

IBO-arbitrage als muze voor vervolledigen rechtsbescherming onder Nederlandse belastingverdragen

mr. L.J. de Heer¹

1. Introductie

Grensoverschrijdende investeringen en activiteiten hangen onmiskenbaar samen met de verregaande globalisatie en harmonisatie die de wereldeconomie de afgelopen decennia hebben hervormd. Voor de open Nederlandse economie, waar zowel Nederlandse bedrijven de blik op het buitenland richten, als buitenlandse investeringen mogen worden verwelkomd, is het zo adequaat mogelijk faciliteren van dergelijke activiteiten van het grootste belang. Het is dan ook niet zonder reden dat Nederland over een vermaard netwerk aan belastingverdragen beschikt. Deze belastingverdragen voorkomen in veel gevallen dubbele belastingheffing en zijn een van de voornaamste pijlers van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Hoewel de kracht van de Nederlandse belastingverdragen veel geroemd is, kan op de rechtsbescherming zoals die onder deze verdragen is geregeld het nodige worden afgedongen. In tegenstelling tot andere verdragen die grensoverschrijdende investeringen trachten te bevorderen, zoals investeringsbeschermingsovereenkomsten (hierna: ‘IBO’s’), is het doorgaans niet mogelijk voor de belastingplichtige om overheids-handelen dat mogelijkwerwijs in strijd is met verdragsverplichtingen, voor te leggen aan een onafhankelijk arbitragetribunaal. De Nederlandse belastingverdragen zijn hierin geen uitzondering. Het OESO-Modelverdrag voorziet namelijk niet in een ongeclausuleerde arbitragemogelijkheid. Dat is een nijpende tekortkoming, aangezien de meeste landen, waaronder Nederland, zich baseren op dit modelverdrag. In deze bijdrage onderzoek ik de tekortkomingen in rechtsbescherming onder het OESO-Modelverdrag. Daar laat ik het echter niet bij; ik duid tevens de voordelen van de arbitrage zoals zij zich heeft ontwikkeld onder IBO’s, hopende dat de IBO-arbitrage als muze kan dienen voor een meer omvangrijke rechtsbescherming onder belastingverdragen dan thans wordt geboden. Een kleine waarschuwing is op haar plaats. Immers, de lezer die in deze bijdrage een diepgravende analyse en alomvattende oplossing verwacht, komt waarschijnlijk bedrogen uit. Deze beschouwing heeft slechts een signaleringskarakter.

¹ Lucas de Heer is als promovendus verbonden aan de vakgroep fiscaal recht van de Vrije Universiteit. Zijn onderzoek richt zich op de fiscale aspecten van investeringsverdragen. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co te Amstelveen.

2. Fiscale geschillen onder een belastingverdrag

Belastingverdragen beogen niet alleen dubbele belasting te vermijden,² ook trachten zij fiscale discriminatie te voorkomen.³ Het daadwerkelijk realiseren van deze verdragsrechten is afhankelijk van het handelen van de verdragsstaten. De nationale wetgever dient te voorzien in een functionerend fiscaal regime en de nationale fiscale autoriteit zal zoveel mogelijk zorgen dat haar handelen in overeenstemming is met haar verdragsverplichtingen. Indien dit niet het geval is, kan de getroffen belastingplichtige via de nationale rechter alsnog trachten haar rechten af te dwingen. Op deze manier zal een juiste, dubbele belasting voorkomende verdragstoepassing doorgaans gewaarborgd zijn.

Echter, fiscale autoriteiten noch nationale rechters zijn gebonden aan de verdragstoepassing door hun wederpartij in de andere verdragsstaat. Als gevolg hiervan kunnen tegengestelde interpretaties van verdragstermen en feiten optreden.⁴ De meest gezaghebbende leidraad voor verdragsinterpretatie, het OESO-Modelverdrag, slaagt er niet in dergelijke discussies te voorkomen.⁵ Bovendien is haar juridische status al jarenlang onderwerp van hevige academische discussie.⁶ Daarnaast ontbreekt een overkoepelende internationaalrechtelijke macht die eenheid van interpretatie en uitvoering kan creëren.⁷

Een groot deel van fiscale geschillen onder een belastingverdrag – zowel tussen staten onderling als tussen belastingbetalers en staten - wordt gevormd door verrekenningsproblematiek.⁸ Er zijn echter tal van andere fiscale problemen die kunnen leiden tot onenigheid tussen de verdragspartners of tussen een staat en de belastingplichtige, zoals een geschil over woon- of vestigingsplaats of het vaststellen van de aanwezigheid van een vaste inrichting. Daarnaast kan onenigheid ontstaan over de kwalificatie en ontstaansbron van inkomen en over de interpretatie van verdragstermen.⁹ Dergelijke geschillen ontstaan in beginsel door een verschil van duiding in de feiten en verdragstermen, soms door invloed van nationaal recht.¹⁰ Het Ministerie

2 Introductie OESO-Modelverdrag en art. 23 van het genoemde verdrag.

3 Art. 24 OESO-Modelverdrag.

4 M. Züger, 'Settlement of Disputes in Tax Treaty Law – General Report', in M. Lang & M. Züger (red.), *Settlement of Disputes in Tax Treaty Law*, Wenen: Linde Verlag Wien 2002, p. 17.

5 Zie F.P.G. Pötgens & L.J. de Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijk effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010/1024.

6 Zie bijvoorbeeld S. Douma & F. Engelen (red.), *The Legal Status of the OECD Commentaries, Conflict of Norms in International Tax Law Series* (Vol.1), Amsterdam: IBFD 2008.

7 Het Internationaal Gerechtshof te Den Haag heeft formeel jurisdictie over belastingverdragen. Het Internationaal Gerechtshof kan zich echter alleen uitspreken in een internationaal publiekrechtelijk geschil, dat wil zeggen een geschil tussen twee staten, hetgeen tot op heden nog niet is voorgekomen onder een belastingverdrag. Zie hiervoor ook L.J. de Heer, leerstuk verdragsinterpretatie, NDFR encyclopedie internationaal belastingrecht.

8 Report To The Congress On Earning Stripping, Transfer Pricing And Us Income Tax Treaties, raadpleegbaar op: <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/librarv/aica2007.pdf>.

9 C. Burnett, International Tax Arbitration, Legal Studies Research Paper No. 08/31, April 2008, Social Science Research Network Electronic Library, raadpleegbaar op: <http://ssrn.com/abstract=1120122>, M. Desax & M. Veit, Arbitration of Tax Treaty Disputes: the OECD Proposal, *Arbitration International*, Vol. 23, No. 3, p. 405, United Nations, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Guide to the mutual agreement procedure under tax treaties, E/C.18/2010/CRP.2/Add.1, 8 oktober 2010, p. 5.

10 M. Züger, a.w., p. 17.

van Financiën noemt een aantal typische situaties, zoals het geval waarin belastingplichtige een tijd in het buitenland heeft gewerkt en beide Staten menen een heffingsrecht te hebben of kwalificatieverschillen van een rechtspersoon of van gegeneerd inkomen.¹¹

Deze geschillen kunnen wanneer zij onopgelost blijven, leiden tot dubbele belastingheffing, hetgeen doel en strekking van een belastingverdrag logischerwijs ondermijnd.¹²

3. **Rechtsbescherming onder de Nederlandse belastingverdragen: de mutual agreement procedure**

De mutual agreement procedure

De Nederlandse belastingverdragen zijn geschoeid op de leest van het OESO-Modelverdrag.

Indien een belastingplichtige van mening is dat het handelen van een of beide verdragspartners leidt of zal leiden tot belastingheffing die niet in overeenstemming is met het verdrag, kan artikel 25 van het OESO-Modelverdrag soelaas bieden. Het eerste lid van art. 25 verleent in dat geval de belastingplichtige de mogelijkheid zijn zaak voor te leggen aan de bevoegde autoriteit van het woon- of vestigingsland. Indien nodig, zal de bevoegde autoriteit in overleg treden met zijn 'wederpartij' in de andere verdragsstaat. Deze overlegprocedure heet de Mutual Agreement Procedure (hierna: 'MAP'). Alle Nederlandse belastingverdragen bevatten een bepaling die een MAP mogelijk maakt.¹³

Doel van de MAP is een geharmoniseerde toepassing van het belastingverdrag door beide betrokken verdragspartners.¹⁴ Doordat de verdragspartners in overleg treden over zowel de interpretatie van verdragstermen als het individuele feitencomplex, zou een uniforme verdragstoepassing gerealiseerd kunnen worden.¹⁵ Het OESO-Modelverdrag voorziet niet in een vaste juridische infrastructuur voor de MAP.¹⁶ Het zal aan de verdragsstaten zijn om een kader overeen te komen.¹⁷ De belastingplichtige heeft, behalve de mogelijkheid een MAP te instigeren, geen rechten tijdens de procedure. De getroffen belastingplichtige kan de uitkomst van de MAP aannemen of verwerpen. In dat laatste geval zal hij dan de gang naar de nationale rechter maken, zo deze mogelijkheid nog openstaat.¹⁸

11 Ministerie van Financiën, besluit van 29 september 2008, IFZ2008/248M, *Stcrt.* nr. 188.

12 In deze bijdrage versta ik onder 'rechtsbescherming' de mogelijkheid voor de belastingplichtige om een oplossing voor deze problematiek te bewerkstelligen, en daarmee dubbele belastingheffing te voorkomen.

13 Ministerie van Financiën, a.w.

14 G. Groen, 'Arbitration in Bilateral Tax Treaties', *Intertax*, Vol. 30, 2002, p. 5.

15 K. Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991, p. 1161 e.v.

16 Wel heeft de OESO een MAP-handleiding gepubliceerd: Centre for Tax Policy and Administration, Manual On Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP), OESO, Parijs, februari 2007.

17 Nederland heeft een besluit gepubliceerd: IFZ2008/248M.

18 Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, a.w., p. 28.

De MAP heeft een aantal nuttige kenmerken. Zo zijn de kosten voor de belastingplichtige in beginsel beperkt. Daarnaast wordt bepleit dat de goede, diplomatieke sfeer en aanwezige kennis bij de verdragslanden vaak kan leiden tot een bevredigende uitkomst.¹⁹

Van vrijblijvend overleg naar verplichte uitkomst onder dwang van arbitrage

Tot 2008 was de MAP onder art. 25 van het OESO-Modelverdrag een vrijblijvende aangelegenheid, aangezien staten niet verplicht waren om tot overeenstemming te komen. Nadat de OESO in 2008 een arbitragemogelijkheid opnam in art. 25, werd de MAP ontdaan van deze vrijblijvendheid. Overigens bestonden ook voor 2008, mede door Nederland afgesloten, belastingverdragen waarin een arbitragemogelijkheid was opgenomen.²⁰ Nederland heeft zich hiermee een pionier getoond op het gebied van arbitragebepalingen.²¹

Indien de MAP gedurende twee jaar zonder vrucht blijft, zijn de verdragsstaten, ingevolge art. 25 lid 5 OESO-Modelverdrag, verplicht om de punten van twist voor te leggen aan een arbitragecommissie, zo de belastingplichtige zulks verzoekt. Deze arbitragecommissie zal vervolgens tot een uitspraak komen. Overigens rust er geen verplichting op de bevoegde autoriteiten om tot een beslissing te komen die effectief rendeert in het voorkomen van de (gestelde) dubbele belasting. Indien de autoriteiten tijdens de MAP elkaar kunnen vinden in het vermeende ongelijk van de belastingplichtige, kwalificeert dit óók als uitkomst. Nederland was een van de landen die zich sterk maakten voor deze arbitragebepaling²² en streeft nu dan ook naar opname van een OESO-Modelverdragconforme arbitragebepaling in alle nieuwe belastingverdragen.²³

4. Tekortkomingen in de MAP

Hoewel de belangrijkste leemte in MAP – de vrijblijvendheid van de procedure – gedicht lijkt met de introductie van de arbitragebepaling, verschaft het nog allerminst waterdichte rechtsbescherming, niet in de laatste plaats doordat de geïntroduceerde MAP-arbitrage onvoldoende adequaat is.

Het grootste euvel van de gehele MAP, dus inclusief de arbitrage, is de zeer beperkte rol van de belastingplichtige. Een ander punt van zorg is de non-existentie van procedurele rechten voor de belastingplichtige. Weliswaar heeft de belastingplichtige het recht om een MAP aan te vragen, het daadwerkelijk initiëren en het verdere

19 C. Burnett, a.w., p. 176.

20 Zoals de verdragen met de Verenigde Staten (1992), Egypte (1995) en Rusland (1997).

21 In deze bijdrage abstraheer ik van arbitragemogelijkheden onder het EU-arbitrageverdrag voor verrekenningsproblematiek (Verdrag van 23 juli 1990, 90/436/EEG).

22 H. Velthuisen, 'Arbitrage in Nederlandse belastingverdragen', *WFR* 2002/435.

23 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid, a.w., p. 66.

procedureverloop bevinden zich buiten zijn invloedssfeer.²⁴ De mogelijkheid bestaat dat een hoffelijke²⁵ bevoegde autoriteit de belastingplichtige op de hoogte houdt van het verloop de procedure of zelfs de mogelijkheid biedt zijn zienswijze kenbaar te maken in gesproken of geschreven woord. Deze handreikingen van de bevoegde autoriteit laten onverlet dat de belastingplichtige geen enkel procedureel recht heeft.²⁶ In mijn ogen is het principieel onacceptabel dat een internationaal instrument bepaalde rechten verleent aan de belastingplichtige, en indien deze rechten – *prima facie* – niet worden nagekomen, de getroffen belastingplichtige niet de mogelijkheid heeft om zelfstandig de effectuering van deze rechten na te jagen.

Een andere tekortkoming is de geschilgrondslag waarover de arbitragecommissie zich mag buigen. Niet de gehele casus, maar slechts de elementen waarover de bevoegde autoriteiten geen overeenstemming konden bereiken, worden voorgelegd aan de arbitragecommissie. Eerdere kwesties die reeds door de bevoegde autoriteiten zijn afgehamerd, kunnen niet worden heropend door de arbiters. Indien de bevoegde autoriteiten op een bepaald punt tot overeenstemming komen dat zij zich niet kunnen vinden in de door de belastingplichtige geponeerde argumenten, dan zal dit punt ondanks de onbevredigende uitkomst voor de belastingplichtige niet kunnen worden voorgelegd aan de arbitragecommissie.²⁷ De OESO heeft te kennen gegeven dat de beperkte arbitragegrondslag wordt gerechtvaardigd door het karakter van de arbitrage: de arbitragemogelijkheid is namelijk slechts onderdeel, te weten het mogelijke sluitstuk, van de MAP.²⁸ De beperkte arbitragegrondslag onder een belastingverdrag vormt het grote verschil ten opzichte van arbitrage onder investeringsverdragen, zoals ik hieronder nog uiteen zal zetten.

Hoewel de tekst van het OESO-Modelverdrag geen duidelijkheid biedt, wordt aangenomen dat er uit de verdragstekst geen verplichting kan worden geëxtraheerd die de bevoegde autoriteit na het verzoek van de belastingplichtige dwingt daadwerkelijk over te gaan tot een MAP.²⁹ Zo wordt ook in Nederland aangenomen dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Zo kan het Ministerie van Financiën een beroep op de MAP afwijzen, bijvoorbeeld ingeval de belastingplichtige onvoldoende informatie aanlevert, wanneer de interpretatie van de belastingplichtige anders is dan de interpretatie van de belastingautoriteiten van de woonstaat, of bij een vermoeden van fraude door de belastingplichtige.³⁰ Daarnaast ontbreekt de mogelijkheid voor

24 Zie bijvoorbeeld I. Bantekas, *The Mutual Agreement Procedure and the Arbitration of Double Taxation Disputes*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), Bogotá, Vol. 1, nr. 1, 2008.

25 In IFZ 2008/248M stelt de Staatssecretaris van Financiën dat Nederland er naar streeft de belastingplichtige gedurende de gehele procedure zo goed mogelijk en zo volledig mogelijk te informeren. Daarnaast wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met de visie van de belastingplichtige, die hij eventueel mondeling kan toelichten.

26 M. Desax & M. Veit, a.w., p. 410.

27 Vergelijk M. Desax & M. Veit, a.w., p. 412.

28 OESO-rapport, *Improving The Resolution Of Tax Treaty Disputes*, 30 januari 2007, p. 4.

29 E. Farah, 'Mandatory Arbitration Of International Tax Disputes: A Solution In Search Of A Problem', *Florida Tax Review*, Vol. 9, No. 8, 2009, p. 23.

30 Zie A.J. Bakker, 'Verbetering van de mutual-agreementprocedure noodzakelijk?', *WFR* 2003/1537; M. Züger, 'Conflict Resolution in Tax Treaty Law', *International Tax Review* 2002/30, nr. 10, p. 343 en Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, a.w., p. 22.

de belastingplichtige een MAP via andere wegen af te dwingen.³¹ Betoogd is dan ook dat de MAP de gelijkenis vertoont met de slager die het eigen vlees keurt.³² Immers, het is aan het ene overheidsorgaan om het andere, nauw verbonden, overheidsorgaan te beoordelen.

Nadat de arbitragebepaling werd geïntroduceerd, is in de literatuur gesignaleerd dat de blokkadebevoegdheid van de bevoegde autoriteit ook kan verhinderen dat een bepaalde kwestie de arbitragecommissie bereikt. Farah noemt het voorbeeld van een belastingplichtige die belastingheffing signaleert die niet in overeenstemming is met het verdrag. Vervolgens roept hij door middel van een MAP-verzoek de hulp in van de bevoegde instantie. Veronderstel vervolgens dat de bevoegde autoriteit niet voornemens is een ongewenste uitspraak van de arbitragecommissie te riskeren. In dat geval bestaat het risico dat de bevoegde autoriteit de MAP niet op zal starten, een beslissing waar de belastingplichtige het “mee moet doen”.³³

Een laatste tekortkoming³⁴ in de MAP die ik in deze bijdrage wil benoemen is het gebrek aan een volledig onafhankelijke arbitragecommissie. De arbiters worden namelijk benoemd door de bevoegde autoriteiten zelf. Iedere autoriteit mag een arbiter benoemen, waarna beide arbiters een derde arbiter uitnodigen hen te vergezellen in het arbitrageproces.³⁵ Deze benoemingsprocedure draagt, op zijn minst, niet bij aan het onafhankelijke image van de arbitragecommissie.

5. Rechtsbescherming onder IBO's

De eerste (bilaterale) investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO) werd in 1959 gesloten tussen Duitsland en Pakistan.³⁶ Inmiddels telt het huidige netwerk van verdragen echter reeds meer dan 2600³⁷ bilaterale verdragen en daarnaast een groot aantal multilaterale investeringsverdragen. Veel landen kennen hun eigen modeltekst, waaronder Nederland.³⁸ Tevens liggen binnen meeromvattende overeenkomsten bepalingen besloten die hetzelfde karakter kennen als een IBO.³⁹ Hoewel de verdragen dus onderling kunnen verschillen, kennen zij eenzelfde structuur waarbinnen

31 E. Velthuisen, 'Settlement of Disputes in Dutch Tax Treaty Law', in: Lang & Züger, a.w., p. 158.

32 Vergelijk M. Züger, a.w., p. 19.

33 E. Farah, a.w., p. 26.

34 In de literatuur worden meer onvolkomenheden gesignaleerd, zoals gebrek aan transparantie en mogelijk 'koehandel'. Zie bijvoorbeeld C. Burnett, a.w. en M. Züger, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD Doctoral Series, 2001, p. 15.

35 OESO, a.w., p. 13.

36 J.W. Salacuse, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 Int'l L. 655 (1990).

37 United Nations Conference On Trade And Development, Recent Developments in International Investment Agreements (2008–June 2009), IIA Monitor No. 3 (2009).

38 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/documenten-en-publicaties/convenanten/2004/08/27/ibo-modelovereenkomst.html>.

39 Zie bijvoorbeeld de North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, (van kracht sinds 1 januari 1994), hfdst. 6 van de China- Singapore Comprehensive Economic Co-operation Agreement (2005) en hfdst. 11 van de China-New Zealand Free Trade Agreement (2008).

investerings met behulp van vergelijkbare waarborgen gestimuleerd en beschermd worden.⁴⁰

IBO's bevatten een aantal materiële rechten, die beogen de investering (en investeerder) te beschermen en grensoverschrijdende investeringen aan te moedigen. Zo bevat een IBO doorgaans een onteigeningsverbod⁴¹, een recht op 'eerlijke en rechtvaardige' behandeling, recht op non-discriminatoire nationale behandeling en een meestbegunstigde clausule.⁴² Deze bepalingen garanderen bijvoorbeeld dat een investering niet wordt onteigend, en zo onteigening toch noodzakelijk is in het algemeen belang, een adequate schadevergoeding wordt toegekend. Daarnaast zal een verdragsstaat een investeerder uit de andere staat dezelfde gunstige behandeling moeten toekennen die het aan zijn eigen onderdanen verleent en een stabiel en voorspelbaar rechtssysteem moeten bieden.

Naast deze materiële rechten bieden IBO's procedurele rechten die het mogelijk maken de materiële rechten te realiseren. Dankzij de in een IBO gecreëerde procedurele infrastructuur, kan een zich benadeeld voelende partij direct, dus zonder tussenkomst van de overheid, zijn rechten afdwingen bij een speciaal daarvoor ingesteld arbitragetribunaal.⁴³ De belanghebbende partij houdt in een procedure onder een investeringsverdrag het heft volledig in eigen handen, van het instellen van een procedure tot aan de inhoudelijke behandeling.⁴⁴

Een IBO wijst zelf de instantie aan die bevoegd is om uitspraak te doen over investeringsgeschillen onder het betreffende verdrag. Het unieke aspect van deze vorm van arbitrage is het opheffen van de ongelijke verhouding tussen overheid en individu c.q. onderneming. Beiden zijn volwaardige en gelijke partijen gedurende de gehele arbitrageprocedure. Gangbaar is dat de partijen ieder een lid van het arbitragetribunaal aanwijzen, waarna de twee gekozen arbitrators een derde aanwijzen.⁴⁵ Op deze wijze kan een hoge mate van onafhankelijkheid worden gewaarborgd. De combinatie van een onafhankelijk tribunaal en gelijke procespositie leidt meer dan eens tot voor de betrokken staat pijnlijke en kostbare vonnissen (en effectuering van het vonnis⁴⁶). De praktijk leert dat veel investeerders zich bij het opzetten en in stand houden van een internationale activiteiten laten leiden door de aanwezigheid van een IBO. Indien een land niet voorziet in een geschikt IBO-netwerk, zullen investeerders mogelijkterwijls geneigd zijn hun investeringen via een ander land te structureren.

40 Zie ook L.J. de Heer & P.R.C. Kraan, Legal Protection in International Tax Disputes – How Investment Protection Agreements Address, *European Taxation*, Vol. 50, 2012/1, p. 3 e.v. Arbitration.

41 Art. 6 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

42 Art. 3 lid 2 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

43 Afhankelijk van de procedurele bepalingen in het betreffende investeringsverdrag kunnen wel bepaalde beperkingen bestaan ten aanzien van het instellen van arbitrage, zoals een verplichting tot het uitputten van lokale rechtsingangen.

44 Hannah L. Buxbaum, The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation, *Yale International Law Journal*, nr. 219(2001).

45 Zie bijvoorbeeld art. 12 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

46 Zo werd in juni 2011 het regeringsvliegtuig van de Thaise prins in Duitsland geconfisqueerd nadat de Thaise Staat weigerde een schadevergoeding te betalen die een Duitse onderneming was toegekend na een IBO-procedure. Zie: <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14138273>.

Het belang dat investeerders aan IBO's hechten, laat zich mede verklaren door de sterke procedurele waarborgen, leidend tot een gelijk speelveld voor overheid en investeerder, alsmede de onafhankelijke arbitrage. Het Nederlandse IBO-netwerk is, evenals de belastingverdragen, veel geroemd. Zowel het aantal IBO's als de ruime reikwijdte, maken de Nederlandse IBO's tot een belangrijke pijler van het vestigingsklimaat.⁴⁷

6. Voordelen van IBO-arbitrage

De hierboven beschreven IBO-arbitrage heeft een aantal grote voordelen. Meest voornamelijk is de procedurele autonomie van de (naar eigen zeggen) gedupeerde investeerder. Hij kan zelf de zaak aanhangig maken⁴⁸ en hij kan zelf de grondslag van het voorgelegde geschil vaststellen. Daarnaast blijft hij gedurende de arbitrageprocedure een partij die op gelijke voet staat met de gedaagde staat. Het arbitrage-tribunaal garandeert een hoge mate van onafhankelijkheid, omdat het tribunaal niet wordt aangesteld door slechts één der partijen. IBO's incorporeren doorgaans de procedureregels van het International Centre for Settlement of Investment Disputes (hierna: 'ICSID'), een onderdeel van de Wereldbank en de uitspraken worden in veel gevallen gepubliceerd. Hoewel een verplichting van *stare decisis*⁴⁹ ontbreekt, verwijzen arbitrage-tribunalen consequent naar elkaars uitspraken. Hierdoor ontstaan "best practices", die duidelijkheid scheppen over de interpretatie van verdragsbepalingen. Een aantal van deze voordelen werd ook door de OESO al in 1984 gesignaleerd⁵⁰, evenals door de International Fiscal Association in 1993.⁵¹

7. Conclusie: dulcis ante omni musae

In deze bijdrage heb ik betoogd dat de rechtsbescherming onder Nederlandse belastingverdragen tekortschiet. Hoewel het OESO-Modelverdrag sinds 2008 een arbitragebepaling kent, is de rechtsbescherming naar mijn mening onvoldoende. Daarenboven is deze arbitragebepaling niet opgenomen in verdragen die vóór 2008 zijn gesloten, een aantal uitzonderingen daargelaten.

47 R. van Os & R. Knottnerus, 'Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection by Multinational Companies', 19 december 2011. Beschikbaar bij SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1974431>.

48 Onder bepaalde verdragen kan echter wel een 'filter' zijn opgenomen die arbitrage pas toestaat indien alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

49 El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, 27 april 2006 and International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Separate Opinion T. Wälde, 26 January 2006, par. 129 en G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse, Arbitration International, 2007.

50 C. Garbarino & M. Lombardo, 'Arbitration of unresolved issues in mutual agreement cases: the new paragraph 5, art. 25 OECD model convention, a multi-tiered dispute resolution clause', *Bocconi Legal Studies Research Paper* Nr. 1628765. Beschikbaar bij SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1628765>.

51 International Fiscal Association, 'Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration', 18th IFA Congress Seminar Series, 1993.

Ik heb een allusie gemaakt aan arbitrage onder IBO's, waar investeerders geschillen met een staat onder het vigerende verdrag aanhangig kunnen maken bij een onafhankelijk arbitragetribunaal. Naar mijn mening zouden belastingverdragen ook in een dergelijke arbitragemogelijkheid moeten voorzien. Een arbitragebepaling die de belastingplichtige in staat stelt om zelfstandig het gehele geschil voor te leggen aan een onafhankelijk tribunaal.

Uiteraard zal Nederland niet zelfstandig aan de in deze bijdrage genoemde bezwaren tegemoet kunnen komen. Wijziging van oude verdragen vereist instemming van de verdragspartner, en opname van een adequate arbitragebepaling in het OESO-Modelverdrag is een diplomatiek traject waarin vele landen als tegenstander een rol zullen opeisen. Nederland zou echter wel het voortouw kunnen nemen voor wijziging van het OESO-Modelverdrag, zoals het dat ook gedaan heeft bij opname van de huidige, beperkte arbitragebepaling. In Europees verband zou bijvoorbeeld analoog aan het arbitrageverdrag voor verrekenprijsgeschillen een arbitragemogelijkheid kunnen worden gecreëerd voor de in § 2 genoemde problematiek.

Er is in het verleden regelmatig bezwaar geuit tegen een (volledige) arbitragemogelijkheid onder belastingverdragen, waarbij met name het morrelen aan de fiscale autonomie wordt gevreesd.⁵² Dit lijkt mij echter onvoldoende om de huidige leemten in rechtsbescherming onder belastingverdragen te rechtvaardigen. Verdragssluitende staten committeren zich in een belastingverdrag aan bepaalde verplichtingen. Indien een juiste verdragstoepassing de fiscale autonomie van een staat inperkt, dan is dit niet meer dan een logisch gevolg van het betreffende verdrag. Nederland heeft zich bovendien in fiscale aangelegenheden al overgegeven aan supranationale rechtsmachten, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast kunnen ook fiscale maatregelen worden aangevochten onder een IBO.⁵³ Ik hoop dat er een moment komt dat IBO-arbitrage als muze inspireert tot het scheppen van een volledige arbitragemogelijkheid onder belastingverdragen. De tekortkomingen in rechtsbescherming onder belastingverdragen, die zich in volle omvang laten aanschouwen in het licht van deze IBO-arbitrage, zijn te fundamenteel om ongemoeid te laten.

⁵² Zie bijvoorbeeld W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, New York: Oxford University Press 2006, p. 349.

⁵³ L.J. de Heer & P.R.C. Kraan, a.w.