

# De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid

Prof. mr. F.P.G. Pötgens<sup>1</sup>

In plaats van standaardcriteria dienen kernwaarden te worden geformuleerd, die zodanig fundamenteel en principieel van aard zijn dat daaraan in beginsel geen concessies kunnen worden gedaan bij het onderhandelen en sluiten van belastingverdragen. In deze bijdrage wordt een aanzet gegeven voor de vaststelling van kernwaarden.

## 1. Inleiding

In deze bijdrage wordt aandacht gevraagd voor kernwaarden die zouden moeten worden geformuleerd en gehanteerd bij het sluiten van belastingverdragen. Hierover is ook gediscussieerd in de Tweede Kamer in het kader van het fiscale verdragsbeleid,<sup>2</sup> wat geleid heeft tot het opstellen van een aantal standaardcriteria<sup>3</sup> en uiteindelijk tot een toetschema.<sup>4</sup> Echter, deze criteria vormen geen (of in ieder geval geen afdoende) weergave van de hierna omschreven kernwaarden; ze zijn in feite niet meer dan een herhaling van de abstracte uitgangspunten en standpunten die al in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna: 'NFV 2011') waren genoemd.<sup>5</sup> Zo bevatten de standaardcriteria overwegingen en uitgangspunten als 'definitie "vaste inrichting" in overeenstemming met OESO-beginselen', 'bepaling dat inkoop van aandelen en liquidatie worden beheerst door het dividendartikel' en '183-dagenregeling opgenomen voor inkomsten uit dienstbetrekking'. Uiteraard kunnen dergelijke standaardcriteria

nuttig zijn,<sup>6</sup> maar met kernwaarden wordt in dit verband bedoeld op uitgangspunten die zodanig fundamenteel en principieel van aard zijn dat daaraan in beginsel geen concessies worden gedaan bij het onderhandelen en sluiten van belastingverdragen.<sup>7</sup> Als dergelijke concessies toch worden gedaan, dan moeten zij uitdrukkelijk worden gemotiveerd en toegelicht zodat de Staten-Generaal en met name de Tweede Kamer (maar ook de Raad van State)<sup>8</sup> de betreffende afwegingen kunnen controleren, toetsen en becommentariëren (althans waar nodig).

## 2. Kernwaarden versus standaardcriteria

De NFV 2011 is zodanig vormgegeven dat zij vooral beleidsmatig van aard is. Voor de nadere techniek die met het fiscale verdragsbeleid samenhangt, kan in veel gevallen te

1 Hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam. Deze bijdrage is een bewerking van F.P.G. Pötgens, 'Position Paper ten behoeve van het Rondetafelgesprek inzake de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', d.d. 1 juni 2011, alsmede F.P.G. Pötgens, 'Over kernwaarden en belastingverdragen', *WFR Special Sjaak Jansen*, 15 maart 2012, p. 52 e.v. Een woord van dank gaat uit naar prof. mr. S.E. Zijlstra en prof. mr. F.J. van Ommeren (beiden Vrije Universiteit) voor hun commentaar bij een eerdere versie van dit artikel, en tevens naar mr. J. Gooijer (Vrije Universiteit) en mr. E. Bunders (Loyens & Loeff).

2 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 7 (tevens opgenomen in *V-N* 2011/12.4). Vergelijk ook Algemeen overleg van de vaste commissie voor Financiën, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2010-2011, nr. 25, p. 2 en 3, het op 1 juni 2011 gehouden Rondetafelgesprek met de vaste commissie voor Financiën, alsmede F.P.G. Pötgens, 'Position Paper ten behoeve van het Rondetafelgesprek inzake de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', d.d. 1 juni 2011, gepubliceerd op <http://dare.uvu.vu.nl/bitstream/1871/19845/5/PositionPaperNFV2011Potgens.pdf>.

3 Aangenomen motie-Van Vliet, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 8 (tevens opgenomen in *V-N* 2011/43.8).

4 Bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 18 oktober 2011, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2011-2012, 25 087, nr. 27 (zie p. 1 en 2 van die brief).

5 Vergelijk tevens H. Pijl, 'Wakzaam internationaal verdragsbeleid gewenst', *NTRF* 2011/2357.

6 Tijdens het Algemeen overleg van de vaste commissie voor Financiën inzake belastingverdragen d.d. 23 januari 2013, sprak het Kamerlid Van Vliet zijn tevredenheid uit over deze standaardcriteria en vroeg hij in verband daarmee waarom de vaste-inrichtingdefinitie in het belastingverdrag met Ethiopie afweek van het OESO-Modelverdrag.

7 Volgens Van Dale's Grote Woordenboek der Nederlandse Taal (versie 5.0) is een kernwaarde 'een kenmerkende eigenschap of doelstelling die essentieel wordt geacht'. Een gang langs het internet leert dat veel bedrijven en instellingen kernwaarden geformuleerd hebben. Overigens geniet dit begrip van de zijde van de overheid ook de nodige aandacht, getuige het feit dat op 8 juni 2007 een commissie 'Uitdragen van de kernwaarden van de rechtsstaat' is geïnstalleerd door de toenmalige ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Deze commissie heeft op 13 februari 2008 een rapport gepubliceerd waarop het Kabinet in een brief van 5 december 2008, Kamerstukken II, 2008-2009, 29 279, nr. 83 heeft gereageerd, met als doel dat kennis over kernwaarden het draagvlak van de rechtsstaat bij burgers moet vergroten (zie tevens de nadere reactie van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 maart 2009, Kamerstukken II, 2008-2009, 29 754, nr. 144); als kernwaarden van de rechtsstaat worden vrijheid, gelijkwaardigheid en solidariteit aangemerkt. Verder kan worden verwezen naar het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 'Identificatie met Nederland' dat op 24 september 2007 is gepresenteerd. Ook van de zijde van de rechterlijke macht bestaat belangstelling voor kernwaarden. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft op 26 september 2011 een rechtscodex vastgesteld waarin een aantal kernwaarden voor de rechterlijke macht is geformuleerd, zoals onafhankelijkheid, autonomie, onpartijdigheid, etc. Zie nader S.T. Vrieze en T.S. van Walcheren, 'De dronken rechter en de NVvR-rechtscodex', *NJB* 2012/1469, p. 1790-1795 en E. Mak en N. Ayirir, 'De kernwaarden van de moderne rechter. Een rechtsvergelijkende inventarisatie', *Trema* 2011, p. 302-309. De door de Nationale Ombudsman gehanteerde behoorlijkheidsnormen in het klachtrecht zijn eveneens op een viertal kernwaarden gebaseerd, d.w.z. (i) open en duidelijk (zoals transparant en een goede motivering), (ii) respectvol (onder andere, respecteren van grondrechten, fair play en evenredigheid), (iii) betrokken en oplossingsgericht (het meer voortvarendheid) en (iv) eerlijk en betrouwbaar (waaronder onpartijdigheid en redelijkheid); vergelijk J.A. Smit, 'Nieuwe behoorlijkheidsnormen in het (fiscale) klachtrecht', *TFB* 2012/2, p. 17-21.

8 Momenteel verricht mr. drs. Tj. Hoekstra promotieonderzoek aan de Vrije Universiteit Amsterdam (onder begeleiding van prof. mr. J.W. Bellingwout) naar de effectiviteit van de adviezen van de Raad van State voor de fiscale wetgeving. Hij heeft mij deelgenoot gemaakt van een deel van zijn onderzoekresultaten waaruit blijkt dat over 2010 en 2011 24 adviezen door de Raad van State betreffende belastingverdragen zijn verstrekt. Hiervan hadden de meeste adviezen overigens betrekking op informatie-uitwisselingsverdragen (met Monaco, Liechtenstein, San Marino, Montserrat, Andorra, Belize, Samoa, Grenada, Saint Lucia, Cooke-eilanden, Bahama's, Gemeenbest Dominica, Gibraltar, Marshall-eilanden, Liberia, Seychellen en wijziging van het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken) en een zevental op een belastingverdrag naar het inkomen of het vermogen of een daarbij behorend protocol: Barbados (protocol), Maleisië (protocol), Slowakije (protocol), Hongkong (belastingverdrag), Panama (belastingverdrag), Zwitserland (belastingverdrag) en Japan (belastingverdrag).

rade worden gegaan bij de eerdere notities daarover.<sup>9</sup> Alleen wanneer zich een ingrijpende ontwikkeling of wijziging heeft voorgedaan, wordt op technische punten ingegaan. Voor het overige bevat de NFV 2011 de kerninzet van het Nederlandse verdragsbeleid en de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven.<sup>10</sup> Het vorenstaande neemt naar mijn mening niet weg dat, zoals hiervoor is aangegeven, beleid en ook verdragsbeleid een aantal kernwaarden moet bevatten waaraan bij het sluiten en onderhandelen van belastingverdragen in beginsel niet getornd wordt. Deze kernwaarden bieden de verdragsonderhandelaars heldere richtlijnen en zij vormen voor het parlement en (mogelijk tot op zekere hoogte) voor de Raad van State een toetsingskader dat in ieder geval fundamenteeler van aard is en daarmee meer houvast biedt dan het eerdergenoemde toetsschema.<sup>11</sup>

De hierboven al genoemde standaardcriteria bevatten veelal de Nederlandse wensen en uitgangspunten bij het onderhandelen en sluiten van belastingverdragen (in een aanzienlijk aantal gevallen zijn zij overgenomen van de 'blauwe blokken' uit de NFV 2011). De verwezenlijking van deze standaardcriteria (die de inzet vormen van Nederland) kunnen niet door de Nederlandse verdragsonderhandelaars gegarandeerd worden.<sup>12</sup> Dat wordt geïllustreerd door een discussie die in het parlement is gevoerd over een van de standaardcriteria of onderdelen van het toetsschema, namelijk de 'bronstaatheffing voor gefacilieerd opgebouwde pensioenen, onafhankelijk van de behandeling van de pensioenen in de woonstaat'. Dit is een typisch voorbeeld van de initiële inzet van de Nederlandse verdragsonderhandelaars. In een door de Tweede Kamer aanvaarde motie (van het lid Groot)<sup>13</sup> is bepaald dat Nederland in zijn belastingverdragen in alle gevallen moet streven naar de exclusieve toewijzing van het heffingsrecht over pensioenuitkeringen aan de bronstaat. De staatssecretaris heeft naar mijn mening terecht aangegeven dat dit te ver gaat.<sup>14</sup> Hij wil zich in dat verband enige flexibiliteit voorbehouden. Hij kan immers niet de garantie bieden dat de andere staat met een dergelijke wens akkoord gaat. Een kernwaarde heeft in deze context een veel principiële en fundamenteeler karakter waardoor zij zich minder makkelijk als 'wisselgeld' leent in de verdragsonderhandelingen en het

wellicht eenvoudiger is de andere staat er van te overtuigen dat Nederland hier in beginsel niet van af kan wijken<sup>15</sup> (in voorkomende gevallen en bij bepaalde kernwaarden kan ervan worden uitgegaan dat ook de andere verdragsluitende staat ze zouden moeten respecteren).<sup>16</sup>

### 3. Kwaliteitseisen

Voor de vaststelling van de hiervoor bedoelde kernwaarden kan te rade worden gegaan bij de kwaliteitseisen die ook aan de nationale wetgeving gesteld worden.<sup>17</sup> Zij kunnen gekenschetst worden aan de hand van, onder andere, de volgende begrippen:

1. rechtmatigheid (niet in strijd met hoger recht) en verwetelijking van algemene rechtsbeginselen (waaronder de materiële rechtszekerheid);<sup>18</sup>
2. doeltreffendheid en doelmatigheid;<sup>19</sup>
3. subsidiariteit en evenredigheid;<sup>20</sup>
4. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;<sup>21</sup>
5. onderlinge afstemming;<sup>22</sup>

- 15 De ontwikkeling van deze kernwaarden zou kunnen plaatsvinden in en in het licht van het periodiek en aanvullend technisch overleg dat wordt voorgesteld door C. van Raad, 'Wenselijk aanvullend technisch overleg over de inhoud en toepassing van Nederlandse belastingverdragen', *WFR* 2011/6903, p. 561 en 562.
- 16 Illustratief hiervoor is het overzicht van standaarden voor wetgevingstechniek in België, Duitsland en het VK dat S.E. Zijlstra, *De waarde van wetgevingstechniek*, *preadvies CJV*, Parijs, 2012, p. 33 en 34 geeft.
- 17 De betreffende eisen die aan de nationale wetgeving worden gesteld zijn als 'kwaliteitseisen' neergelegd in de Nota 'Zicht op Wetgeving', Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 1-2. Door de diverse kabinetten is hun geldigheid nadien meermalen herhaald; zie de nota 'Wetgevingskwaliteitsbeleid', Kamerstukken II, 2000-2001, 27 475, nr. 2, de nota 'Bruikbare rechtsorde', Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 9, p. 10 en de nota 'Vertrouwen in wetgeving', Kamerstukken II, 2008-2009, 31 731, nr. 1. Vergelijk tevens F.J. van Ommeren in *Wetgeving - Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, (red. S.E. Zijlstra), Kluwer, Deventer 2012, p. 106. Zie voor een meer theoretische en rechtsfilosofische inkadering van deze kwaliteitseisen, J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving* (oratie Universiteit Leiden), Sdu Uitgevers, Amersfoort 2008, p. 48-51. Deze kwaliteitseisen kunnen en worden ook toegepast met betrekking tot belastingwetten (zie in het kader van de overdrachtsbelasting, A.O. Lubbers, 'Evaluatie van fiscale wetgeving', in *De toekomst van de overdrachtsbelasting - De beginselen van behoorlijke wetgeving als toetsingskader* (red. Y.E. Gassler), Kluwer, Deventer 2007, p. 19 en 20).
- 18 NFV 2011, p. 28 merkt op dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie de lidstaten verplicht zijn hun bevoegdheid om de criteria voor heffingsverdeling in een belastingverdrag in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen.
- 19 NFV 2011, p. 14, p. 40 en p. 60 refereren aan de vermindering van administratieve lasten (als gevolg van duidelijke toewijzingsbepalingen in een belastingverdrag, respectievelijk bezwaren tegen de uitbreiding van het vaste inrichting-begrip en het laten vervallen van de hooglerarenbepaling) en p. 64 verwijst naar doelmatigheid bij invorderingsbijstand.
- 20 NFV 2011, p. 26 verwijst hiernaar in het kader van in verdragen op te nemen antimisbruikbepalingen.
- 21 NFV 2011, p. 55 noemt de uitvoerbaarheid in het kader van een heffingsrecht aan de bronstaat in geval van pensioenuitkeringen.
- 22 De onderlinge afstemming tussen verschillende belastingverdragen in driehoekssituaties komt aan de orde in het beleidsvoornemen dat NFV 2011, p. 29 noemt. Het gaat om situaties waarin dividenden, interesten en royalty's zijn toe te rekenen aan een Nederlandse vaste inrichting van, bijvoorbeeld, een vennootschap die inwoner is van een andere EU-lidstaat. Nederland streeft er dan naar dat in het verdrag met de staat waar de dividenden, interesten en royalty's opkomen (Staat S) een bepaling wordt opgenomen dat Staat S de 'verdragsvoordelen' aan de in Nederland gelegen vaste inrichting toekent. Uiteraard kan dit beleidsvoornemen worden onderschreven. Zie over dit beleidsvoornemen, T. Bender, 'Het Nederlandse verdragsbeleidsvoornemen voor driehoekssituaties', *NVFR* 2012/2471, p. 1-4.

9 Notitie algemeen fiscaal verdragsbeleid (1987), Kamerstukken II, 1987-1988, 20 365, nr. 2; Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)beleid (1996), Kamerstukken II, 1996-1997, 25 087 en Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht (1998), V-N 1998, nr. 22.

10 NFV 2011, p. 13 en 14.

11 Vergelijk tevens H. Mooij, 'Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid', *MBB* 2011, nr. 4, p. 189.

12 In een brief van 26 september 2012 heeft een aantal Kamerleden aan de staatssecretaris van Financiën gevraagd geïnformeerd te worden over de concrete toepassing van de standaardcriteria op belastingverdragen. In reactie daarop geeft de staatssecretaris van Financiën in een brief van 5 oktober 2012, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 25 087, nr. 33 weer hoe deze standaardcriteria zijn toegepast op het belastingverdrag met Ethiopië en het wijzigingsprotocol met betrekking tot het belastingverdrag met India.

13 Motie van het lid Groot, voorgesteld op 28 juni 2011, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2011-2012, 25 087, nr. 27, p. 3.

14 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 18 oktober 2011, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2011-2012, 25 087, nr. 27, p. 3.

6. eenvoud,<sup>23</sup> duidelijkheid<sup>24</sup> en toegankelijkheid.

In aanvulling op deze kwaliteitseisen wijst de NFV 2011 nog op het belang van belastingverdragen voor het Nederlandse vestigingsklimaat.<sup>25</sup> Overigens moet men voor ogen houden dat deze kwaliteitseisen elkaar niet uitsluiten. Zo hangt de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid intrinsiek samen met de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid.<sup>26</sup> De vijfde eis (onderlinge afstemming) en de zesde eis (eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid) hebben een inhoudelijke relatie.<sup>27</sup> Immers, de onderlinge afstemming van regelingen heeft een positieve invloed op eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.<sup>28</sup> Deze eisen kunnen dan worden samen genomen en zij kunnen worden omschreven als formele rechtszekerheid<sup>29</sup> (zij dienen voor de belastingplichtigen of in dit geval de gerechtigden tot een belastingverdrag duidelijkheid te scheppen over hun rechtspositie).<sup>30</sup> Met andere woorden: in dit verband kan duidelijkheid als het koepelbegrip voor onderlinge afstemming, eenvoud en duidelijkheid worden gezien. Zoals hiervoor is aangegeven, valt de materiële rechtszekerheid (onder andere, gerechtvaardigde verwachtingen) onder de eerste eis.<sup>31</sup>

#### 4. Van kwaliteitseisen naar kernwaarden

Ik meen dat deze kwaliteitseisen op een fundamentele wijze tot uitgangspunt hadden moeten worden genomen, zodanig dat op basis daarvan tot een aantal kernwaarden kan worden gekomen.

De kwaliteitseisen hebben een beginselkarakter<sup>32</sup> aangezien zij een min of meer permanente gelding hebben omdat zij bij voortduring worden gebruikt,<sup>33</sup> geüpdatet en bevestigd in de diverse opeenvolgende nota's.<sup>34</sup> Met andere woorden: het gaat om algemene uitgangspunten waarvan het streven is ze zo veel mogelijk te realiseren.<sup>35</sup> Hierbij past echter de kanttekening dat de beginselen niet alle hetzelfde gewicht hebben. De rechtmatigheidseis heeft bovendien een ander karakter, aangezien deze rehtens onverkort geldt (zie, bijvoorbeeld, § 4.1. hierna).<sup>36</sup>

Hierin verschilt deze benadering van de standaardcriteria en het toetschema die uiteindelijk zijn opgesteld. Een en ander komt in de NFV 2011 naar mijn mening niet of onvoldoende tot uitdrukking. Ik licht dit toe met behulp van een aantal voorbeelden.

##### 4.1. Rechtmatigheid; relatie met het EU-recht (en daarin vervat doeltreffendheid, subsidiariteit en evenredigheid en formele rechtszekerheid)

Het vereiste van de rechtmatigheid brengt, als het wordt getransponeerd naar belastingverdragen, mee dat een verdrag moet voldoen aan recht dat daarboven prevaleert.<sup>37</sup> Hiervan is sprake bij het EU-recht.<sup>38</sup> De Unie-trouw (art. 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie: 'VEU') waaraan lidstaten gebonden zijn, brengt mee dat zij geen belastingverdragen kunnen sluiten die in strijd zijn met het Unierecht.<sup>39</sup> In dat verband heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ') geoordeeld dat het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') en het VEU voorrang hebben op internationale overeenkomsten die tussen lidstaten zijn gesloten.<sup>40</sup> Hieruit kan worden geconcludeerd dat bepalingen uit bilaterale belastingverdragen die strijdig zijn met het Unierecht niet verbindend zijn en dat het bilaterale belastingverdrag in

23 NFV 2011, p. 18 en 19 merken op dat uit hoofde van eenvoud het een overweging kan zijn in een bilaterale verhouding geen (volledig) belastingverdrag overeen te komen indien het risico op het ontstaan van ontgaansconstructies groot is. NFV 2011, p. 24 impliceert in het belastingverdrag een 'kapstok'-bepaling op te nemen die eenvoudige implementatie van nieuwe bepalingen of interpretatiewijzen mogelijk maakt. Tot slot stelt NFV 2011, p. 50 dat het aansluiten bij de nationale emigratieheffing heeft geleid tot een eenvoudiger aanmerkelijk belangvoorbehoud in belastingverdragen.

24 NFV 2011, p. 31 (jurisprudentie van de Hoge Raad, i.e. HR 4 december 2009, nr. 07/10383, *NTFR 2009/2692*, *BNB 2010/177*, over 'onderworpenheid' in art. 4, lid 1, van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen leidt tot onduidelijkheid die moet worden weggenomen via een specifieke verdragsbepaling); NFV 2011, p. 52 (specifieke protocolbepaling voor inkoop eigen aandelen en liquidatie-uitkeringen moet onduidelijkheid over verdragsclassificatie tegengaan) en NFV 2011, p. 57 (definitie van lijfrenten in het pensioenartikel moet tot duidelijkheid leiden met betrekking tot, bijvoorbeeld, de classificatie van stamrechten onder dat artikel).

25 NFV 2011, p. 10, p. 14, p. 15, p. 16, p. 45 en p. 78. Zie ook de brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, IFZ2013/24U (belastingheffing van internationale ondernemingen) aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

26 Zie Van Ommeren, t.a.p., p. 107 en Zijlstra, t.a.p., p. 25 en 26.

27 Zijlstra, t.a.p., p. 26.

28 Zijlstra, t.a.p., p. 26.

29 S.E. Zijlstra in *Wetgeven - Handboek voor de centrale en decentrale overheid* (red. S.E. Zijlstra), Kluwer, Deventer 2012, p. 94 (hierna: *Zijlstra/Wetgeven*).

30 De NFV 2011 verwijst herhaalde malen naar de formele rechtszekerheid: bijvoorbeeld, p. 14 (heldere regels betreffende de verdeling van de heffingsrechten komen de rechtszekerheid van het internationale bedrijfsleven en natuurlijke personen die grensoverschrijdend actief zijn ten goede), p. 32 (verdragsinwonerschap van subjectief vrijgestelde lichamen vastleggen) en p. 33 (verdragstoegang voor sovereign wealth funds).

31 Zijlstra/Wetgeven, t.a.p., p. 95.

32 Van Ommeren, t.a.p., p. 107. Vergelijk de in het VK gehanteerde 5 Principles of Good Regulation, d.w.z., (i) proportionality, (ii) accountability, (iii) consistency, (iv) transparency en (v) targeting, kunnen eveneens worden aangemerkt als rechtsbeginselen. Een verschil met Nederland is wel dat zij zijn gecodificeerd in de Legislative and Regulatory Reform Act 2006. Zie Van Ommeren, t.a.p., p. 108 en 109.

33 De Raad van State maakt bij wetsvoorstellen en ontwerp-algemene maatregelen van bestuur vaak ook wetstechnische opmerkingen waarbij naar de Nota 'Zicht op Wetgeving' wordt verwezen; Zijlstra, t.a.p., p. 29.

34 Zie over dit beginselkarakter tevens J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', in *Vijf jaar Wet IB 2001* (red. A.C. Rijkers en H. Vording), Kluwer, Deventer 2006, p. 27 e.v. (hierin worden diverse beginselen van behoorlijke wetgeving geanalyseerd in het kader van een evaluatie van de Wet IB 2001).

35 Van Ommeren, t.a.p., p. 107.

36 Van Ommeren, t.a.p., p. 107.

37 Vergelijk Van Ommeren, t.a.p., p. 106.

38 Vergelijk ook HvJ 5 februari 1963, zaak 26/62 (Van Gend & Loos) en HvJ 3 juni 1964, zaak 6/64 (Costa/ENEL). Onderdeel I, lid 1, van het protocol bij het verdrag met Duitsland (2012) bepaalt dat het recht van de Europese Unie voorrang heeft boven de bepalingen van dat verdrag.

39 HvJ 28 januari 1986, zaak 270/83 (Avoir Fiscal). Zie ook M. Helminen, *EU Tax Law - Direct Taxation*, IBFD, 2012, par. 1.5.2.2. en E.C.C.M. Kemmeren, 'Limitation-on-benefits in het belastingverdrag Nederland-VS en het EG-recht: het dienen van twee heren', in *JUVAT-bundel 2005*, Wolf Legal Publishers, 2006, p. 38 en 39.

40 HvJ 27 september 1988, zaak 235/87 (Matteucci); HvJ 22 september 1988, zaak 286/86 (Deserbais) en HvJ 19 januari 2006, zaak C-265/05 (Bouanich).

dat geval dus buiten toepassing blijft.<sup>41</sup> In het Saint Gobain-arrest<sup>42</sup> heeft het HvJ beslist dat belastingverdragen, ook met niet-lidstaten, moeten worden getoetst aan het EU-recht.

Conform het vereiste van rechtmatigheid zouden door Nederland gesloten belastingverdragen dus niet in strijd mogen zijn met het primaire EU-recht. Dit brengt met zich dat de non-discriminatiebepalingen uit het VWEU gerespecteerd moeten worden als Nederland een belastingverdrag sluit, ook als dit een derde staat betreft (d.w.z. geen lidstaat van de EU). Uit de Open Sky-arresten<sup>43</sup> van het HvJ kan bijvoorbeeld afgeleid worden dat de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) eraan in de weg staat dat EU-lidstaten een belastingverdrag sluiten als geen rekening wordt gehouden met bepaalde EU-connecties.<sup>44</sup> Anders dan de parlementaire toelichting bij het belastingverdrag met Japan betoogt,<sup>45</sup> is deze jurisprudentie niet beperkt tot bilaterale luchtvaartverdragen, maar zij strekt zich ook uit, zo blijkt ook uit het Gottardo-arrest, tot andere verdragen (waaronder belastingverdragen).<sup>46</sup>

Bepaalde antimisbruikbepalingen die in sommige belastingverdragen worden opgenomen zijn niet in overeenstemming met deze principes. Zo kunnen onder de LOB-bepaling in het belastingverdrag met Japan (art. 21) vennootschappen die inwoner zijn van Nederland van bepaalde verdragsvoorwaarden worden uitgesloten omdat zij geheel of gedeeltelijk in handen zijn van inwoners van andere EU-lidstaten.<sup>47</sup> Omdat

dit in strijd is met de hiervoor genoemde principes, heeft Frankrijk in 2009 de LOB-bepaling in het verdrag met de VS heronderhandeld om haar (meer) in overeenstemming te brengen met het EU-recht.<sup>48</sup>

Voor een beroep op art. 49 VWEU is overigens een daadwerkelijke economische activiteit vereist die wordt uitgeoefend voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging.<sup>49</sup> Bovendien wordt misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd als er sprake is van volstrekt kunstmatige constructies die tot doel hebben de belasting te omzeilen die normaal verschuldigd is. Uit het Cadbury Schweppes-arrest blijkt verder dat het enkele subjectieve oogmerk van de belastingplichtige (het verkrijgen van een belastingvoordeel) hierbij niet doorslaggevend is. Of van een volstrekt kunstmatige constructie sprake is, moet in het kader van de proportionaliteit worden vastgesteld aan de hand van voor derden controleerbare objectieve criteria, zoals lokalen, personeel en uitrusting.<sup>50</sup> Is een (misbruik)bepaling van toepassing zonder enig objectief en door derden controleerbaar criterium dat als aanwijzing kan dienen voor het bestaan van de hiervoor genoemde volstrekt kunstmatige constructie, dan is niet voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel (referte aan de formele rechtszekerheid).<sup>51</sup> Daardoor is de bepaling evenmin evenredig aan de nagestreefde doelstellingen.<sup>52</sup> Daarenboven moet per geval getoetst worden of er sprake is van misbruik.<sup>53</sup>

Met inachtneming van deze uitgangspunten kan tot een evenwichtige misbruikbepaling worden gekomen die aan objectieve criteria voldoet, die het rechtmatigheidsbeginsel eerbiedigt, die proportioneel is en die rechtszekerheid biedt

41 B.H. Ter Kuile, *Enige aspecten van Europese belastingherziening, in Europese vennootschapsbelasting*, NOB Preadvies nr. 9, IBFD, 1991, p. 218.

42 HvJ 21 september 1999, zaak C-391/97.

43 HvJ 5 november 2002 in de arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-466/98), Commissie/Denemarken (C-467/98), Commissie/Zweden (C-468/98), Commissie/Finland (C-469/98), Commissie/België (C-471/98), Commissie/Luxemburg (C-472/98), Commissie/Oostenrijk (C-475/98) en Commissie/Duitsland (C-476/98), alsmede HvJ 14 oktober 2004, zaak C-299/02, Commissie/Nederland en HvJ 27 april 2007, zaak C-523/04 (Commissie/Nederland). Zie voor een bespreking van deze arresten, H.T.P.M. van den Hurk, 'De bevoegdheid van lidstaten om belastingverdragen te sluiten aan de ketting?', *MBB* 2003, nr. 5, p. 155 e.v.

44 A.J.A. Stevens, 'Met wie sluit Nederland belastingverdragen?', *WFR* 2011/6903, p. 529 acht het opvallend dat de NEV 2011 de Open Sky-arresten niet noemt.

45 NV Kamerstukken II, 2011-2012, 32 776, nr. 6, p. 15.

46 Zie ook HvJ 15 januari 2002, zaak C-55/00 (Gottardo) (aangaande een sociaalzekerheidsverdrag waarin het HvJ met betrekking tot een dergelijk verdrag een vergelijkbare redeneertrant hanteerde als in de Open Sky-arresten). Een aanwijzing hiervoor kan ook worden gevonden in HvJ 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain).

47 Zie ook D. A. Hofland en F.P.G. Pötgens, 'Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan. Onduidelijkheden en relatie met het Europese recht nopen tot heroverweging', *WFR* 2011/6888, onderdeel 6.1. Hierin wordt ook geanticipeerd op de opmerking in de parlementaire toelichting bij het belastingverdrag met Japan (NV Kamerstukken II, 2011-2012, 32 776, nr. 6, p. 15) inhoudende dat HvJ 12 december 2006, zaak C-374/04 (Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation) meebrengt dat LOB-bepalingen zijn toegestaan; het HvJ heeft deze zaak behandeld tegen de achtergrond van meestbegunstiging (HvJ 5 juli 2005, zaak C-376/03 (D)) en niet, zoals in de Open Sky-arresten, tegen de achtergrond van discriminatie van de vrijheid van vestiging (of een belemmering daarvan). In dezelfde zin E.C.C.M. Kemmeren, 'Double Taxation Conventions on Income and Capital and the EU', *EC Tax Review* 2012/3, p. 170 en 171 en L. de Broe, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Doctoral Series, no. 14, IBFD, Amsterdam 2008, p. 1052 e.v. P.J. Wattel komt, naar kan worden aangenomen, tot een vergelijkbare conclusie aangezien hij dit arrest uitdrukkelijk plaatst tegen een meestbegunstigingsachtergrond (zie punt 15 van zijn annotatie, HvJ 12 december 2006, zaak C-374/04 (Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation), *BNB* 2007/131).

48 Zie ook S. Austray en M. Collet, France, in 'Tax treaties and tax avoidance: application and anti-avoidance provisions', *Cahiers de droit fiscal international (IFA)*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010, p. 332. Zij stellen in dit verband het volgende: 'EU law also has a major influence in the negotiating process of tax treaties: the FTA [French Tax Authorities] may not negotiate a provision which could prove non-EU law compliant either *vis-à-vis* EU countries or non-EU countries (e.g. the LOB provision of the France-USA treaty was renegotiated in January 2009: EU compliant clarifications have been included even though they may still be challenged).'

49 HvJ 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factortame II). Uit HvJ 13 april 2000, zaak C-176/96 (Lethonen) volgt dat het begrip 'economische activiteit' niet restrictief mag worden uitgelegd. Overigens blijkt uit HvJ 10 juli 1986, zaak 79/85 (Segers) en HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros) dat het HvJ betrekkelijk soepel met het vereiste van economische activiteit omgaat; zie in dezelfde zin A-G Wattel in zijn conclusie van 14 juli 2004 bij de uitspraak van de Hoge Raad van 13 mei 2005, nr. 39.613, *NTRF* 2005/723, *BNB* 2005/234, punt 6.4. Zo ontplooid Centros Ltd kennelijk nog geen enkele activiteit en had zij niettemin toegang tot de vestigingsvrijheid (conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2004 bij de uitspraak van de Hoge Raad van 13 mei 2005, nr. 39.613, *NTRF* 2005/723, *BNB* 2005/234, punt 6.7).

50 HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 67 en HvJ 5 juli 2012, zaak C-318/10 (SIAT), r.o. 41. Van een volstrekt kunstmatige constructie zou, bijvoorbeeld, sprake kunnen zijn bij een brievenbusmaatschappij of een schijnvennootschap.

51 HvJ 5 juli 2012, zaak C-318/10 (SIAT), r.o. 56.

52 HvJ 5 juli 2012, zaak C-318/10 (SIAT), r.o. 59.

53 HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem) en HvJ 28 oktober 2010, zaak C-72/09 (Etablissements Rimbaud).

maar toch afdoende doeltreffend is.<sup>54</sup> Nederland zou dan ook moeten uitdragen dat het alleen antimisbruikbepalingen accepteert in belastingverdragen als zij voldoen aan het Europese recht.<sup>55</sup> In de NFV 2011 ontbreekt een verwijzing naar deze jurisprudentie en deze beginselen.

In de literatuur zijn diverse aanzetten gedaan voor antimisbruikbepalingen in belastingverdragen die aan het EU-recht beantwoorden (vereiste van rechtmatigheid) waarbij bovendien een separate toetsing heeft plaatsgevonden aan de criteria van doeltreffendheid, uitvoerbaarheid, formele rechtszekerheid en proportionaliteit (subsidiariteit en evenredigheid).<sup>56</sup>

#### 4.2. Materiële rechtszekerheid: OESO-Commentaar en CIV's

Volgens de Hoge Raad is het Commentaar bij het OESO-Modelverdrag van grote betekenis voor de interpretatie van een bepaling uit een belastingverdrag als het (nagenoeg woordelijk) overeenkomt met het betreffende artikel of artikellid en uit de nota van toelichting die naar aanleiding van het betreffende verdrag is opgesteld, blijkt dat zo veel mogelijk aansluiting is gezocht bij het OESO-Modelverdrag.<sup>57</sup> Nederland committeert zich in die omstandigheden het OESO-Commentaar te volgen, tenzij het een voorbehoud heeft gemaakt. De NFV 2011 geeft aan dat het OESO-Commentaar in beginsel dynamisch dient te worden toegepast.<sup>58</sup> Belastingplichtigen kunnen de Belastingdienst in voorkomende gevallen met een beroep op het vertrouwensbeginsel aan het Commentaar en de dynamische toepassing daarvan houden.<sup>59</sup> Om die reden zou, mede vanuit het oogpunt van materiële rechtszekerheid, moeten gelden dat Nederland zich houdt aan wat in het Commentaar wordt vermeld.<sup>60</sup> Hierbij

past uiteraard de kanttekening dat het OESO-Commentaar niet altijd uitblinkt in helderheid en eenduidigheid. Desalniettemin is het wel afdoende duidelijk dat Nederland zich eraan geconformeerd heeft een Collective Investment Vehicle ('CIV'), zoals het OESO-Commentaar voorstaat, als een inwoner in de zin van een belastingverdrag en als beneficial owner aan te merken.<sup>61</sup> Van een CIV is sprake als een beleggingsfonds wordt aangeboden aan een breed publiek, een gediversifieerde portefeuille van financiële instrumenten bevat en onder regulier toezicht staat.<sup>62</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van het VBI-regime (art. 6a Wet VPB 1969) heeft de staatssecretaris het standpunt ingenomen dat de VBI geen verdragsinwoner is. Hij wees echter tevens op het destijds nog lopende onderzoek van de OESO naar beleggingsfondsen en hij stelde dat afhankelijk van de resultaten daarvan tevens de verdragsbescherming voor VBIs tot de mogelijkheden zou kunnen behoren.<sup>63</sup> Met het CIV-rapport en het daarmee corresponderende OESO-Commentaar is dit nu dus ingevuld en bevestigd. Hierbij moet echter worden aangetekend dat het CIV-rapport<sup>64</sup> en het OESO-Commentaar<sup>65</sup> een onderscheid maken tussen FBI- en VBI-achtige CIV's, waarbij zij oog hebben voor het feit dat een VBI haar winsten kan ophoeden en de FBI een uitdelingsverplichting heeft.<sup>66</sup> In dat verband is het de verdragsluitende staten volgens het OESO-Commentaar toegestaan specifieke verdragsbepalingen op te nemen. De NFV 2011 refereert hier eveneens aan.<sup>67</sup> Dit beleid is nog verder aangescherpt door de aangenomen motie-Omtzigt/Harbers, op basis waarvan er in het verdragsbeleid naar moet worden gestreefd de VBI uit te sluiten van de verdragsvoordelen met betrekking tot interesten, dividenden en royalty's.<sup>68</sup> Afgezien van dergelijke specifieke bepalingen zou een als CIV kwalificerende VBI onverkort als verdrags-

54 T. Bender, 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/6903, p. 547 wijst eveneens op het belang dat een LOB-bepaling EU-proof moet zijn. Zie verder Mooij, t.a.p., p. 189.

55 Punt 1, lid 1, van het Protocol bij het verdrag met Duitsland (2012) inhoudende dat het recht van de Europese Unie voorrang heeft boven de bepalingen van dat verdrag zou als een uitloei van hiervan kunnen worden gezien.

56 Vergelijk A.C.G.A.C. de Graaf, 'Visie over de vormgeving van een "anti-treaty shopping"-bepaling: een alternatief', *MBB* 2007, nr. 2, p. 76 e.v.

57 HR 2 september 1992, nr. 27.252, *BNB* 1992/379. Zie ook NFV 2011, p. 23.

58 NFV 2011, p. 23 en 24 maakt ter zake overigens een aantal nuances dat het OESO-Commentaar (par. 33 van de Inleiding op het OESO-Commentaar) en het Besluit inzake winstallocatie aan vaste inrichtingen d.d. 15 januari 2011, *BNB* 2011/91 niet maken, d.w.z. in ieder geval een dynamische toepassing van het Commentaar voor verduidelijkingen en voor wijzigingen in het Commentaar die een vraag beantwoorden die nog niet eerder bij de toepassing van het betreffende verdrag zijn opgekomen, bijvoorbeeld door veranderde economische omstandigheden. F.A. Engelen, 'Fiscaal verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag', *WFR* 2011/6903, p. 552 en 553 pleit ervoor de betekenis van het OESO-Commentaar en of het dynamisch moet worden toegepast, uitdrukkelijk in een belastingverdrag neer te leggen. In dat kader kan worden verwezen naar punt 1, lid 1, van het Protocol bij het (nog niet in werking getreden) belastingverdrag met Ethiopië waarin wordt gesteld dat het OESO-Commentaar en de dynamische toepassing daarvan een belangrijke interpretatiebron zijn indien een verdragsartikel het OESO-Modelverdrag volgt.

59 Zie ook H. Pijl, 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen', *WFR* 2011/6894, onderdeel 3.

60 Nederland stemt daarenboven in met de respectieve Recommendations van de Raad van de OESO, zie nader Engelen, t.a.p., p. 548.

61 Par. 6.12 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag. Zie ook B. da Silva, 'Granting Tax Treaty Benefits to Collective Investment Vehicles: A Review of the OECD Report and the 2010 Amendments to the Model Tax Convention', *Intertax* 2011/4, p. 199 en 200.

62 Par. 6.8 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag en par. 4 van het OESO-rapport 'The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles' van 23 april 2010 ('CIV-rapport').

63 Mondelinge behandeling, Kamerstukken I, 2006-2007, 30 533 en 30 698, nr. 38, p. 1242-1248.

64 CIV-rapport, par. 58 en 59.

65 Par. 6.25 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag.

66 Art. 28 Wet VPB 1969. De motie van antwoord, Kamerstukken I, 2011-2012, 32 776, C, p. 4 wijst ook op de uitdelingsverplichting.

67 NFV 2011, p. 33. Zie ook H. Vermeulen, 'Implementatiewetgeving AIFMD', *WFR* 2013/53, onderdeel 3.3.

68 Motie Omtzigt/Harbers, Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 13 (tevens opgenomen in V-N 2011/43.8).

inwoner moeten worden aangemerkt.<sup>69</sup> Overigens had deze motie, gezien het OESO-Commentaar, een uitzondering moeten maken voor de als CIV kwalificerende VBI (zie ook hierna).

Nederland dient zich zowel in zijn nieuwe belastingverdragen als in bestaande verdragen te conformeren aan wat in het OESO-Commentaar is opgenomen.<sup>70</sup> Overigens gaat van het toestaan van verdragsvoordelen aan een als CIV kwalificerende VBI een gunstige werking uit op het Nederlandse vestigingsklimaat en is daarmee de materiële rechtszekerheid gebiedend. Verder staat die VBI onder toezicht, zodat er vanuit dat perspectief een zekere indamping uitgaat van de vrees voor vermeend misbruik.<sup>71</sup>

In de parlementaire behandeling bij het belastingverdrag met Japan (2010) is uitdrukkelijk ingegaan op de vraag of de verdragsvoordelen ook zouden moeten gelden voor een als CIV kwalificerende VBI. Het zou, aldus de memorie van antwoord, geen uitgemaakte zaak zijn dat een dergelijke VBI als inwoner voor doeleinden van een belastingverdrag kan worden aange-

merkt.<sup>72</sup> Zoals hiervoor is aangegeven, maakt par. 6.12 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag afdoende duidelijk dat een CIV verdragsinwoner is, wat mutatis mutandis zou moeten gelden als een VBI als CIV kwalificeert. Tijdens de algemene beraadslaging van het belastingverdrag met Japan werd tot slot aangegeven dat de als CIV kwalificerende VBI onverkort van de relevante verdragsvoordelen is uitgesloten.<sup>73</sup> Dit strookt echter niet met het OESO-Commentaar en het zou de Tweede Kamer en de staatssecretaris sieren als zij het Commentaar op het OESO-Modelverdrag zouden respecteren. Als het OESO-Commentaar tot een onwelgevallige uitkomst leidt, zoals voor de als CIV kwalificerende VBI, dan had een voorbehoud moeten worden gemaakt op de relevante passages uit het Commentaar of moet dat alsnog gebeuren. Nu Nederland dit niet gedaan heeft, moet het dergelijke gevolgen respecteren. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel wordt echter verder ondermijnd als het OESO-Commentaar niet wordt gerespecteerd en bij de parlementaire behandeling van individuele belastingverdragen bovendien op onduidelijke gronden wordt aangegeven dat het OESO-Commentaar niet wordt toegepast op een als CIV kwalificerende VBI.

#### 4.3. Formele rechtszekerheid (afstemming); relatie tussen objectvrijstelling en belastingverdragen

Tot de formele rechtszekerheid behoort de onderlinge afstemming die vooral betrekking heeft op de consistentie van de diverse regelingen.<sup>74</sup> Zoals hiervoor is vastgesteld, dient de eis van onderlinge afstemming samen te worden genomen met eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Het beleidsvoornemen bij driehoekssituaties dat de NFV 2011 nastreeft (zie § 3),<sup>75</sup> voldoet uiteraard aan het formele rechtszekerheidsbeginsel (afstemming tussen diverse belastingverdragen). Echter, gezien de interactie tussen belastingverdragen en de nationale wetgeving zou bij het entameren van wetgeving eveneens (zo veel mogelijk) acht moeten worden geslagen op de samenhang met belastingverdragen. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten hierop uitgebreid in te gaan. Een recent voorbeeld biedt echter de introductie van de objectvrijstelling in art. 15e (e.v.) Wet VPB 1969. Afstemmings- of samenhangproblemen kunnen zich, onder meer, voordoen bij de (oudere) belastingverdragen die een voorkomingsbepaling bevatten met een beperkte verwijzing naar de nationale wetgeving, zoals het belastingverdrag

69 Vanwege de jurisprudentie van de Hoge Raad (met name HR 4 december 2009, nr. 07/10383, *NTFR* 2009/2692, *BNB* 2010/177) en met het oog op de rechtszekerheid is het Nederlands verdragsbeleid een regeling in belastingverdragen op te nemen die voorschrijft dat een lichaam geacht wordt aan belasting in een verdragsluitende staat onderworpen te zijn indien dat lichaam wordt beheerst door de wetten van die staat of zijn plaats van leiding in die staat heeft, en die fiscaal transparante lichamen uitdrukkelijk van het inwonerschap uitsluit (NFV 2011, p. 32). Een dergelijke bepaling is voor het eerst opgenomen in art. 4, lid 2, belastingverdrag tussen Nederland en Panama uit 2010 (ik duid deze bepaling dan ook verder aan als 'Panama-clausule'). In het protocol bij het nieuwe belastingverdrag met Duitsland uit 2012 (onderdeel II) is eveneens een dergelijke bepaling opgenomen zij het dat daaraan de tweede volzin van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag is toegevoegd teneinde, naar kan worden aangenomen, zeker te stellen dat de drielandenpuntdoctrine (HR 28 februari 2001, nr. 35.557, *NTFR* 2001/372, *BNB* 2001/295) van toepassing blijft (par. 8.2 van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag heeft in feite de drielandenpuntdoctrine geïncorporeerd in de tweede volzin van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag). Een vergelijkbare bepaling is ook opgenomen in onderdeel II, lid 2, van het protocol bij het belastingverdrag met Ethiopië (2012). Volgens NFV 2011, p. 33 is een gevolg van de opname van de Panama-clausule in een verdrag dat een VBI verdragsinwoner wordt maar Nederland is bereid af te spreken dat de VBI van (bepaalde) verdragsvoordelen wordt uitgesloten of dat er een specifieke bepaling wordt overeengekomen die bepaalde vormen van misbruik met de VBI tegengaat; zie, bijvoorbeeld, onderdeel X V, lid 5, van het protocol bij het nieuwe belastingverdrag met Duitsland (vergelijk voor een kritische beschouwing van deze bepaling E.M.S. Spierts, 'Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', *MBB* 2012, nr. 7/8, p. 275). Overigens heeft de aangenomen en eerdergenoemde motie Omtzigt/Harbers, Internationaal fiscaal (verdrags) beleid, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087, nr. 13 (tevens opgenomen in *V-N* 2011/43.8) op basis waarvan een VBI van de verdragsvoordelen met betrekking tot interesten, dividenden en royalty's dient te worden uitgesloten, uiteraard repercussies voor het Nederlandse verdragsbeleid in dit verband.

70 Er zijn wat dat betreft meer onvolkomenheden; zie P. Kavelaars, 'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid', *MBB* 2011, nr. 4, p. 170 die er terecht op wijst dat het besluit van 11 februari 2002, nr. IFZ2002/40M, *NTFR* 2002/324, *BNB* 2002/145 niet geheel overeenstemt met par. 12-12.15 van het Commentaar op art. 15 van het OESO-Modelverdrag inzake werknemersopties (zie ook F.P.G. Pötgens en M. Jakobsen, 'Het OESO-commentaar betreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten!', *WFR* 2008/6792, p. 1391-1404).

71 Vergelijk ook F.P.G. Pötgens, 'Verdragstoegang en inwonerschap in de Notitie Verdragsbeleid 2011', *WFR* 2011/6903, p. 536 en 537.

72 Zie memorie van antwoord, Kamerstukken I, 2011-2012, 32 776, C, p. 4 Verder wordt erop gewezen dat het belastingverdrag met Japan is gesloten voor de paragrafen inzake de CIV in het OESO-Commentaar zijn opgenomen wat niet geheel overtuigend overkomt gezien de door de staatssecretaris voorgestane dynamische toepassing van het OESO-Commentaar.

73 De algemene beraadslaging, TK 15, Belastingverdrag Japan, 15-8-84 (lk).

74 Vergelijk Van Ommeren, t.a.p., p. 107.

75 NFV 2011, p. 29 en Bender, *NTFR* 2012/2471, t.a.p., p. 1-4.

met Frankrijk.<sup>76</sup> Art. 24, lid 2, van het belastingverdrag met Frankrijk schrijft expliciet voor dat Nederland voor buitenlandse vaste-inrichtingswinst een belastingvrijstelling (met grondslagvoorbehoud) moet verlenen.<sup>77</sup> Op grond van de letterlijke tekst van deze voorkomingbepaling zou de objectvrijstelling onder dergelijke verdragen niet toegepast kunnen worden.<sup>78</sup> Bij dergelijke samenhangproblemen zou in ieder geval passen dat actief gebruik wordt gemaakt van de notificatieverplichting van art. 2, lid 4, van het OESO-Modelverdrag, waardoor de andere verdragsluitende partijen hiervan op de hoogte zijn.

Een ander terrein waar zich onderlinge afstemmingsproblemen kunnen voordoen, ligt enigszins in het verlengde van de objectvrijstelling. Het betreft het begrip vaste inrichting. Voor de bepaling van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten die afkomstig zijn uit staten of mogendheden waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten (art. 15e, lid 2, onderdeel b, Wet VPB 1969) geeft art. 15f Wet VPB 1969 een definitie van 'vaste inrichting' die (grotendeels)<sup>79</sup> overeenkomt met art. 5 OESO-Modelverdrag.<sup>80</sup> Voor de objectvrijstelling wenst de wetgever aan te sluiten bij de bestaande (internationaal ontwikkelde) invulling van dat begrip.<sup>81</sup> Dat roept de vraag op wat de betekenis is van toekomstige ontwikkelingen binnen, bijvoorbeeld, de OESO voor de definitie van art. 15f Wet VPB 1969.<sup>82</sup>

Het vereiste van onderlinge afstemming brengt mee dat een uniforme vaste-inrichtingdefinitie moet worden nagestreefd voor de relevante bepalingen uit de diverse heffingswetten.<sup>83</sup> Zo ontbreken in de buitenlandse belastingplicht in de inkomstenbelasting (art. 7.2, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001) en de buitenlandse belastingplicht in de vennootschapsbelasting (art. 17, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969) definities van

de begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger'. Hoewel deze begrippen een nadere invulling hebben gevonden in de jurisprudentie en de daarin gegeven uitleg in grote lijnen overeenkomt met art. 5, lid 1, OESO-Modelverdrag, ontbreekt voor de buitenlandse belastingplicht, bijvoorbeeld, een fictieve vaste inrichting voor bouw- en constructiewerkzaamheden die wel in art. 15f, lid 1, Wet VPB 1969 en art. 5, lid 3, OESO-Modelverdrag is opgenomen.

#### 4.4. Doeltreffendheid; het Nederlandse voorbehoud op kwalificatieconflicten kan vervallen

De eis van doeltreffendheid (effectiviteit) wil tot uitdrukking brengen dat het vigerende belastingverdrag moet leiden tot verwezenlijking van de doelstellingen die de verdragsluitende staten beogen.<sup>84</sup> Een belangrijke doelstelling van een belastingverdrag is uiteraard het voorkomen van dubbele belasting.<sup>85</sup> Nederland heeft een voorbehoud gemaakt op het OESO-Commentaar inzake kwalificatieconflicten (par. 80 van het Commentaar op art. 23 van het OESO-Modelverdrag). Bij een dergelijk kwalificatieconflict, waarbij beide verdragsluitende staten als gevolg van een verwijzing naar hun nationale recht (art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag) een inkomensbestanddeel onder verschillende toewijzingsbepalingen van een belastingverdrag kwalificeren, kan dubbele belasting ontstaan. Dit wordt opgelost doordat de woonplaats in dergelijke situaties verplicht is de kwalificatie van de bronstaat te volgen.<sup>86</sup> Uit hoofde van effectiviteit of doeltreffendheid zou het voorbehoud moeten vervallen omdat de OESO-benadering in een aantal gevallen dubbele belasting voorkomt.<sup>87</sup> Dit effectiviteitsbeginsel wordt overigens ook toegepast door het Internationale Gerechtshof bij de interpretatie en toepassing van verdragen en is vervlochten in art. 26 en art. 31, lid 1, Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (goede trouw).

#### 4.5. Formele rechtszekerheid (duidelijkheid en toegankelijkheid) en rechtmatigheid; geen doorwerking nationaalrechtelijke antimisbruikbepalingen

De Nederlandse Hoge Raad heeft zich terughoudend betoond wat betreft de doorwerking van nationale antimisbruikbepalingen, zoals *fraus legis*, naar belastingverdragen

76 Zie ook E.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'De objectvrijstelling in de vennootschapsbelasting: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/6954, p. 664 en 665. Een ander voorbeeld betreft de relatie tussen art. 46 BvdB 2001 (toegang van handel in vennootschappen met een herinvesteringreserve) en de door Nederland gesloten belastingverdragen. Met betrekking tot het voormalige belastingverdrag met het VK (1980) is momenteel een procedure aanhangig bij de Hoge Raad ter zake waarin A-G Wattel een conclusie heeft gewezen op 9 augustus 2012, *V-N* 2012/54.9 die er overigens op neerkomt dat art. 46 BvdB 2001 onverkort zijn uitwerking heeft op het voormalige belastingverdrag met het VK.

77 Vergelijk T. Bender, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening: niet afschaffen maar uitbreiden', *WFR* 2004/1519, onderdeel 5.

78 Hierbij kan overigens van belang zijn dat de Hoge Raad (HR 1 december 2006, nr. 42.211, *NTFR* 2007/41, *BNB* 2007/68) voor de inkomstenbelasting niet strikt heeft vastgehouden aan de letterlijke tekst van de voorkomingbepaling uit het belastingverdrag met Frankrijk.

79 Zie evenwel H. Pijl, 'Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012', *NTFR* 2011/2223, p. 7-8 en D.M. Brouwers en E.M. Nijkeuter, 'Wijzigingen in de voorkoming van dubbele belasting per 2012', *WFR* 2012/1770.

80 Memorie van toelichting, Belastingplan 2012, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, p. 97.

81 Memorie van toelichting, Belastingplan 2012, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, p. 97.

82 De OESO heeft op 19 oktober 2012 een Revised Discussion Draft gepubliceerd onder de titel 'Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention' waarin diverse wijzigingen in het Commentaar op art. 5 van het OESO-Modelverdrag worden voorgesteld.

83 Vergelijk A.J.A. Stevens, 'Verdragsbeleid en winstinkomen', *TFO* 2012/119, p. 62.

84 Vergelijk Van Ommeren, t.a.p., p. 106.

85 Zie ook par. 3 van de inleiding van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag.

86 Par. 32.3 van het Commentaar op art. 23 van het OESO-Modelverdrag.

87 Zie ook Engelen, t.a.p., p. 549 en 550, alsmede E.P.G. Pötgens en L.J. de Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010/6870, p. 1024-1034. Hetzelfde kan worden betoogd voor het voorbehoud dat Nederland heeft gemaakt bij de OESO-oplossing voor hybride entiteiten (par. 27.1 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag). G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen', *MBB* 2011, nr. 5, p. 207-223 betogen evenwel dat dit voorbehoud toch gehandhaafd kan worden aangezien de OESO-documenten niet in oplossingen voorzien voor outboundsituaties en daarenboven een aantal onduidelijkheden en innerlijke tegenstrijdigheden bevat.

(als dat noch uit de tekst van het verdrag noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen kan worden afgeleid).<sup>88</sup> Dienovereenkomstig heeft Nederland een voorbehoud gemaakt op het andersluidende OESO-Commentaar.<sup>89</sup> De NFV 2011<sup>90</sup> schrijft in zo'n geval de onderlinge overlegprocedure (art. 25 OESO-Modelverdrag) voor als beide verdragsluitende staten doorwerking van dergelijke antimisbruikconcepten naar het vigerende belastingverdrag geoorloofd achten. Gezien het feit dat deze doorwerking in de eerste plaats eenzijdig is (in de zin van de eerder aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad) en het in de tweede plaats om nationale regelingen gaat die buiten de invloedssfeer van Nederland liggen maar wel verdragsverplichtingen opziet, moet aan de formele rechtszekerheid (de rechtspositie van verdragsgerechtigden, en dan vooral duidelijkheid en toegankelijkheid) nog meer gewicht worden toegekend.<sup>91</sup> Dit pleit voor het opnemen van bepalingen in een belastingverdrag die meebrengen dat nationale antimisbruikconcepten geen effect hebben op dat verdrag.<sup>92</sup>

## 5. Slot

Het verdragsbeleid zou een aantal kernwaarden moeten formuleren en concretiseren. Deze kernwaarden kunnen worden gebaseerd op de wetgevingskwaliteitseisen die als volgt kunnen worden weergegeven:

- rechtmatigheid en verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen (waaronder de materiële rechtszekerheid);
- doeltreffendheid en doelmatigheid;
- subsidiariteit en evenredigheid;
- uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
- formele rechtszekerheid.

Deze kernwaarden zouden heldere richtlijnen voor de verdragsonderhandelaars kunnen vormen en zij bieden tevens een toetsingskader voor de parlementaire goedkeuring en behandeling. Zonder naar volledigheid te willen streven, kunnen de volgende kernwaarden worden genoemd:

- De door Nederland gesloten belastingverdragen moeten in overeenstemming zijn met het Europese recht. Dat geldt in het bijzonder voor antimisbruikbepalingen die

in verdragen worden opgenomen. Overigens moeten deze bepalingen naast de verenigbaarheid met het EU-recht tevens worden getoetst op formele rechtszekerheid, proportionaliteit, doeltreffendheid en uitvoerbaarheid, voor zover dat niet in de EU-toets is vervat.

- Volgens de NFV 2011 is het Commentaar op het OESO-Modelverdrag van groot belang bij de interpretatie van belastingverdragen die het OESO-Modelverdrag volgen en dient dit Commentaar in beginsel dynamisch te worden toegepast. Dan dient Nederland zich te conformeren aan het Commentaar op het OESO-Modelverdrag. Dat betekent dat een als CIV kwalificerende VBI onder bestaande verdragen niet van de verdragsvoordelen moet worden uitgesloten en dat onder nieuwe belastingverdragen de verdragsvoordelen voor een als CIV kwalificerende VBI niet moeten worden beperkt.
- Het verdient aanbeveling de status van het OESO-Commentaar en de dynamische toepassing daarvan in belastingverdragen neer te leggen.<sup>93</sup>
- Het Nederlandse voorbehoud op het Commentaar op art. 23 van het OESO-Modelverdrag inzake kwalificatieconflicten kan vervallen.
- Er zouden verdragsbepalingen moeten worden opgenomen die voorkomen dat nationaalrechtelijke antimisbruikconcepten doorwerken naar een belastingverdrag.
- Bij samenhangproblemen (formele rechtszekerheid) tussen belastingverdragen en de nationale wetgeving, die uiteraard zo veel mogelijk moeten worden voorkomen en waarvan in ieder geval voldoende rekenschap moet blijken, zou het passen actief gebruik te maken van de notificatieverplichting van art. 2, lid 4, OESO-Modelverdrag.

Deze voorbeeldgewijze opsomming is slechts een aanzet voor de vaststelling van kernwaarden. Uiteraard kunnen en moeten er meer kernwaarden worden geformuleerd die uiteindelijk in de plaats van of naast de al vastgelegde standaardcriteria zouden kunnen worden toegepast.

88 Vergelijk HR 15 december 1993, nr. 29.296, *BNB* 1994/259; HR 29 juni 1994, nr. 28.734, *BNB* 1994/294 en HR 6 december 2002, nr. 36.773, *NTFR* 2002/1877, *BNB* 2003/285.

89 Par. 27.7 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag.

90 T.a.p., p. 69.

91 De Graaf, t.a.p., p. 76 e.v. en in navolging daarvan Mooij, t.a.p., p. 189 stellen dat verdragsbepalingen die voorzien in de doorwerking van nationale antimisbruikbepalingen naar een verdrag op het gebied van rechtszekerheid het slechtst scoren en voor het overige te veel vraagtekens oproepen.

92 Vergelijk Bender, t.a.p., p. 541. Het recente belastingverdrag met Duitsland (2012) bevat evenwel in art. 23, lid 1, een bepaling inhoudende dat het verdrag niet zodanig mag worden uitgelegd dat de verdragsluitende staten worden belet hun nationale wettelijke bepalingen ter voorkoming van het ontgaan of vermijden van belasting toe te passen. Voor Nederland betekent dit ingevolge punt XV, lid 2, van het Protocol bij het nieuwe belastingverdrag met Duitsland dat hieronder mede *fraus legis* moet worden begrepen. Zie nader Spierts, t.a.p., p. 274.

93 Zie in dit verband onderdeel I, lid 1, van het protocol bij het nieuwe belastingverdrag met Ethiopië (2012).