Papers 2014.
IMF, 'Spillovers in international corporate taxation', *IFM policy papers*, 2014, geraadpleegd via: https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf.

Invest in Holland & Netherlands Foreign Investment Agency 2021.
Invest in Holland, 'The annual results of the Invest in Holland collective and the Netherlands Foreign Investment Agency (NFIA) over 2020', 18 februari 2021, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2021/02/18/invest-in-holland--nfia-results-2020.

KPMG 2016.
KMPG, 'Competitive Alternatives', 2016 edition, geraadpleegd via: http://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/04/competitive-alternatives-2016-summary-report.pdf?source=pos.

Ministerie van Financiën 2021.
Ministerie van Financiën, 'Verdragen op het gebied van directe belastingen per 1 januari 2021', 1 januari 202, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/circulaires/2021/01/20/verdragenoverzicht-per-1-januari-2021.

Ministerie van Financiën 2011.
Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', 2011, geraadpleegd via: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20110211/notitie_fiscaal_verdragsbeleid_nfv.

Ministerie van Financiën 2020.
Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020', 29 mei 2020, geraadpleegd via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/05/29/notitie-fiscaal-verdragsbeleid.

Ministerie van Financiën 2021.
Ministerie van Financiën, Besluit van 9 maart 2021, nr. 2021-49042, Staatscourant 2021, 13012, 17 maart 2021, geraadpleegd via: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-13012.html.

OECD 1987.
OECD, International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies, OECD Publishing 1987, geraadpleegd via: https://www.worldcat.org/title/international-tax-avoidance-and-evasion-four-related-studies/oclc/15749366.

OECD 1998.
OECD, 'Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue', OECD Publishing 1998, geraadpleegd via: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en.

OECD 2011.
OECD, 'Discover the OECD. Better Policies for Better Lives', Opening Remarks by Angel Gurría, OECD Secretary-General, delivered at OECD 50th Anniversary Forum, 24 mei 2011, geraadpleegd via: https://www.oecd.org/about/secretary-general/betterpoliciesforbetterlives.htm.

OECD 2013.
OESO, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', OECD Publishing 2013, geraadpleegd via: https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf.

OECD 2015.
OECD, 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report', OECD Publishing 2015, geraadpleegd via: https://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm.

OECD 2015.
OECD and G20 BEPS project, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, ACTION 6: 2015 final report', OECD Publishing 2015, geraadpleegd via: https://www.oecd.org/ctp/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm.

OECD
OESO, Commentaries on the articles of the model tax convention, geraadpleegd via: https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf.

K. Schwab, The Global Competitiveness Report 2019.
K. Schwab, 'The Global Competitiveness Report 2019', World Economic Forum, geraadpleegd via: https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf.

Lejour & 't Riet, CPB Policy Brief 2013.
A. Lejour en M. van 't Riet, 'Nederland belastingparadijs? Nederland doorsluisland!', CPB Policy Brief 2013/07, geraadpleegd via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-policy-brief-2013-07-bilaterale-belastingverdragen-en-buitenlandse-investeringen.pdf.

Lejour & 't Riet, CPB Policy Brief 2013.
A. Lejour, M. van 't riet, 'Bilaterale belastingverdragen en buitenlandse investeringen', CPB Policy Brief 2013/07, geraadpleegd via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-policy-brief-2013-07-bilaterale-belastingverdragen-en-buitenlandse-investeringen.pdf.

Lejour e.a., CPB Policy Brief 2019.
Arjan Lejour, Jan Möhlmann, Maarten van 't Riet, 'Doorsluisland NL doorgelicht',CPB Policybrief januari 2019, geraadpleegd via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2019-01-Doorsluisland-NL-doorgelicht.pdf.

Lejour & 't Riet, CPB Discussion paper.
M. van 't Riet en A. Lejour, 'Ranking the Stars: Network analysis of Bilateral Tax Treaties', CPB Discussion Paper, 290, geraadpleegd via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-discussion-paper-290-ranking-stars.pdf.

Lejour & 't Riet, CPB Notitie 2019.
M. van 't Riet, A. Lejour, 'Netwerkanalyse van een Nederlandse voorwaardelijke bronbelasting op rente en royalty's', CBP notitie november 2019, geraadpleegd via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Notitie-11nov2019-Netwerkanalyse-van-een-nederlandse-voorwaardelijke-bronbelasting-op-renten-en-royaltys.pdf.

Tax Justice Network 2021.
Tax Justice Network, 'Corporate Tax Haven Index – 2021 Results', geraadpleegd via: https://cthi.taxjustice.net/en/.

Velde & Cannas 2021.
E. van de Velde en F. Cannas, 'Harmful tax practices within the EU: definition, identification and recommendations', mei 2021, geraadpleegd via: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662905/IPOL_STU(2021)662905_EN.pdf.

Jurisprudentie

I. Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, 13 april 2000, nr. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 14 december 2000, nr. C-110/99 (*Emsland-Stärke*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 21 februari 2006, nr. C-255/02 (*Halifax).*
Hof van Justitie van de Europese Unie, 5 juli 2007, nr. C-321/05 (*Kofoed*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 december 2010, nr. C-103/09 (*Weald Leasing*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 20 december 2017, nr. C-504/16 (*Juhler Holding/Deister Holding*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 november 2017, nr. C-251/16 (*Cussens e.a.).*
Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, nr. C 116/16 en C 117/16 (*T Danmark en Y Denmark*).
Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, nr. C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*N Luxembourg* 1).
Hof van Justitie van de Europese Unie, Advocaat-Generaal, 26 januari 2019, nr. C-135/17 (*X GmbH*).

II. Hoge Raad

Hoge Raad, 26 mei 1926, nr. [26051926/NJ_1926,_p._723], ECLI:NL:HR:1926:78.
Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32.
Hoge Raad, 26 mei 1989, nr. 24.446, BNB 1989/217.
Hoge Raad, 11 september 1991, nr. 27 388, BNB 1991//317.
Hoge Raad, 8 juli 1992, nr. 28 211, BNB 1992/308.
Hoge Raad, 15 december 1993, nr. 29.296, BNB 1994/259.
Hoge Raad, 6 april 1994, 28 638, BNB 1994/217 (*Marketmaker-arrest*).
Hoge Raad, 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379.
Hoge Raad,14 juli 2006, nr. 42 522, BNB 2007/42.
Hoge Raad, 10 februari 2012, nr. 08/05317, BNB 2012/127.

III. Overig

Federal Court of Appeal of Canadan, 26 februari 2009, 2009 FCA 57, A-252-08 (*Prévorst Car Inc*.)
Hof Amsterdam 22 december 2020, nr. 18/00688, V-N 2021/14.1.2, ECLI:NL:GHAMS:2020:3634
UK Court of Appeal, 2 maart 2006, 2006 EWCA Civ 158 (*Indofood*).
United States Tax Court, 5 augustus 1971, 56 T.C. 925, 292-69 (*Aiken Industries Inc*.)

Wetsartikelen

I. Verdrag betreffende de Europese Unie

Artikel 2 Verdrag betreffende de Europese Unie.
Artikel 3 Verdrag betreffende de Europese Unie.

II. Algemene wet inzake rijksbelastingen

Artikel 69 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen.
Artikel 69 lid 2 Algemene wet inzake rijksbelastingen.
Artikel 31 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

III. Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Artikel 2 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12aa lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 13 lid 17 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12aa Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12ab Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12ac Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12 ad Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12ae Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12af Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Artikel 12ag Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
artikel 15e lid 9 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

IV. Wet op de dividendbelasting 1965

Artikel 4 lid 4 Wet op de dividendbelasting 1965.
Artikel 4 lid 7 Wet op de dividendbelasting 1965.

V. Wet bronbelasting 2021

Artikel 1.2 lid 1, onderdeel e Wet Bronbelasting 2021.
Artikel 2.1, lid 1, onderdeel c Wet Bronbelasting 2021.

VI. Overig

Artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht.
Artikel 10 Anti-Tax-Avoidance Directive 1.
Artikel 6 Anti-Tax-Avoidance Directive 1.
Punt 11 Considerans Anti-Tax-Avoidance Directive 1.
Punt 3 Preambule Anti-Tax-Avoidance Directive 1.
Artikel 94 Grondwet
Artikel 3 lid 2 OESO-Modelverdrag.
Artikel 10 OESO-Modelverdrag.
Artikel 11 OESO-Modelverdrag.
Artikel 12 OESO-Modelverdrag.
Artikel 29 lid 9 OESO-Modelverdrag.
Commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag 2014, §12.1.
Commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag, §12.4.
Commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag, §175.
Commentaar op art 29 OESO-Modelverdrag, §184.

Artikel 7 lid 3 en 4 Multilateraal instrument.
Artikel 7 lid 4 Multilateraal instrument.
Artikel 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (hierna: ATAD 1)