

Vestiging van (tussen)houdstervennootschappen in Nederland: substancevoorwaarden in belastingverdragen?

Mr. J. Gooijer¹

In deze bijdrage² staan centraal de substancevoorwaarden die worden gesteld aan in Nederland gevestigde tussenhouder- en houdstervennootschappen. In de paragrafen 2 en 3 van deze bijdrage wordt ingegaan op lid 1 en lid 3 van art. 4 OESO-Modelverdrag. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan het begrip 'werkelijke leiding' (3.1), het Commentaar bij het OESO-Modelverdrag (3.2) en de relevantie van het gekozen bestuursmodel (3.3). In 3.4 volgen enige conclusies. Na enige theoretische bespiegelingen bij de vestigingsplaats van vennootschappen in paragraaf 4 worden in paragraaf 5 de reeds genomen en voorgestelde maatregelen besproken en de bijdrage wordt afgesloten met een evaluatie in paragraaf 6.

1. Inleiding

In de discussie over 'brievenbusmaatschappijen' speelt de substance van dergelijke vennootschappen een belangrijke rol – en dan met name het (vermeende) gebrek aan substance. Dit gegeven vormde de aanleiding tot de debatmiddag van 7 november 2013, georganiseerd door het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, over de substance-eisen die worden gesteld aan in Nederland gevestigde tussenhouder- en houdstervennootschappen. Tijdens deze debatmiddag ging ik in op de vraag of voor de toepassing van belastingverdragen op in Nederland gevestigde (tussen)houdstervennootschappen (de mate van) substance relevant is. Worden er substancevoorwaarden gesteld aan (tussen)houdstervennootschappen om te kunnen kwalificeren als inwoner? En als er voorwaarden worden gesteld, zijn de voorwaarden afdoende of wellicht

te stringent? Deze bijdrage betreft een geactualiseerde uitwerking van mijn voordracht.

Om spraakverwarring te voorkomen lijkt het raadzaam eerst het begrip substance te definiëren. Volgens de Oxford English Dictionary verwijst substance naar 'the nature or essence of something'³, naar 'physical matter' en naar 'quantity, possessions, wealth'.⁴ Substance in deze bijdrage verwijst niet naar de essentie van de rechtspersoon/belastingplichtige als (fiscaal-)juridische realiteit. De juridische constructie van de rechtspersoon is naar haar aard niet fysiek zodat substance ook niet kan verwijzen naar enige 'physical matter'. Substance in de zin van deze bijdrage heeft betrekking op de categorie 'quantity, possessions, wealth', nader omschreven als 'one's material possessions or the value assigned to these' en 'the quality of (...) having a solid basis in fact or reality (...)'. Stellen belastingverdragen voorwaarden aan substance in deze zin?

Om een beroep te kunnen doen op een van de door Nederland gesloten verdragen zal de (tussen)houdstervennootschap inwoner (of 'resident') van Nederland moeten zijn in de zin van het betreffende verdrag. Voor deze bijdrage sluit ik aan bij de definitie van het begrip resident in art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag. Voor zover van belang voor deze bijdrage luidt deze definitie als volgt: 'For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature (...)'. Als op grond van deze bepaling beide verdragsluitende staten concluderen tot inwonerschap van de (tussen)houder, dan 'wint' op grond van het derde lid van art. 4 OESO-Modelverdrag de staat waarin de place of effective management van de vennootschap is gelegen.

Het zal duidelijk worden dat art. 4 OESO-Modelverdrag aan het inwonerschap van een (tussen)houdstervennootschap geen of nagenoeg geen substancevoorwaarden stelt. De in het eerste lid opgenomen voorwaarden en het concept van place of effective management van het derde lid, geven ruime mogelijkheden tot treaty shopping. Het is relatief eenvoudig de plaats van de werkelijke leiding van vennootschappen met geen of zeer weinig activiteiten (zoals passieve (tussen)houdsters) daar te lokaliseren waar het fiscaal gezien gunstig is. Dit zonder dat het gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering binnen het concern. Daarnaast hebben technologische ontwikkelingen het mogelijk gemaakt dat de werkelijke leiding van een vennootschap

1 Als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling Fiscaal Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Deze bijdrage is een bewerking van de lezing die is gegeven tijdens de debatmiddag van 7 november 2013 met als thema substance en houdstervennootschappen, georganiseerd door het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit. De auteur dankt mr. L.J.A. Pieterse en mr. G.F. Boulogne voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

3 '[T]hat which constitutes the essential part or aspect of something.'

4 www.oed.com.

‘overall en nergens’ wordt uitgeoefend (‘mobiel bestuur’). Een exacte locatie is soms lastig of zelfs onmogelijk te bepalen. Het enkele criterium van de werkelijke leiding is dan onvoldoende om de gewenste nexus met een territoir tot stand te brengen. Van Weeghel noemt het een ‘inconvenient truth’ dat het concept van place of effective management niet (langer) voldoet.⁵ De twee genoemde problemen leiden ertoe dat in steeds meer belastingverdragen antimisbruikregelingen worden opgenomen en dat al lange tijd wordt gesproken over mogelijke aanpassingen van of aanvullingen op het begrip place of effective management. In par. 5.1 van deze bijdrage wordt besproken of het probleem van het mobiele bestuur (deels) kan worden opgelost door middel van (extra) substance-eisen. Vervolgens is aan de orde of de reeds getroffen en de overwogen antimisbruikmaatregelen tegen treaty shopping substancevoorwaarden met zich (moeten) meebrengen (5.2). Daarbij zal ook kort aandacht worden besteed aan de voorstellen die zijn opgenomen in de recent gepubliceerde OECD Action 6 2014 deliverable: ‘Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’.⁶ Voorafgaand daaraan worden in paragraaf 4 echter enige reflecterende opmerkingen gemaakt over de manier waarop in het internationale belastingrecht de vestigingsplaats van een vennootschap wordt vastgesteld en het belang van substance daarbij. Dit om de huidige problemen met het inwonerschap van lichamen onder belastingverdragen in het juiste (historische) licht te plaatsen.

2. Substance en art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag

Om te kunnen worden aangemerkt als inwoner van Nederland in de zin art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag hoeft een (tussen)houdster met een Nederlandse rechtsvorm niet aan enige voorwaarde wat betreft substance te voldoen. Op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, lid 4, Wet VPB 1969 wordt namelijk aangenomen dat de (tussen)houdster geldt als inwoner van Nederland.⁷

3. Substance en art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag

3.1. Substance en de ‘werkelijke leiding’

Indien een tussenhoudster op grond van het nationale recht in beide verdragsluitende staten als inwoner wordt

beschouwd, wordt op grond van art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag de vennootschap voor toepassing van het verdrag geacht inwoner te zijn van de staat waarin de place of effective management is gelegen. Worden via het begrip place of effective management (in het Nederlands aangeduid met de term ‘plaats van de werkelijke leiding’) substance-eisen gesteld aan een (tussen)houdstervernootschap?

In HR 23 september 1992, *BNB* 1993/193 (met noot van Den Boer) is aan de orde hoe de plaats van de werkelijke leiding van een vennootschap moet worden bepaald. In casu was sprake van een naar het recht van de Nederlandse Antillen opgerichte nv waarvan de aandelen werden gehouden door een Liechtensteinse Anstalt. De nv hield alle aandelen in een in Nederland gevestigde bv, de moedermaatschappij van tientallen Nederlandse dochtermaatschappijen, voor toepassing van de Nederlandse vennootschapsbelasting allemaal gevoegd in een fiscale eenheid. De schoonzoon van de oprichter van het concern was president-directeur van de bv. Hij was – in de woorden van de Hoge Raad – ‘de centrale en leidende figuur binnen het X-concern, de enige die van alle aspecten van de betrokken bedrijven op de hoogte was.’ De nv verrichtte houdster- en financieringsactiviteiten. Zij verstreekte onder meer leningen aan de bv en verstreekte zekerheid aan de bank ten behoeve van de bv. De president-directeur van de bv verzorgde de contacten met de bank en was ook degene die in 1985 de onderhandelingen voerde over de verkoop van de aandelen in de bv door de nv. Het bestuur van de nv werd gevormd door F nv, een op Curaçao gevestigde trustmaatschappij en B-Anstalt. De nv was gevestigd op het adres van F nv, had geen personeel en geen eigen telefoonaansluiting.

In geschil was onder andere de plaats van de werkelijke leiding van de nv. De Hoge Raad oordeelde dat de nv feitelijk vanuit Nederland werd geleid. De relevante overweging van de Hoge Raad luidt als volgt (r.o. 3.3.3): ‘In het algemeen [moet] ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent.’

In zijn bijlage bij de conclusies in een zevental cassatieprocedures gaat A-G Overgaauw uitgebreid in op de vraag wat precies moet worden verstaan onder de werkelijke leiding en de leidinggevende taak van het bestuur.⁸ Volgens Over-

5 S. van Weeghel, ‘Article 4(3) of the OECD Model Convention: An Inconvenient Truth’, in: G. Maisto (red.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, EC and International Tax Law Series, vol. 5, IBFD, Amsterdam 2009, p. 304 e.v.

6 OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 6 2014 deliverable, ‘Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’, 16 september 2014, beschikbaar via <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314281e.pdf>.

7 Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan niet met zekerheid worden afgeleid of de Hoge Raad art. 2, lid 4 Wet VPB 1969 ziet als een ‘soortgelijke omstandigheid’ in de zin van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag of dat de fictie rechtstreeks leidt tot een woonplaats in de zin van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag.

8 Dit betreft de procedures met de nummers 39.713, 39.714, 39.715, 39.716, 39.718, 39.719, 39.720 en 39.721. De bijlage is opgenomen onder het arrest HR 17 december 2004, nr. 39.719, *NTRF* 2004/1867, *BNB* 2005/105 (met noot van Juch).

gaauw gaat het om de hoofdleiding. 'Wie de dagelijkse leiding in handen heeft, is niet van belang.'⁹ Wel is van belang op welke activiteiten de leiding betrekking heeft. 'Wat in een concreet geval onder leiding dient te worden verstaan is afhankelijk van de werkzaamheid van de vennootschap.'¹⁰ Handelsactiviteiten vereisen nu eenmaal een andere vorm, intensiteit en deskundigheid wat de leiding betreft dan bijvoorbeeld beleggingsactiviteiten. In de uitspraak die aanleiding gaf tot HR 14 oktober 2005, nr. 41.050, *BNB* 2006/79, *NTFR* 2005/1665, oordeelde Hof Amsterdam dat moet worden uitgegaan van de kernactiviteiten, zijnde 'de werkzaamheden die [de vennootschap] krachtens haar statutaire doelstelling en haar economische taakstelling feitelijk verricht' (r.o. 5.4).¹¹

Naast de feitelijke activiteiten dient ook de juridische situatie van de vennootschap in kwestie in de beoordeling te worden betrokken. Overgaauw: 'Wat zijn de bij deze vennootschap betrokken (bevoegde) organen? Over het algemeen gaat het om het bestuur, de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen. Het maakt nogal wat uit of sprake is van een vennootschap waarbij alleen een directeur-grotaandeelhouder is betrokken of sprake is van een situatie waarin de verschillende rollen c.q. organen door verschillende personen worden vervuld. In het eerste geval vertolkt de directeur-grotaandeelhouder in die hoedanigheid als het ware alle bij de vennootschap behorende organen. Een scherp onderscheid tussen aandeelhouder en bestuur bestaat dan niet. (...) Bij een structuurvennootschap en/of een (beursgenoteerde) vennootschap waarbij het aandelenbezit sterk is gespreid, zal de zeggenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders beperkt zijn, zodat de hoogste macht van de vennootschap niet noodzakelijkerwijs meer bij diezelfde aandeelhouders berust. In concernverhoudingen (...) is de taak en bevoegdheid van het bestuur beperkter, omdat de rol van aandeelhouder in groepsverhoudingen een dominante is.'¹²

Het oordeel van de HR in *BNB* 1993/193 dat de werkelijke leiding van een lichaam in het algemeen berust bij het bestuur, doet Overgaauw besluiten 'een kijkje over de schutting van het fiscale recht te nemen en het civiele recht op dit punt gade te slaan'.¹³ Deze blik over de schutting levert een aantal inzichten op.

Ten eerste is volgens Overgaauw een definitie van het begrip 'besturen' niet gegeven, maar laat het zich ook nauwelijks concreet omschrijven. Dat neemt niet weg dat diverse auteurs een poging wagen. Overgaauw verwijst onder andere naar Van der Heijden/Van der Grinten en Van Schilfgaarde. In de meest recente uitgaven van de standaardwerken van deze auteurs wordt over 'besturen' geschreven: 'leiding geven, beslissen, dirigeren. Het bestuur zal niet alleen belast zijn met de dagelijkse leiding, maar dient zich ook bezig te houden met het beleid en de strategie op langere termijn. Besturen in het kader van de vennootschap houdt in het beschikken over de vennootschappelijke middelen, het bepalen van de vennootschappelijke activiteiten'¹⁴, en: '[h]et is in elk geval meer dan "uitvoeren" en meer dan "dagelijks bestuur". Het bestuur heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen, beleid uitstippelen.'¹⁵

Ten tweede is van belang dat de bevoegdheden van het bestuur worden beperkt: in de eerste plaats door de wet¹⁶, in de tweede plaats door de statutaire doelomschrijving en eventueel door andere statutaire bepalingen. Verder heeft het concernrecht de autonomie van het bestuur van concernvennootschappen beperkt. 'Het bestuur van de vennootschap die aan het hoofd van een groep (concern) staat heeft (...) de plicht het concern te leiden.'¹⁷ Het concernrecht brengt mee dat de 'bestuurstaak in concernverhoudingen een andere – minder omvattende – is', maar 'de beperkingen die uit het concernrecht voortvloeien, zullen niet zover mogen gaan dat de bestuursbevoegdheden aan anderen overgaan of het bestuur in zijn besluitvorming geheel ondergeschikt wordt aan een andere instantie, zodat het bestuur verwordt tot een gezelschap pijpendansers, marionetten en/of harlekijnen.'

Uit het voorgaande volgt dat de plaats waar het bestuur van de vennootschap (de hoofdleiding) zijn taak – volgend uit het vennootschapsrecht met inachtneming van de positie van de vennootschap binnen een eventueel concern – uitoefent, de plaats van de werkelijke leiding is. Alleen als de bestuurstaken in feite door iemand anders worden uitgeoefend, geldt een afwijkende plaats. Deze benadering is bevestigd in *BNB* 2006/79.

9 Conclusie bij *BNB* 2005/105, onderdeel 2.4.

10 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1987, *BNB* 1987/306c (met noot van Nootboom) waarin nadrukkelijk wordt verwezen naar de activiteiten van de vennootschap in kwestie: 'de aard van de onderneming in aanmerking genomen' (r.o. 4.1).

11 Zie ook de hofuitspraken die leidden tot de arresten van 17 december 2004, nr. 39.719, *NTFR* 2004/1867, *BNB* 2005/105 en nr. 39.720, *NTFR* 2004/1857, *BNB* 2005/106.

12 Conclusie bij *BNB* 2005/105, onderdeel 4.1 (zonder voetnoten).

13 Conclusie bij *BNB* 2005/105, onderdeel 4.2 (zonder voetnoten).

14 Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 2013, p. 478.

15 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, *Van de NV en de BV*, Kluwer, Deventer 2013, p. 159.

16 De taken en bevoegdheden die door de wet aan andere organen worden toegekend behoren uiteraard niet tot de taken van het bestuur.

17 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem). Zie noot 92 bij de Conclusie bij *BNB* 2005/105.

Als is vastgesteld wie de werkelijke leiding uitoefent, dient te worden bepaald waar dat gebeurt. Dat is in voorkomende gevallen geen sinecure. Onder andere door de Technical Advisory Group ('TAG') van de OESO is gesignaleerd dat 'the use of the [place of effective management] concept is limited in a globalized and technologically advanced society. (...) The increasing mobility of directors could lead to "an enterprise having a mobile place of effective management".¹⁸ De werkelijke leiding van een vennootschap wordt niet noodzakelijkerwijs in één land uitgeoefend. Als sprake is van een 'mobiel bestuur' lijkt het criterium place of effective management van art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag nauwelijks bruikbaar.

3.2. Effective management in het Commentaar OESO-Modelverdrag

Over het begrip effective management wordt in paragraaf 24 van het Commentaar bij art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag het volgende opgemerkt:

'(...) The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.'

Het gaat dus om de plaats waar de doorslaggevende, beleidsbepalende beslissingen worden genomen die voor alle activiteiten van de vennootschap van belang zijn. Deze besluitvorming kan plaatsvinden door het bestuur, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. Deze benadering stemt naar mijn idee overeen met die van de Hoge Raad in *BNB 1993/193* en *BNB 2006/79*.

3.3. Een andere benadering bij een one-tier board?

Het voorgaande roept de vraag op of voor de plaats van de werkelijke leiding van een tussenhoudstervervenootschap van belang is welke juridische bestuursstructuur geldt. Vanaf 1 januari 2013 kent het Nederlandse vennootschapsrecht twee modellen voor de inrichting van het bestuur van

vennootschappen. Het model waarbij naast het bestuur een raad van commissarissen een toezichthoudende functie vervult (het 'Rijnlandse' model, aangeduid met de Engelse term 'two-tier board') is per die datum aangevuld met het Angelsaksische model van de 'one-tier board'. Er is in dit model sprake van een orgaan waarvan zowel uitvoerende als niet-uitvoerende, toezichthoudende bestuurders deel uitmaken.¹⁹ Bestuurders in een two-tier board hebben in het algemeen een rol die gelijk is aan die van uitvoerende bestuurders in de Angelsaksische variant. Dat geldt echter niet voor de positie van niet-uitvoerende bestuurders vergeleken met die van commissarissen. Die is daaraan niet (geheel) gelijk, hoewel in de praktijk beide bestuursmodellen zo kunnen worden ingericht dat nagenoeg geen onderscheid bestaat.

De wettelijke regeling van de one-tier board is neergelegd in art. 2:129a BW (voor nv's) en art. 2:239a BW (voor bv's). Het staat alle nv's en bv's vrij te kiezen voor een one-tier board. Indien daarvoor wordt geopteerd heeft de vennootschap twee organen: de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuur. Het bestuur bestaat in die variant uit uitvoerende en niet-uitvoerende leden. De aanwezigheid van niet-uitvoerende bestuurders en de afwezigheid van een raad van commissarissen vormt het fundamentele onderscheid tussen de regimes van de one-tier board en de two-tier board. Voor deze bijdrage is relevant de vraag of dit onderscheid ook tot een andere verdeling van bevoegdheden en zeggenschap leidt, waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de plaats van de werkelijke leiding. Het onderscheid tussen commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders lijkt beperkt. De niet-uitvoerende bestuurders hebben volgens art. 2:129a/239a BW de taak toezicht te houden op de taakuitoefening van bestuurders en dit sluit volgens de wetgever 'nauw aan bij toezicht en advies voor de commissarissen'.²⁰ Niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders hebben duidelijk verschillende taken. Dumoulin haalt met instemming een Engelse jurist aan die de aanwezigheid van niet-uitvoerende bestuurders omschrijft als 'the principal external presence in the governance of the company'.²¹ Dit zou ook kunnen worden gezegd van commissarissen. Echter, het grote verschil met de commissaris is dat de niet-uitvoerende bestuurder wel

18 Technical Advisory Committee, discussion draft, 'Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention', 27 mei 2003, <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>.

19 Overigens is de one-tier board in de praktijk al eerder toegepast door Nederlandse bedrijven, bijvoorbeeld Heineken Holding NV en Unilever NV. Verder is het model in 2005 ingevoerd voor de Europese vennootschap (SE) in het kader van de uitvoeringswetgeving met betrekking tot de Verordening inzake het statuut voor een Europese vennootschap (SE) (2157/2001, *PbEG* 2001, L 294/1).

20 Kamerstukken II, 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 15. Zie ook Kamerstukken II, 2008-2009, 31 763, nr. C, p. 2 en 4: 'afgezien van de bestuursverantwoordelijkheid verschilt het perspectief van de toezichthouder in een monistisch en dualistisch model niet wezenlijk.'

21 S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90.

lid is van het bestuur. Binnen dat bestuur heeft het niet-uitvoerend lid weliswaar een toezichhoudende rol, dit neemt niet weg dat hij of zij wel medeverantwoordelijk is voor het bestuurshandelen. Elke bestuurder – ook de niet-uitvoerende bestuurder – is verantwoordelijk voor de ‘algemene gang van zaken’: uitvoerende taken betreffende het financiële beheer, inkoop, verkoop, aansturen bedrijfsonderdeel en de taak om de jaarrekening openbaar te maken.²² Daarnaast is de niet-uitvoerende bestuurder in bepaalde situaties hoofdelijk aansprakelijk.²³

De voorzitter van de one-tier board dient een niet-uitvoerend bestuurder te zijn.²⁴ Individuele bestuursleden kunnen bevoegd zijn besluiten te nemen zonder raadpleging van andere leden van het bestuur.²⁵ Leden van het bestuur die niet aan die besluitvorming hebben deelgenomen hebben volgens de wetsgeschiedenis een ‘haalplicht’: zij moeten er zelf voor zorgen dat zij op de hoogte zijn welke besluiten het bestuur heeft genomen.

Strik wijst erop dat niet-uitvoerend bestuurders in de praktijk anders functioneren dan commissarissen.²⁶ Wellicht vanwege het feit dat zij onderdeel uitmaken van het bestuur, zijn niet-uitvoerend bestuurders volgens Strik vaak meer betrokken bij de operationele gang van zaken en spelen zij een actievere rol dan commissarissen. Zij lijken daartoe ook beter in staat, vooral vanwege hun deelname aan de bestuursvergaderingen (aanwezigheid bij de besluitvorming en participatie in stemmingen) en de toegang tot meer en betere informatie. Calkoen: ‘Developing and achieving the aims and strategy of the company, in other words running the company [*besturen*], is the duty of the executives. The non-executives are responsible for supervising the performance of the executives. Developing strategy and risk-management is the duty of the whole board (executives and non-executives together). Strategy development decisions are made in the whole board.’²⁷

De werkzaamheden die verband houden met de controlerende taken van de niet-uitvoerend bestuurders zijn naar mijn mening niet relevant bij het vaststellen van de plaats van de werkelijke leiding van de vennootschap.²⁸ Bij een

one-tier board zal moeten worden gekeken naar de plaats waar de uitvoerende bestuurders hun werkzaamheden verrichten. Uiteraard zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld wat de werkzaamheden van de niet-uitvoerend bestuurders exact inhouden.

3.4. Conclusies

Tot welke conclusies geeft het voorgaande aanleiding wat betreft de plaats van de werkelijke leiding van een (tussen) houdstervennootschap? Het moge duidelijk zijn dat belastingverdragen weinig zeggen over de substance die nodig is om te concluderen tot inwonerschap. Waar de werkelijke leiding van een vennootschap plaatsvindt, is een feitelijke aangelegenheid en dient mijns inziens onafhankelijk van het juridische bestuursmodel te worden beantwoord. Het gaat om de plek waar de bepalende beslissingen voor de activiteiten van de vennootschap als geheel worden genomen. Vennootschappen zonder (substantiële) activiteiten hebben geen substance nodig, zodat de plaats van de werkelijke leiding van dergelijke vennootschappen door betrekkelijk formele criteria wordt bepaald. Dit geeft ruime mogelijkheden tot treaty shopping.

Dat de feitelijke gang van zaken doorslaggevend is, geldt evenzeer in het geval van een one-tier board. De non-executives zullen zich (veelal) niet bezighouden met werkzaamheden die vallen onder het begrip werkelijke leiding. De plek waar non-executives hun *controleerende* taak uitoefenen is dan ook niet van belang voor het vaststellen van de plaats van de werkelijke leiding – ondanks het feit dat zij deel uitmaken van het bestuur. Het gaat om de plaats van de werkzaamheden van de executives. Het feit dat non-executives betrokken zijn bij de vaststelling van de strategie van de vennootschap doet naar mijn mening daaraan niet af. Er lijkt mij ook niets op tegen als dit in een beleidsbesluit zou worden vastgelegd.

Tot slot: technologische ontwikkelingen maken het mogelijk dat de werkelijke leiding vanuit verschillende (wisselende) plaatsen wordt uitgeoefend (mobiel bestuur). Dit maakt toepassing van het criterium *place of effective management* in voorkomende gevallen zeer ingewikkeld.

22 Art. 2:9, lid 2, BW: ‘Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (...).’ Zie ook M. Offen, ‘Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten’, *Ondernemingsrecht* 2012/89.

23 Zie bijvoorbeeld art. 2:138/248 en 2:139/249 BW.

24 Art. 2:239a BW.

25 Art. 2:239a, lid 3, BW.

26 D.A.M.H.W. Strik, ‘One tier board en aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2012/91.

27 W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance* (Phd thesis Erasmus Universiteit Rotterdam), Kluwer, Deventer 2012, p. 331.

28 Zie ook F.P.G. Pötgens, P. van Os, I. Mensing, G. Lasarte, D. Pombo, M. Schiefele, G. Wagner, S. Luder, E. Millner, P-H. Durand, A. Robert, A. Dony, A. Silvestri en

L. Lancellotti, ‘The Impact of Corporate Governance Systems on the Place of Effective Management Concept in Spain, France, the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Italy, Part 2’, *European Taxation*, 2014, nr. 10, p. 425.

4. Enige theoretische bespiegelingen bij de vestigingsplaats van vennootschappen

4.1. Belastingsoevereiniteit en territorialiteit

Niet lang na de totstandkoming van belastingen naar de winst en het inkomen in de loop van de 19e en het begin van de 20e eeuw²⁹ hebben nationale staten, doordrongen van het probleem van dubbele belastingheffing, door middel van belastingverdragen conflicten over belastingsoevereiniteit proberen op te lossen.³⁰ Uitgangspunt vormden wat later zijn gaan heten de beginselen van bron- en woonstaat (situs en domicile). In de verdragspraktijk die zich ontwikkelde, speelt het territorialiteitsbeginsel een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol. De gehanteerde economische³¹ en juridische³² uitgangspunten bevestigen dit. Het gaat om bronnen van inkomen en inwoners die feitelijk zijn verbonden aan het territorium van een bepaalde staat.

Hoe belangrijk het territorialiteitsbeginsel werd geacht bij de verdeling van heffingsbevoegdheid kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de discussie in Nederland bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969 en de daarin opgenomen vestigingsplaatsfictie. In het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 was een vestigingsplaatsfictie opgenomen op grond waarvan entiteiten opgericht naar Nederlands recht als inwoner van Nederland in de heffing

werden betrokken. In het ontwerp van de Wet op de vennootschapsbelasting 1960 dat heeft geleid tot de huidige Wet VPB 1969 ontbrak echter een dergelijke fictie. Voor het uitoefenen van belastingsoevereiniteit werd een persoonlijke of zakelijke band met Nederland vereist. Een vestigingsplaatsfictie werd hiervoor onvoldoende geacht. Illustratief is de toelichting van de regering op het ontwerp: 'Ook in het onderhavige ontwerp dient naar het oordeel van ondergetekenden deze bepaling [*de vestigingsplaatsfictie, JG*] niet te worden opgenomen. Een dergelijke verstrekkende fictie – een fictie toch welke een lichaam blijvend als binnenlandse belastingplichtige aanmerkt uitsluitend omdat de oprichting naar Nederlands recht plaatsvond – is naar hun mening niet in overeenstemming met de beginselen aan de hand waarvan Nederland zijn belastingsoevereiniteit afbakt.'³³

Ondanks de argumenten om de fictiebepaling niet op te nemen, is het toch gebeurd.³⁴ Dat een deel van de Tweede Kamer moeite bleef hebben met de keuze van de regering om alsnog de fictie op te nemen blijkt uit de volgende reactie: 'Artikel, 2, lid 4, doorbreekt – zo meenden de aan het woord zijnde leden – ons systeem en leidt tot een ongerechtvaardigde uitbreiding van onze belastingsoevereiniteit.'³⁵

4.2. Nexus van vennootschappen met een territorium

De eerste belastingverdragen bevatten geen definities van het begrip inwoner. Er werd in deze verdragen slechts verwezen naar de 'taxpayer', waarmee aansluiting werd gezocht bij de nationale regeling. Voor de toepassing van die nationale regeling werd voor natuurlijke personen in verreweg de meeste landen aangesloten bij de woonplaats – of meer specifiek – het middelpunt van zijn levensbelangen. Dat gold ook voor Nederland. Op 30 april 1927 werd bij de Tweede Kamer een voorstel ingediend op grond waarvan binnenlandse belastingplicht zou ontstaan voor natuurlijke personen met de Nederlandse nationaliteit, woonachtig in het buitenland (dus zonder een automatische band met het Nederlandse territorium). Het betrof een antimisbruikmaatregel die belastinggedreven emigratie zou moeten tegengaan. Het voorstel ontlokte een storm van kritiek en is uiteindelijk niet aangenomen.³⁶ De feitelijke situatie – daadwerkelijke nexus met het territorium – bleef het enige criterium voor het vaststellen van inwonerschap.

29 Al in 1842 introduceerde het Verenigd Koninkrijk een systeem van inkomstenbelasting. Andere landen volgden later: de Duitse staat Pruisen in 1889, Frankrijk in 1914. Zie E.R.A. Seligman, *Essays in Taxation*, The McMillan Company, New York 1925, p. 452.

30 De basis voor de belastingverdragen is gelegd in de Duitse staat Pruisen. H. Hemetsberger-Koller & E. Kolm, 'Globalisation and International Taxation in the XIXth Century: Double Taxation Agreements with Special Reference to the 'State of the Fund' Principle', 35 *Eur. Econ. History* (2013), p. 88-121.

31 Vanuit de economische theorie werd geconcludeerd dat de bron- en woonstaatbenadering aansluit bij de theorie van de 'economic allegiance' van het inkomen. Zie *League of Nations, Report of the special Committee of Economists*, League of Nations documents F. 19, Geneva, April 5th, 1923.

32 P. Verloren van Themaat wijst op de grote betekenis van de 'vaststellings-, controle- en invorderingsmogelijkheden voor de uitvoerende macht'. Deze mogelijkheden zijn ten principale verbonden aan het territorium van de betreffende staat. Voor Verloren van Themaat volgt de nadruk op het territorialiteitsbeginsel uit het non-discriminatiebeginsel. Gelijke gevallen worden ongelijk behandeld als de door inwoners verschuldigde belasting zonder problemen kan worden vastgesteld en ingevorderd terwijl de vaststelling en invordering van de belasting in het geval van een inwoner van een ander land niet mogelijk is. De fiscale wetgeving voldoet volgens Verloren van Themaat dan niet aan de eisen die het non-discriminatiebeginsel stelt. Verloren van Themaat, *Internationaal belastingrecht. Een studie naar aanleiding van literatuur en verdragen over de uitschakeling van dubbele belasting*, H.J. Paris, Amsterdam 1946, p. 49-51, 57. Zie ook Greatz & O'Hear, die refereren aan de uitgangspunten gehanteerd door T.S. Adams, een vermaard Amerikaans fiscaal jurist en betrokken bij de totstandkoming van de modelverdragen van de League of Nations: 'In addition, T.S. Adams' approach emphasized the enlightened selfishness of nations; certainty, administrability and enforceability of international tax rules; and nondiscrimination against foreigners.' M.J. Greatz & M.M. O'Hear, 'The 'Original Intent' of U.S. International Taxation', 46 *Duke Law Journal* (1997), p. 1109.

33 Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, memorie van toelichting, nr. 3, p. 17.

34 Volgens Van Dun is de fictie ingevoerd om de bewijsrechtelijke positie van de fiscus te versterken. M. van Dun, *Fiscale aspecten van aandelenvennootschappen met een dubbele vestigingsplaats* (diss. UvA Amsterdam), Fiscale Monografieën nr. 81, Kluwer, Deventer 1997, p. 15-16.

35 Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nader voorlopig verslag, nr. 19, p. 28.

36 W.R. Emmen Riedel, *Belastingvlucht en belasting op nationaliteit (het gewijzigde ontwerp De Geer)*, Den Boekhandel v.h. Gebr. Belinfante, Den Haag 1927.

De vraag naar de vestigingsplaats of het inwonerschap van vennootschappen is van een heel andere orde en eigenlijk onmogelijk te beantwoorden. Immers, wat is de woonplaats of plaats van vestiging van een juridische constructie als een rechtspersoon? Een rechtspersoon 'woont' niet aan de Prinsengracht en als we spreken over de vestiging van een rechtspersoon – wat in het juridische spraakgebruik heel normaal is – dienen we te beseffen dat de fysieke werkelijkheid daarbij geen rol speelt. 'A corporation does not live, does not have a home, and is not located anywhere. It can have a "residence", therefore, only if the law assigns it one.'³⁷ Juridische concepten en constructies laten zich nu eenmaal niet gemakkelijk verbinden met de materiële werkelijkheid. Het is normaliter andersom: feitelijke omstandigheden geven aanleiding tot een juridische kwalificatie. Alleen de aan een vennootschap – op grond van de wet – toerekenbare feiten kunnen een verbinding met een territoir tot stand brengen, niet de juridische werkelijkheid op zich. Substance van een *vennootschap* (waarbij substance wordt opgevat als gedefinieerd in paragraaf 1) is een feitelijke onmogelijkheid.³⁸

Of dit probleem in voldoende mate werd onderkend bij de totstandkoming – zonder fundamentele onderbouwing³⁹ – van de belastingplicht voor rechtspersonen is de vraag.⁴⁰ Op een of andere wijze diende invulling te worden gegeven aan het begrip inwoner. In eerste instantie werd in een aantal landen voor de vestigingsplaats van vennootschappen het recht van oprichting doorslaggevend. Een dergelijk formeel criterium werd echter vaak als te manipulatief ter zijde geschoven, bijvoorbeeld door de Engelse rechter. In de zaak *De Beers Consolidated Mines*⁴¹ werd het begrip 'central management and control' tot uitgangspunt verklaard – een begrip dat vergelijkbaar is met het in paragraaf 3.1 besproken Nederlandse begrip werkelijke leiding.⁴² De gehanteerde motivering is interessant. Punt van discussie in deze zaak was de plaats van vestiging naar Engels nationaal

recht van B Co. B Co, opgericht naar het recht van Zuid-Afrika, hield zich bezig met mijnbouw in datzelfde land. Het hoofdkantoor van B Co was daar ook gevestigd en het senior-management (de CEO en de vice-presidents verantwoordelijk voor financiën, de operaties en human resources) woonde en werkte eveneens in Zuid-Afrika. Het 'day-to-day' management vond dus plaats in Zuid-Afrika. Echter, omdat B Co was genoteerd aan de beurs in Londen vonden de vergaderingen van het bestuur van B Co – vijf of zes per jaar – in Londen plaats. Naast de CEO en twee van de genoemde vice-presidents bestond het bestuur uit de voorzitter (als vertegenwoordiger van de familie die het merendeel van de aandelen hield, inwoner van Londen) en drie andere leden (inwoners van Zuid-Afrika en vanwege hun specifieke expertise zitting hebbend in het bestuur).

De centrale overweging in *De Beers* is van de hand van Lord Loreburn LC: 'A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business (...) a company resides for purposes of income tax where its real business is carried on. (...) I regard that as the true rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides.'⁴³ Het gaat volgens Loreburn om de 'real business' van de vennootschap in kwestie en deze real business wordt daar uitgevoerd waar zich het centrale management en de controle bevindt. In latere jurisprudentie is de term 'central management and control' nader ingevuld. In de zaak *Bullock*⁴⁴ is uitgemaakt dat de plaats van central management and control gelijk is aan de plaats 'where the board of directors meet, decide and in fact exercise their powers.' Avery Jones wijst erop dat het gehanteerde aanknopingspunt ('place where its real business is carried on') mede is ontleend aan het Duitse concept 'Mittelpunkt der Geschäfte', ontwikkeld door Von Savigny binnen het Duitse vennootschapsrecht.⁴⁵ In Duitsland heeft het concept van het 'Mittelpunkt der Geschäfte' en de 'Geschäftsleitung' eveneens betekenis gekregen in het fiscale recht als criterium voor het inwonerschap van vennootschappen.⁴⁶

In al deze landen is via de analogie met de natuurlijke persoon gezocht naar een juiste allocatiemaatstaf.⁴⁷ Werd voor

37 M.J. McIntyre, 'Determining the Residence of Members of a Corporate Group', *Canadian Tax Journal*, vol. 51, nr. 4 (2003), p. 1568.

38 Vgl. E.A. Brood, *De vestigingsplaats van vennootschappen* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Fiscale Monografieën nr. 48, Kluwer, Deventer 1989, p. 146.

39 Aan de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting zijn vele pagina's gewijd, maar tot een algemeen aanvaarde theorie heeft dit niet geleid. In 1941 merkte Smeets ten aanzien van de rechtsgrond voor een vennootschapsbelasting op 'dat wij genoeg moeten nemen met een verklaring die wijst op een samenstel van redenen'. M.J.H. Smeets, Boekbespreking: H.A. Zeven, *Belastingheffing van naamloze vennootschappen*, *WFR* 1941, p. 406. Zie voor een uiteenzetting verder J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer, Deventer 2000, p. 12.

40 Voor een overzicht van de ontwikkeling van vennootschapsbelastingen in diverse landen verwijs ik naar Seligman, t.a.p.

41 *De Beers Consolidated Mines LTD v. Howe* (1906), 5 TC 198, 213 (UK).

42 McIntyre, t.a.p., p. 1570: 'In adopting that test, the *De Beers* court apparently was attempting to prevent the easy manipulation that everyone understood to be possible under the place-of-incorporation test, which was the test urged on the court by the taxpayer.'

43 *De Beers Consolidated Mines LTD v. Howe* (1906), 5 TC 198, 213 (UK).

44 *Unit Construction Co. Limited v. Bullock* (1960), A.C. 351.

45 J.F. Avery Jones, 'Jurisdiction to tax companies: the Influences of the Jurisdiction of the Courts and of European Thinking', in: J. Tiley (red.), *Studies in the History of Tax Law*, Volume 4, Hart Publishing Limited, Oxford 2009, p. 172 en voetnoot 41.

46 Brood, t.a.p., p. 214.

47 Ook ten aanzien van de Nederlandse vennootschapsbelasting is gewezen op de analogie met een natuurlijk persoon. De vennootschapsbelasting – ingevoerd bij besluit van de Staatssecretaris-Generaal van 30 april 1942, is gebaseerd op de Duitse Körperschaftsteuer. P.J.A. Adriani & J. van Hoorn, *Het belastingrecht, zijn grondslagen en ontwikkeling, eerste deel*, L.J. Veen's Uitgeversmij. N.V., Amsterdam 1954, p. 370-371: 'Het

de natuurlijke persoon het middelpunt van zijn levensbelangen doorslaggevend geacht voor het bepalen van zijn woonplaats, voor de rechtspersoon is hierbij aangesloten in de veronderstelling dat het levensbelang van een vennootschap uitdrukking vindt in haar activiteiten. En het middelpunt van de activiteiten van een vennootschap bevindt zich daar waar over deze activiteiten wordt besloten.

Maar brengen de gehanteerde criteria (management and control, effective management, werkelijke leiding, Geschäftsleitung) in voldoende mate nexus met een bepaald territorium tot stand om de betreffende vennootschap voor de belastingheffing als inwoner aan te merken? Omdat wordt verwezen naar de werkelijke leiding van een *vennootschap* zijn de criteria formeel van aard. De werkelijke leiding brengt niet noodzakelijkerwijs een (substantiële) nexus met een bepaald territorium met zich. Bouthillier vat het voorgaande treffend samen: 'The inherent intangibility of the corporation frustrated attempts to impose the simple rule that a corporation owes economic allegiance to the country where its central management and control is located. Economic allegiance and physical boundaries can apply to physical persons, but appear to be irrelevant in the case of artificial persons. Indeed, it would be ridiculous to presume that multinational corporations and individuals can be made subject to the same rules.'⁴⁸ Toch is dat laatste precies wat gebeurde. De grote vraag is hoe om te gaan met deze 'weeffout' die de basis vormt voor de problematiek van treaty shopping en het mobiele bestuur.

5. Voorgestelde en reeds genomen maatregelen

5.1. Het probleem van mobiel bestuur

In 2003 heeft de Technical Advisory Group binnen de OESO ('TAG') een voorstel gedaan voor een nieuw art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag.⁴⁹ De voorstellen van de TAG zijn niet overgenomen, binnen de OESO bestond op dit punt te veel verdeeldheid.⁵⁰ Het is niettemin interessant te bezien welke criteria van belang werden geacht om de nexus van de vennootschap met de woonstaat vast te stellen.

Uitgangspunt blijft de place of effective management, maar als die plaats niet kan worden vastgesteld of niet in een van beide staten ligt, zijn er wat betreft de TAG drie opties waaruit de verdragsluitende partijen kunnen kiezen:

'[OPTION A: with which its economic relations are closer] [OPTION B: in which its business activities are primarily carried on] [OPTION C: in which its senior executive decisions are primarily taken]'

Als de optie waarvoor is gekozen niet leidt tot de vaststelling van de plaats van vestiging, geldt op grond van het voorstel als vestigingsland het land van het recht van oprichting. Mocht dat ook geen soelaas bieden, dan dienen de verdragsluitende staten in onderling overleg te treden.

In feite wordt door de TAG gezocht naar nexus met een bepaald territorium via de aan de vennootschap toegerekende activiteiten en bezittingen – anders dan die van de feitelijke leiding. Voor optie A wordt verwezen naar werknemers, activa, omzet, de plaats van het hoofdkantoor en de meest senior management functies. Onder optie B dient een functionele analyse te worden samengesteld op grond waarvan wordt vastgesteld waar de belangrijkste activiteiten worden uitgevoerd. Voor toepassing van optie C verwijst de TAG naar de activiteiten van 'executive officers such [as] the president, vice-presidents, treasurer etc.'

Naar mijn mening is het te betreuren dat er over de TAG-voorstellen (blijkbaar) geen overeenstemming kon worden bereikt. Hoe ingewikkeld de totstandkoming van een definitie van place of effective management ook moge zijn, de benadering onder het nationale recht van de (meeste) OESO-lidstaten is niet dusdanig afwijkend dat overeenstemming over de vereisten onmogelijk moet worden geacht.⁵¹ Blijkens de Action 6 2014 deliverable van het BEPS-project⁵² is de benadering van de TAG echter definitief verlaten. Er wordt voorgesteld in art. 4, lid 3 de mogelijkheid op te nemen van een mutual agreement procedure. Als een rechtspersoon in beide verdragsluitende staten als inwoner wordt aangemerkt, zullen de staten in onderling overleg bepalen van welke staat de rechtspersoon wordt geacht inwoner te zijn. Daarbij wordt in aanmerking genomen 'its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors'.⁵³ In onderdeel 24.1 van het conceptcom-

besluit gaat uit van de gedachte dat een N.V. en verwant lichaam evenals een natuurlijke persoon een eigen draagkracht heeft en dat de vennootschapsbelasting bijgevolg moet steunen op dezelfde beginselen als de inkomstenbelasting.'

48 J. Bouthillier, 'Residence-Based Taxation and FAPI: A World of Fictions', *Canadian Tax Journal*, vol. 53, nr. 1 (2005), p. 187.

49 Technical Advisory Group, discussion draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, 27 mei 2003, <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>.

50 S. van Weeghel, 'Article 4(3) of the OECD Model Convention: An Inconvenient Truth', in: G. Maisto (red.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, EC and International Tax Law Series, vol. 5, IBFD, Amsterdam 2009, p. 304.

51 Zie voor een bespreking van de TAG-voorstellen: I.J.J. Burgers, 'Some Thoughts on Further Refinement of the Concept of Place of Effective Management for Tax Treaty Purposes', *Intertax*, vol. 35, nr. 6/7, p. 378-386.

52 OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 6 2014 deliverable, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances', 16 september 2014, beschikbaar via <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314281e.pdf>.

53 T. Bender en S. Kamman, 'Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk, Antimiskbruik wint het van de rechtszekerheid', *WFR* 2011/344, bespreken de vergelijkbare

mentaar bij de voorgestelde bepaling is opgenomen dat 'competent authorities having to apply paragraph 3 such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of the person's board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc.' Duidelijk is dat aansluiting wordt gezocht bij criteria die deels ook door de TAG zijn gehanteerd en die zien op substance van een rechtspersoon. Er worden echter ook zeer formele criteria genoemd die niets met substance te maken hebben.

De introductie van deze bepaling acht ik zeer ongewenst. De toegang tot een verdrag moet niet afhankelijk worden gemaakt van een aan de autoriteiten opgelegde inspanningsverplichting met alle onzekerheid van dien. Zeker als (vermeend) misbruik van het verdrag ook als onderscheidend criterium wordt genoemd. De definitie zoals die nu is opgenomen in art. 4, lid 3, is geen antimisbruikregel. In bonafide situaties kan eveneens sprake zijn van een dubbele vestigingsplaats. Onder de voorgestelde regel wordt toegang tot het verdrag ook dan afhankelijk van de goedwillendheid van de betrokken autoriteiten. Conform het voorstel van de TAG zou een onderlingoverlegprocedure hooguit het sluitstuk moeten zijn van de zoektocht naar het inwonerschap.

5.2. Het tegengaan van treaty shopping

5.2.1. Antimisbruikbepalingen met een 'main purpose' test

In toenemende mate nemen landen antimisbruikbepalingen op in hun verdragen. Met name het aantal bepalingen gebaseerd op de 'main purpose' test neemt snel toe.⁵⁴ Zo'n bepaling richt zich op het motief van betrokken partijen voor de transactie waarvoor verdragsbescherming wordt geclaimd of – breder – voor de oprichting/instandhouding van de entiteit die verdragsbescherming claimt. Zie bij wijze van voorbeeld art. 27, lid 2, 3 en 4, van het verdrag tussen India en Malta:

'2. Benefits of this Agreement shall not be available to a resident of a Contracting State, or with respect to any transaction undertaken by such a resident, if the main purpose or one of the main purposes of the creation or existence of such a resident or of the transaction undertaken by him, was to obtain benefits under this Agreement that would not otherwise be available.

3. The case of legal entities not having *bona fide* business activities shall be covered by the provisions of this Article.

4. The foregoing provision shall not apply where a company is engaged in substantive business operation in the Contracting State of which it is a resident and the relief from the taxation claimed from the other Contracting State is with respect to income that is connected with such operations.'

Het gaat de reikwijdte van deze bijdrage te buiten om in detail op dergelijke bepalingen in te gaan, maar in dit kader is van belang op te merken dat er maar in beperkte mate een relatie wordt gelegd met de al dan niet aanwezige substance. Het gaat om entiteiten zonder '*bona fide* business activities' (lid 3) of een 'substantive business operation' in de woonstaat. Dergelijke termen worden niet nader gedefinieerd.

Als in de IBFD-verdragendatabank wordt gezocht naar de term 'main purpose', volgt een verwijzing naar 480 belastingverdragen. De vormgeving en reikwijdte van de bepalingen waarin de term 'main purpose' wordt gebruikt, verschillen echter aanzienlijk. Het is naar mijn mening van groot belang om de wildgroei die is ontstaan terug te dringen. In die zin is het een goede zaak dat mogelijk via de BEPS Action 6 2014 deliverable de verdere ontwikkeling wordt gekanaliseerd. Voorgesteld wordt een bepaling op te nemen die ziet op specifieke, fiscaal gedreven transacties.

'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.'⁵⁵

Overigens vind ik dat met dergelijke ongeclausuleerde bepalingen zeer terughoudend moet worden omgegaan. Het bronland kan verdragsbescherming weigeren zonder overleg en/of goedkeuring van het woonland. De bewijslastverdeling is onduidelijk en de gehanteerde normen

bepaling van art. 4, lid 3, van het Belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk van 26 september 2008, *Tvb.* 2008, 201.

54 In de door Nederland met het Verenigd Koninkrijk (26 september 2008, *Tvb.* 2008, 201) en met China gesloten verdragen is eveneens een dergelijke bepaling opgenomen. Zie Bender en Kamman, t.a.p., par. 2, met betrekking tot de bepaling in het Verdrag Nederland-VK.

55 OECD Action 6 2014 deliverable, t.a.p., p. 66.

zijn – met opzet – zeer ruim geformuleerd en vaak dus ook onbepaald. Bijvoorbeeld, wat geldt als ‘the object and purpose of the relevant provisions’ zal zonder twijfel aanleiding geven tot heel veel discussie.⁵⁶ Deze onzekerheden zullen slechts deels kunnen worden weggenomen in een (uitgebreid) commentaar.

5.2.2. ‘Limitation on Benefits’-bepalingen

Treaty shopping wordt eveneens tegengegaan door de opname van de Amerikaanse versie van Limitation on Benefits (LOB)-bepalingen. In de OECD BEPS Action 6 2014 deliverable, wordt ook een LOB-bepaling voorgesteld. Volgens het commentaar bij de voorgestelde bepaling heeft deze regeling met name betrekking op ‘the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State’.⁵⁷ De LOB-bepaling bevat diverse toetsen aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een persoon – inwoner in de zin van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag – in aanmerking komt voor verdragsvoordelen. In zekere zin wordt met de bepaling gepoogd vast te stellen of een afdoende link bestaat tussen de rechtspersoon en de betreffende verdragsluitende staat. Verwijzingen naar criteria waaruit de aanwezigheid van substance kan worden afgeleid ontbreken echter. Bij beursgenoteerde vennootschappen wordt aangeknoopt bij de effectenbeurs waaraan de betreffende aandelen worden verhandeld met voor bepaalde situaties als additionele eis dat de ‘primary place of management and control’ ook in de betreffende staat moet zijn gelegen. Waarom de Angelsaksische uitdrukking management and control wordt gehanteerd is niet duidelijk, maar het doet vermoeden dat de Amerikaanse benadering een doorslaggevende rol heeft gespeeld. Het nadeel hiervan is dat naast de (toch al niet helemaal duidelijke) begrippen place of management (art. 4, lid 1) en place of effective management (in het Commentaar bij het voorgestelde art. 4, lid 3) een voor het OESO-Modelverdrag nieuw begrip wordt geïntroduceerd. Volgens het voorstel gaat het bij de ‘primary place of management and control’ om de dagelijkse werkzaamheden van ‘executive officers and senior management employees’ wat betreft ‘the strategic, financial and operational policy decision making for the company (including its direct and indirect subsidiaries)’. Deze werkzaamheden moeten meer in de woonstaat van de vennootschap plaatsvinden ‘than in any other State’. Ditzelfde geldt voor de dagelijkse werkzaamheden van de stafleden die betrokken zijn bij de voorbereiding van de besluitvorming.

De activiteiten van een rechtspersoon zijn van belang voor de activiteitentoets. Onder andere charitatieve instellingen

en pensioenfondsen genieten de verdragsvoordelen zonder meer, entiteiten met andere activiteiten dienen aan additionele voorwaarden te voldoen. Voor de laatste categorie geldt dat het inkomen dat vanuit de andere verdragsluitende staat wordt ontvangen moet zijn gerelateerd aan de door de entiteit verrichte actieve werkzaamheden (‘active conduct of a trade or business’) in de woonstaat. Werkzaamheden van gelieerde lichamen worden voor de activiteitentoets toegerekend aan de entiteit die een beroep doet op het verdrag.

Het is de vraag of de LOB-bepaling een afdoende en juist antwoord is op het probleem van treaty shopping. De bepaling is enerzijds te complex wat betreft de praktische toepasbaarheid, anderzijds mogelijk niet effectief vanwege het ontbreken van substancevoorwaarden voor alle vennootschappen, ongeacht aandeelhouders of activiteiten.

6. Evaluatie

De voorwaarden in art. 4, lid 1 en lid 3, OESO-Modelverdrag zeggen weinig over de substance die nodig is om te concluderen tot inwonerschap. Vennootschappen zonder (substantiële) activiteiten hebben geen substance zodat er ruime mogelijkheden tot treaty shopping bestaan. Antimisbruikmaatregelen die treaty shopping beogen tegen te gaan sluiten maar zeer beperkt aan bij de (gewenste) feitelijke situatie. Dat geldt eigenlijk alleen in beperkte mate voor LOB-bepalingen. Bij de overige maatregelen wordt het inwonerschap ‘gerespecteerd’. De mate van nexus met de woonstaat blijkt in die situaties niet relevant.

De werkelijke leiding van een vennootschap kan op veel (wisselende) locaties worden uitgeoefend zodat de plaats van de werkelijke leiding soms niet of zeer lastig is vast te stellen. Er is voor toepassing van verdragen nog steeds geen echte oplossing voor het probleem van het mobiele bestuur. De voorstellen van de TAG verdienen naar mijn mening heroverweging.

Een fundamentele discussie over het inwonerschap van vennootschappen onder belastingverdragen is naar mijn mening wenselijk. Dit zou een verdere groei van allerlei disproporcionele antimisbruikbepalingen kunnen voorkomen en wellicht, na zo’n 100 jaar proberen, criteria opleveren die op een solide connectie met de woonstaat wijzen. Zo’n fundamentele bezinning kan wellicht ook de ongebreidelde groei van antimisbruikbepalingen een halt toeroepen.⁵⁸

56 Over object and purpose van een geheel belastingverdrag is al veel onduidelijkheid, laat staan over object and purpose van een specifieke bepaling. Zie D.A. Ward, *Access to Tax Treaty Benefits*, Research Report Prepared for the Advisory Panel on Canada’s System of International Taxation, september 2008, www.apcsit-gcrf.ca.

57 OECD Action 6 2014 deliverable, t.a.p., p. 27.

58 Vgl. W.R. Kooiman, ‘Naar een historisch-dynamische methode van belastingwetenschap’, *WFR* 2014, p. 1615, die opmerkt: ‘Vaak worden bepalingen in de fiscale wetgeving in de loop der tijd aangevuld met antimisbruikbepalingen die zien op specifieke situaties. Het gevolg hiervan is het ontstaan van zeer complexe wetgeving, waarin de kerngedachte slechts op casuïstische wijze tot uitdrukking komt.’ Het lijkt mij dat dit evenzeer geldt voor belastingverdragen.

Toetsing van de hiervoor genoemde antimisbruikbepalingen aan wat Pötgens de ‘kernwaarden verdragsbeleid’ heeft genoemd, levert een somber beeld op. Met name bij de vereiste rechtszekerheid, effectiviteit en proportionaliteit kunnen vraagtekens worden gezet.⁵⁹ Dat neemt niet weg dat effectieve antimisbruikmaatregelen noodzakelijk zijn om een juiste werking van belastingverdragen (voorkoming dubbele belasting en het ontgaan van belastingen) te garanderen. Ik meen zelfs dat verdragsluitende staten op grond van het beginsel van de goede trouw jegens de verdragspartner al in de onderhandelingsfase gehouden zijn mogelijke vormen van misbruik te bespreken en daar maatregelen tegen te nemen. Dit geldt met name in situaties waarin partijen geen gelijkwaardige positie hebben.⁶⁰

Voor een daadwerkelijk fundamentele oplossing is essentieel dat rekening wordt gehouden met de weeffout in het systeem en dat waar nodig door de juridische vormgeving van het concern heen wordt gekeken. Wat gebeurt er nu eigenlijk echt in het betreffende land? Daarmee zou weer de nadruk worden gelegd op het in de historie zo belangrijk geachte territorialiteitsbeginsel.⁶¹ Door het opnieuw formuleren van de ‘basisgedachte van de regeling’⁶² van art. 4 OESO-Modelverdrag wordt ook recht gedaan aan een van de doelstellingen van belastingverdragen: de verdere ontwikkeling van de economische relaties tussen de betreffende landen.⁶³ Immers, zonder substance zijn er in het geheel geen economische relaties. Tegelijkertijd zijn ingewikkelde en onzekerheid scheppende antimisbruikbepalingen dan (grotendeels) overbodig.

59 F.P.G. Pötgens, ‘De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid’, *MBB* 2013 nr. 2, p. 84-91.

60 Vgl. E. van der Bruggen, ‘Good faith in the application and interpretation of double taxation conventions’, *British Tax Review*, nr. 1, 2003, p. 55.

61 Zie ook J.W. Bellingwout, ‘Blueprint for a New Common Corporate Tax Base’, *European Taxation* 2015, p. 3 e.v., die na een analyse van de huidige tekortkomingen van de vennootschapsbelastingstelsels in feite tot een territoriale benadering concludeert, waarbij (gedeeltelijk) wordt geabstraheerd van de juridische vormgeving van het concern en de relevante transacties.

62 Kooiman, t.a.p., p. 1615.

63 OECD Action 6 2014 deliverable, t.a.p., p. 98.