

9. Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag

MR. DR. R.A. BOSMAN

In deze bijdrage bespreek ik enkele aspecten van de bestrijding van verdragsmisbruik die zijn opgenomen in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag. Hierbij ligt de nadruk op het nieuwe onderdeel 'Improper use of the Convention' in het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag en art. 29 OESO-Modelverdrag, dat diverse nieuwe antimisbruikbepalingen bevat. In dit verband komt ook aan de orde hoe deze wijzigingen zich verhouden tot de Nederlandse jurisprudentie en het Nederlandse verdragsbeleid.

1. Inleiding

Op 21 november 2017 heeft de OESO-Raad de langverwachte update van het OESO-Modelverdrag goedgekeurd, gevolgd door publicatie van het geactualiseerde OESO-Modelverdrag op 18 december 2017 (hierna: 'de 2017-update').¹ De 2017-update bevat een breed scala aan wijzigingen van het OESO-Modelverdrag en het bijbehorende commentaar, waaronder de implementatie van de verdragsgerelateerde uitkomsten van BEPS-acties 2, 6, 7 en 14.² Kort samengevat vloeien de volgende wijzigingen van het OESO-Modelverdrag en het -commentaar voort uit BEPS-actie 6 inzake het tegengaan van verdragsmisbruik:³

- Aan de titel van het verdrag is een verwijzing naar 'prevention of tax evasion and avoidance' toegevoegd.
- Aan het verdrag is een preambule toegevoegd met daarin de overweging dat het verdrag niet beoogt mogelijkheden voor belastingontwijking en -ontduiking te creëren.
- Aan de 'Introduction' is een hoofdstuk toegevoegd met betrekking tot 'tax policy considerations' die landen in de overweging zouden moeten betrekken bij het al dan niet sluiten van belastingverdragen.
- Het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag met betrekking tot 'Improper use of the Convention' is herzien en uitgebreid.
- Op grond van het gewijzigde art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag wordt de verdragswoonplaats van een dual-

resident-vennootschap bepaald door middel van een Mutual Agreement Procedure ('MAP') tussen de beide verdragsluitende staten ('MAP tiebreaker'). Bij gebrek aan overeenstemming over de verdragswoonplaats zijn verdragsvoordelen in beginsel niet beschikbaar voor de dual-resident-vennootschap (tenzij de autoriteiten anders overeenkomen).

- Het heffingsrecht van de bronstaat ten aanzien van dividenden (art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag) wordt slechts beperkt indien de aandeelhouder gedurende 365 dagen onafgebroken heeft voldaan aan de minimumbezitseis die hiervoor vereist is. Deze antimisbruikbepaling is gericht tegen 'dividendtransfertransacties', waarbij betrokken partijen beogen een verlaagd bronbelastingtarief op dividenden te realiseren door slechts kort voor de dividenduitkering door middel van een uitbreiding van het belang in de dividend uitkerende vennootschap, aan het bezitsvereiste te voldoen.
- Aan art. 13, lid 4, OESO-Modelverdrag wordt een retrospectieve referentieperiode van 365 dagen toegevoegd ten behoeve van het beoordelen van het bezitpercentage met betrekking tot het heffingsrecht over vervreemdingswinsten op aandelen in onroerendezaaklichamen. Daarnaast wordt het bereik van deze bepaling uitgebreid tot belangen die met aandelen vergelijkbaar zijn.
- Aan art. 1 OESO-Modelverdrag is een derde lid toegevoegd met daarin een 'saving clause'. Deze bepaling verduidelijkt dat een staat onder een belastingverdrag het recht behoudt zijn inwoners in beginsel te belasten op grond van zijn nationale belastingwetgeving, zonder door het verdrag beperkt te worden, met uitzondering van een limitatieve opsomming van verdragsbepalingen.
- De BEPS-minimumstandaard met betrekking tot verdragsmisbruik wordt geïmplementeerd door middel

1 Zie <http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>.

2 Zie voor een kort overzicht M.F. de Wilde, 'Goedkeuring OESO-Raad 2017-actualisatie OESO-Modelverdrag en -commentaar', *NtFR* 2017/3018.

3 Zie ook OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs, 2015 (hierna: 'het rapport inzake BEPS-actie 6').

van het nieuwe art. 29 (Entitlement to treaty benefits), waaronder in lid 1 t/m 7 een limitation on benefits ('LOB')-bepaling en in lid 9 de Principal Purpose Test ('PPT').

- Art. 29, lid 8, OESO-Modelverdrag bevat een antimisbruikbepaling met betrekking tot vi's in derde landen. Op grond van deze bepaling zijn verdragsvoordelen (zoals een verlaagde bronstaatheffing) niet van toepassing op inkomsten die door de woonstaat van de belastingplichtige worden toegerekend aan een laagbelaste vi van de belastingplichtige in een derde land, tenzij de vi een actieve onderneming uitoefent.

Na een korte toelichting op de status van het OESO-Modelverdrag en -commentaar (paragraaf 2), bespreek ik in deze bijdrage de nieuwe preambule (paragraaf 3), het nieuwe onderdeel 'Improper use of the Convention' in par. 54 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag (paragraaf 4), alsmede de hoofdlijnen van art. 29 OESO-Modelverdrag, waarbij de nadruk ligt op de PPT (paragraaf 5).⁴ EU-rechtelijke aspecten komen in dit artikel slechts zijdelings aan de orde.

2. Status OESO-Modelverdrag en commentaar

Na de 1963- en 1977-edities van het OESO-Modelverdrag en bijbehorend commentaar, wordt het OESO-Modelverdrag sinds 1992 als dynamisch document gepubliceerd. Het OESO-Modelverdrag is sindsdien geüpdatet in 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014 en, meest recent, in 2017 (waarmee de 2017-update de tiende update is). Het OESO-Modelverdrag en het bijbehorende commentaar zijn gebaseerd op een 'recommendation' van de OESO-Raad aan de OESO-lidstaten.⁵ De OESO-Raad roept de lidstaten onder andere op het OESO-Modelverdrag, zoals uitgelegd in de bijbehorende commentaren, te volgen bij het sluiten van nieuwe bilaterale belastingverdragen of het heronderhandelen van bestaande verdragen. Verder roept de OESO-Raad belastingautoriteiten op de OESO-commentaren te volgen bij het toepassen en uitleggen van bepalingen in OESO-conforme verdragen.

Volgens de Introduction bij het OESO-Modelverdrag zijn de commentaren bedoeld als belangrijk hulpmiddel bij het toepassen van verdragen en het beslechten van geschillen, en wordt het OESO-commentaar veel geraadpleegd bij het interpreteren en toepassen van OESO-conforme belastingverdragen door belastingdiensten, belastingplichtigen en rechters.⁶ De commentaren gelden in de praktijk inderdaad als belangrijk hulpmiddel bij de toepassing van belastingverdragen. Toch bestaat er internationaal geen eensluidende visie op de status van het OESO-commentaar bij de uitleg van belastingverdragen. Hierbij komen, onder andere, vragen op over de status van het commentaar onder zowel het specifieke uitleggingsvoorschrift van art. 3, lid 2, van het OESO-Modelverdrag als de algemene interpretatieregels van art. 31 t/m 33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht ('VvW').⁷ Het belang van het OESO-commentaar is door rechters in allerlei landen erkend.⁸ De Hoge Raad acht het OESO-commentaar 'van grote betekenis' bij de uitleg van OESO-conforme verdragen (zie HR 2 september 1992, nr. 26.059, *BNB* 1992/379 en recent HR 14 juli 2017, nr. 16/03578, *NTFR* 2017/1864, *BNB* 2017/188). In het recente arrest HR 15 januari 2016, nr. 14/03647, *NTFR* 2016/671, *BNB* 2016/114, meent de Hoge Raad dat bij de uitleg van een OESO-conform verdrag (met een niet-OESO-lidstaat) 'betekenis' toekomt aan het OESO-Modelverdrag en het bijbehorende commentaar. Daarbij laat de Hoge Raad enigszins in het midden of het commentaar heeft te gelden als context zoals bedoeld in art. 31 VvW, of als 'supplementary means of interpretation' in de zin van art. 32 VvW.⁹ Het OESO-commentaar is lastig inpasbaar in art. 31 en 32 VvW, en de meningen over de verhouding tussen het OESO-commentaar en de interpretatieregels van het VvW lopen sterk uiteen.¹⁰ Ongeacht

4 Verwijzingen naar paragraafnummers betreffen de nummering van de 2017-versie van het OESO-commentaar. Waar wordt verwezen naar eerdere versies, is dit expliciet aangegeven.

5 Op basis van art. 5 van het Verdrag inzake de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling van 14 december 1960 (het 'OESO-Verdrag'), kan de OESO besluiten nemen die, tenzij anders bepaald, bindend zijn voor de lidstaten, aanbevelingen doen aan lidstaten, die niet bindend zijn, en overeenkomsten aangaan met (niet-)lidstaten en internationale organisaties. Zie voor de meest recente versie de Aanbeveling van de OESO-Raad betreffende het Modelverdrag inzake belasting op inkomen en kapitaal, door de Raad aangenomen op 23 oktober 1997 (opgenomen als bijlage bij het OESO-Modelverdrag). Vóór 1997 zijn soortgelijke aanbevelingen gedaan in 1963, 1977, 1992, 1994, 1994 en 1995. Sinds 1997 heeft de Raad alleen de actualiseringen van het OESO-Modelverdrag goedgekeurd, met uitzondering van de actualisering 2000, die alleen door de CFA is goedgekeurd.

6 Zie par. 29 t/m 29.2 van de Introduction bij het OESO-Modelverdrag. Zie ook par. 15 van de Introduction, waarin het OESO-commentaar wordt gekwalificeerd als 'widely-accepted guide to the interpretation and application of the provisions of existing bilateral conventions'.

7 Art. 3, lid 2, verwijst voor de uitleg van elke niet in het verdrag omschreven uitdrukking naar de betekenis van deze uitdrukking volgens de wetgeving van de staat die het verdrag toepast, tenzij de context anders vereist. Dit voorschrift geldt als *lex specialis* in relatie tot de algemene regels met betrekking tot de uitlegging van verdragen van art. 31 t/m 33 VvW (vgl. HR 19 januari 2018, nr. 16/03321, *NTFR* 2018/199, *BNB* 2018/68). Op grond van de hoofdregel van art. 31, lid 1, VvW moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Dit wordt ook wel de 'tekstuele methode' genoemd. De context omvat voor deze doeleinden onder andere de volledige tekst van het verdrag, de preambule en eventuele bijlagen bij het verdrag (art. 31, lid 2, VvW).

8 Zie bijvoorbeeld Supreme Court of Canada in *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; High Court of Australia in *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation* (1990) 171 CLR 338.

9 Zie ook de noot van O.C.R. Marres in *FED* 2016/33. S. van Weeghel neigt er in zijn annotatie bij HR 15 januari 2016, nr. 14/03647, *BNB* 2016/114, echter naar dat de Hoge Raad het OESO-commentaar in dit arrest onder art. 32 VvW schaaft.

10 Zie o.a. D.A. Ward e.a., *The Interpretation of Income tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IBFD, Amsterdam 2006, p. 18 e.v.; J.F. Avery Jones, 'Treaty Interpretation', in: *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, digitaal, par. 3.11.

de precieze plaatsing binnen art. 31 en 32 is het onder het VvW echter zonder meer passend het OESO-commentaar zoals dat luidt op het moment van sluiten van een verdrag te raadplegen bij het interpreteren van begrippen in OESO-conforme verdragsbepalingen.¹¹ Ik sluit me aan bij de zienswijze dat het OESO-commentaar behoort tot de context, in ruime zin, van een OESO-conform belastingverdrag.¹² Het OESO-commentaar heeft bovendien te gelden als ‘context’ als bedoeld in art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag en daarop gebaseerde verdragsbepalingen.¹³

Een gerelateerde vraag is in hoeverre wijzigingen in het OESO-commentaar gebruikt kunnen worden voor de uitleg van verdragen die dateren van vóór deze wijzigingen, m.a.w. of het commentaar statisch of dynamisch toegepast moet worden. Het commentaar zelf geeft op dit punt enige toelichting. Volgens het OESO-commentaar moeten bestaande verdragen zo veel mogelijk in de geest van het herziene commentaar geïnterpreteerd worden.¹⁴ Wijzigingen van het commentaar die direct samenhangen met wezenlijke inhoudelijke aanpassingen van het OESO-Modelverdrag zijn niet van belang voor de uitleg van eerder gesloten belastingverdragen, maar andere wijzigingen of toevoegingen in het commentaar zijn volgens de OESO normaliter van toepassing bij de uitleg en toepassing van bestaande verdragen, omdat deze de consensus van de lidstaten uitdrukken met betrekking tot de uitleg van deze bepalingen.¹⁵ De OESO gaat er dus van uit dat het commentaar een dynamisch karakter heeft, met uitzondering van wijzigingen die zien op inhoudelijke aanpassingen van het OESO-Modelverdrag. Uiteindelijk is ook voor deze kwestie vooral relevant hoe rechters het latere OESO-commentaar duiden. Volgens de Hoge Raad kan een latere versie van het OESO-commentaar relevant zijn voor de interpretatie van een verdrag gebaseerd op het OESO-Modelverdrag. De Hoge Raad lijkt latere versies van het OESO-commentaar daarbij te beschouwen als ‘supplementary means of interpretation’ in de zin van art. 32 VvW.¹⁶

11 D.A. Ward e.a., *The Interpretation of Income tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IBFD, Amsterdam 2006, p. 29.

12 D.A. Ward e.a., *The Interpretation of Income tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IBFD, Amsterdam 2006, p. 30-31. Zie ook J.F. Avery Jones, ‘Treaty Interpretation’, in: *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, digitaal, par. 3.11.2.1.

13 Zie bijvoorbeeld J.F. Avery Jones, ‘Treaty Interpretation’, in: *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, digitaal, hoofdstuk 4 en 5.

14 Par. 33 en 34 van de Introduction. Deze passages deden M.J. Ellis denken aan Baron van Münchhausen die zichzelf aan zijn eigen haren uit het moeras trok. Zie M.J. Ellis, ‘The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof. Dr. Klaus Vogel’, *Bulletin for International Taxation*, IBFD 2000, p. 618.

15 Introduction to the OECD Model and Commentaries, par. 35. Deze visie wordt ook door de staatssecretaris van Financiën onderschreven; zie de Nottitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 7, *NtFR* 2011/467, *V-N* 2011/12.4, par. 1.3.3.

16 Zie HR 21 februari 2003, nr. 37.011, *NtFR* 2003/416, *BNB* 2003/177 en nr. 37.024, *NtFR* 2003/417, *BNB* 2003/178; HR 5 september 2003, nr. 37.651, *NtFR* 2003/1511, *BNB* 2003/379, en het eerdergenoemde arrest HR 15 januari 2016, nr. 14/03647, *NtFR* 2016/671, *BNB* 2016/114.

Gelet op het voorgaande is het commentaar op de nieuwe bepalingen van art. 29 OESO-Modelverdrag, waaronder de PPT van lid 9 van dat artikel, slechts relevant voor de toepassing van dit artikel en verdragsbepalingen die daarop gebaseerd zijn. De aanpassingen van het commentaar op art. 1 met betrekking tot oneigenlijk gebruik houden geen verband met een inhoudelijke, tekstuele wijziging van het OESO-Modelverdrag en moeten volgens de OESO waarschijnlijk worden gezien als verduidelijkingen met een dynamisch karakter.¹⁷ Op diverse punten worden echter (soms zeer vérgaande) nieuwe standpunten ingenomen, zodat dit commentaar naar mijn mening verder gaat dan een verduidelijking in strikte zin. Ik ben geneigd de wijzigingen van het commentaar op art. 1, voor zover het gaat om volledig nieuwe passages, te zien als een de facto wijziging van de reikwijdte van het OESO-Modelverdrag en daarop gebaseerde verdragen (aangenomen dat OESO-conforme verdragen moeten worden geïnterpreteerd volgens het commentaar zoals dat op het moment van sluiten van het verdrag luidt). De wijzigingen in het commentaar op art. 1 kunnen wat mij betreft daarom niet zonder meer doorwerken naar reeds bestaande verdragen, maar zijn in beginsel slechts relevant voor verdragen die gebaseerd zijn op de 2017-versie van het OESO-Modelverdrag (m.a.w., de 2017-update is op dit punt statisch in plaats van dynamisch). Voor zover het gaat om volledig nieuwe passages zouden de daarin verwoorde standpunten naar mijn mening slechts een beperkte rol mogen spelen bij de interpretatie van bestaande verdragen, bijvoorbeeld als aanvullend uitlegmiddel. Het gaat dan bijvoorbeeld om de slotzin van par. 61 (ten aanzien van de zelfstandige werking van het ‘guiding principle’) en par. 66 t/m 80 (over de doorwerking van nationaalrechtelijke antimisbruikregels in verdragen; zie nader paragraaf 4 hierna).

3. Preambule

Volgens de nieuwe preambule van het OESO-Modelverdrag is het voorkómen van belastingontwijking en -ontduiking een van de hoofddoelen van belastingverdragen.¹⁸ Dit doel wordt uitdrukkelijk nevensgeschikt gemaakt aan het doel van belastingverdragen van oudsher, namelijk het voorkomen van juridische dubbele belastingheffing.¹⁹ Met deze nieuwe preambule beoogt de OESO het herziene

17 Met betrekking tot de niet-BEPS-gerelateerde wijzigingen van het commentaar op de vi-definitie is dit expliciet aangegeven in par. 3 van het commentaar op art. 5 OESO-Modelverdrag. Met betrekking tot de wijzigingen van het commentaar op art. 1 ontbreekt een dergelijke kwalificatie.

18 De preambule luidt als volgt: ‘(State A) and (State B), / Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters, / 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), / Have agreed as follows: (...)’

19 Par. 2 van de Introduction. Zie ook par. 54 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

modelverdrag duidelijker dan voorheen in een kader van misbruikbestrijding te plaatsen. De preambule noemt in dit verband ‘treaty shopping’ (waarbij inwoners van derde staten zich toegang verschaffen tot een verdrag teneinde de voordelen daarvan te kunnen benutten) specifiek als ongewenst type belastingontwijking.²⁰ De verwijzing naar treaty shopping betreft overigens slechts een voorbeeld van een prangende vorm van verdragsmisbruik, en is geenszins beperkend bedoeld.²¹ De nieuwe preambule betreft een BEPS-minimumstandaard en wordt ook via het multilaterale instrument (‘MLI’)²² aan ‘Covered Tax Agreements’ toegevoegd.²³ Nederland rekent de nieuwe preambule tot zijn verdragsbeleid.²⁴

De preambule maakt deel uit van de context van het verdrag in enge zin (art. 31, lid 2, VvW) en indiceert bovendien in algemene zin doel en strekking van het verdrag. Hiermee wordt beoogd dat de antimisbruikdoelstelling via de algemene uitleggingregel van art. 31, lid 1, VvW doorwerkt bij de uitleg en toepassing van het verdrag.²⁵ De preambule behoort ook tot de ‘context’ in de zin van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag.²⁶

Het hoofddoel van belastingverdragen, het vermijden van internationale juridische dubbele belastingheffing, vloeit voort uit de onderliggende doelstelling om de economische betrekkingen tussen landen te ontwikkelen door belemmeringen voor grensoverschrijdende economische activiteiten en investeringen weg te nemen. Naast de hiervoor omschreven primaire doelstelling hebben veel belastingverdragen, al dan niet expliciet, tot doel het ontgaan van belasting te voorkomen. Het voorkomen van belastingontwijking en belastingontduiking kan als een secundair doel van voorgaande versies van het OESO-Modelverdrag (en daarop gebaseerde belastingverdragen) worden beschouwd. In 2003 is dit nevendoeel expliciet gemaakt in par. 7 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag (deze passage is in de 2017-update geschrapt). In een voetnoot bij de titel van het OESO-Modelverdrag was (tot de 2017-update) opgemerkt dat als staten dit wensen, zij de wijdverspreide praktijk kunnen volgen om in de titel van een bilateraal verdrag een verwijzing op te nemen naar ofwel het vermijden van dubbele belasting ofwel naar zowel het vermijden van dubbele belastingheffing als het voorkomen van belastingontduiking (‘prevention of fiscal evasion’). Dit betrof dus een optionele verwijzing naar het tegengaan van belas-

tingontduiking. Andere kwesties die worden behandeld in belastingverdragen, zoals het voorkomen van discriminatoire belastingheffing, geschillenbeslechting, uitwisseling van informatie en bijstand bij de heffing van belastingen, zijn naar mijn mening te beschouwen als secundaire doelen ter ondersteuning van de hoofddoelen van belastingverdragen.²⁷ Het voorkomen van dubbele niet-heffing (of het verlenen van dubbele voorkoming) in algemene zin is, voor zover deze kwestie niet wordt gedekt door het voorkomen van belastingontwijking en belastingontduiking, naar mijn mening evenmin een doel van belastingverdragen.²⁸ De 2017-update lijkt eerdere versies van het OESO-Modelverdrag retroactief in een ander licht te plaatsen, door te suggereren dat de wijziging van de titel van het modelverdrag in 1992 al verband hield met het voorkomen van ‘tax avoidance’ (waar voorheen slechts werd gesproken van ‘tax evasion’ oftewel belastingontduiking).²⁹ Dit riekt wat mij betreft enigszins naar het achteraf ‘ver-BEPS-en’ van doel en strekking van eerdere versies van het OESO-Modelverdrag.

4. Wijzigingen commentaar art. 1 OESO-Modelverdrag

4.1. Algemeen

De nieuwe paragrafen 54 tot en met 81 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag gaan in op het oneigenlijke gebruik van belastingverdragen (‘Improper use of the Convention’). Het commentaar ten aanzien van verdragsmisbruik is in het kader van de 2017-update ingrijpend herzien en uitgebreid. Deze wijzigingen vloeien voort uit het rapport inzake BEPS-actie 6, deel A. Ten opzichte van eerdere versies van het OESO-commentaar wordt in veel meer detail ingegaan op nationaalrechtelijke en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen. In deze paragraaf komen diverse aspecten van het herziene commentaar aan de orde, met aandacht voor de Nederlandse positie in par. 4.4.

Voor het bestrijden van verdragsmisbruik wijst het commentaar als eerste naar de nieuwe algemene antimisbruikbepaling van art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag (de PPT), alsmede de diverse specifieke antimisbruikbepalingen die in verdragen kunnen worden opgenomen. De vraag is echter in hoeverre oneigenlijk gebruik van het verdrag

20 Zie voor een definitie van ‘treaty shopping’ het rapport inzake BEPS-actie 6, p. 17.

21 Par. 16.1 van de Introduction.

22 Voluit: ‘Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosions and Profit Shifting’.

23 Art. 6 MLI.

24 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, NTFR 2016/2865, V-N 2016/57.5, onderdeel 2.2.3.

25 Par. 16.2 van de Introduction en onderdeel B van het rapport inzake BEPS-actie 6.

26 F.A. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Amsterdam 2004, p. 482.

27 Par. 2 van de Introduction noemt sinds de 2017-update expliciet administratieve bijstand in de vorm van informatie-uitwisseling en bijstand bij de heffing van belastingen als nevendoeel van belastingverdragen.

28 Volgens het OESO-rapport ‘The Application of the Model Convention to Partnerships’ (het Partnership Report) uit 1999, par. 52, zijn de basisdoelen van heeft het OESO-Modelverdrag het elimineren van dubbele belasting en het voorkomen van dubbele niet-heffing. In dit rapport lijkt de OESO voor het eerst het voorkomen van dubbele niet-heffing als doel van belastingverdragen te erkennen. Zie E.C.C.M. Kemmeren en L.G. Zuliani, ‘Netherlands’, in: *IFA Cahiers 2004 – Volume 89a. Double non-taxation*, IBFD Online Books, p. 553. Deze opmerking in het Partnership Report is destijds echter niet in het OESO-commentaar overgenomen. Zie ook L. De Broe en J. Luts, ‘BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse’, *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 143.

29 Zie de wijzigingen in par. 16 van de Introduction.

bestreden kan worden als een verdrag géén van deze regels bevat. Ook bij gebreke aan dergelijke bepalingen meent het OESO-commentaar dat de verdragsluitende staten de voordelen van een verdrag niet dienen toe te kennen, indien er sprake is van transacties die misbruik van de bepalingen van het verdrag meebrengen.³⁰ Zoals ook al in de eerdere versies van het OESO-commentaar is omschreven, zijn er globaal twee benaderingen mogelijk.³¹ Op de eerste plaats zijn veel staten van mening dat belasting wordt geheven op grond van het nationale belastingrecht van een staat en het verdrag enkel een inperking van het nationale belastingrecht met zich brengt. Deze staten passen derhalve hun nationale antimisbruikbepalingen toe. Met ingang van de 2017-update komt explicieter dan voorheen naar voren dat, althans volgens het OESO-commentaar, nationale antimisbruikwetgeving (inclusief bijvoorbeeld CFC-wetgeving) in het algemeen niet strijdig is met belastingverdragen. Op de tweede plaats zijn sommige staten juist van mening dat bepaalde constructies moeten worden aangemerkt als misbruik van het verdrag zelf, en dat zij dergelijke constructies buiten beschouwing kunnen laten op grond van een uitleg van het verdrag naar doel en strekking en te goeder trouw.³² Deze tweede benadering wordt ook wel aangeduid als ‘*fraus conventionis*’.³³

4.2. Guiding principle

Volgens par. 61 (voorheen par. 9.5) van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag luidt een grondbeginsel (‘guiding principle’) van het verdrag dat verdragsvoordelen niet zouden moeten worden toegekend indien het verkrijgen van een voordeliger fiscale positie het hoofddoel (‘main purpose’) van een transactie of constructie is, en die voordeliger behandeling bovendien niet in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen. Het OESO-commentaar merkt in dit verband wel op dat niet te snel mag worden aangenomen dat sprake is van misbruik of oneigenlijk gebruik van het verdrag. Deze paragraaf is in 2003 in het OESO-commentaar ingevoegd. De betreffende passage vertoont een sterke gelijkenis met de formulering van de PPT van art. 29, lid 9, die met de 2017-update in het OESO-Modelverdrag is opgenomen (al zijn er diverse belangrijke verschillen tussen beide toetsen). In het kader van de 2017-update is aan par. 61 een nieuwe slotzin toegevoegd die stelt dat het ‘guiding principle’ onafhankelijk is van de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling van art. 29, lid 9, die dit beginsel ‘slechts’ bevestigt. Met ingang van de 2017-update veronderstelt het OESO-commentaar dus expliciet een algemeen, ongeschreven antimisbruikbeginsel dat bij de toepassing van verdragen ingeroepen kan worden, ongeacht of een verdrag eventuele

algemene of specifieke antimisbruikbepalingen bevat. De PPT is volgens het commentaar een codificatie van dit algemene antimisbruikbeginsel. Het navolgen van deze visie kan belangrijke gevolgen hebben voor de toepassing van verdragen waarin geen antimisbruikbepalingen zijn opgenomen. Naast het veronderstelde algemene antimisbruikbeginsel, dan wel de PPT, erkent het OESO-commentaar de noodzaak van het opnemen van specifieke antimisbruikbepalingen in verdragen.

Zoals gezegd, erkent het OESO-commentaar al sinds 2003 een algemeen en ongeschreven antimisbruikbeginsel dat aan verdragen ten grondslag zou liggen. Op deze wijziging is kritiek geleverd in de internationale fiscale literatuur.³⁴ De 2017-update versterkt dit standpunt door te stellen dat dit algemene antimisbruikbeginsel zelfstandige werking heeft en dus altijd van toepassing is, waarbij de PPT slechts een codificatie daarvan vormt. Het gehele verdrag wordt hiermee dus in de toonzetting van misbruikbestrijding geplaatst. Naar mijn mening gaat deze opvatting te ver. Bij de uitleg en toepassing van verdragen is, op grond van de hoofdregel van art. 31, lid 1, VvW, de tekst van het verdrag leidend (de ‘tekstuele methode’).³⁵ Voor het tegengaan van verdragsmisbruik is daarom naar mijn mening een uitdrukkelijke basis in het verdrag zelf nodig. Deze kan de vorm hebben van een algemene of een specifieke antimisbruikbepaling (beide types kunnen overigens naar nationale antimisbruikbepalingen terugverwijzen; zie par. 4.3 hierna). Een ongeschreven antimisbruikbeginsel op grond van het OESO-commentaar past niet in die lezing.³⁶

4.3. Doorwerking van nationale antimisbruikbepalingen

Met ingang van de 2017-update gaat het OESO-commentaar in par. 66 t/m 80 nader in op drie typen nationale antimisbruikbepalingen, namelijk (i) nationaalrechtelijke specifieke antimisbruikbepalingen (‘specific anti-abuse rules’ of ‘SAAR’s’), (ii) nationaalrechtelijke algemene antimisbruikbepalingen (‘general anti-abuse rules’ of ‘GAAR’s’) en (iii) rechterlijke doctrines. De algemene conclusie van het OESO-commentaar is dat dergelijke antimisbruikbepalingen en -leerstukken (zoals *fraus legis*) over het algemeen niet strijdig zijn met de toepassing van belastingverdragen. Het is vooraansnog de vraag in hoeverre nationale rechters bij de uitleg en toepassing van belastingverdragen deze opvattingen zullen accepteren, in het bijzonder als het gaat om verdragen daterend van vóór de 2017-update.

4.3.1. Nationaalrechtelijke specifieke antimisbruikbepalingen

Bij specifieke nationaalrechtelijke antimisbruikregels kan volgens het OESO-commentaar gedacht worden aan thin-

30 Par. 57 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

31 Par. 58 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

32 Het OESO-commentaar verwijst op dit punt naar art. 31 VvW. De opdracht van verdragsuitlegging te goeder trouw richt zich tot de verdragsluitende staten en niet tot belastingplichtigen.

33 Zij staat ook bekend onder de synoniemen ‘*fraus tractactis*’ of ‘*fraus pacti*’. Zie voor een algemeen overzicht M. Tydeman-Yousef, ‘*Fraus conventionis, quae est?*’, *WFR* 2014/3.

34 Zie L. De Broe en J. Luts, ‘BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse’, *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 124, voetnoot 23 en de verwijzingen aldaar.

35 Zie voetnoot 7.

36 Vgl. de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van de doorwerking van *fraus legis* naar verdragen en de toepassing van *fraus conventionis*, die in par. 4.3.3 hierna aan de orde komt.

capitalisationregels (vgl. het voormalige art. 10d Wet VPB 1969), antigronslaguihollingsregels (vgl. art. 10a Wet VPB 1969), transferpricingregels (vgl. art. 8b Wet VPB 1969), exitheffingen (vgl. art. 15c en 15d Wet VPB 1969), antidividendstrippingbepalingen (vgl. art. 4, lid 7, Wet DB 1965) en antidoorstroombepalingen (vgl. art. 8c Wet VPB 1969). Ik ga hier verder niet in op de vraag in hoeverre dergelijke bepalingen, en dan met name thincapitalisationregels, transferpricingregels en exitheffingen, daadwerkelijk als specifieke antimisbruikregels gezien kunnen worden. Het OESO-commentaar memoreert in dit verband het hoofdbeginsel van ‘pacta sunt servanda’ van art. 26 VvW. Dit suggereert dat bij eventuele strijdigheid tussen nationale antimisbruikbepalingen en de bepalingen van een belastingverdrag, de bepalingen van het belastingverdrag van een hogere orde zijn en dat de nationale regels dus alleen toegepast kunnen worden voor zover laatstgenoemde niet in strijd zijn met het verdrag. Het OESO-commentaar kiest echter een andere invalshoek en meent dat nationaalrechtelijke SAAR’s in het algemeen niet conflicteren met belastingverdragen, om de volgende redenen:

1. In sommige gevallen staat een verdrag de toepassing van nationaalrechtelijke SAAR’s expliciet toe, bijvoorbeeld door naar een nationaalrechtelijke SAAR te verwijzen. Zie bijvoorbeeld de specifieke antimisbruikbepaling van art. 27, lid 3, Verdrag Nederland-Hongkong (2010), die verwijst naar art. 17, lid 3, onderdeel b, jo. art. 17a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969.
2. Het nationale recht is van belang voor de interpretatie van ongedefinieerde begrippen in het belastingverdrag; op deze wijze werken nationaalrechtelijke SAAR’s door bij de uitleg van een verdrag. Het commentaar wijst in dit verband op het algemene uitleggingsvoorschrift van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag en op diverse definitiebepalingen in het verdrag die (deels) terugverwijzen naar het nationale recht van de verdragstoepassende staten, zoals de definities van ‘inwoner’ van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag, de definitie van ‘onroerende zaak’ van art. 6, lid 2, OESO-Modelverdrag en de definitie van ‘dividend’ van art. 10, lid 3, OESO-Modelverdrag. Hierbij kan een kanttekening geplaatst worden; naar mijn mening werken nationaalrechtelijke antimisbruikbepalingen niet zonder meer door naar verdragen via de koppeling met het nationale recht in de diverse definitiebepalingen van het verdrag. De verwijzingen naar het nationale recht in art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag en de overige genoemde bepalingen zijn in beginsel dynamisch en betreffen dus het nationale recht zoals dit luidt op het moment dat het verdrag wordt toegepast. Een dergelijke verwijzing is echter niet ongeclausuleerd. Bij de uitleg van verdragen moeten immers de algemene regels van het VvW in ogenschouw worden genomen, waaronder de eis dat verdragen te goeder trouw worden toegepast en uitgelegd (zie art. 26 en art. 31, lid 1, VvW). Het goedetrouwbeginsel kan het gebruik van het nationale recht bij de uitleg van het verdrag begrenzen (in het bijzonder als dit zou leiden tot een eenzijdige

verruiming van de heffingsjurisdictie van een staat).³⁷ Verder vindt de verwijzing naar het nationale recht van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag een begrenzing in de context van het verdrag (‘unless the context otherwise requires’). Tot de context in de zin van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag behoort overigens ook de goede trouw.³⁸

3. Verdragsmisbruik kan bestreden worden via de algemene antimisbruikbepaling van art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag (de PPT) dan wel het hoofdbeginsel (‘guiding principle’) van par. 62 van het commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag. Waar de reikwijdte van nationaalrechtelijke SAAR’s overeenkomt met deze bepalingen, is volgens het OESO-commentaar geen sprake van strijdigheid met het verdrag.³⁹ Zie par. 4.2 hiervoor en par. 5.3 hierna. Waar nationale antimisbruikregels echter aanknopen bij objectieve factoren (zoals een minimum aandelenbelang of een bepaalde verhouding eigen/vreemd vermogen), zou de toepassing ervan door het verdrag beperkt kunnen worden, mits de PPT evenmin ruimte biedt voor toepassing van een dergelijke antimisbruikbepaling. Het commentaar geeft hierbij het voorbeeld van een nationaalrechtelijke woonplaatsfictie die onder het verdrag geen toepassing kan vinden.⁴⁰
4. Verdragsvoordelen kunnen worden ontzegd op basis van rechterlijke doctrines en vergelijkbare leerstukken

³⁷ Zie ook par. 13 van het commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag. Volgens het commentaar mag een staat op basis van het beginsel van ‘permanency of commitments’ de in het verdrag overeengekomen verdeling van heffingsbevoegdheden niet omzeilen door na sluiting van het verdrag de definitie van ongedefinieerde verdragsbegrippen in zijn nationale recht te verruimen. Zie op dit punt ook de Nederlandse jurisprudentie ter zake van de doorwerking van nationaalrechtelijke ficties in belastingverdragen, o.a. HR 5 september 2003, nr. 37.651, *NTFR* 2003/1511, *BNB* 2003/379; HR 18 juni 2004, nr. 39.385, *NTFR* 2004/940, *BNB* 2004/314; HR 26 november 2010, nr. 09/03219, *NTFR* 2010/2839, *BNB* 2011/189 en HR 23 mei 2014, nr. 13/02237, *NTFR* 2014/1732, *BNB* 20014/170.

³⁸ Zie o.a. HR 5 september 2003, nr. 37.651, *NTFR* 2003/1511, *BNB* 2003/379 en HR 18 juni 2004, nr. 39.385, *NTFR* 2004/940, *BNB* 2004/314, waarin de Hoge Raad op basis van art. 3, lid 2, en onder verwijzing naar o.a. het beginsel van ‘permanency of commitments’, via een impliciete goedetrouwredenering oordeelde dat het voormalige Verdrag Nederland-België (1970) aan heffing over fictief loon en fictieve rente in de weg stond.

³⁹ Het OESO-commentaar verwijst naar het weigeren van verdragsvoordelen op basis van nationaal recht. Het komt mij voor dat toepassing van nationaal recht en verdragstoepassing hier door elkaar lopen. Pas nadat het heffingsrecht van een staat op basis van nationaal recht is bepaald, kan een verdrag dit immers eventueel inperken.

⁴⁰ Het voorbeeld van par. 74 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag betreft een ‘7 uit 10-regel’: Staat A heeft naar nationaal recht een heffingsrecht ten aanzien van de vervreemding van vermogensbestanddelen (al dan niet in derde staten) door inwoners, waarbij een persoon bij fictie als inwoner van Staat A wordt beschouwd indien deze persoon ten tijde van de verwerving van het vermogensbestanddeel inwoner was van Staat A en bovendien in zeven van de tien jaar voorafgaand aan de vervreemding woonachtig was in Staat A. Als Staat A dit heffingsrecht wil effectueren ten aanzien van een persoon die ten tijde van de vervreemding onder het Verdrag A-B inwoner is van Staat B, dan staat art. 13, lid 5, Verdrag A-B in de weg aan heffing over de nationaalrechtelijke winst door Staat A (tenzij sprake zou zijn van een situatie die via de PPT dan wel het ‘guiding principle’ bestreden kan worden).

die van toepassing zijn bij het interpreteren van verdragen (zie par. 4.3.3 hierna). Het OESO-commentaar geeft hier een voorbeeld van een verkooptransactie die op gekunstelde wijze zodanig wordt vormgegeven dat een beroep kan worden gedaan op art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag.⁴¹

In het kader van de wijzigingen in art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 per 1 januari 2016 (implementatie van de GAAR van de EU-Moeder-dochterrichtlijn)⁴² heeft Nederland aangegeven dat deze bepaling in beginsel niet de verdeling van heffingsbevoegdheden zoals overeengekomen in belastingverdragen opzijzet, tenzij een antimisbruikbepaling in het verdrag hiervoor ruimte biedt.⁴³ Nederland lijkt dus het standpunt in te nemen dat nationaalrechtelijke SAAR's zoals art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 in beginsel niet doorwerken naar verdragen. Voor doorwerking van dergelijke SAAR's is een verdragsrechtelijke basis nodig. Hetzelfde heeft naar mijn mening te gelden voor de antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, Wet DB 1965 die per 1 januari 2018 is ingevoerd op basis van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 en art. 4, lid 3, Wet DB 1965 zijn volgens de parlementaire toelichting 'in lijn' met en 'sluiten aan bij' de PPT (even-

als de GAAR van de EU-Moeder-dochterrichtlijn).⁴⁴ Dit suggereert dat Nederland onder de PPT ruimte ziet om de SAAR van art. 4, lid 3, Wet DB 1965 onder verdragen toe te passen, omdat de scope van beide bepalingen overeenstemt. Uit deze uitlatingen volgt in elk geval niet dat de SAAR's van art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 en art. 4, lid 3, Wet DB 1965 ook toegepast kunnen worden als er géén (algemene) antimisbruikbepaling (zoals de PPT) in een verdrag is opgenomen, al dan niet op basis van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag of een ongeschreven antimisbruikregel. Een dergelijke toepassing zou overigens naar mijn mening in feite neerkomen op 'treaty override'.

4.3.2. Nationaalrechtelijke algemene antimisbruikbepalingen

Veel staten kennen in hun nationale recht een wettelijke algemene antimisbruikbepaling. Het OESO-commentaar meent dat ook nationaalrechtelijke GAAR's over het algemeen niet conflicteren met belastingverdragen, op de volgende gronden (vgl. de opmerkingen over SAAR's in par. 4.3.1):

1. In sommige gevallen staat een verdrag de toepassing van nationaalrechtelijke GAAR's toe. Zie bijvoorbeeld art. 27, lid 3, Verdrag Nederland-Hongkong (2010) en art. 23, lid 1, Verdrag Nederland-Duitsland (2012) jo. art. XV, lid 2, van het Protocol bij dit verdrag.⁴⁵
2. Het nationale recht is van belang voor de interpretatie van ongedefinieerde begrippen in het belastingverdrag; op deze wijze werken nationaalrechtelijke GAAR's door bij de uitleg van een verdrag.
3. Waar de voornaamste kenmerken van nationaalrechtelijke antimisbruikregels overeenkomen met het 'guiding principle' van par. 62 van het OESO-commentaar op art. 1, dan wel de codificatie daarvan in art. 29, lid 9 (de PPT), kan volgens het OESO-commentaar geen sprake zijn van strijd met het verdrag. Het is echter geen algemeen geaccepteerde zienswijze dat een nationaalrechtelijke algemene antimisbruikbepaling op dezelfde voet staat als een verdragsbepaling.

Nederland kent geen algemene wettelijke antimisbruikbepaling en past in dat kader normaliter het leerstuk van fraus legis toe. De Europeesrechtelijke verplichting tot implementatie van de GAAR op basis van de EU Anti Tax Avoidance Directive ('ATAD')⁴⁶ lijkt hierin geen verandering te brengen. Volgens de regering is met het leerstuk van

41 Zie par. 75 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag. Staat A kent een belastingheffing ten aanzien van voordelen verkregen uit de vervreemding van aandelen van een in Staat A gevestigde vennootschap indien de vervreemder een belang van meer dan 25% in een dergelijke vennootschap heeft, en mits de vervreemder ten minste zeven van de tien jaar voorafgaand aan de vervreemding inwoner van Staat A was. In jaar 1 verwerft persoon X, inwoner van Staat A, een belang in vennootschap Y, gevestigd in Staat A. In jaar 2 wordt persoon X inwoner van Staat B. Kort nadat hij inwoner van Staat B is geworden, verkoopt hij alle aandelen in Y. Op basis van het feitencomplex zijn alle aspecten van de verkoop feitelijk al in jaar 1 bepaald. De koper heeft in jaar 1 een renteloze lening ter grootte van de verkoopprijs verstrekt aan X. Deze lening is op het moment van de verkoop in jaar 2 kwijtgescholden. Verder kon de koper al vanaf jaar 1 zeggenschap uitoefenen ten aanzien van Y. De verkoopwinst is in beginsel ter exclusieve heffing aan Staat B toegewezen op grond van art. 13, lid 5, Verdrag A-B. De rechter in Staat A meent echter dat de verkoop in jaar 2 een 'schijntransactie' betreft in de zin van een nationaalrechtelijk fraus legis-achtig leerstuk. Volgens het commentaar mag Staat A dit leerstuk toepassen bij de uitleg van art. 13, lid 5, Verdrag A-B, hetgeen meebrengt dat Staat A de vervreemdingswinst in jaar 2 in de heffing mag betrekken, niettegenstaande de tekst van art. 13, lid 5, Verdrag A-B.

42 Richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

43 Kamerstukken I, 2015-2016, 34 306, G: 'De onderhavige implementatie van de antimisbruikbepaling in de nationale wet staat in beginsel los van de onder de belastingverdragen overeengekomen beperkingen van het Nederlandse heffingsrecht over dividenden in moeder-dochterverhoudingen. Dit neemt niet weg dat in veel belastingverdragen van recente datum ook antimisbruikbepalingen zijn opgenomen die de verdragsvoordelen beperken in situaties waartegen ook de wijziging op grond van Richtlijn 2015/121/EU een dam opwerpt. (...) Door de internationale ontwikkelingen, waaronder de ontwikkelingen in het kader van het BEPS-project, zal naar verwachting het opnemen van dergelijke antimisbruikbepalingen in bilaterale belastingverdragen de norm worden.'

44 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 3, p. 6; Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 6, p. 4 en 7.

45 Volgens de Nederlandse toelichtende nota bij het Verdrag Nederland-Hongkong ziet deze bepaling vooral op de toepassing van fraus legis. Als gevolg van art. 27 wordt zeker gesteld dat Nederland een (her)kwalificatie onder het nationaalrechtelijke leerstuk van fraus legis mag toepassen onder het verdrag. Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 32 881, nr. 1, p. 33-34. Art. XV, lid 2, van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Duitsland (2012) verwijst expliciet naar toepassing van fraus legis.

46 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.

fraus legis in wezen al een algemene antimisbruikmaatregel in het Nederlandse belastingrecht geïmplementeerd.⁴⁷ Zie par. 4.3.3 hierna.

4.3.3. Nationaalrechtelijke leerstukken

Veel staten kennen rechterlijke antimisbruikdoctrines en -concepten zoals fraus legis, substance over form, economic substance, sham transactions, business purpose, step-transaction en abuse of law. Het OESO-commentaar meent dat rechterlijke antimisbruikdoctrines en interpretatieregels over het algemeen niet conflicteren met belastingverdragen, aangezien art. 31 t/m 33 VvW niet in de weg staan aan het toepassen van dergelijke doctrines.

De Hoge Raad is tot op heden zeer terughoudend met betrekking tot de doorwerking van fraus legis onder verdragen, alsmede met de toepassing van fraus conventionis. Uit bijvoorbeeld de arresten HR 15 december 1993, nr. 29.296, *BNB* 1994/259, HR 29 juni 1994, nr. 28.734, *BNB* 1994/294 en HR 15 maart 1995, nr. 29.531, *BNB* 1995/150 volgt dat de herkwalficatie van een inkomensbestanddeel (zoals van een dividend in een vervreemdingswinst) op basis van fraus legis voor verdragstoepassing in beginsel niet wordt gevolgd, tenzij uit de verdragstekst of uit de toelichtingen van de verdragsluitende staten blijkt dat de staten de gemeenschappelijke bedoeling hebben gehad om een dergelijke herkwalficatie ook onder het verdrag toe te passen.⁴⁸ Ook het negeren van een transactie op basis van fraus legis (waardoor een andere persoon als genietter van de betreffende inkomsten – een dividend – werd aangemerkt) werkte volgens de Hoge Raad in het arrest HR 6 december 2002, nr. 36.773, *NTFR* 2002/1877, *BNB* 2003/285, niet door naar het verdrag, nu er geen bewijs was van een gemeenschappelijke bedoeling van de verdragsluitende staten om het dividendartikel op de geherkwalficeerde feiten toe te passen.⁴⁹ Fraus legis werkt dus alleen door naar verdragen als dit blijkt uit de gemeenschappelijke bedoeling van de verdragsluitende staten, zoals kenbaar uit de verdragstekst of een gezamenlijke toelichting. Ook een zelfstandig beroep op doel en strekking van een verdrag op basis van fraus conventionis is door de Hoge Raad tot op heden niet geaccepteerd (zie bijvoorbeeld de arresten HR 15 december 1993, nr. 29.296, *BNB* 1994/259; HR 29 juni 1994, nr. 28.734, *BNB* 1994/294; HR 12 mei 2006, nrs. 39.223, 39.225, 40.450, 40.452 en 41.324, *NTFR* 2006/805 t/m 810, *BNB* 2007/36 t/m

40, HR 9 juni 2006, nr. 41.326, *NTFR* 2006/845, *BNB* 2007/41 en HR 14 juli 2006, nr. 42.522, *NTFR* 2006/1098, *BNB* 2007/42). De Hoge Raad lijkt echter wel ruimte te laten voor de toepassing van fraus conventionis indien hiervoor steun te vinden is in de verdragstekst of in de toelichtingen van de verdragsluitende staten (hetgeen in de onderhavige zaken niet het geval was).

De vraag is of de 2017-update een ander licht werpt op deze jurisprudentie. De Hoge Raad eist, tenzij hij op dit punt om zou gaan, dat de doorwerking van fraus legis, evenals de toepassing van fraus conventionis (oftewel toepassing van het ‘guiding principle’), een basis moet hebben in de kenbare gemeenschappelijke bedoeling van de verdragsluitende staten. De enkele wijziging van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag lijkt in elk geval een onvoldoende aanknopingspunt voor het aannemen van een dergelijke gemeenschappelijke bedoeling ten aanzien van reeds bestaande verdragen. De vraag is of dit anders ligt voor nieuwe verdragen die gebaseerd zijn op de 2017-versie van het OESO-Modelverdrag, aangenomen dat geen van beide staten een ‘observation’ heeft gemaakt (zie hierna). Ook voor deze verdragen geldt wat mij betreft echter dat het OESO-commentaar op zichzelf niet de uitdrukkelijke gemeenschappelijke bedoeling van partijen weergeeft. Hiervoor is mijns inziens op zijn minst bevestiging van de zienswijze van het OESO-commentaar in een gezamenlijke toelichting op het verdrag benodigd. Een dergelijke bevestiging zou de vorm kunnen hebben van een Protocolbepaling,⁵⁰ of een gezamenlijke verklaring van de verdragsluitende staten dat het verdrag gebaseerd is op het OESO-Modelverdrag 2017, zoals toegelicht in het bijbehorende commentaar. Ook de nieuwe preambule van het OESO-Modelverdrag (zie paragraaf 3) biedt naar mijn mening onvoldoende aanknopingspunten voor de ongeclausuleerde toepassing van fraus legis of fraus conventionis, omdat deze preambule slechts in algemene zin verwijst naar het voorkomen van belastingontwijking, zonder duidelijke verwijzing naar nationaal- of verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen. Naar mijn mening moet deze doelstelling juist tot uiting komen in het opnemen van art. 29 OESO-Modelverdrag en andere (expliciete) verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen.

4.4. Nederlandse positie t.a.v. commentaar art. 1 OESO-Modelverdrag

4.4.1. Intrekking ‘observation’ bij commentaar op art. 1

Nederland heeft bij eerdere versies van het OESO-commentaar (tot en met 2014) een ‘observation’ gemaakt bij de voormalige paragrafen in het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag over verdragsmisbruik (zie de voormalige par. 27.7 van het commentaar op art. 1 OESO-

47 Consultatiedocument ATAD, p. 18; Notitie ‘Aanpak belastingontwijking en belastingontduiking’, p. 4.

48 In het arrest HR 18 mei 1994, nr. 28.293, *BNB* 1994/252, lijkt de fiscale kwalificatie van feiten wel gevolgd te worden.

49 In HR 6 december 2002, nr. 36.773, *NTFR* 2002/1877, *BNB* 2003/285, negeerde de inspecteur de verkoop van aandelen in een Nederlandse bv door de in België woonachtige grootaandeelhouder B aan de vennootschap C nv, waarin B eveneens alle aandelen hield. De inspecteur belaste een dividend uitgekeerd door de bv aan C nv met toepassing van fraus legis als ware het rechtstreeks uitgekeerd aan B tegen een tarief van 15% op grond van art. 10, lid 2, van het voormalige Verdrag Nederland-België (1970).

50 Zie bijvoorbeeld art. I, lid 1, van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Barbados (2006) of art. A, lid 1, van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Bahrein (2008).

Modelverdrag).⁵¹ Nederland was het niet eens met de conclusie dat er in het algemeen geen sprake is van strijdigheid tussen nationale antimisbruikwetgeving (waaronder zogenoemde CFC-regels) en de bepalingen van belastingverdragen. Volgens Nederland was de verenigbaarheid van dergelijke antimisbruikregels met verdragen afhankelijk van, onder andere, de aard en bewoordingen van de specifieke nationale antimisbruikwetgeving, de tekst en strekking van de desbetreffende verdragsbepalingen en voorts van de verhouding tussen nationale wetgeving en internationale verdragen in een bepaalde verdragsluitende staat. Volgens Nederland kon onder omstandigheden toepassing van de antimisbruikwetgeving gerechtvaardigd zijn in specifieke situaties waarin sprake is van misbruik of onbedoeld gebruik. In die situaties diende, volgens de ‘observation’, echter wel het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen. Met ingang van de 2017-update heeft Nederland deze ‘observation’ echter ingetrokken. Het Ministerie van Financiën heeft hierop tot dusverre geen nadere toelichting gegeven. Nederland kan zich met het intrekken van de ‘observation’ (naar ik aanneem) volledig vinden in het nieuwe commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.⁵² Op dit punt lijkt dus sprake van een wijziging van het Nederlandse verdragsbeleid. Het zou goed zijn als dit wordt bevestigd in de aangekondigde notitie over de wijzigingen in het fiscale verdragsbeleid sinds de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (‘NFV 2011’), waarvan publicatie is toegezegd in de tweede helft van 2018.⁵³

4.4.2. Verdragsbeleid *fraus legis*

De NFV 2011 erkent dat *fraus legis* over het algemeen niet doorwerkt naar Nederlandse verdragen.⁵⁴ Volgens sommige andere staten werken nationaalrechtelijke antimisbruikstukken echter wel direct door in belastingverdragen. Nederland is volgens de NFV 2011 voorstander van het opnemen van een verdragsrechtelijke basis voor de doorwerking van dergelijke leerstukken. Een zodanige bepaling is ook in diverse Nederlandse verdragen terug te vinden (zie par. 4.3.2). Waar een expliciete verwijzing naar nationaalrechtelijke antimisbruikstukken wordt opgenomen, streeft Nederland er volgens de NFV 2011 naar een consultatie c.q. onderling-overlegmogelijkheid in het verdrag overeen te komen.⁵⁵ Het lijkt hier met name te gaan om een controlemechanisme dat moet voorkomen dat een verwijzing naar nationaalrechtelijke antimisbruikregels in een verdrag het mogelijk maakt dat een nationaalrechtelijk antimisbruikstuk in de jurisprudentie van een andere staat een ruimere toepassing krijgt dan was voorzien bij het

sluiten van het verdrag, en deze ruimere strekking vervolgens zonder meer door deze staat onder het verdrag met Nederland kan worden toegepast. Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de doorwerking van *fraus legis* onder verdragen, vormt de 2017-update naar mijn mening geen aanleiding voor Nederland op dit standpunt terug te komen. Ook de intrekking van de Nederlandse ‘observation’ bij het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag noopt mijns inziens niet tot een andere conclusie.

5. Art. 29 OESO-Modelverdrag (Entitlement to treaty benefits)

5.1. Algemeen

De nieuwe bepaling van art. 29 OESO-Modelverdrag betreft de implementatie van de BEPS-minimumstandaard ten aanzien van verdragsmisbruik. Daarnaast is in dit artikel de antimisbruikbepaling ten aanzien van laagbelaste vi's in derde staten opgenomen (lid 8), die geen onderdeel is van de BEPS-minimumstandaard. Deze laatstgenoemde bepaling blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

Ter implementatie van de BEPS-minimumstandaard mogen staten kiezen uit een van de volgende alternatieven:⁵⁶

1. het opnemen van een PPT;
2. het opnemen van een gedetailleerde LOB-bepaling aangevuld met een anticondubitbepaling;
3. het opnemen van een vereenvoudigde LOB-bepaling in combinatie met de PPT.

De PPT is opgenomen in art. 29, lid 9. Ten aanzien van de vereenvoudigde en gedetailleerde LOB-bepalingen zijn ‘placeholders’ opgenomen in lid 1 t/m 7 van art. 29. De teksten van de artikelliden van deze beide varianten, inclusief toelichtingen, zijn opgenomen in het OESO-commentaar. Hierbij heeft de LOB-bepaling uit het US-Modelverdrag 2016 als uitgangspunt gediend.⁵⁷

Het OESO-Modelverdrag laat staten vrij in de keuze tussen de drie alternatieven. Het OESO-commentaar wijst alleen op enkele voor- en nadelen van de diverse alternatieven. Welke keuze een staat maakt, is uiteindelijk een kwestie van fiscaal (verdrags)beleid. Het OESO-Modelverdrag en -commentaar is in dit verband minder directief dan het MLI, dat deelnemende jurisdicties via art. 7 MLI de mogelijkheid biedt te voldoen aan deze BEPS-minimumstandaard. Opname van de PPT is de ‘default’-stand van

51 Door middel van een ‘observation’ geeft een OESO-lidstaat aan dat hij zich niet kan vinden in de uitleg zoals weergegeven in het OESO-commentaar.

52 Vgl. de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 7, *NFR* 2011/467, *V-N* 2011/12.4, par. 1.3.3.

53 Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, *V-N* 2018/14.2, par. 2.3.

54 NFV 2011, par. 2.20.2.

55 NFV 2011, par. 2.20.1. Zie ook T. Bender, ‘Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act’, *WFR* 2011/539, onderdeel 3.2.

56 Zie het rapport inzake BEPS-actie 6, p. 10 en deel A.

57 Zie de inleiding bij de 2017-update van het OESO-Modelverdrag, 21 november 2017, p. 3 (www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-Model-tax-convention.pdf).

art. 7 MLI.⁵⁸ Kijkend naar de keuzes van staten vindt de PPT brede navolging. Ook Nederland heeft een voorkeur voor de PPT uitgesproken (zie ook par. 5.4 hierna).

Na een kort overzicht van de LOB-bepaling in par. 5.2 komen in par. 5.3 diverse aspecten van de PPT aan de orde. De Nederlandse positie t.a.v. art. 29 OESO-Modelverdrag bespreek ik in par. 5.4.

5.2. De LOB-bepaling (art. 29, lid 1 t/m 7, OESO-Modelverdrag)

5.2.1. Gedetailleerde LOB-bepaling

Op grond van de LOB-bepaling zijn verdragsvoordelen alleen beschikbaar indien aan de – veelal zeer technische en complex geformuleerde – voorwaarden is voldaan. Hieronder is slechts een zeer globale samenvatting van de LOB-bepaling opgenomen.⁵⁹ Het OESO-commentaar bevat een uitvoerige toelichting op de diverse toetsen van de LOB-bepaling.⁶⁰

- In de eerste plaats moet degene die verdragsvoordelen claimt een ‘qualified person’ zijn. Het gaat hierbij om:
 - natuurlijke personen (art. 29, lid 2, onderdeel a, OESO-Modelverdrag);
 - de verdragsluitende staten en onderdelen daarvan (art. 29, lid 2, onderdeel b, OESO-Modelverdrag);
 - lichamen die voldoen aan de zogenoemde directe of indirecte beurstoets (art. 29, lid 2, onderdeel c, OESO-Modelverdrag);
 - bepaalde non-profitorganisaties (art. 29, lid 2, onderdeel d, OESO-Modelverdrag);
 - bepaalde pensioenfondsen (art. 29, lid 2, onderdeel e, OESO-Modelverdrag);
 - lichamen die voldoen aan de zogenoemde ‘ownership test’ en de ‘base erosion test’. eigendoms- en basiserosietoets (art. 29, lid 2, onderdeel f, OESO-Modelverdrag);

- bepaalde CIV’s (optioneel; art. 29, lid 2, onderdeel g, OESO-Modelverdrag).
- Op grond van de ‘active business test’ van art. 29, lid 3, OESO-Modelverdrag is een persoon die niet kwalificeert op grond van lid 2 toch gerechtigd tot verdragsvoordelen indien deze persoon een actieve onderneming uitoefent in zijn woonstaat en het betreffende inkomen uit deze onderneming voortvloeit.
- Volgens de alternatieve toets van de ‘derivative benefits test’ (art. art. 29, lid 4, OESO-Modelverdrag) komen lichamen die worden gehouden door inwoners van derde staten in aanmerking voor verdragsvoordelen op voorwaarde dat deze achterliggende personen gerechtigd zouden zijn tot gelijkwaardige voordelen indien zij het betreffende inkomen rechtstreeks hadden genoten. Kort samengevat zijn verdragsvoordelen ten aanzien van een inkomensbestanddeel beschikbaar als de inkomsten worden genoten door een lichaam dat inwoner is van een verdragsluitende staat indien 95% van de aandelen in dat lichaam (stemrecht en waarde) direct of indirect worden gehouden door zeven of minder ‘equivalent beneficiaries’, en het lichaam bovendien voldoet aan een ‘base erosion test’.
- Op basis van de ‘headquarter company test’ (art. 29, lid 5, OESO-Modelverdrag) zijn verdragsvoordelen onder bepaalde voorwaarden toch beschikbaar voor lichamen die niet kwalificeren op basis van lid 2. Deze ‘hoofdkantorentoets’ leidt ertoe dat de functie van (regionaal) hoofdkantoor vervult binnen een multinationale groep, bestaande uit het lichaam en zijn directe en indirecte dochtervennootschappen, toch in aanmerking komt voor verdragsvoordelen ten aanzien van dividenden en rente betaald door groepsvennootschappen aan dit lichaam.
- De ‘discretionary relief’-bepaling van art. 29, lid 6, OESO-Modelverdrag biedt de bevoegde autoriteiten de mogelijkheid, op verzoek van de belastingplichtige, onder bepaalde voorwaarden toch verdragsvoordelen toe te kennen waar deze op basis van de overige toetsen van de LOB-bepaling geweigerd zouden worden.

58 De PPT is naar keuze aan te vullen met een vereenvoudigde LOB-bepaling (art. 7, lid 6, MLI). Staten kunnen slechts in een zeer beperkt aantal gevallen een voorbehoud maken bij art. 7 MLI (en dus een opt-out toepassen), bijvoorbeeld indien zij zich committeren bilateraal een maatregel overeen te komen die tevens voldoet aan de BEPS-minimumstandaard, te weten een gedetailleerde LOB-bepaling aangevuld met een anticoduitbepaling dan wel een PPT. Het MLI biedt staten de mogelijkheid te verklaren dat zij de PPT slechts als tijdelijke maatregel willen toepassen, totdat deze – waar mogelijk – op basis van bilaterale onderhandelingen wordt aangevuld met of vervangen door een LOB-bepaling (op basis van art. 7, lid 17, onderdeel a, MLI). Geen enkele jurisdictie heeft vooralsnog gekozen voor een opt-out teneinde op bilaterale basis een gedetailleerde LOB-bepaling te onderhandelen. Wel hebben negen jurisdicties aangegeven de PPT slechts als interim-maatregel te zien, totdat deze op bilaterale basis wordt vervangen of aangevuld door een LOB-bepaling.

59 Zie voor een gedetailleerde analyse van de LOB-bepaling B. Kuźniacki, ‘The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1’, *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 68 e.v. en ‘Part 2’, *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 2, p. 124 e.v.

60 Zie par. 1 t/m 160 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

Nederland heeft in diverse verdragen een LOB-bepaling opgenomen, doorgaans op verzoek van de desbetreffende verdragspartner.⁶¹ De LOB-bepaling van art. 26 Verdrag Nederland-Verenigde Staten (1992) is het meest uitgebreid en veelomvattend. De LOB-bepaling van art. 21 Verdrag Nederland-Japan (2010) heeft een beperktere scope en ziet slechts op een beperkt aantal verdragsbepalingen. Daarnaast zijn beperkte LOB-bepalingen opgenomen in de dividendartikelen van verschillende Nederlandse verdragen.⁶²

61 In sommige gevallen is een dergelijke bepaling echter op verzoek van Nederland opgenomen. Zie T. Bender, onderdeel 3.3.4.3.

62 Zie art. 10, lid 10, Verdrag Nederland-Bahrein (2008), art. 10, lid 4, Verdrag Nederland-Barbados (2006), art. 10, lid 3, Verdrag Nederland-Hongkong (2010), art. 5 van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Koeweit (2001), art. V van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Macedonië (1998), en art. 10, lid 3, Verdrag Nederland-Panama (2010).

De LOB-bepaling in de 2017-update en het bijbehorende commentaar zijn niet van belang voor de uitleg van deze diverse LOB-bepalingen. Nederland is inmiddels geen voorstander meer van het opnemen van een LOB-bepaling in verdragen (zie par. 5.4 hierna).

5.2.2. Anticonduitbepaling

Noch het OESO-Modelverdrag, noch het commentaar bevatten een tekstvoorstel voor een anticonduitbepaling, die dient als aanvulling op de gedetailleerde LOB-bepaling. Het commentaar geeft wel een aantal voorbeelden van doorstroomsituaties die door een dergelijke bepaling geadresseerd zouden moeten worden.⁶³ Het commentaar biedt overigens ook de mogelijkheid dergelijke doorstroomsituaties met behulp van nationaalrechtelijke antimisbruikregels te bestrijden. De anticonduitbepaling beoogt verdragsvoordelen te weigeren ingeval een inwoner van een van de staten (nagenoeg) alle inkomsten, waarvoor verdragsvoordelen geclaimd worden, doorbetaalt aan een inwoner van een derde staat die zelf geen recht heeft op gelijkwaardige verdragsvoordelen, en waarbij sprake is van een (samenstel van) transactie(s) met als een van de hoofddoelen het verkrijgen van deze verdragsvoordelen. De anticonduitbepaling kan een ruime werking hebben (en alle verdragsvoordelen betreffen) of een beperkte werking (waarbij alleen specifieke verdragsvoordelen zoals ten aanzien van rente of royalty's geweigerd worden).

5.2.3. Vereenvoudigde LOB-bepaling

De vereenvoudigde LOB-bepaling mag alleen in combinatie met de PPT van art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag toegepast worden. De diverse onderdelen van de vereenvoudigde LOB-bepaling betreffen minder complexe versies van de toetsen van de uitgebreide LOB-bepaling. In afwijking van de gedetailleerde LOB-bepaling kent de vereenvoudigde LOB-bepaling geen uitzondering in de vorm van een 'head-quarter company test' (art. 29, lid 5, OESO-Modelverdrag).

5.3. De PPT (art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag)

5.3.1. Algemeen

De PPT van art. 29, lid 9, luidt als volgt:

'Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable

to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.'

Op grond van de PPT worden verdragsvoordelen ten aanzien van een inkomensbestanddeel ontzegd indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste redenen was voor een structuur of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid (subjectieve toets of oogmerktoets). Het verdragsvoordeel wordt echter toch toegekend indien wordt vastgesteld dat het toekennen van het voordeel in overeenstemming is met het doel en strekking van de relevante verdragsbepaling (objectieve toets of normtoets). De PPT is een flexibele regel die gebruikt maakt van diverse open normen. De PPT is vormgegeven als hoofdregel (subjectieve toets) met een uitzondering (objectieve toets). Deze opzet heeft onder andere gevolgen voor de bewijslastverdeling (zie par. 5.3.6 hierna).

De PPT staat in beginsel los van de LOB-bepaling. Dit betekent dat de PPT bovenop de LOB-bepaling komt, indien beide in een verdrag zijn opgenomen. Indien een belastingplichtige voldoet aan de PPT, kunnen verdragsvoordelen dus op basis van de LOB-bepaling geweigerd worden. Andersom geldt dat als een belastingplichtige de toetsen van de LOB-bepaling doorstaat, verdragsvoordelen alsnog op basis van de PPT kunnen worden ontzegd.⁶⁴ Hetzelfde geldt voor andere SAAR's die in het verdrag zijn opgenomen, zoals art. 29, lid 8, OESO-Modelverdrag (ten aanzien van laagbelaste vi's in derde staten). Deze bepalingen en de PPT zijn cumulatief van toepassing.

De verdragsluitende staten kunnen ervoor kiezen aan de PPT een 'discretionary relief'-bepaling toe te voegen. De tekst hiervan is in het commentaar opgenomen.⁶⁵ Op verzoek van de belastingplichtige kent de belastingdienst onder deze bepaling toch de verdragsvoordelen toe die bij afwezigheid van de gewraakte transactie of structuur zouden zijn verleend, na raadpleging van de autoriteiten van de andere staat. Nederland is een voorstander van een dergelijke bepaling, getuige de keuze voor de corresponderende bepaling in het MLI.⁶⁶

⁶³ Par. 187 e.v. van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

⁶⁴ Par. 171 en 172 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

⁶⁵ Zie par. 184 e.v. van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

⁶⁶ De 'discretionary relief'-bepaling is opgenomen in art. 7, lid 4, MLI. Deze bepaling wordt onder het MLI slechts aan 'Covered Tax Agreements' toegevoegd indien beide partijen bij de 'Covered Tax Agreement' hiervoor kiezen.

Zonder volledigheid te pretenderen, komen in de volgende paragrafen enkele aspecten van de PPT aan de orde.⁶⁷

5.3.2. Oogmerktoets

De kern van de PPT is de subjectieve toets waarbij het oogmerk van de belastingplichtige (en eventuele andere betrokkenen) bij een structuur of transactie centraal staat. Of voldaan is aan de oogmerktoets dient bepaald te worden aan de hand van een objectieve analyse van alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder de bedoelingen van alle partijen die bij een structuur of transactie zijn betrokken.⁶⁸ Het gaat dus om een geobjectiverde subjectieve toets.⁶⁹ Ten aanzien van de oogmerktoets geldt dat een belastingdienst bij de toepassing daarvan steeds alle feiten en omstandigheden van het voorliggende geval in ogenschouw moet nemen. Als vuistregel vermeldt het commentaar echter dat als een structuur of een transactie onlosmakelijk is verbonden met een commerciële kernactiviteit, en de vormgeving daarvan niet door fiscale overwegingen is gemotiveerd, zeer waarschijnlijk niet voldaan is aan de oogmerktoets.⁷⁰ Het OESO-commentaar bevat bovendien diverse voorbeelden die de werking van de PPT nader toelichten (zie par. 5.3.8 hierna).

De PPT vereist dat een van de voornaamste beweegredenen voor een structuur of transactie bestaat uit het verkrijgen van verdragsvoordelen. Ook indien een belastingplichtige andere, zakelijke motieven heeft bij het opzetten van een structuur of het aangaan van een transactie, maar daarnaast verdragstoepassing als een van de belangrijkste beweegredenen is, dan kan de PPT worden ingeroepen. De aanwezigheid van niet-fiscale motieven biedt op zichzelf dus geen 'escape' uit de PPT. Hiermee kent de oogmerktoets een lagere drempel dan de eis van 'uitsluitend of volstrekt over-

wegend' fiscale beweegredenen die in het kader van *fraus legis* (of *fraus conventionis*) wordt gesteld.⁷¹ Hetzelfde geldt voor diverse bestaande 'main purpose'-testen in Nederlandse belastingverdragen (zie bijvoorbeeld art. VIII van het Protocol bij het Verdrag Nederland-Zwitserland (2010)). Met de PPT hebben belastingdiensten dus een effectiever wapen in handen.

De PPT bevat, anders dan de GAAR van de EU-Moederdochterrichtlijn (geïmplementeerd in art. 4, lid 3, Wet DB 1965) en de GAAR van art. 6 ATAD, geen expliciete uitzonderingsgrond voor reële economische activiteiten (oftewel een kunstmatigheidstoets). Als onderdeel van het EU Anti Tax Avoidance Package heeft de Europese Commissie een aanbeveling tot de EU-lidstaten gericht om een aangepaste versie van de PPT op te nemen in hun bilaterale verdragen, zowel onderling als met derde staten, waarin een dergelijke uitzondering wel is opgenomen.⁷² Tot op heden lijkt deze aanbeveling weinig navolging te vinden. De vraag of sprake is van wezenlijke economische activiteiten lijkt echter wel degelijk relevant te zijn bij toepassing van de PPT. Dit blijkt uit diverse passages van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag; zie het voorbeeld van par. 176, par. 181 en de diverse voorbeelden opgenomen in par. 182, zoals voorbeelden C, F en G (zie ook par. 5.3.8 hierna).⁷³ Naar mijn mening volgt uit de oogmerktoets dat alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden afgewogen, waaronder in voorkomende gevallen de vraag of sprake is van reële economische activiteiten, dan wel zakelijke overwegingen.⁷⁴ Ingeval dergelijke overwegingen de doorslag hebben geven bij het opzetten van een structuur of bij het aangaan van een transactie, zal de PPT niet toegepast kunnen worden. De aanbeveling van de Europese Commissie is in die opvatting strikt genomen overbodig.⁷⁵

67 Zie voor een analyse van de PPT o.a. M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* 2014, p. 655 e.v.; L. De Broe en J. Luts, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 124 e.v.; Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de "principal purpose test"', *WFR* 2015/184; C. Palao Taboada, 'OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule', *Bulletin for International Taxation*, oktober 2015, p. 603 e.v.; R. Kok, 'The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6', *Intertax* 2016, Vol. 44, Issue 5, p. 406 e.v.; E. Pinetz, 'Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse', *Bulletin for International Taxation*, januari 2016, p. 115 e.v.; M.C. Rasenberg, 'Anti-misbruik in verdragen: dat kan specifiek!', *WFR* 2017/93; A. Báez Moreno, 'GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?', *Intertax* 2017, Vol. 45, Issue 6 & 7, p. 432 e.v.; V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 18 e.v.; R.J. Danon, 'Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups', *Bulletin for International Taxation*, januari 2018, p. 31 e.v.; B. Kuźniacki, 'The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application', *World Tax Journal* 2018 (Vol. 10), No. 2, IBFD Journals Online.

68 Par. 178 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

69 Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de "principal purpose test"', *WFR* 2015/184, par. 4.1.

70 Par. 181 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

71 Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de "principal purpose test"', *WFR* 2015/184, par. 4.1. Ook het 'guiding principle' kent een hogere drempel door aan te sluiten bij 'main purpose' van een structuur of transactie.

72 Aanbeveling van de Commissie van 28.1.2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 final, p. 3-4. De voorgestelde tekst luidt als volgt (onderstreping auteur): 'Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that it reflects a genuine economic activity or that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention'.

73 Zie ook L. De Broe en J. Luts, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 132.

74 Zie ook D. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review*, augustus 2017 I, No. 1, p. 51.

75 De redactie van Vakstudie-Nieuws meent dat de uitzondering voor reële economische activiteiten in de PPT gelezen dient te worden voor zover deze tussen EU-lidstaten wordt toegepast; zie *V-N* 2018/19.8, p. 45. Naar mijn mening kan deze toets in alle gevallen in de PPT gelezen worden, ook in relatie tot niet-EU-lidstaten.

5.3.3. Weigering van verdragsvoordelen

Op basis van de PPT kunnen beide verdragsluitende staten de toepassing van het verdrag in voorkomende gevallen weigeren. De formulering van de PPT is zodanig ruim dat elk van beide verdragsluitende staten de PPT naar eigen inzicht kan toepassen. Of een bepaalde situatie onder de PPT valt, zal echter veelal een kwestie zijn voor het 'bronland'.

Het begrip 'verdragsvoordeel' moet in dit verband ruim worden opgevat. Het betreft alle verdragsvoordelen en alle typen inkomsten die door de artikelen 6 t/m 22 bestreken worden. Het gaat bijvoorbeeld om alle beperkingen van het heffingsrecht van de bronstaat (bijvoorbeeld op grond van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag ten aanzien van dividenden), evenals de exclusieve toewijzing van heffingsrechten aan één van de staten (bijvoorbeeld art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag ten aanzien van vervreemdingswinsten). Verder omvatten de verdragsvoordelen de verplichting tot het verlenen van voorkoming door de woonstaat (inclusief eventuele tax sparing credits) en de toepassing van het non-discriminatieartikel (art. 24 OESO-Modelverdrag).⁷⁶ De reikwijdte- en definitiebepalingen van art. 1 t/m 5 OESO-Modelverdrag worden in dit verband niet genoemd. Onder omstandigheden is het naar mijn mening echter denkbaar dat ook art. 4 OESO-Modelverdrag tot een verdragsvoordeel kan leiden. Stel dat een binnenlands belastingplichtige vennootschap met het oog op het beperken van het heffingsrecht van Nederland zijn plaats van feitelijke leiding verplaatst naar een andere staat (Staat X), zodat Nederland niet meer kan heffen over dividenden uitgekeerd door deze vennootschap aan haar aandeelhouder in Staat Y op basis van het arrest HR 28 februari 2001, nr. 35.557, *NtFR* 2001/372, *BNB* 2001/295 (het Drielandenpunt-arrest). In dat geval vloeit de beperking van het Nederlandse heffingsrecht onder het Verdrag Nederland-Staat Y niet alleen voort uit art. 10 van dat verdrag, maar primair uit het niet langer zijn van verdragsinwoner van Nederland in de zin van art. 4 Verdrag Nederland-Staat Y (aangenomen dat art. 4 een 'oude' tiebreaker op basis van plaats van feitelijke leiding bevat; zie ook par. 5.3.5 hierna).⁷⁷

De PPT weigert verdragsvoordelen ten aanzien van een 'item of income'. Dit begrip is niet in het OESO-Modelverdrag gedefinieerd en dient daarom te worden uitgelegd op basis van het nationale recht van de staat die het verdrag toepast, tenzij de context anders vereist. Het begrip 'item of income' heeft derhalve een zeer ruime strekking, en omvat ieder inkomensbestanddeel dat naar nationaal recht wordt belast op grond van een van de belastingen genoemd in art. 2 OESO-Modelverdrag (welk heffingsrecht eventueel door het verdrag wordt ingeperkt). De aard van het inko-

mensbestanddeel is verder niet relevant, de term 'item of income' behelst bijvoorbeeld ook vervreemdingswinsten.⁷⁸ In de restrictieve lezing van de Hoge Raad met betrekking tot hetzelfde begrip in art. 21 OESO-Modelverdrag zouden inkomensbestanddelen die bestaan uit het terugnemen van eerder verleende (voorwaardelijke) aftrekposten echter niet als 'item of income' kunnen worden beschouwd, en daarmee buiten het verdrag (en eventuele toepassing van de PPT) vallen.⁷⁹

De PPT beoogt in ieder geval situaties van 'treaty shopping' te bestrijden.⁸⁰ Ook situaties waarin een belastingplichtige een structuur of transactie aangaat met als voornaamste beweegreden het kunnen invoeren van een gunstiger verdragsbepaling ten opzichte van een verdragsbepaling die anders van toepassing zou zijn ('article shopping' of 'rule shopping')⁸¹ kunnen onder de PPT vallen.⁸² In zekere zin zou de PPT gezien kunnen worden als pendant van de verdragsrechtelijke goede trouw. Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad is het Nederland niet toegestaan een nationaalrechtelijke fictie toe te passen onder verdragen, indien deze fictie zou leiden tot een eenzijdige verschuiving van heffingsrechten ten gunste de bronstaat (hetgeen in strijd zou zijn met verdragsuitleg te goeder trouw), bijvoorbeeld het verschuiven van inkomen van art. 13 naar art. 10 OESO-Modelverdrag.⁸³ De PPT werpt een barrière op voor belastingplichtigen die op gekunstelde wijze en met als een van de voornaamste doelen inkomen van de ene verdragsbepaling naar de andere willen verschuiven, waardoor de heffingsrechten van de bronstaat worden ingeperkt. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin een dividend (ten aanzien waarvan de bronstaat een heffingsrecht heeft) kunstmatig wordt 'omgekat' in een vervreemdingswinst (waarover de bronstaat niet mag heffen). Deze goedertrouw-achtige benadering lijkt ook terug te vinden in het OESO-commentaar, dat aangeeft dat de PPT ervoor zorgt

76 Par. 175 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

77 In een alternatieve benadering naar analogie van het arrest HR 2 september 1992, nr. 26.059, *BNB* 1992/379, zou de beperking ook kunnen voortvloeien uit art. 4 jo. art. 10, lid 5, Verdrag Nederland-Staat X.

78 R.A. Bosman, *Other Income under Tax Treaties*, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn 2015, p. 78. Zie voor een andersluidende opvatting M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* 2014, p. 656, die (naar mijn mening ten onrechte) meent dat 'taxes on capital' niet door de PPT bestreken worden. Dit is naar mijn mening niet in overeenstemming met de tekst van de PPT en de verwijzing naar art. 22 OESO-Modelverdrag in de toelichting op de PPT.

79 Zie HR 7 december 2001, nr. 35.231, *NtFR* 2001/1749, *BNB* 2002/42 en HR 24 juli 2017, nr. 17/01256, *NtFR* 2017/1862, *BNB* 2017/186.

80 Zie de voetnoot bij de titel van art. 29 OESO-Modelverdrag, en par. 1 en 4 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag. Zie verder bijvoorbeeld par. 10.16 en 10.18 van het commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag en par. 12.5 en 22 van het commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag. De situaties omschreven in voorbeelden A en B in par. 183 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag worden expliciet als treaty shopping aangemerkt.

81 Vgl. de omschrijving van 'shopping binnen het verdrag' in de NFV 2011, par. 1.3.4.

82 M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* 2014, p. 657.

83 Zie o.a. HR 5 september 2003, nr. 37.651, *NtFR* 2003/1511, *BNB* 2003/379; HR 18 juni 2004, nr. 39.385, *NtFR* 2004/940, *BNB* 2004/314 en HR 23 mei 2014, nr. 13/02237, *NtFR* 2014/1732, *BNB* 2014/170.

dat verdragsvoordelen juist beschikbaar zijn voor ‘bonafide’ handelingen in het economische verkeer.⁸⁴

Een opvallend aspect van de PPT is dat de rechtsgevolgen ervan niet volledig duidelijk zijn. Op basis van de tekst is helder dat de staat die de PPT toepast het geclaimde of beoogde verdragsvoordeel weigert. Dit betekent dat bijvoorbeeld een geclaimde of beoogde vrijstelling (bijvoorbeeld op grond van art. 12, lid 1, OESO-Modelverdrag) of beperking van het tarief (bijvoorbeeld op grond van art. 10, lid 2, onderdeel a, OESO-Modelverdrag) niet van toepassing is. De PPT zegt echter niets over welke verdragsbepaling vervolgens eventueel wél van toepassing is.⁸⁵ Dit is naar mijn mening vanuit het oogpunt van rechtszekerheid een ernstige tekortkoming in de PPT en de toelichting daarop. Betekent het toepassen van de PPT bijvoorbeeld dat een belastingplichtige geen enkele aanspraak meer kan maken op welke verdragsvoordelen dan ook? Oftewel, is verdragsbescherming in het geheel niet beschikbaar volgens de staat die de PPT inroept? Of wordt alleen het direct geclaimde verdragsvoordeel in verband met de gewraakte transactie of structuur teruggenomen, en kan een belastingplichtige onverminderd aanspraak blijven maken op andere verdragsbepalingen waarvan de toepassing niet in geschil is? In geval van het weigeren van een bepaald verdragsvoordeel bij ‘article shopping’ zou een belastingplichtige dan mogelijk kunnen terugvallen op een andere (minder gunstige) verdragsbepaling die anders van toepassing zou zijn geweest. Denk bijvoorbeeld aan het terugvallen op het 15%-tarief voor portfoliodividenden (vgl. art. 10, lid 2, onderdeel b, OESO-Modelverdrag) ingeval een bronstaat de vrijstelling of het verlaagde tarief voor deelnemingsdividenden met toepassing van de PPT weigert. Het OESO-commentaar koppelt deze laatste benadering echter aan de optionele ‘discretionary relief’-bepaling.⁸⁶ Dit doet vermoeden dat het terugvallen op een andere verdragsbepaling, althans in de visie van het OESO-commentaar, niet rechtstreeks uit de PPT volgt. Deze benadering volgt naar mijn mening echter niet noodzakelijkerwijs uit de tekst van de PPT, nu deze de precieze reikwijdte van de sanctie in het midden laat. Een vergelijkbare kwestie doet zich voor in ‘treaty shopping’-situaties waarbij een (bron)staat op basis van de PPT verdragsvoordelen weigert in een structuur met een ‘tussengeschoven’ vennootschap (bijvoorbeeld een tussenhoudster of een doorstroomvennootschap). Kunnen partijen vervolgens terugvallen op eventuele bescherming onder het verdrag tussen de bronstaat en de woonstaat van de achterliggende partij, dat zonder de tussengescho-

ven vennootschap van toepassing zou zijn geweest?⁸⁷ Voor een bevestigend antwoord is steun te vinden in de Hoge Raad-jurisprudentie over toepassing van *fraus legis* onder de BRK.⁸⁸ Ingeval de verdragsluitende staten een verschillende opvatting hebben over de rechtsgevolgen van de PPT, en deze leidt tot dubbele heffing, dan is slechts de MAP-procedure (art. 25 OESO-Modelverdrag) beschikbaar om tot een oplossing te komen (zie ook par. 5.3.9 hierna).

Een hiermee samenhangend punt dat niet helemaal helder is, betreft de interactie tussen de bronstaat en de woonstaat bij toepassing van de PPT. Als de bronstaat met toepassing van de PPT een vrijstelling of gereduceerd tarief weigert, of zelfs het verdrag volledig negeert en een nationaalrechtelijk tarief toepast dat uitgaat boven het maximale verdragstarief (bijvoorbeeld het 15%-tarief voor portfoliodividenden), is de woonstaat dan gehouden voor de heffing door de bronstaat voorkoming te verlenen, en zo ja, voor welk deel? De heffing door de bronstaat met inachtneming van de PPT, is immers ‘in accordance with the provisions of this Convention’, zoals art. 23 A, lid 1, en art. 23 B, lid 1, OESO-Modelverdrag vereisen. Naar de letter omvatten ‘the provisions of this Convention’ voor toepassing van de voorkomingsbepalingen tevens art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag. Het is echter mogelijk dat de woonstaat in voorkomende gevallen zelf ook de PPT inroept en geen voorkoming verleent, of slechts tegen een gereduceerd tarief (bijvoorbeeld het tarief waarnaar zonder toepassing van de PPT zou zijn geheven). Dit zou onder omstandigheden kunnen leiden tot dubbele belastingheffing, hetgeen niet in overeenstemming zou zijn met een van de hoofddoelen van het verdrag, namelijk het voorkomen van internationale juridische dubbele belasting.

5.3.4. ‘Directly or indirectly’

Met de zinsnede ‘directly or indirectly’ is een brede toepassing van de PPT beoogd.⁸⁹ Ook dit element van de PPT betreft een vage norm. De gehanteerde terminologie doet enigszins denken aan de ruime formulering van art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969. Het commentaar geeft in dit verband het voorbeeld van een doorstroomvennootschap. Kort samengevat houdt vennootschap X in Staat T een vordering op dochtervennootschap Y in Staat S. Tussen Staat T en Staat S is geen verdrag van toepassing, waardoor Staat S

84 Par. 174 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

85 L. De Broe en J. Luts, ‘BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse’, *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 133; M. Lang, ‘BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties’, *Tax Notes International* 2014, p. 661-662; V. Chand, ‘The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis’, *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 39; B. Kuźniacki, ‘The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application’, *World Tax Journal* 2018 (Vol. 10), No. 2, ICFD Journals Online, par. 2.5.

86 Zie par. 184-186 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

87 Vgl. voorbeeld C in par. 187 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag. Zie ook M. Lang, ‘BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties’, *Tax Notes International* 2014, p. 662-663; V. Chand, ‘The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis’, *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 39-40.

88 Zie het arrest HR 28 juni 1989, nr. 25.451, *BNB* 1990/45, over toepassing van *fraus legis* onder de BRK. De casus betrof, kort samengevat, een Antilliaanse houdstervenootschap die was geschakeld tussen een Canadese aandeelhouder en een Nederlandse vennootschap teneinde de vrijstelling voor dividenden onder de BRK te kunnen toepassen. De toepassing van de vrijstelling werd geweigerd op basis van doel en strekking van de BRK en het dividend werd geacht rechtstreeks te zijn uitgekeerd aan de aandeelhouder. Volgens de Hoge Raad moest Nederland in dat geval de voordelen toekennen van het verdrag dat anders van toepassing was geweest (in dit geval het Verdrag Nederland-Canada).

89 Par. 176 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

een bronheffing van 25% op rentebetalingen van X aan Y kan toepassen. Onder het verdrag tussen Staat S en Staat R mag Staat S rente die afkomstig is uit Staat S echter niet belasten. Indien X de vordering op Y overdraagt aan dochtervennootschap Z, gevestigd in Staat R, tegen schuldkerkenning door Z, met als een van de voornaamste doelen het verkrijgen van toegang tot het verdrag tussen Staat R en Staat S, mag Staat S het verdragsvoordeel (de vrijstelling van belasting op rente afkomstig uit Staat S) weigeren op grond van de PPT. In dit geval vloeit het verdragsvoordeel indirect voort uit de overdracht van de leningen aan Z. Ook de intenties van een derde kunnen de belastingplichtige dus worden tegengeworpen.⁹⁰

5.3.5. 'Arrangement or transaction'

Ook de woorden 'arrangement or transaction' moeten volgens het OESO-commentaar in ruime zin worden opgevat.⁹¹ Hieronder valt ieder soort 'arrangement, understanding, scheme, transaction or series of transactions, whether or not they are legally enforceable'. In dit verband noemt het commentaar in het bijzonder de creatie, overdracht, verwerving of overdracht van het betreffende inkomen, dan wel het vermogensbestanddeel of recht waaruit het inkomen voortvloeit. Hierbij valt volgens het commentaar te denken aan het oprichten, verwerven of in stand houden van een (rechts)persoon, daaronder begrepen de kwalificatie van een persoon als verdragsinwoner en eventuele handelingen om als inwoner aangemerkt te worden. Specifiek noemt het commentaar als voorbeeld het houden van board meetings van een vennootschap opgericht naar het recht van het ene land in ander land om de (verdrags) woonplaats van de vennootschap naar het laatstgenoemde land te verplaatsen. Het commentaar suggereert dus dat de verdragstoegang van een dual-resident-vennootschap waarvan het inwonerschap op basis van de plaats van feitelijke leiding is bepaald, onder de PPT geweigerd zou kunnen worden. Hierbij moet uiteraard wel voldaan zijn aan de oogmerktoets. Naar mijn mening impliceert het commentaar op dit punt dat een verdrag niet noodzakelijk de gewijzigde tiebreaker van artikel 4, lid 3, OESO-Modelverdrag hoeft te bevatten om verdragsmisbruik met behulp van dual-resident-vennootschappen te bestrijden, omdat dit op basis van de PPT ook reeds mogelijk is.⁹² De MAP-tiebreaker van art. 4, lid 3, hanteert veeleer een lagere drempel voor het weigeren van verdragstoepassing, omdat daarin een oogmerktoets ontbreekt.

5.3.6. Object and purpose

In het kader van de PPT is het aan de belastingplichtige te beargumenteren dat het verlenen van verdragsvoordelen in overeenstemming is met doel en strekking van de 'relevant provisions of this Convention'. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan de specifieke toewijzingsbepaling die met toepassing van de PPT ter discussie wordt gesteld. Andere relevante bepalingen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn een alternatieve toewijzingsbepaling, het voorkomingsartikel of de non-discriminatiebepaling.

Zoals aangegeven in paragraaf 3, heeft het OESO-Modelverdrag volgens de nieuwe preambule als doel en strekking het voorkomen van juridische dubbele belastingheffing, alsmede het voorkomen van belastingontwijking en -ontduiking. Dit zegt iets over doel en strekking van het verdrag als geheel. Bij de PPT gaat het om het vaststellen van doel en strekking van specifieke verdragsbepalingen. Het is de vraag in hoeverre doel en strekking van de diverse toewijzingsbepalingen duidelijk blijkt uit deze bepalingen zelf, nu deze clausules veelal een mechanisch karakter hebben en zij doorgaans het resultaat zijn van onderhandeling tussen de verdragsluitende partijen.⁹³ Vaak zal het bovendien moeilijk zijn doel en strekking vast te stellen, in het bijzonder nu een gezamenlijke toelichting van de verdragsluitende partijen veelal niet beschikbaar is. Het is daarom aannemelijk dat bij deze exercitie ook gelet moet worden op doel en strekking van het verdrag als geheel, zoals blijkt uit de preambule, en de context van het verdrag (op grond van de algemene interpretatieregels van art. 31 VvW).⁹⁴ Hierbij is het voorkomen van belastingontwijking een van de relevante doelen (maar niet het enige doel) van het verdrag.

Volgens een van de voorbeelden bij de PPT is het strijdig met doel en strekking als een niet-verdragsgerechtigde partij in een derde staat een verdragsgerechtigde partij het vruchtgebruik ten aanzien van een deelneming doet toekomen teneinde de voordelen van art. 10 OESO-Modelverdrag te kunnen claimen.⁹⁵ Het is echter in beginsel niet strijdig met doel en strekking van art. 10 OESO-Modelverdrag als een verdragsgerechtigde partij zijn belang in een deelneming vergroot van 24% naar 25%, teneinde het verlaagde tarief van art. 10, lid 2, onderdeel a, OESO-Modelverdrag te kunnen benutten, mede gelet op het arbitraire karakter van

90 L. De Broe en J. Luts, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 133.

91 Par. 177 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

92 Voor een andere opvatting, zie Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de "principal purpose test"', *WFR* 2015/184, par. 5.3. Volgens Kok kunnen staten die de oorspronkelijke tiebreaker (op basis van plaats van feitelijke leiding) in hun verdragen opnemen geen beroep meer doen op de PPT om fiscaal gedreven zetelverplaatsingen die leiden tot dual-resident-vennootschappen te bestrijden.

93 Volgens Vogel en Prokisch (1993), p. 72, kunnen de genoemde algemene doelen van het verdrag niet bijdragen aan de interpretatie van toewijzingsbepalingen aangezien de toewijzingsbepalingen zelf doel en strekking van het verdrag bepalen. Zie ook V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 24 e.v.

94 Zie V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 26; B. Kuźniacki, 'The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application', *World Tax Journal* 2018 (Vol. 10), No. 2, IBFD Journals Online, par. 2.4.

95 Par. 182 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag, voorbeeld B.

het 25%-vereiste.⁹⁶ Het ‘plannen’ op kwantitatieve drempels binnen de toewijzingsbepalingen lijkt dus in beginsel acceptabel. Het vaststellen van de scheidslijn tussen het op legitieme wijze structureren om een verdragsvoordeel te kunnen claimen en situaties waarin niet langer sprake is van handelen in overeenstemming met doel en strekking, zal in de praktijk een lastige exercitie zijn. Het commentaar suggereert in elk geval dat al te gekunstelde transacties, waarbij ook een derde partij betrokken is, in strijd kunnen komen met doel en strekking van een toewijzingsbepaling.

5.3.7. Bewijskwesties

Ten aanzien van de bewijslastverdeling geldt dat het aan de belastingautoriteiten is op basis van de relevante feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat een structuur of transactie redelijkerwijs is opgezet of aangegaan met als een van de voornaamste doelen het verkrijgen van verdragsvoordelen.⁹⁷ Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de tekst van de PPT blijkt, is het volgens het OESO-commentaar vervolgens aan de belastingplichtige aannemelijk te maken dat het in lijn met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling is om toch het verdragsvoordeel toe te kennen.⁹⁸ Het OESO-commentaar poogt op het punt van de bewijsvoering enige nuance aan te brengen door te verduidelijken dat ‘conclusive proof of the intent of a person’ niet nodig is, maar dat het volstaat om op basis van de feiten en omstandigheden en in redelijkheid te concluderen dat voldaan is aan de oogmerktoets. Dit suggereert dat ‘aannemelijk maken’ voldoende is voor een belastingdienst om de PPT te kunnen invoeren. Het commentaar waarschuwt echter dat niet te snel moet worden geconcludeerd dat voldaan is aan de oogmerktoets, en dat het resultaat (het toepassen van een verdrag) en het doel (het oogmerk om verdragsvoordelen te verkrijgen) van een structuur of transactie niet zonder meer mogen worden vereenzelvigd.⁹⁹ Hiermee lijkt het commentaar belastingautoriteiten enigszins te willen beteugelen in hun enthousiasme om de PPT in te roepen. Niettemin bestaat het risico dat het zwaartepunt van de PPT in de praktijk met name op het door belastingplichtigen te leveren tegenbewijs komt te liggen, zeker als belastingautoriteiten relatief snel zullen aannemen dat aan de oogmerktoets is voldaan.¹⁰⁰

Of de bewijslast voor beide partijen even zwaar is, is niet geheel duidelijk. De term ‘reasonable to conclude’ (gebruikt in het OESO-commentaar) zou kunnen worden opgevat als een minder zware last dan ‘establish’, dat een zwaardere bewijsrechtelijke toets suggereert. In de literatuur wordt

daarom veelal geconcludeerd dat de PPT een lichtere bewijslast toekent aan de autoriteiten en dat de bewijslast voor de belastingplichtige zwaarder is.¹⁰¹ Het onderscheid doet denken aan het in de Nederlandse bewijsleer gemaakte onderscheid tussen aantonen, d.w.z. aannemelijk maken, en doen blijken, d.w.z. overtuigend aantonen. De vraag is of dit terecht is. De tekst van de PPT zelf geeft naar mijn mening weinig aanleiding om van een verzwaarde bewijslast voor belastingplichtigen uit te gaan. In de Nederlandse context is het op basis van een objectieve analyse redelijkerwijs concluderen naar mijn mening vergelijkbaar met ‘aannemelijk maken’. Het woord ‘establish’ betekent volgens gangbare woordenboekdefinities, die een indicatie kunnen zijn van ‘ordinary meaning’: ‘to place beyond dispute, prove, demonstrate, substantiate’, ‘show something to be true or certain by determining the facts’ en ‘to put beyond doubt’.¹⁰² Hieruit volgt naar mijn mening niet direct een verzwaaring van de bewijslast. Naar mijn mening kan een belastingplichtige, althans in de Nederlandse context, voor het element van de objectieve toets ook volstaan met het gebruikelijke ‘aannemelijk maken’.

Het is overigens wel de vraag hoe een belastingplichtige onder de objectieve toets / normtoets kan bewijzen dat een structuur of transactie van een verdragsvoordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling. De vraag naar doel en strekking is immers strikt genomen een juridische vraag, die zich minder goed lijkt te lenen voor een bewijsvoering aan de hand van feiten en omstandigheden. Hierin ligt een belangrijk verschil met de oogmerktoets, die uitgaat van de feiten (een geobjectiverde subjectieve toets). Ik kan me voorstellen dat het niet eenvoudig is belastingautoriteiten ervan te overtuigen dat niet in strijd met doel en strekking van het verdrag wordt gehandeld, en dat de beoordeling van de objectieve toets (strijd met doel en strekking van het verdrag) dus uiteindelijk veelal aan een rechter overgelaten zal moeten worden.

Ter vergelijking: onder het leerstuk *fraus legis* gelden twee cumulatieve voorwaarden: (i) de verijdeling van de belastingheffing is de doorslaggevende beweegreden voor de (rechts)handelingen (motiefvereiste) en (ii) het resultaat van de (rechts)handelingen is in strijd met doel en strekking van de belastingwet (normvereiste). Ten aanzien van beide elementen rust de bewijslast op de inspecteur. De bewijslastverdeling onder de PPT wijkt hiervan af: de inspecteur hoeft ‘slechts’ de oogmerktoets aannemelijk te maken. Het zou dus gunstiger kunnen zijn voor de Belastingdienst om een beroep te doen op de PPT in plaats van een verdrags-

96 Par. 182 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag, voorbeeld E.

97 Par. 174 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

98 Par. 170 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

99 Par. 178 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag.

100 L. De Broe en J. Luts, ‘BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse’, *Intertax* 2015, Vol. 43, Issue 2, p. 132-133. Zie in andere zin D. Weber, ‘The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law’, *Erasmus Law Review*, augustus 2017 I, No. 1, p. 51.

101 M. Lang, ‘BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties’, *Tax Notes International* 2014, p. 658 en 660; De Broe en Luts, p. 321; Chand, p. 21. Zie voor een andersluidende opvatting D. Weber, p. 51, die meent dat ‘reasonable to conclude’ slechts aangeeft dat onder de PPT alle feiten en omstandigheden moeten worden gewogen, en dat dit geen ongelijke bewijslastverdeling meebrengt.

102 Zie respectievelijk *Oxford Dictionary and Thesaurus*, *Oxford Dictionaries* (online), *Merriam-Webster’s Law Dictionary* (online).

rechtelijke GAAR die toepassing van *fraus legis* onder verdragen mogelijk maakt.

5.3.8. Voorbeelden

Ter illustratie bevat het OESO-commentaar een serie van dertien voorbeelden waarin de werking van de PPT wordt toegelicht (zie hierna).¹⁰³ Hoewel het commentaar benadrukt dat de PPT een feiten-en-omstandigheden-toets is, kunnen hier toch enkele algemene richtsnoeren uit worden afgeleid. Uit de diverse voorbeelden kunnen de volgende elementen worden gedestilleerd die een rol spelen bij de toepassing van de PPT (overigens zonder weging of rangorde):

- Het uitoefenen of uitbreiden van reële dan wel actieve ondernemingsactiviteiten (voorbeelden C, F, G, H);
 - hieronder kunnen ook binnen een groep verleende diensten vallen (voorbeeld G), zoals management-, accounting, juridische en HR-diensten, financiering en treasury (het managen van valutarisico's en aangaan van hedges);
 - het verschaffen van werkkapitaal in de vorm van eigen en vreemd vermogen kan hieronder vallen (voorbeeld H).
- Het verrichten van wezenlijke economische functies, met gebruikmaking van reële activa en door het aangaan van reële risico's (voorbeeld G).
- Het uitoefenen van onderneming met behulp van eigen werknemers (voorbeelden G, H) en voldoende financiële middelen (voorbeeld H).
- Bedrijfseconomische redenen, zoals lage productiekosten (voorbeeld C) of het opzetten van een vennootschap vanwege 'business efficiency reasons' (voorbeeld H).
- De keuze voor een vestigingslocatie aan de hand van de aanwezigheid van:
 - (hoog)gekwalificeerde of meertalige arbeidskrachten (voorbeelden G, H, K, M);
 - een betrouwbaar juridisch of regulatorisch systeem (voorbeelden G, M);
 - een ondernemersvriendelijk klimaat (voorbeeld G);
 - politieke stabiliteit (voorbeelden G, M);
 - het lidmaatschap van een regionaal verband zoals de EU (voorbeelden G, K);
 - een ontwikkelde bancaire sector (voorbeeld G);
 - de aanwezigheid van ontwikkelde lokale commerciële en financiële markten (voorbeeld H);
 - beschikbare bestuurders bekend met lokale ondernemingspraktijken en regels (voorbeeld K).
- Het hebben van een ervaren lokaal managementteam dat (in een fondsenstructuur) aanbevelingen beoordeelt, goedkeurt en investeringen monitort, treasury-functies verricht, de boekhouding verricht en verantwoordelijk is voor regulatory compliance (voorbeeld K).
- Een vennootschap heeft een meerderheid lokaal woon-

achtige bestuurders met relevante ervaring (voorbeeld K).

- Voor fondsen: het uitvoeren van een investment strategy die niet wordt gedreven door fiscale overwegingen t.a.v. de investeerders (voorbeeld D).

Let wel, de PPT is een feiten-en-omstandigheden-toets, en de genoemde elementen betreffen geen safe harbours. Het hebben van voldoende 'substance' (in de vorm van het uitoefenen van bepaalde activiteiten of het hebben van werknemers) biedt dus geen zekerheid dat de PPT geen toepassing kan vinden. Substance is slechts een element dat een rol kan spelen bij de beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden, waarbij de intenties van partijen een doorslaggevende rol spelen. Nederland lijkt vooralsnog te kiezen voor een invulling van de PPT die sterk aansluit bij substance (zie par. 5.4.3 hierna). Gelet op de het opennormkarakter van de PPT is deze invulling mogelijk te streng of te soepel, afhankelijk van het geval, en doet zij geen recht aan het maatwerkarakter van de PPT.

5.3.9. Interpretatieverschillen

Belastingplichtigen en belastingautoriteiten kunnen verschillende opvattingen hebben over de uitleg en toepassing van de PPT. Uiteindelijk zijn de nationale rechters van de verdragstoepassende staten bevoegd geschillen over de uitlegging van de PPT te beslechten. In Nederland is dit dus in hoogste instantie de Hoge Raad. Vanwege de diverse open normen die de PPT hanteert en de niet altijd heldere toelichting in het OESO-commentaar, is het in mijn optiek zeer waarschijnlijk dat belastingautoriteiten en rechters in verschillende landen uiteenlopende opvattingen zullen hebben over de interpretatie van de PPT.¹⁰⁴ Het is bijvoorbeeld zeer waarschijnlijk dat andere landen in hun positie als bronland een andere (en mogelijk strengere) invulling van de PPT zullen kiezen dan Nederland. Er kunnen zich dus interpretatieconflicten tussen staten voordoen.¹⁰⁵ In gevallen waarin dergelijke conflicten leiden tot dubbele belasting, kan een belastingplichtige een beroep doen op de Mutual Agreement Procedure (art. 25, lid 1, OESO-Modelverdrag).¹⁰⁶ Aangezien de onderlingoverlegprocedure slechts een inspanningsverplichting oplegt aan de bevoegde autoriteiten is de effectiviteit van de geschillenbeslechting niet gewaarborgd. Dit ligt anders onder verdragen waarin de Mutual Agreement Procedure is aangevuld met arbitrage

¹⁰⁴ Nederland heeft dit ook erkend; zie Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 6, p. 4.

¹⁰⁵ Zie par. 32.5 van het commentaar op art. 23 OESO-Modelverdrag, waarin interpretatieconflicten worden omschreven als verschillen in de interpretatie van de artikelen van een belastingverdrag tussen de verdragsluitende staten. Hiervan worden onderscheiden zogenoemde kwalificatieconflicten en conflicten ten aanzien van de vaststelling van feiten. Kwalificatieconflicten betreffen situaties waarin de staten verschillende bepalingen van een verdrag toepassen als gevolg van verschillen in het nationale recht van de woonstaat en de bronstaat (zie par. 32.3 van het commentaar op art. 23 OESO-Modelverdrag).

¹⁰⁶ Zie ook de brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, *NtFR* 2016/2865, *V-N* 2016/57.5, onderdeel 2.2.3.

¹⁰³ Zie par. 182 van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag, voorbeelden A t/m M. Voor een uitgebreide analyse van deze voorbeelden verwijs ik naar V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* 2018, Vol. 46, Issue 1, p. 27 e.v.

als sluitstuk (al dan niet op grond van deel VI van het MLI). Eventueel kunnen staten ook een interpretatieve mutual agreement (art. 25, lid 3, eerste volzin, OESO-Modelverdrag) sluiten. Dergelijke mutual agreements hebben echter alleen bilaterale werking en zijn slechts bindend voor de twee betrokken bevoegde autoriteiten. Interpretatiekwes- ties ten aanzien van het MLI, waaronder de PPT van art. 7, lid 1, MLI, zouden in de toekomst eventueel via een ‘conference of the parties’ geadresseerd kunnen worden (art. 32, lid 2, MLI). Alleen partijen bij het MLI kunnen het initiatief nemen tot een dergelijke conferentie, en bijvoorbeeld niet rechters of belastingplichtigen. Het arsenaal aan methoden om geschillen over de uitleg en toepassing van de PPT te beslechten is dus beperkt.

5.4. Nederlandse positie t.a.v. art. 29 OESO-Modelverdrag

5.4.1. Algemeen

Nederland heeft bij geen van de onderdelen van art. 29 OESO-Modelverdrag een ‘reservation’ gemaakt, en heeft bovendien geen ‘observation’ ten aanzien van het commentaar opgenomen. Aangenomen mag dus worden dat Nederland zich kan vinden in art. 29 OESO-Modelverdrag en de uitleg daarvan in het bijbehorende commentaar.

5.4.2. Ontwikkeling verdragsbeleid t.a.v. antimisbruikbe- palingen

Op het punt van antimisbruikbepalingen heeft het Nederlandse verdragsbeleid sinds de publicatie van de NFV 2011 een ontwikkeling doorgemaakt. Als vormen van verdrags- misbruik signaleert de NFV 2011 fiscaal vluchtgedrag, ‘shopping’ binnen het verdrag (‘article shopping’) en ‘treaty shopping’.¹⁰⁷ In de NFV 2011 wordt aangegeven dat Nederland hecht aan het bestrijden van misbruik en daarom bereid is expliciete antimisbruikbepalingen verdragen op te nemen. In de NFV 2011 wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen ‘entity based’-antimisbruikbepalingen, zoals een LOB-bepaling, en ‘transaction based’-bepalingen, zoals een ‘main purpose test’. Van beide typen bepalingen worden enkele voor- en nadelen genoemd, zonder dat een duidelijke voorkeur wordt uitgesproken. De keuze lijkt vooral afhankelijk van de wensen van de verdragspartner. Nederland is volgens de NFV 2011 in elk geval bereid expliciete antimisbruikbepalingen in een verdrag op te nemen.¹⁰⁸ Veel recentere Nederlandse verdragen bevatten overigens een main purpose test (zie bijvoorbeeld de verdragen met het Verenigd Koninkrijk (2008), Zwitserland (2010) en China (2013)).

Uit diverse recentere beleidsmatige uitlatingen, o.a. de kabinetsappreciatie BEPS van 5 oktober 2015 en de Fiscale beleidsagenda van 23 februari 2018, blijkt dat de BEPS-voorstellen op het gebied van belastingverdragen, waaron- der BEPS-actie 6, per 2015 tot het Nederlandse verdrags-

beleid worden gerekend.¹⁰⁹ Deze positie wordt ‘geframed’ binnen de bestaande lijn van Nederland om antimisbruik- bepalingen in verdragen op te nemen. In dit verband heeft de staatssecretaris van Financiën inmiddels een duidelijke voorkeur uitgesproken voor de PPT als antimisbruikmaat- regel, nu dit de enige maatregel waarmee zelfstandig wordt voldaan aan de minimum standaard van BEPS-actie 6, die bovendien zowel ‘overkill’ als ‘underkill’ zou kunnen voor- komen¹¹⁰ en tegelijkertijd voldoende flexibel is om allerlei vormen van misbruik effectief aan te pakken.¹¹¹ Neder- land wenst de BEPS-minimumstandaard alleen door het opnemen van een PPT te implementeren, en ziet af van het opnemen van de gedetailleerde LOB-bepaling, dan wel de vereenvoudigde LOB-bepaling in aanvulling op de PPT.¹¹² Hiermee sluit Nederland aan bij de inmiddels (in het kader van het MLI) gebleken brede internationale voorkeur voor de PPT. Bovendien heeft de regering aangegeven dat Neder- land bij het sluiten van nieuwe verdragen zo veel moge- lijk zal aansluiten bij het OESO-Modelverdrag 2017.¹¹³ Nederland volgt de aanbevelingen van BEPS actie 6 zowel bij het sluiten van nieuwe verdragen als bij het herzien van bestaande verdragen.¹¹⁴ De PPT zal dus onderdeel uitmaken van nieuwe Nederlandse verdragen, en zal ook in bestaande verdragen worden opgenomen (bij voorkeur via het MLI, dan wel door middel van bilaterale heronder- handeling). Het verdient wat mij betreft aanbeveling dat de huidige Nederlandse gezichtspunten op het gebied van verdragsmisbruik en de voorkeur voor de PPT nog eens integraal uiteen worden gezet in de aangekondigde notitie over de wijzigingen in het fiscale verdragsbeleid sinds de NFV 2011 (naar verwachting te verschijnen in de tweede helft van 2018).¹¹⁵

5.4.3. Nederlandse invulling PPT

Nederland heeft in het kader van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling

109 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, V-N 2015/56.4, onderdeel 2.1; brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, NTFR 2016/2865, V-N 2016/57.5, onderdeel 2.2.1; verslag van een schriftelijk overleg vastgesteld 22 maart 2017 (beantwoording Kamervragen over het MLI), Kamerstukken II, 2016-2017, 25 087, nr. 148, V-N 2017/18.6. Zie ook de brief van de staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018 (Fiscale beleidsagenda), V-N 2018/14.3, en de bijbehorende Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, V-N 2018/14.2. Zie ook de memorie van toelichting bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 3, p. 6.

110 Zie de brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, NTFR 2016/2865, V-N 2016/57.5, onder- deel 2.2.3.

111 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 6, p. 8.

112 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, NTFR 2016/2865, V-N 2016/57.5, onderdeel 2.2.3; Kamerstukken II, 2016-2017, 25 087, nr. 148, p. 24-25.

113 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, NTFR 2016/2865, V-N 2016/57.5, onderdeel 2.2.1.

114 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 3, p. 6.

115 Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, V-N 2018/14.2, onderdeel 2.3.

107 NFV 2011, onderdelen 1.3.4. en 2.20.2.

108 NFV 2011, onderdeel 2.20.2.

aangegeven bij de invulling van de PPT als bronland ten aanzien van buitenlandse vennootschappelijke aandeelhouders o.a. te beoordelen of sprake is van een materiele onderneming waaraan het belang in de Nederlandse vennootschap functioneel toerekenbaar is. Ten aanzien van buitenlandse tussenhoudsters wordt ‘relevante substance’ vereist (waaronder de verzwaarde substance-eisen van een loonsomeis van minimaal € 100.000 naar Nederlandse maatstaven en de aanwezigheid van eigen kantooruimte gedurende minimaal 24 maanden). Deze substance-eisen maken deel uit van de Nederlandse invulling van de PPT (vanuit de optiek van Nederland als bronland).¹¹⁶ Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het positief te noemen dat Nederland aangeeft wat de kaders voor toepassing van de PPT zijn. De vraag is echter of deze invulling voldoende recht doet aan het opennormkarakter van de PPT. Op basis van de tekst van de PPT en de toelichting daarbij zouden ook situaties waarin sprake is van voldoende substance onder de PPT kunnen vallen als voldaan is aan de oogmerktoets, terwijl situaties waarin niet is voldaan aan de relevante substance-eisen niet noodzakelijk door de PPT bestreken hoeven te worden. Doorslaggevend is immers de intentie van partijen.

6. Afsluiting

De 2017-update bevat een groot aantal belangwekkende wijzigingen met betrekking tot het tegengaan van verdragsmisbruik. Zo veronderstelt het OESO-commentaar met ingang van de 2017-update duidelijker dan voorheen een algemeen, ongeschreven antimisbruikbeginsel, waarvan de PPT een codificatie vormt. Nederland kan zich blijkens het intrekken van de eerdere ‘observation’ vinden in het nieuwe commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag. Deze interpretatie is naar mijn mening echter strijdig met de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van doorwerking van *fraus legis* onder verdragen en toepassing van *fraus conventionis*. Voor het tegengaan

van verdragsmisbruik met behulp van *fraus legis* of *fraus conventionis* is naar mijn mening een uitdrukkelijke basis nodig in een gezamenlijke toelichting van de verdragsluitende staten, dan wel in het verdrag zelf.

De PPT van art. 29, lid 9, OESO-Modelverdrag is de nieuwe standaard op het gebied van antimisbruikbepalingen, die internationaal breed wordt geaccepteerd. De PPT biedt belastingdiensten een effectief middel bij het bestrijden van verdragsmisbruik. Ook Nederland rekent de PPT inmiddels tot het fiscale verdragsbeleid. De open normen van de PPT roepen echter vele vraagpunten op, die de komende jaren nog zullen moeten uitkristalliseren. Het zou goed zijn als de staatssecretaris van Financiën de huidige Nederlandse gezichtspunten op het gebied van verdragsmisbruik, waaronder de voorgestane invulling van de PPT, integraal uiteenzet in de aangekondigde brief over de veranderingen in het Nederlandse verdragsbeleid. Vanwege de vage normen die de PPT hanteert en de beperkte toelichting in het OESO-commentaar, ligt het voor de hand dat belastingautoriteiten en rechters in verschillende landen de PPT uiteenlopend zullen uitleggen. De vraag is of de (vooralsnog) door Nederland gekozen invulling van de PPT voldoende recht doet aan het opennormkarakter van de PPT. Het is naar mijn mening erg waarschijnlijk dat andere landen in hun positie als bronland een andere (en mogelijk strengere) invulling van de PPT zullen kiezen dan Nederland. Een belangrijke tekortkoming daarbij is dat de middelen om eventuele geschillen over de uitleg en toepassing van de PPT te beslechten beperkt zijn.

Over de auteur

Mr. dr. R.A. Bosman

Mr. dr. R.A. Bosman is werkzaam als belastingadviseur bij Loyens & Loeff NV, docent internationaal en Europees belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en directeur van het VU Nexus Centre for Multinational Taxation.

¹¹⁶ Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 6, p. 4 en 18.