

Stop met afgeven tax rulings aan brievenbusmaatschappijen

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2013/7011, blz. 916-922

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden

j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

STOP MET AFGEVEN TAX RULINGS AAN BRIEVENBUSMAATSCHAPPIJEN

Mr. dr. J. Vleggeert¹

1. Inleiding

Allesonthullend onderzoek naar brievenbusfirma's 'gekleurd'², kopt de Volkskrant op 25 januari 2013. Uit het bericht blijkt dat CDA, SP en Groen Links vinden dat het onderzoek niet onafhankelijk kan zijn omdat opdrachtgever Holland Financial Centre ("HFC") dat ook niet is. Het (inmiddels opgeheven) HFC, een publiek-private samenwerking van de financiële sector, de overheid en de toezichthouders, wordt door criticasters gezien als een lobbyclub voor de financiële sector. Het onderzoek is daarmee al omstreden voordat het is verschenen. De publicatie van het door de SEO verrichtte onderzoek, dat de titel "Uit de schaduw van het bankwezen" draagt, op 11 juni 2013 heeft daar vooralsnog geen verandering in kunnen brengen. Tijdens een openbare technische briefing door het HFC en de SEO over het onderzoek in de Tweede Kamer op 13 juni 2013 vraagt de PvdA-er Groot om een reactie op de kritiek dat SEO de oren laat hangen naar de klant. Directeur Baarsma van de SEO reageert kort maar krachtig: "Lees het even", zegt ze tegen het verbaasde Kamerlid.³ Dat is overigens geen sinecure want het onderzoeksrapport telt maar liefst 280 bladzijden. Het kabinet zal tegen het eind van het zomerreces een brief over het SEO-rapport aan de Tweede Kamer sturen.⁴ Na het zomerreces zal de vaste commissie voor financiën een hoorzitting over belastingontwijking organiseren en zal de Tweede Kamer debatteren over belastingontwijking in het algemeen en de rol daarin van brievenbusmaatschappijen in het bijzonder. Het SEO-rapport is voor mij de aanleiding om mij te mengen in het maatschappelijke debat over brievenbusmaatschappijen. Het gaat mij daarbij om de fiscale component van het debat. Meer in het bijzonder richt ik mij op de vraag of Nederland voldoende maatregelen neemt om misbruik van belastingverdragen door brievenbusmaatschappijen te voorkomen.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 ga ik in op die aspecten van het SEO-rapport die relevant zijn voor het antwoord op mijn onderzoeksvraag. Paragraaf 3 behandelt onder welke omstandigheden brievenbusmaatschappijen volgens de staatssecretaris misbruik maken van belastingverdragen. In paragraaf 4 ga ik op zoek naar een alternatieve toets om te beoordelen of brievenbusmaatschappijen misbruik maken van een belastingverdrag. Paragraaf 5 bevat mijn conclusie. In dit artikel wordt de term brievenbusmaatschappij in navolging van de SEO⁵ gebruikt voor bedrijven die, om fiscale redenen, zonder noemenswaardige commerciële of operationele aanwezigheid in Nederland gevestigd zijn.

¹ J. Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

² <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2664/Nieuws/article/detail/3382868/2013/01/25/Allesonthullende-onderzoek-naar-brievenbusfirma-s-gekleurd.dhtml> door Robert Giebels.

³ Emilie van Outeren, Over de Haag, NRC Handelsblad 14 juni 2013.

⁴ Brief van 3 juli 2013, IFZ/2013/380U.

⁵ SEO-rapport, blz. (i).

2. Wat zegt het SEO-rapport over misbruik van belastingverdragen door brievenbusmaatschappijen?

In de wetenschap dat het rapport bij voorbaat omstreden is, moet de SEO op eieren lopen. Daarvan lijkt het onderzoeksinstituut zich maar al te goed bewust te zijn: “De analyse in dit rapport is moreel noch juridisch van aard. Het uitgangspunt is dat belastingontwijking (...) niet intrinsiek slecht [is], maar ook niet intrinsiek goed [is].”⁶ Maar deze neutrale houding is kennelijk niet altijd vol te houden. Nadat de SEO belastingontwijking heeft gedefinieerd als fiscale planning die wel binnen de letter maar niet meer binnen de geest van de wet plaatsvindt, maakt het instituut een relativerende opmerking: “Belastingontwijking is legaal en komt ook buiten de bfi[JV: bijzondere financiële instellingen]-sector voor. Zo tanken veel mensen die op doorreis zijn in Luxemburg om daarmee hogere accijnzen te ontlopen. En luchtvaartpassagiers kopen op luchthavens *tax free* luxe producten.”⁷ Waarom tanken in Luxemburg of het tax free kopen van luxe producten op luchthavens tegen de geest van de wet zou indruisen, maakt het rapport niet duidelijk. Verwart de SEO hier wellicht belastingbesparing met belastingontwijking? En zelfs als in die gevallen sprake zou zijn van belastingontwijking, wat is daarvan dan de betekenis voor de discussie over brievenbusmaatschappijen?

Vervolgens gaat de SEO over tot het kwantificeren van fiscale motieven. Daarbij maakt het rapport een onderscheid naar motieven gericht op het voorkomen van dubbele belasting en op het voorkomen van enkelvoudige belasting. Alleen bij deze laatste categorie kan volgens de SEO in sommige gevallen worden betwijfeld of die in lijn met de doelstelling van de wet is.⁸ Deze bijzonder beperkende invulling van het begrip belastingontwijking is opmerkelijk. Het vermijden van enkelvoudige belasting is, zoals de SEO zelf ook opmerkt,⁹ immers niet het gebruikelijke aangrijpingspunt voor de analyse van belastingontwijking. Het rapport merkt terecht op dat het in het internationaal belastingrecht veeleer gaat om de vraag of een brievenbusmaatschappij terecht gebruikmaakt van een belastingverdrag. Anders dan de SEO beweert, is deze vraag ook relevant als een brievenbusmaatschappij wordt gebruikt om dubbele belasting te voorkomen. Ook dan wil een brievenbusmaatschappij immers via een beroep op de Nederlandse belastingverdragen de bronbelasting op dividend, rente en royalties verminderen die wordt geheven door de bronstaat. Dergelijke gevallen laat het SEO-rapport bij het kwantificeren van de fiscale motieven ten onrechte buiten beschouwing. En dan volgt kennelijk ter motivering van deze afwijkende keuze een kernpassage van het rapport:

“In dit rapport is bewust afgeweken van deze in het internationale belastingrecht gebruikelijke uitgangspunten. Het hier uitgewerkte denkkader houdt zoveel als mogelijk rekening met relevante fiscale elementen, maar introduceert op enkele punten eigen definities om zo tevens de vragen in de maatschappelijke discussie te kunnen objectiveren en van cijfermatige duiding te voorzien. Hiermee tracht het rapport een eerste stap te zetten in het aanbrengen van meer focus in de discussie over bfi’s en daarmee een extra dimensie toe te voegen aan de politieke en maatschappelijke discussie.”¹⁰

⁶ SEO-rapport, blz. (i).

⁷ SEO-rapport, blz. 12.

⁸ SEO-rapport, blz. 12.

⁹ SEO-rapport, blz. 13.

¹⁰ SEO-rapport, blz. 13.

Ik heb deze passage vele malen herlezen in een poging om te achterhalen wat hier nu eigenlijk staat. Volgens het rapport houdt het denkkader rekening met "relevante fiscale elementen" (tweede volzin) maar waarom de door de SEO geselecteerde fiscale elementen relevant zijn wordt niet duidelijk. Het rapport wil vragen in de maatschappelijke discussie objectiveren (tweede volzin) maar om welke vragen het gaat en waarom deze geobjectiveerd moeten worden, daarover zwijgt het rapport. De suggestie dat het denkkader van de SEO nodig is om tot een cijfermatige duiding te komen, is onbegrijpelijk. De slotzin waarin het rapport stelt meer focus aan te brengen en een extra dimensie toe te voegen aan de discussie is nietszeggend. Het is mij met andere woorden niet duidelijk waarom de SEO is afgeweken van de in het internationale belastingrecht gebruikelijke uitgangspunten. Dat doet wat mij betreft afbreuk aan de inschattingen van de SEO omtrent aan fiscale motieven gerelateerde geldstromen.

Het rapport onderscheidt drie soorten brievenbusmaatschappijen: houdstermaatschappijen, financieringsmaatschappijen en royaltymaatschappijen.¹¹ Financieringsmaatschappijen richten zich volgens het rapport voor hun eigen financiering voor meer dan de helft op partijen buiten de groep.¹² De SEO stelt dat fiscale planning niet de primaire factor is bij vestiging van financieringsmaatschappijen in Nederland voor zover zij met extern geld zijn gefinancierd.¹³ Deze conclusie lijkt mij niet bij voorbaat juist. Ook de extern aangetrokken gelden zullen worden doorgeleend aan groepsmaatschappijen. Deze groepsmaatschappijen gaan vervolgens rente betalen aan de Nederlandse financieringsmaatschappij. De financieringsmaatschappij zal dan een beroep doen op de Nederlandse belastingverdragen om de bronbelasting op rente te verminderen die (mogelijk) wordt geheven door de landen waar deze groepsmaatschappijen zijn gevestigd. Wanneer de Nederlandse belastingverdragen de buitenlandse bronbelasting op de rente verdergaand verminderen dan andere relevante belastingverdragen heeft de financieringsmaatschappij dus een fiscaal motief om zich in Nederland te vestigen.

Als voorbeeld van een royaltymaatschappij noemt het rapport Starbucks. In het geval van Starbucks is volgens het rapport echter niet duidelijk waar de in Nederland ontvangen bedragen naartoe gaan.¹⁴ Voor royalties die Starbucks NL ontvangt van Starbucks UK is dat echter wel duidelijk. De global CFO van Starbucks Troy Alstead heeft namelijk het volgende verklaard tijdens een hearing voor de UK Parliament's Public Accounts Committee: "Ultimately, about half of that funding that goes to Amsterdam ends up going directly back to the US, compensating the US for the historical development of the brand, the product innovation and our store design systems - many of the activities that have happened there historically. That is where it is. The remainder - the other half, approximately—sits in Amsterdam."¹⁵ Starbucks NL is voor de ene helft van de uit de UK ontvangen royalties dus kennelijk een schakel tussen de UK en de US maar voor de andere helft is Nederland het eindstation. Toch betaalt Starbucks NL daarover weinig Nederlandse vennootschapsbelasting omdat de vennootschap volgens Troy Alstead een voordelige tax ruling heeft: "yes, they do offer very competitive tax rulings—it is not unique just to Starbucks".¹⁶

¹¹ SEO rapport, blz. 76.

¹² SEO-rapport, blz. 78.

¹³ SEO-rapport, blz. 79.

¹⁴ SEO-rapport, blz. 98, voetnoot 184.

¹⁵ <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/716.pdf>, Ev 25.

¹⁶ Zie <http://leidenlawblog.nl/articles/how-the-dutch-help-starbucks-avoid-taxes> voor de relevante passage uit de hearing.

Helaas is de SEO niet toegekomen aan de vraag hoe deze “very competitive tax rulings” eruit zien. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om tax rulings die betrekking hebben op zogenoemde CV-BV structuren.¹⁷ Maar het is ook denkbaar dat het informeel kapitaalrulings betreft. In beide gevallen wordt ingespeeld op mismatches tussen het Nederlandse fiscale rechtssysteem en dat van een ander land (in het geval van de CV-BV structuur gaat het om het fiscale rechtssysteem van de Verenigde Staten).¹⁸ Dat zou pikant zijn want juist over dergelijke mismatches is binnen OESO- en EU-verband veel te doen.¹⁹ Het is nu aan de Tweede Kamer om aan de Staatssecretaris van Financiën te vragen of dergelijke rulings in het verleden zijn afgegeven en wellicht nog worden afgegeven.

3. Onder welke omstandigheden maken brievenbusmaatschappijen volgens de staatssecretaris misbruik van belastingverdragen

“In de discussie over zogenoemde ‘brievenbusmaatschappijen’ gaat het in wezen om de vraag in hoeverre Nederland, als woonstaat, verantwoordelijk is voor de toets of deze schakelvennootschappen voldoen aan de in het verdrag gestelde voorwaarden om in aanmerking te komen voor de voordelen van het verdrag”, aldus de Staatssecretaris van Financiën recentelijk²⁰ bij de beantwoording van vragen over de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (“NFV 2011”).²¹ Deze observatie hangt samen met de bronbelasting besparende rol die Nederlandse brievenbusmaatschappijen spelen in internationale structuren die zijn opgezet om de belasting te verminderen over de winst van multinationale ondernemingen. Het rapport Addressing Base Erosion and Profit Shifting maakt duidelijk dat dergelijke structuren doorgaans vier elementen bevatten:”

(i) minimisation of taxation in a foreign operating or source country (which is often a medium to high tax jurisdiction) either by shifting gross profits via trading structures or reducing net profit by maximizing deductions at the level of the payer,

(ii) low or no withholding tax at source,

(iii) low or no taxation at the level of the recipient (which can be achieved via low-tax jurisdictions, preferential regimes or hybrid mismatch arrangements) with entitlement to substantial non-routine profits often built up via intragroup arrangements, as well as

(iv) no current taxation of the low-taxed profits (achieved via the first three steps) at the level of the ultimate parent.”²²

Zo dienen Nederlandse financieringsmaatschappijen en royaltymaatschappijen om de bronbelasting op rente en royalties te verminderen (het tweede element).²³ De rente en royalties worden betaald door een vennootschap die is gevestigd in de bronstaat en komen aldaar in mindering op de winst (het eerste element). De rente en royalties zijn onderweg naar een tax haven (het derde element). Zouden de rente en royalties rechtstreeks worden overgemaakt vanuit de bronstaat naar de tax haven, dan houdt de bronstaat daarop belasting

¹⁷ Zie Besluit van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M, BNB 2005/280.

¹⁸ Zie ook M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens, Zembla-uitzending ‘Nederland belastingparadijs’ nader beschouwd, MBB 2011/02 par. 3.3.4. en par. 4.3.2. Zij gebruiken de uitdrukking “spaarpot-op-zee-structuur” voor de CV-BV structuur.

¹⁹ Zie onder meer Hybrid mismatch arrangements, tax policy and compliance issues, OECD March 2012 en Staff working paper, The internal market: factual examples of double non-taxation cases, Brussels TAXUD D1 D(2012).

²⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2013, nr. IFZ/2013/321U, VN 2013/29.12.

²¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25087 nr. 7, VN 2011/12/4.

²² OESO, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OESO: Parijs februari 2013, blz. 44.

²³ In CV-BV structuren en in de gevallen waarin een informeel kapitaalruling is afgegeven, zou Nederland ook betrokken zijn bij het derde element: het gaat in deze situaties immers om hybrid mismatch arrangements. Dergelijke structuren laat ik hier verder buiten beschouwing.

in. Het tussenschakelen van een Nederlandse brievenbusmaatschappij zorgt ervoor dat deze bronbelasting wordt gereduceerd indien de brievenbusmaatschappij een beroep kan doen op het belastingverdrag tussen Nederland en de bronstaat.²⁴

Om in aanmerking te komen voor een lager tarief voor de bronbelasting moet de brievenbusmaatschappij voor de toepassing van het betreffende belastingverdrag inwoner van Nederland zijn. Bovendien dient de brievenbusmaatschappij voor de toepassing van de vanaf 1977 gesloten belastingverdragen uiteindelijk gerechtigde van de ontvangen dividenden, rente en royalties te zijn. Het is in eerste instantie aan de bronstaat om na te gaan of aan deze voorwaarden wordt voldaan omdat deze staat het tarief van zijn bronbelasting verlaagt. Maar ook Nederland heeft een rol. Brievenbusmaatschappijen kunnen namelijk zekerheid verkrijgen over de fiscale gevolgen van voorgenomen transacties (“tax rulings” of “rulings”). Nederland geeft echter geen rulings af als sprake is van een handelen dat in strijd komt met de goede trouw die verdragspartners jegens elkaar zijn verschuldigd.²⁵

Fiscale grensverkenning is volgens de staatssecretaris een sterke indicatie voor een handelen in strijd met de goede trouw. Deze indicatie kan in zijn ogen worden weggenomen door aanvullende voorwaarden te stellen aan het verstrekken van de ruling. In dat kader kan aan de brievenbusmaatschappij worden gevraagd om aan te tonen dat de bronstaat bekend is met de structuur en de transacties waarvoor in Nederland een ruling wordt gevraagd.²⁶ Daarnaast wordt aan financieringsmaatschappijen en royaltymaatschappijen geen zekerheid vooraf verstrekt indien zij onvoldoende substance in Nederland hebben omdat ook dan het belang van de verdragspartner zou worden geschaad. Zo moet de boekhouding in Nederland worden gevoerd, moet het vestigingsadres in Nederland zijn, dienen belangrijke bestuursbesluiten in Nederland te worden genomen en moeten in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden (tenminste de helft van het totaal van de bestuursleden) over de benodigde professionele kennis beschikken om hun taken naar behoren uit te voeren. Bovendien wordt geen zekerheid vooraf gegeven voor transacties waarover geen reële risico's worden gelopen, tenzij de financiering/royaltymaatschappij akkoord gaat met spontane verstrekking van inlichtingen aan de bronstaat.²⁷ Aan houdstermaatschappijen wordt de eis gesteld dat de kostprijs van deelnemingen met tenminste 15% eigen vermogen is gefinancierd.²⁸

In de discussie over verdragsmisbruik door brievenbusmaatschappijen spelen deze substance-eisen een belangrijke rol. Zo constateren de Tweede Kamerleden Braakhuis en Groot in een door de Kamer aangenomen motie dat de huidige substance-eisen niet tegenhouden dat brievenbusmaatschappijen enorme geldbedragen door Nederland sluizen. In dat kader verzoeken zij de regering de substance-eisen en de naleving daarvan tegen het licht te houden.²⁹ De staatssecretaris meent echter dat het begrip substance geen geschikt zelfstandig criterium is om verdragsmisbruik te bestrijden: “Een (...) zelfstandige substance-eis zou zich slecht verhouden met ons nationale recht waarin de erkenning van het bestaan van een rechtspersoon ook niet afhankelijk is van substance-eisen.”³⁰ Wel speelt het begrip indirect

²⁴ De brievenbusmaatschappij wordt slechts Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd over het verschil tussen de ontvangen rente en royalties enerzijds en de aan de tax haven betaalde rente en royalties anderzijds. Op de rente en royalties die de Nederlandse brievenbusmaatschappij aan de tax haven betaalt, houdt Nederland geen belasting in omdat Nederland geen bronbelasting op rente en royalties kent.

²⁵ Besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB 2004/1337M, BNB 2004/375.

²⁶ Zie het Besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB 2004/1337M, BNB 2004/375.

²⁷ Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M, BNB 2004/376.

²⁸ Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M, BNB 2004/404.

²⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 62.

³⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, VN 2012/38.2, blz. 5.

een rol omdat de feitelijke omstandigheden die met substance in verband worden gebracht van belang zijn bij de toepassing van onderdelen van een belastingverdrag.

Uit zijn reactie op de motie Braakhuis-Groot blijkt verder dat de staatssecretaris niet snel geneigd is om aan te nemen dat brievenbusmaatschappijen misbruik maken van een belastingverdrag: “Wanneer (...) de (na belasting netto) winst als dividend aan de aandeelhouders moet worden uitgekeerd, kunnen betrokkenen zoeken naar een structuur waarin de heffing van bronbelasting op die uitgekeerde dividenden wordt voorkomen. Datzelfde kan een rol spelen wanneer rente of royalties worden uitbetaald. Door het Nederlandse belastingsysteem en door het Nederlandse verdragen netwerk kan het aantrekkelijk zijn daarbij gebruik te maken van een in Nederland gevestigde vennootschap. Dat er dan door het concern en de investeerders in totaal minder belasting wordt betaald dan bij gebruik van een andere structuur (zonder Nederlandse vennootschap) wil nog niet zeggen dat zo’n structuur in strijd komt met de bedoeling van het verdrag of dat sprake is van misbruik. Mede met de bedoeling het vestigingsklimaat in Nederland aantrekkelijker te maken zijn immers die verdragen afgesloten en aangenomen mag worden dat ook onze verdragspartners baat hebben bij een verdrag met Nederland waarin een verlaagd tarief voor zijn bronbelasting is opgenomen.”³¹

In zijn brief over de belastingheffing van internationale ondernemingen van begin dit jaar werkt de staatssecretaris dit standpunt verder uit: “Het Nederlandse verdragsbeleid is erop gericht (...) lagere bronheffingen overeen te komen. (...) Niet tussen alle landen zijn echter regelingen getroffen die (...) betalingen [van dividend, rente en royalties] binnen concern zonder extra belastingheffingen mogelijk maken. Om toch zoveel mogelijk bronheffingen te voorkomen nemen deze concerns schakelvennootschappen in hun structuren op die gevestigd zijn in landen met het beste verdragen netwerk.”³² De redactie van Vakstudie Nieuws leidt hier vervolgens met instemming uit af dat het Nederlandse verdragsbeleid mede de basis vormt voor de acceptatie van het gebruik van brievenbusmaatschappijen.³³ Acceptatie door wie? Wil de staatssecretaris hier echt beweren dat het gebruik van brievenbusmaatschappijen voor onze verdragspartners acceptabel zou zijn omdat dat in het verlengde ligt van ons verdragsbeleid? Op die manier wordt een belastingverdrag met Nederland een verdrag met de rest van de wereld. Dat kan niet de bedoeling zijn, zo blijkt ook uit het NFV 2011 waarin de staatssecretaris treaty shopping noemt als één van de vormen verdragsmisbruik: “Treaty shopping is aan de orde als een inwoner van een derde staat zich toegang verschaft tot een verdragsvoordeel dat niet voor deze persoon bedoeld is.”³⁴

Vervolgens constateert de staatssecretaris dat Nederland aantrekkelijk is voor brievenbusmaatschappijen maar: “Nederland is hier niet uniek in. Verschillende andere Europese landen verkeren in een vergelijkbare positie.”³⁵ Zelfs als dit zo is dan levert dit geen argument op waarom geen sprake zou zijn van verdragsmisbruik. Wel maakt de staatssecretaris duidelijk dat vergelijkbare vormen van verdragsmisbruik ook via andere landen mogelijk zijn.

Tenslotte suggereert de staatssecretaris dat treaty shopping door middel van een Nederlandse brievenbusmaatschappij vanuit een economisch perspectief niet alleen goed is voor Nederland

³¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, VN 2012/38.2, blz. 7/8.

³² Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2013/25U, VN 2013/7.8, blz. 37.

³³ VN 2013/7.8, blz. 38.

³⁴ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25087 nr. 7, VN 2011/12/4, par. 1.3.4.

³⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2013/25U, VN 2013/7.8, blz. 37.

maar ook voor de bronstaat: “Hierbij moet overigens niet uit het oog worden verloren dat het gebruikmaken van een dergelijk belastingverdrag [door brievenbusmaatschappijen] ook voor de bronstaat voordelen heeft. Doordat de dreigende dubbele belasting wordt voorkomen, wordt het land aantrekkelijker voor investeerders. Het is niet juist in dergelijke gevallen er van uit te gaan dat de bronstaat zijn bronbelastingen op de vergoeding voor die investeringen kwijt raakt. Het is immers zeer wel denkbaar dat zonder het verdrag die investeringen in het geheel niet plaats zouden vinden.”³⁶ Met andere woorden: tegenover het verlies aan bronbelasting staat een overigens volstrekt niet te kwantificeren verbetering van het vestigingsklimaat van de bronstaat. De afweging tussen het heffen van bronbelasting en de invloed daarop op het vestigingsklimaat van de bronstaat moet uiteraard worden gemaakt door de bronstaat en niet door Nederland. De suggestie dat onze verdragspartners zouden instemmen met treaty shopping door middel van Nederlandse brievenbusmaatschappijen omdat dit goed zou zijn voor hun vestigingsklimaat overtuigt daarom niet. Zij zouden dan immers net zo goed (of beter) het wettelijk tarief van hun bronbelastingen kunnen verlagen tot het niveau dat zij in hun belastingverdrag met Nederland zijn overeengekomen.

Alles overziend, beklijft de indruk dat de staatssecretaris geen goede argumenten heeft om te betogen dat brievenbusmaatschappijen geen misbruik maken van de Nederlandse belastingverdragen.

4. Wanneer maken brievenbusmaatschappijen misbruik van een belastingverdrag?

Na de kritiek die hierboven is geleverd op het SEO-rapport en op de opvatting van de staatssecretaris over verdragsmisbruik ga ik in deze paragraaf in op de vraag wat wel een criterium is om te beoordelen wanneer sprake is van misbruik van een belastingverdrag. Het antwoord op deze vraag staat sinds 2003 in het commentaar op art. 1 van het OESO modelverdrag: “A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.”³⁷ Nederland heeft een observation bij het commentaar gemaakt omdat Nederland strikt de hand wenst te houden aan het guiding principle. Alleen in “specific cases of abuse or clearly unintended use” wordt belastingontwijkers de voordelen van een belastingverdrag onttrokken.

Belastingontwijkers maken met andere woorden alleen misbruik van een belastingverdrag als zij (i) voornamelijk een fiscaal motief hebben en (ii) handelen in strijd met doel en strekking van de relevante bepalingen van het belastingverdrag. Brievenbusmaatschappijen zullen over het algemeen een fiscaal motief hebben voor de transacties die zij aangaan. Om te beoordelen of sprake is van verdragsmisbruik komt het daarom aan op het tweede criterium: wanneer handelen brievenbusmaatschappijen in strijd met doel en strekking van de relevante bepalingen van de belastingverdragen? Daaraan gaat de vraag vooraf wat het doel is van belastingverdragen in het algemeen en van de dividendbepaling, de interestbepaling en de bepaling over royalties in het bijzonder.

Omtrent het doel van belastingverdragen biedt het commentaar bij het OESO modelverdrag uitkomst: “The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital

³⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2013/25U, VN 2013/7.8, blz. 37.

³⁷ Par. 9.5 van het commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.³⁸ De eerste doelstelling van belastingverdragen, het bevorderen van het vrije verkeer, komt terug in het commentaar op de dividendbepaling en de interestbepaling. Een doelstelling van de dividendbepaling is namelijk om het investeringsklimaat te stimuleren³⁹ en de interestbepaling wil bijdragen aan de vrijheid van kapitaalverkeer.⁴⁰ De doelstelling om het vrije verkeer te bevorderen staat niet op zichzelf maar houdt verband met de tweede doelstelling van belastingverdragen, het vermijden van internationale juridische⁴¹ dubbele belasting. Deze doelstelling wordt eveneens genoemd in het commentaar op de dividendbepaling,⁴² de interestbepaling⁴³ en royaltybepaling.⁴⁴ Dat geldt ook voor de derde doelstelling van belastingverdragen, het voorkomen van belastingontwijking.⁴⁵

Vervolgens dient zich de vraag aan of deze doelstellingen relevant zijn ten aanzien van brievenbusmaatschappijen. Het voorkomen van belastingontwijking is belangrijk. Het commentaar bij het OESO modelverdrag noemt treaty shopping meerdere malen als een vorm van belastingontwijking.⁴⁶ Ook het bevorderen van het vrije verkeer is van belang. Lagere bronheffingen op dividend, interest en royalties maken het vrije verkeer immers aantrekkelijker. Is ook de daarmee samenhangende doelstelling om juridisch dubbele belasting te voorkomen van belang? Wanneer vanuit de bronstaat dividend, interest dan wel royalties worden betaald aan een derde land is de bronbelasting die daarop wordt ingehouden veelal niet of slechts beperkt verrekenbaar omdat dergelijk inkomen in het derde land op netto basis in de heffing van de winstbelasting wordt betrokken. Om de internationale dubbele heffing te mitigeren, wordt dan een Nederlandse brievenbusmaatschappij tussengeschied om de bronbelasting te verlagen. Het is echter geen doelstelling van Nederlandse belastingverdragen om de juridisch dubbele heffing te verminderen die op kan treden in de verhouding tussen derde landen en bronstaten. Wel kan deze doelstelling relevant zijn als het gaat om een cumulatie van de Nederlandse belasting en de belasting van bronstaten over dividend, interest en royalties.

Bij het beantwoorden van de vraag of brievenbusmaatschappijen misbruik maken van belastingverdragen gaat het daarom met name om een afweging tussen het bevorderen van het vrije verkeer en het voorkomen van juridisch dubbele belasting enerzijds (hierna kortheidshalve gezamenlijk aangeduid met het bevorderen van het vrije verkeer) en het voorkomen van belastingontwijking anderzijds. In theorie is het mogelijk om het bevorderen van het vrije verkeer in alle gevallen het zwaarst te laten wegen. Immers zelfs in evidente misbruikgevallen wordt het vrije kapitaalverkeer vergemakkelijkt omdat minder bronbelasting wordt verschuldigd. De doelstelling om belastingontwijking te voorkomen, zou dan betekenisloos zijn. Dat is uiteraard niet de bedoeling. De afweging tussen het bevorderen van het vrije verkeer enerzijds en het voorkomen van belastingontwijking anderzijds moet daarom zo worden gemaakt dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan beide doelstellingen.

³⁸ Par. 7 van het commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

³⁹ Par. 10 van het commentaar bij art. 10 OESO modelverdrag.

⁴⁰ Par. 2 van het commentaar bij art. 11 OESO modelverdrag.

⁴¹ Zie par. 50 van het commentaar bij art. 23A en 23B OESO modelverdrag.

⁴² Par. 10 en 12 van het commentaar bij art. 10 OESO modelverdrag.

⁴³ Par. 2 en 9 van het commentaar bij art. 11 OESO modelverdrag.

⁴⁴ Par. 4 van het commentaar bij art. 12 OESO modelverdrag.

⁴⁵ Par. 12, 17 en 22 van het commentaar bij art. 10 OESO modelverdrag, par. 9 van het commentaar bij art. 11 OESO modelverdrag en par. 4 van het commentaar bij art. 12 OESO modelverdrag.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld par. 9 en 11 van het commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag en par. 17 en 22 van het commentaar bij art. 10 OESO modelverdrag.

Uit deze observatie vloeit voort dat de doelstelling om misbruik te voorkomen de doorslag moet geven in gevallen waarin de deelname aan het vrije verkeer voornamelijk bestaat uit de kapitaalbewegingen waarmee bronbelasting wordt ontweken. In situaties waarin aan de beslissing om via Nederland in een bronstaat te investeren overwegend andere motieven ten grondslag liggen dan de vermindering van buitenlandse bronbelasting moet de doelstelling om het vrije verkeer te bevorderen daarentegen het zwaarst wegen. Dit betekent dat het nodig is om voornamelijk bronbelasting besparende deelname aan het vrije verkeer te onderscheiden van deelname aan het vrije verkeer die hoofdzakelijk berust op andere motieven. In dit kader zou de gedachte kunnen opkomen om substance-eisen te stellen aan de tussengeschoven Nederlandse vennootschap. Echter zelfs als aan dergelijke eisen wordt voldaan, is het mogelijk om een investering via Nederland te laten lopen met besparing van buitenlandse bronbelasting als voornaamste reden. Daarom zie ik meer heil in een motief-toets waarin wordt nagegaan of de doorslaggevende reden om de kapitaalbewegingen via Nederland te laten lopen, is gelegen in de besparing van buitenlandse bronbelasting.⁴⁷ Is dat het geval dan is sprake van verdragsmisbruik.

5. Conclusie

De kwestie die ik in dit artikel aan de orde stel is of Nederland voldoende maatregelen neemt om misbruik van belastingverdragen door brievenbusmaatschappijen te voorkomen. Het is in eerste instantie aan de bronstaat om na te gaan of aan de voorwaarden wordt voldaan om het tarief van zijn bronbelasting te verlagen op uitkeringen van dividend, interest en royalties vanuit de bronstaat aan de Nederlandse brievenbusmaatschappij. Maar ook Nederland heeft een rol. Nederland geeft namelijk geen rulings af als sprake is van een handelen dat in strijd komt met de goede trouw die verdragspartners jegens elkaar zijn verschuldigd. In dat kader wordt aan brievenbusmaatschappijen geen zekerheid vooraf verstrekt indien zij onvoldoende substance in Nederland hebben. In dit artikel is betoogd dat substance-eisen geen goede maatstaf vormen om te beoordelen of sprake is van verdragsmisbruik. Beter is het om na te gaan of de doorslaggevende reden om de kapitaalbewegingen via Nederland te laten lopen, is gelegen in de besparing van buitenlandse bronbelasting. Is dat het geval dan zou Nederland voor dergelijke transacties geen ruling moeten afgeven.

⁴⁷ Overigens zal bij de beoordeling of sprake is van andere motieven dan de besparing van buitenlandse bronbelasting de substance van een Nederlandse schakelvennootschap wel een rol kunnen spelen.