

WFR 2008/1343.**Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?**

(
Mr. W.R. Munting * [1]

)

In het artikel schetst de auteur de mogelijke gevolgen van de Britse "Indofood"-casus voor het Nederlandse fiscale recht. Onder andere wordt daarbij ingegaan op de vraag wat voor de invulling van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" het zwaarst moet wegen: de juridische of de economische omstandigheden (of wellicht een mix van beide).

1. INLEIDING

Op 2 maart 2006 heeft het Britse Supreme Court geoordeeld dat een partij die op grond van commerciële en praktische gronden verplicht is ontvangen gelden volledig door te betalen, binnen internationale fiscale begrippen niet als uiteindelijk gerechtigde van de gelden kan worden beschouwd.

In dit artikel zullen de mogelijke gevolgen van de beslissing van het Britse Supreme Court voor de Nederlandse fiscale praktijk worden geschetst.

2. De casus voor het Britse Supreme Court * [2]

2.1. FEITEN

PT Indofood Sukses Makmur TBK (hierna: Indofood) is een Indonesische vennootschap actief in de levensmiddelensector. In 2002 is ze voornemens financiering aan te trekken op de internationale kapitaalmarkt. Rechtstreekse financiering zou echter leiden tot een nationale Indonesische bronheffing op rente van 20%. Daarom werd Indofood International Finance Ltd (hierna: IIF) opgericht, een vennootschap naar het recht van Mauritius. De partijen verwachtten op die manier de Indonesische bronheffing te verlagen tot 10% (het bronbelastingpercentage zoals overeengekomen in het belastingverdrag tussen Indonesië en Mauritius); dit mede gezien het feit dat Mauritius geen bronheffing op interest kent.

IIF plaatste vervolgens via een trustee de notes op de markt onder de voorwaarde dat de notes op zijn vroegst volledig zouden worden afgelost op 18 juni 2007. IIF heeft de verkregen gelden onder gelijke voorwaarden geleend aan haar moeder Indofood. Op 24 juni 2004 zegt Indonesië het verdrag met Mauritius per 1 januari 2005 op. Omdat Indofood vanaf die datum wordt geconfronteerd met de hogere bronbelastinglasten die zij niet kan doorberekenen, schrijft IIF de trustee aan dat zij de lening per die datum wenst af te lossen. De trustee, die de belangen van de obligatiehouders vertegenwoordigt, neemt daar geen genoegen mee omdat hij door de aflossing een goed renderende lening verliest. Hij brengt IIF ervan op de hoogte dat door haar feitelijke leiding naar Nederland te verplaatsen of IIF door een Nederlandse vennootschap (hierna: Newco) te vervangen, zij het verdrag met Nederland in zou kunnen roepen. In het verdrag met Nederland is namelijk eveneens een maximum bronbelastingpercentage van 10% opgenomen, mits sprake is van *beneficial ownership*. Indofood kan daarom volgens de trustee zonder schade te lijden haar contract nakomen.

Indien Indofood uiteindelijk de extra bronbelasting niet kan vermijden, is zij gerechtigd de door IIF uitgegeven obligaties vervroegd af te lossen. Op 10 juni 2005 legt Indofood deze structuur vooraf voor aan de Indonesische fiscale autoriteiten. Op 24 juni 2005 oordelen de autoriteiten dat Newco niet als beneficial owner valt aan te merken aangezien zij niet de werkelijke rechthebbende tot de interest is. * [3]

2.2. VOORGELEGDE VRAGEN

De trustee neemt (namens de geldverstrekkers) geen genoegen met de aangekondigde aflossing en vraagt de Britse civiele rechter en uiteindelijk het Britse Supreme Court te bevestigen dat Newco als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt en dat Indofood daarom niet gerechtigd is vervroegd af te lossen. * [4]

2.3. ANALYSE EN BESLISSING VAN DE RECHTER

Voor het beantwoorden van deze vraag * [5] neemt de rechter, bij gebrek aan een duidelijke tekst in het vigerende verdrag, het gewijzigde OESO-commentaar uit 2003 en de daarop gegeven commentaren door de Queen's Council, professor Philip Baker, als uitgangspunt.

Deze verwijzing naar het OESO-commentaar lijkt niet direct in strijd met geoorloofde uitlegging van verdragen, * [6] aangezien de term "beneficial owner" in het bilaterale verdrag niet nader is uitgewerkt. Wat bijzonder is, is dat de Britse rechter niet louter het officiële OESO-commentaar relevant vindt, maar ook het commentaar van de Queen's Council.

De Queen's Council concludeert op basis van het commentaar uit 1977 op het OESO-modelverdrag dat verdragstoepassing niet toekomt aan agenten en andere tussenpersonen. Op basis van het commentaar uit 2003 oordeelt hij dat verdragstoepassing ook niet toekomt aan vennootschappen die anderszins optreden als doorgeefluik (conduit companies). Hij stelt daarbij als voorwaarde voor beneficial ownership dat Newco het volledige debiteurenrisico dient te lopen. * [7] Deze laatste eis is wel een erg zware toets om te bepalen wat nog wel en wat niet meer als conduit company valt aan te merken. De eis die de OESO in 2003 stelt, lijkt immers beperkter: het moet gaan om een doorgeefluikfunctie. Oftewel, de vennootschap draagt een zeer beperkt risico met betrekking tot het inkomen en voert slechts een administratieve functie uit met betrekking tot de werkzaamheden.

Het Britse Supreme Court oordeelt echter dat Newco niet als beneficial owner kan worden aangemerkt. Het hanteert daarvoor de volgende overwegingen:

- Het feit dat een trust, agent of gemachtigde als tussenpersoon voor de rente ontbreekt in de structuur, wil niet zeggen dat sprake is van beneficial ownership voor Newco;
- Dit geldt evenmin voor de eventuele afwezigheid van een garantie van Indofood aan de note-houders;
- De passages van het OESO-commentaar en professor Bakers waarnemingen laten zien dat de term "beneficial owner" (uiteindelijk gerechtigde) een internationaal begrip is en niet afkomstig is van het nationale recht van de verdragslanden;
- Het concept van beneficial ownership is onverenigbaar met dat van de juridische eigenaar die niet de volledige bevoorrechte is om direct van het inkomen te genieten ("the full privilege to directly benefit from the income"). Deze frase is overgenomen van de Indonesische autoriteiten (circulaire van 7 juli 2005) en is volgens de rechter volledig conform de aangehaalde commentaren;
- Zowel in commerciële als praktische zin zou Newco verplicht zijn de ontvangen rente door te betalen (conduit).

2.4. COMMENTAAR

De vraag is nu welke invloed dit civiele arrest op de (internationale) fiscaliteit zal hebben. Strikt genomen heeft het arrest geen invloed op de fiscaliteit. De rechter is immers "slechts" gevraagd door middel van een marginale redelijkheidstoets een oordeel te vellen over de vraag of Indofood de lening mocht aflossen. Dit zegt nog niets over de fiscale vraag of Newco de (verdrags) gerechtigde tot de rente is. Overigens kan niet worden ontkend dat de redengeving die de rechter hanteert, wel degelijk afkomstig is van het internationale fiscale recht.

Een eerste punt van kritiek: de rechter oordeelt dat de term "uiteindelijk gerechtigde" een internationaal begrip is en niet afkomstig is van het nationale recht van de verdragslanden. De onderhavige problematiek is echter geregeld in art. 3.2 van zowel het bilaterale verdrag tussen Indonesië en Nederland als in het OESO-modelverdrag. Een begrip dat niet nader is gedefinieerd in het verdrag dient te worden uitgelegd volgens de regels van het belastingheffende land, tenzij de context anders vereist. * [8] Het bronland kan derhalve binnen de bedoeling van het verdragsartikel zelf bepalen of het een strenge of minder strenge regelgeving hanteert.

In de onderhavige zaak zou het oordeel bij een uitleg van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" conform art. 3.2 overigens niet anders zijn geweest. Indonesië hanteert naar zijn nationale recht immers een substance-over-formbenadering (zie noot 3) die de basis vormde voor de Indofood-procedure.

Met name de laatste twee overwegingen van het Britse Supreme Court zijn lastig te interpreteren. Wanneer is bijvoorbeeld sprake van een partij die niet de volledig bevoorrechte is om direct het inkomen te genieten? Is dat als hij de ontvangen rente volledig onder dezelfde titel doorgeeft? Geldt dat ook als hij de uitgeleende gelden voor een deel met eigen vermogen heeft gefinancierd en er voor de betaalde rente een ander rentepercentage dan voor de ontvangen rente wordt gerekend? In het laatste geval kan toch moeilijk meer gesproken worden van een doorgeefluik.

Tot zover de behandeling van de concrete casus.

3. Ontwerprichtlijn HMRC * [9]

De HMRC omarmt, niet geheel verrassend, het oordeel van het Britse Supreme Court. Sterker nog, de HMRC stelt zelfs dat "following legal advice, HMRC's view is that the "beneficial ownership" decision, as far as it relates tot DTCs, * [10] is now part of UK law". Veel verandert er volgens de HMRC overigens niet omdat "the decision is fully consistent with the UK's existing policy". De HMRC geeft vervolgens aan de hand van een aantal voorbeelden aan dat hij slechts zal ingrijpen in gevallen waarin sprake is van een Brits bronheffingsbelang. Zo zal bij de uitgifte van eurobonds via niet-Britse special-purposevennootschappen, * [11] het ontbreken van uiteindelijke gerechtigdheid bij de special-purposevennootschappen niet worden ingeroepen; dit omdat het Verenigd Koninkrijk geen bronheffing op interest van eurobonds heft. In geval van bijvoorbeeld het structureren van een Britse groepsschuld via een Luxemburgse vennootschap naar een niet-Brits verdragsland wordt uiteindelijke gerechtigdheid van de Luxemburgse vennootschap daarentegen ontkend en wordt bronheffing geheven alsof de crediteur in plaats van de Luxemburgse vennootschap, de inwoner van het niet-Britse verdragsland is.

Duidelijk is dat het Verenigd Koninkrijk het principe volgt dat het begrip "beneficial owner" moet worden uitgelegd volgens het internationale fiscale recht, zijnde het OESO-modelverdrag en de commentaren daarop. Echter, ook de HMRC geeft niet een eenduidig antwoord op wat onder het begrip "conduit/doorgeefluik" moet worden verstaan. Of, beter gezegd, tot hoever dit begrip reikt.

4. BENEFICIAL OWNERSHIP VOLGENS NEDERLANDS FISCAAL RECHT

Alvorens het begrip "uiteindelijk gerechtigde" naar Nederlands fiscaal recht te bekijken, wordt eerst een uitstapje gemaakt naar het burgerlijk recht. De begripsvorming in het fiscale recht is immers veelal gebaseerd op het civiele recht.

Het begrip "eigendom", dat naar mijn mening het dichtst bij het begrip uiteindelijk gerechtigde komt, wordt geregeld in Boek 5 BW:

* [12] de eigenaar is degene die het meest omvattende recht op een zaak heeft. In het Nederlandse fiscale recht wordt geen eenduidige definitie van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (beneficial owner) gegeven. * [13] Wel wordt in art. 16 besluit ter voorkoming van dubbele belasting een negatieve definitie gegeven. * [14] Duidelijk is dat deze definitie is bedoeld om de situatie tegen te gaan waarin de zuiver juridisch gerechtigde tot de inkomsten (dividend, rente of royalty's), hoewel eigenaar, een afdwingbare verplichting jegens iemand anders heeft om de inkomsten door te betalen. Art. 16 gaat deze situatie tegen op het niveau van de ontvanger van de inkomsten, in de zin dat deze ontvanger de buitenlandse bronbelasting niet kan verrekenen. In art. 4, zevende en achtste lid, Wet DB 1965 op de dividendbelasting is een soortgelijke regel geïntroduceerd voor degene die vrijgesteld is om dividendbelasting in te houden (of gerechtigd is tot een vermindering/teruggave onder bijvoorbeeld toepassing van een verdrag). Deze wetgeving noemen we ook wel ant dividendstrippingwetgeving.

Het is duidelijk dat deze bestrijdingswetgeving nodig is om tegen te gaan dat men volgens het algemene eigendomsbegrip zoals geregeld in het BW al snel recht kan doen gelden op de bij het eigendom behorende fiscale voordelen. Er kan dus worden geconcludeerd dat volgens het algemene Nederlandse recht iemand al snel beneficial owner/eigenaar is en dat de fiscale voordelen alleen beperkt kunnen worden door specifieke afwijkende bepalingen.

Hoe oordeelt vervolgens de Nederlandse fiscale rechter over het begrip "uiteindelijk gerechtigde"? In het Nederlandse recht is hier niet veel over geprocedeerd. Dit kan voor een deel verklaard worden uit het feit dat Nederland geen bronheffing op rente en royalty's kent. Voor de verklaring van de term volgens Nederlands fiscaal recht zullen we dus vooral te rade moeten gaan bij de dividendbelasting aan de uitgaande zijde van een geldstroom en bij de verrekening van bronbelasting aan de inkomende zijde. Eén vermaarde en duidelijke uitspraak vinden we in HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 (m.nt. Brunschot) over art. 10 verdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk, ook wel bekend als het "beneficial owner- of marketmakerarrest". * [15] Belanghebbende, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, kocht dividendbewijzen Koninklijke Olie voor dividenden die ten tijde van de koop wel gedeclareerd maar nog niet betaalbaar waren. Zij kon op geen enkele wijze recht doen gelden op de onderliggende aandelen. Na het betaalbaar worden ontving de belanghebbende de dividenden, verminderd met 25% Nederlandse dividendbelasting. Belanghebbende verzocht teruggaaf van dividendbelasting van 10% onder toepassing van het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk.

De Hoge Raad oordeelde dat onder de gegeven omstandigheden belanghebbende was aan te merken als de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden en dientengevolge in aanmerking kwam voor de gevraagde teruggaaf. De eis dat belanghebbende, toen zij de dividendbewijzen inwisselde, eigenaar van de onderliggende aandelen zou moeten zijn, wordt volgens de Hoge Raad in het verdrag niet gesteld.

De Hoge Raad oordeelt hier zuiver juridisch en neemt de economische werkelijkheid dat belanghebbende doorgeefluik (conduit) is niet mee, dit omdat een dergelijke eis in het verdrag niet wordt gesteld. In het concrete geval was overigens duidelijk dat belanghebbende niet als agent kon worden aangemerkt. Verwacht mag daarom worden dat de Hoge Raad een agent of tussenpersoon niet als beneficial owner zal aanmerken.

Overigens is de Hoge Raad niet blind voor stromanachtige situaties. Zo kan worden verwezen naar HR 28 juni 1989, nr. 25 451, BNB 1990/45, een geval van dividendstripping door het tussenschuiven van een in de Nederlandse Antillen gevestigde vennootschap tussen een Nederlandse vennootschap en een Canadese moedermaatschappij aan wie het dividend reeds was gedeclareerd. Onder het verdrag met Canada zou de Nederlandse vennootschap effectief 15% dividendbelasting hebben moeten inhouden, terwijl krachtens art. 11, derde lid, Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) (oud) het dividend was vrijgesteld van dividendbelasting. Derhalve een typisch geval van dividendstripping.

De Hoge Raad overwoog dat "artikel 11 strekt ter voorkoming van dubbele belastingheffing ter zake van dividenden die verschuldigd zijn door een lichaam dat inwoner is van Nederland of de Nederlandse Antillen, en die worden genoten door een inwoner van een van die landen. Het is, niet in overeenstemming met deze strekking om aan het bepaalde in genoemd artikel mede toepassing te geven, indien een niet in de Nederlandse Antillen gevestigde rechthebbende tot een dividend tot uitkering waarvan door een in Nederland gevestigd lichaam is besloten, zodanige uitsluitend op het ontgaan van belasting gerichte rechtshandelingen verricht dat dit dividend hem alsnog door tussenkomst van een in de Nederlandse Antillen gevestigd lichaam ten goede komt."

Het onderhavige dividend kan niet worden aangemerkt als te zijn genoten door de Antilliaanse vennootschap. Anders dan het OECD-modelverdrag kent art. 11 BRK niet het begrip "uiteindelijk gerechtigde", maar de term "genoten". Wel komt de Hoge Raad tot een maximering van de effectieve bronheffing tot 15% van het brutobedrag onder toepassing van het verdrag met Canada. In een geval waarin het dividend pas werd uitgekeerd meer dan twaalf jaar na tussenschakeling van een Antilliaanse vennootschap werd toepassing van art. 11 BRK wel toegestaan (HR 18 mei 1994, nr. 28 296, BNB 1994/253).

Ook kan nog verwezen worden naar een casus * [16] waarbij een topsporter zijn imagerichten omlaide via een Guernsey-vennootschap. Duidelijk was, dat de topsporter zich in meer of mindere mate had verplicht tot het verrichten van arbeidsprestaties. De Hoge Raad oordeelde dat voor dit gedeelte sprake was van een rechtstreeks genieten als inkomsten uit arbeid voor de inkomstenbelasting door belanghebbende.

Met deze arresten is uiteraard nog niet uitgemaakt dat de Hoge Raad voor het begrip "uiteindelijk gerechtigde" nu ook altijd door gaat kijken, in de zin dat de Hoge Raad niet naar de juridische directe gerechtigde tot de opbrengsten kijkt, maar een meer economisch getinte redenering hanteert, waarbij hij de genoemde direct gerechtigde passeert. Vooralsnog doet de Hoge Raad dit alleen dan als een persoonlijke prestatie is geleverd waarvoor rechtstreeks zou (moeten) worden betaald. Bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van geldmiddelen en het ter beschikking stellen van af te zonderen rechten is niet aan de persoon gebonden. Het is naar mijn mening in zijn algemeenheid dan ook niet te verwachten dat de Hoge Raad evenals het Britse Supreme Court snel door zal gaan kijken. Dit zal hij, gezien de aangehaalde jurisprudentie, slechts in specifieke situaties doen.

Wat dat laatste betreft wordt de Hoge Raad in zijn conclusie gevolgd door de Canadese rechter in de onlangs gewezen zaak-Prevost. * [17] De zaak-Prevost betrof een Nederlandse houdstermaatschappij (bv) met een dochtervennootschap in Canada en moedervennootschappen in Zweden en het Verenigd Koninkrijk. De Nederlandse bv ontving dividenden uit Canada. In geschil was of de bv als uiteindelijk gerechtigde gerechtigd was tot het verlaagde verdragstarief ad 5%. * [18] De Canadese belastingautoriteiten concludeerden dat niet de bv de beneficial owner tot de dividenden was, maar veeleer haar aandeelhouders.

Derhalve zou Canada gerechtigd zijn dividendbelasting in te houden zoals geregeld in de verdragen met Zweden en het Verenigd Koninkrijk (respectievelijk 10 en 15%).

De Canadese rechter oordeelde dat een beneficial owner de persoon is die gerechtigd is tot alle voordelen die de eigendom tot het dividend geeft. Verder bevestigde de Canadese rechter opnieuw dat de vennootschapsschil van de bv niet kan worden afgepeld om tot een ontkenning van de bv te komen. Dit met uitzondering van de situatie dat de bv moet worden aangemerkt als conduit vennootschap, zonder enige bevoegdheid betreffende de aanwending van de dividenden. Aangezien deze situatie zich niet voordeed, oordeelde de rechter dat de bv aan te merken was als uiteindelijk gerechtigde en daarom gerechtigd was tot het verdrag met Nederland.

De zaak-Prevost bevestigt de gedachte dat juridische eigendom het vertrekpunt is voor het vaststellen van uiteindelijk gerechtigdheid. Alleen als kan worden aangetoond dat de eigendoms gerechtigde slechts als doorgeefluik optreedt, kan de uiteindelijk gerechtigdheid worden ontkend. Het opvallende is dat de Canadese rechter in de zaak-Prevost de grens tot wanneer men nog kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde, bij het begrip "conduit" legt en de Britse Civiele rechter en de Indonesische autoriteiten in de zaak-Indofood de grens bij het substance-over-formcriterium leggen. Overigens is de Canadese staat in hoger beroep gegaan bij de Federal Court of Appeal.

5. INVLOED INDOFOOD-UITSPRAAK OP DE NEDERLANDSE PRAKTIJK

Het ruime begrip "uiteindelijk gerechtigde" maakt, gezien de traditionele rol van Nederland om internationale financiële concerndiensten te verlenen, een belangrijk deel uit van het Nederlandse recht.

Indien de uitspraak van het Britse Supreme Court en het standpunt van de HMRC dat het begrip "beneficial ownership" mede gebaseerd is op een vérgaande economische gerechtigdheid, door meer landen dan alleen het Verenigd Koninkrijk en Indonesië gevolgd wordt, zal er naar verwachting uiteindelijk een nieuwe standaard voor uiteindelijke gerechtigdheid tot ontwikkeling komen. Voordat andere landen het Verenigd Koninkrijk volgen, lijkt het mij raadzaam dat er een discussie plaatsvindt op het niveau van de OESO. Op OESO-niveau wordt immers aan alle deelnemende landen de mogelijkheid geboden hun standpunt in te brengen. Zowel kleinere landen, zoals Nederland met vooral een dienstverlenende functie in het internationale handelsverkeer, als de grotere landen wier rol meer wordt bepaald door de aanwezigheid van een grote thuismarkt.

Mocht de OESO de standaard van de HMRC volgen, dan zal beneficial ownership een meer economisch begrip worden en zal verdragsgerechtigdheid nog slechts worden toegestaan indien de volledige risico's door de juridische eigenaar worden gedragen (of, zoals het Britse Supreme Court het verwoordt: de juridische eigenaar de volledige bevoorrechte is om direct van het inkomen te genieten). * [19] Het feit dat de volledige risico's volgens de HMRC gedragen dienen te worden door de uiteindelijk gerechtigde, doet denken aan het economische eigendomsbegrip, zoals ontwikkeld in het Nederlandse recht. Er is echter een fijnzinnig, maar niet onbelangrijk verschil. Iemand wordt in het Nederlandse fiscale recht slechts als economisch eigenaar aangemerkt als hij alle risico's (tot tenietgaan van het goed) draagt. Zolang dat niet het geval is, blijft de juridisch eigenaar volledig eigenaar. Dat laatste is in de ogen van de HMRC nu juist niet het geval. * [20]

Voorlopig heeft Nederland de voorzichtige weg gekozen door in 2001, na kritiek van Europa * [21] , art. 8c Wet VPB 1969 te introduceren. Volgens dit artikel beschouwt de Nederlandse wetgever rente afkomstig van leningen die gefinancierd zijn met een eigen vermogen dat minder is dan € 2 000 000 of, als dat lager is, 1% van de hoofdsom, niet als belastbare winst. Hieruit kan worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever de betreffende vennootschap niet als uiteindelijk gerechtigde ziet. Overigens heeft art. 8c Wet VPB 1969 geen directe gevolgen voor de toepassing van andere wetten of belastingverdragen. Daarvoor blijft de interpretatie van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" zoals ontwikkeld in de jurisprudentie zijn werking behouden.

Daarnaast wordt uit het voor het eerst in 2001 gepubliceerde en in 2004 geactualiseerde dienstverleningsbesluit (hierna: dvl-besluit) * [22] duidelijk dat, om vooraf zekerheid over de te verrichten transacties te verkrijgen, naast een zeker eigen vermogen ook een bepaalde omvang en inhoud van activiteiten is vereist. Belanghebbende moet beschikken over functionarissen die de bijbehorende financiële functies kunnen uitoefenen. Indien belanghebbende onvoldoende substance heeft, zal de inspecteur van het APA/ATR-team * [23] het andere land informeren over de in of via Nederland lopende financieringen.

Dit betekent overigens niet dat Nederland van mening is dat in een dergelijk geval geen sprake is van beneficial ownership. Uit punt 4 dvl-besluit (verrekening van buitenlandse bronbelasting) kan worden afgeleid dat de fiscus van mening is dat in het geval van het niet lopen van reële risico's (punt 2, onderdeel b, dvl-besluit) er geen mogelijkheid tot het verrekenen van buitenlandse bronbelasting is. Van het lopen van reële risico's is volgens het dvl-besluit sprake indien het financieringslichaam ten minste gefinancierd is met eigen vermogen voor een bedrag van 1% van de hoofdsom van de lening of ten minste € 2 000 000. In dat laatste geval kan de buitenlandse bronbelasting dus wel worden verrekend en is er ingevolge het standpunt van de fiscus impliciet sprake van beneficial ownership.

Afgewacht moet worden of de internationale gemeenschap de Nederlandse veilige haven zoals geregeld in art. 8c Wet VPB 1969 respecteert. **6. Hoe nu verder?**

De Indofood-casus laat nog de nodige vragen onbeantwoord, zoals welk risico een gerechtigde tot een vordering moet lopen om als beneficial owner te worden aangemerkt.

De internationale gemeenschap zal zich al dan niet moeten aansluiten bij de communis opinio over de interpretatie van niet nader gedefinieerde begrippen in belastingverdragen. Dit wordt dan wel ingevuld door het nationale recht, dan wel (zoals volgens het Britse Supreme Court) binnen de context van het specifieke verdrag.

Aangezien in aanvang wordt uitgegaan van het juridische beneficial-ownershipbegrip (zie ook de zaak-Prevost), zal een dienstverleningslichaam dat niet voldoet aan de voorwaarden van art. 8c Wet VPB 1969 (en derhalve met voldoende eigen vermogen is gefinancierd), in het internationale verkeer veelal terecht een beroep kunnen doen op verdragstoepassing zoals vermindering van bronbelasting.

Toch kan niet worden ontkend dat steeds meer landen bij de onderhandeling van nieuwe belastingverdragen beperkingen

aanbrengen. Alom bekend is het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten (VS), waarbij de VS limitation-on-benefitsbepalingen heeft aangebracht. * [24]

Nederland kan daarom niet stil blijven zitten. Het lijkt mij een goede verdedigingslinie dat het standpunt wordt ingenomen dat een Nederlandse vennootschap die de verantwoordelijkheid (substance) en risico's (solvabiliteit) van aan haar in eigendom gegeven middelen (geldmiddelen en/of rechten) draagt, ook de daarbij behorende verdragstoepassing krijgt.

Eén ding is echter duidelijk: de 100% doorstroompraktijk is voorbij, in die zin is er dus toch sprake van een steen in de vijver.

*[1] Werkzaam bij KPMG Meijburg & Co te Amstelveen.

*[2] De tekst van de uitspraak kan gevonden worden op www.baillii.org.

*[3] De letterlijke tekst van de overweging luidde als volgt: "In accordance with the principle of Indonesian Income Tax Law which is "substance over form", and also in accordance with the OECD- and UN-Commentary on Model Tax Convention, the term beneficial owner which has been set as one eligibility requirements for the application of withholding tax rate on interest specified in the treaty is an anti abusive rule intended to limit the accession to the benefits provided by the treaty to only those who have the actual rights for such entitlement. Therefore, the term "beneficial owner" means the actual owner of the interest income who truly has the full right to enjoy directly the benefits of that interest income. Consequently, conduit company and nominee such as the NewCo will not be regarded as the actual owner of the income. Thus, the rate that shall be applied is in accordance with the Indonesian Income Tax Law which is 20% (...)" Zie voor een uitgebreide analyse van het Nederlands-Indonesische belastingverdrag: W.M.C.P. Houben en H. Drijer, 2004, "The new income tax treaty with the Netherlands in Practice", International Bureau of Fiscal Documentation, Asia-Pacific tax bulletin, augustus 2004 en "Application of interest withholding tax exemption under tax treaty with the Netherlands postponed", International Bureau of Fiscal Documentation, Asia-Pacific tax bulletin, september/oktober 2005.

*[4] Eigenlijk waren er twee vragen: 1) of Indofood verplicht was om een dergelijke herstructurering aan te gaan en 2) of deze herstructurering kans van slagen had in de zin van een verlaging van de bronheffing.

*[5] Alvorens toe te komen aan de inhoudelijke vraag van beneficial ownership, wijdt de rechter enkele passages aan de vraag op welke partij de bewijslast rust. Uiteindelijk concludeert hij dat hoe dan ook het antwoord op de volgende vragen doorslaggevend is:

*[6] De pacta-sunt-servandaregel van art. 26 Verdrag van Wenen, onder andere nader uitgewerkt in art. 31 van hetzelfde verdrag.

*[7] Het debiteurenrisico zoals verwoord door de Queen's Council: "What would happen if the recipient went bankrupt before paying over the income to the intended, ultimate recipient? If the ultimate recipient could claim the funds as its own, then the funds are properly regarded as already belonging to the ultimate recipient. If, however, the ultimate recipient would simply be one of the creditors of the actual recipient (if even that), then the funds properly belong to the actual recipient".

*[8] Het begrip "context" verwijst naar de plaats die een begrip inneemt in het verdrag. De onderhavige kwestie is echter een definitiekwestie. Sommige schrijvers (bijvoorbeeld Du Toit) zijn van mening dat context ook kan betekenen: de praktische noodzaak een eensluidende (dus internationale) definitie te formuleren in plaats van uiteenlopende definities op basis van nationaal recht.

*[9] Her Majesty's Revenue and Customs.

*[10] Double Taxation Conventions.

*[11] Special purpose vehicles.

*[12] Hierna volgt de tekst van Boek 5 BW inzake eigendom in het algemeen: "Zakelijke rechten Titel 1. Eigendom in het algemeen Art. 11 Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. 2 Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen. 3 De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten. Art. 2 De eigenaar van een zaak is bevoegd haar van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen. Art. 3 Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen."

*[13] Zie voor een nadere uitleg van het begrip beneficial owner bijvoorbeeld H. Pijl, "De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen", WFR 2003/621.

*[14] De tekst van art. 16 luidt als volgt: "Uiteindelijk gerechtigde 1 Bij de toepassing van artikel 15 [verrekening buitenlandse belasting op dividenden, interest en royalty's] wordt geen vermindering verleend indien de belastingplichtige niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de dividenden, interest of royalty's waarop door een andere Mogendheid belasting is geheven. Niet als uiteindelijk gerechtigde wordt beschouwd de belastingplichtige die in samenhang met de ontvangen opbrengst een tegenprestatie heeft verricht als onderdeel van een samenstel van transacties waarbij aannemelijk is data: de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan een natuurlijk persoon of rechtspersoon die in mindere mate gerechtigd is tot vermindering van Nederlandse belasting dan de belastingplichtige die de tegenprestatie heeft verricht; enb deze natuurlijke persoon of rechtspersoon een positie in rechten waaruit de opbrengst is genoten op directe of indirecte wijze behoudt of verkrijgt die vergelijkbaar is met zijn positie in soortgelijke rechten voorafgaand aan het moment waarop het samenstel van transacties een aanvang heeft genomen. 2 Voor de toepassing van het eerste lid: a kan van een samenstel van transacties eveneens sprake zijn ingeval transacties zijn aangegaan op een gereguleerde effectenbeurs of markt; b wordt met een samenstel van transacties gelijkgesteld een transactie die betrekking heeft op de enkele verwerving van een of meer dividendbewijzen of rentetermijnen, of op de vestiging van

kortlopende genotsrechten op rechten".

- *[15] Zie bijvoorbeeld E.C.C.M. Kemmeren, "De Hoge Raad heeft de dividendbelasting afgeschaft", WFR 1995/355.
- *[16] HR 24 juli 2001, nr. 36 208, BNB 2001/357.
- *[17] Tax Court of Canada (TCC) 22 april 2008, Car Inc. vs. The Queen (Prevost).
- *[18] Zoals geregeld in art. 10, tweede lid, onderdeel a, verdrag met Canada.
- *[19] Daarbij kan gedacht worden aan toepassing van de OESO-verrekenprijzenrichtlijnen, maar ook de Bazel Kapitaalakkoorden ter bepaling van de solvabiliteits-eisen in financieringstransacties.
- *[20] Zie voor een uitgebreide analyse van het begrip "economisch eigendom": W Bruins Slot, Leasing in de vennootschapsbelasting. Een nieuwe kijk op "economische eigendom" (diss. Tilburg), Baambrugge: Uitgeverij Zacheüs 2006 (ISBN 90 803347).
- *[21] Kritiek in het rapport van de werkgroep bekend als de Code of Conduct-groep onder leiding van de voormalige Britse Staatssecretaris van Financiën, Dawn Primarolo.
- *[22] Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ 2004/126M.
- *[23] Advance Pricing Agreement/Advance Tax Ruling-team van de Belastingdienst Rotterdam dat bevoegd is voor financieringsvennootschappen zoals genoemd in art. 8c Wet VPB 1969.
- *[24] Art. 26 van dat verdrag bepaalt ten aanzien van vennootschappen, vrij vertaald, dat het bronland slechts dan verdragstoepassing verleent, indien de rechtstreekse beneficial owner tot de verdragsvoordelen aan in het verdrag nader gedefinieerde eisen van substance voldoet en een officiële, door de autoriteiten erkende beursnotering bezit (dan wel in aanmerking komt voor de zogenoemde alternatieve beurstoets).