

Weekblad Fiscaal Recht, WFR 2012/1064, Beneficial Ownership: handle with care

Vindplaats:	WFR 2012/1064	Bijgewerkt tot:	23-08-2012
Auteur:	Mr. W.R. Munting ^[1]		

Beneficial Ownership: handle with care

De vraag of iemand aangemerkt kan worden als opbrengstgerechtigde is in het (internationale) belastingrecht een van de beginselen om te bepalen of en waar diegene voor de betreffende opbrengst belast kan worden. In dit artikel schetst de auteur de laatste stand van zaken. Aan de orde komen o.a. een aantal internationale uitspraken, de OESO discussion draft en enkele publicaties in het Financieele Dagblad getiteld 'Belastingroute Nederland'. Als rode draad komt naar voren dat het begrip beneficial owner ook in de huidige tijd, waar termen als substance en misbruik de boventoon lijken te voeren, nog steeds eng moet worden geïnterpreteerd. Vanuit deze enge interpretatie is het wel zaak om buiten begrippen als conduit en agent te blijven (althans als men als opbrengstgerechtigde wil worden aangemerkt).

1 Inleiding

In dit artikel staan de ontwikkeling en actuele stand van zaken omtrent de invulling van het begrip *opbrengstgerechtigde*,^[2] waarvoor veelal de Engelse term *beneficial owner* (hierna: BO) wordt gebruikt centraal. Directe aanleiding tot dit artikel is de uitspraak van de lagere Canadese rechter in de Velcro-zaak.^[3]

Op 27 november 2008 is het eerste artikel van mijn hand omtrent dit onderwerp verschenen.^[4] Hierin stond, naar aanleiding van de Engelse Indofood-zaak^[5] en de Canadese Prevost-zaak,^[6] de vraag of het begrip BO een (r)evolutie te wachten stond centraal. In de Indofood-zaak had het England and Wales Court of Appeal (hierna: CA) geoordeeld dat een Nederlands *doorstroomlichaam*^[7] niet als BO van de ontvangen rente kon worden aangemerkt; dat daarom het lage bronbelastingtarief van 10% volgens het Nederlands-Indonesische belastingverdrag niet kon worden toegepast; dat het Indonesische Indofood als debiteur daarom met het aanmerkelijk hogere Indonesische bronbelastingtarief van 20% werd geconfronteerd en derhalve — gezien de bepalingen in de overeenkomst van geldlening — gerechtigd was gevraagd af te lossen. In deze civiele zaak hanteerde de hoogste Engelse rechter een sterke economische benadering.

In de Prevost-zaak had de Tax Court of Canada (hierna: TCC) geconcludeerd dat een Nederlandse houdstervereniging met een Canadese deelneming als BO kon worden aangemerkt ondanks het feit dat haar aandeelhouders middels een aandeelhoudersovereenkomst bepaalde afspraken over de dooruitdeling van de dividenden van de Canadese deelneming hadden gemaakt. De lagere Canadese rechter hanteerde in deze fiscale zaak een sterke juridische benadering.

Geconcludeerd werd dat het Indofood-arrest redelijk opzienbarend was, omdat het duidelijk maakte dat een doorstroomlichaam in veel gevallen moest worden genegeerd als eigendomsgerechtigde. Wel was destijds de conclusie dat het geen aardschok in het fiscale landschap teweeg zou brengen, omdat in de fiscale praktijk destijds vaak al rekening werd gehouden met de mogelijkheid dat een doorstroomlichaam niet als BO zou kwalificeren. De Prevost-zaak gaf de nodige *comfort* aan degenen die betoogden dat het BO-begrip in de fiscaliteit toch vooral juridisch en niet economisch moest worden ingevuld. Bovendien dient in aanmerking te worden genomen dat Indofood door een civiele rechter en Prevost door een fiscale rechter is gewezen; dit geeft Prevost waarschijnlijk meer statuur.

In dit artikel zullen centraal staan:

- het bevestigende oordeel van de "Federal Court of Appeal of Canada" (hierna: FCA) van Canada inzake Prevost;^[8]
- een recente BO-uitspraak, gedaan door de lagere Canadese rechter, genaamd de Velcro-zaak.^[9] Hierin oordeelde de lagere Canadese rechter dat een Nederlandse bv, die royalty's uit Canada ontving en voor ongeveer 90% royalty's betaalde aan een gelieerde Curaçaose vennootschap, als BO van de ontvangen royalty's aan te merken viel en dus in aanmerking kwam voor het verlaagde bronheffingtarief uit het belastingverdrag met Canada;
- de Vodafone-zaak^[10] van de Supreme Court of India (hierna: SCI), oordelende dat de Indiase fiscus geen territoriale bevoegdheid (*jurisdiction*) had om ter zake van een aandelentransactie, die op een niveau boven de Indiase vennootschap plaatsvond, belasting te heffen over gerealiseerde vermogenswinsten.
- een recente Discussion Draft van de WorkingParty over het begrip BO, zoals genoemd in artikel 10, 11 en 12 van het OESO-modelverdrag.^[11] In de Discussion Draft wordt bevestigd dat doorstroomlichamen niet aangemerkt worden als BO, maar dat daarentegen het begrip BO niet verward mag worden met het begrip *Ultimate Beneficial Owner* (hierna: UBO), welk begrip bedoeld is om aan te tonen wie degene is die de controle uitoefent op een onderneming.^[12]
- Ten slotte wordt aandacht besteed aan een tweetal zaken in de actualiteit:
 - berichten Belastingroute Nederland in de Nederlandse pers;^[13]
 - Resolutie Europees Parlement inzake bestrijding belasting fraude en belastingontwijking.^[14]

2 Een korte schets van het begrip BO

Het begrip *B(eneficial) O(wner)* kan vertaald worden als: *de opbrengstgerechtigde*; oftewel, hij (of zij) die de vruchten van een bepaalde transactie of structuur tot de zijne (of hare) mag rekenen. Dat is dus nadrukkelijk niet degene die deze vruchten, op het moment van ontvangst, verplicht is aan iemand anders af te geven (vergelijk met de Nederlandse commissionair: hij die een goed verkoopt op eigen naam, maar voor rekening en risico van iemand anders). Ook is het niet degene die een goed in ontvangst neemt voor iemand anders (vergelijk de Nederlandse term *agent*).

De Nederlandse term *uiteindelijk gerechtigde*^[15] die we (ook) voor het BO-begrip gebruiken is verwarrend. Als we het begrip *uiteindelijk gerechtigde* letterlijk nemen, lijkt het te slaan op degenen die uiteindelijk gerechtigd is tot opbrengsten van dividend, rente of royalty nadat we een of meerdere rechtstreekse gerechtigden hebben genegeerd. Dat is uiteraard niet de bedoeling. Het begrip bedoelt degene die rechtstreeks gerechtigd is tot genoemde opbrengsten te duiden (zoals het internationale BO-begrip ook duidelijk maakt). Daarom zou het beter zijn de term *opbrengstgerechtigde*^[16] te gebruiken.

Met het gebruik van de term *opbrengstgerechtigde* wordt ook meteen duidelijk dat het niet alleen om de eigenaar van een bepaalde bezitting gaat (een

aandeel, een recht of een vordering), maar dat ook degene die een afgeleide van een bezitting heeft (vruchtgebruik, licentie, coupon) gerechtigd is tot de opbrengsten.^[17]

De invulling en betekenis zijn niet louter nationaal van belang maar nu juist ook internationaal, omdat het doorslaggevend is voor de vraag of iemand gerechtigd is tot verdragsvoordelen.^[18] Daarom heeft het vanuit oogpunt van rechtszekerheid en voorkoming van dubbele belasting de voorkeur dat er internationale consensus over het BO-begrip zou bestaan. Dit is echter per definitie niet het geval, omdat het BO-begrip veelal niet in een belastingverdrag wordt gedefinieerd en de interpretatie daarom wordt overgelaten aan het land dat de bronbelasting heft^[19] en het land dat (eventueel) de bronbelasting verrekent.

In het verleden hebben landen pogingen ondernomen het BO-begrip op te rekken naar iets wat je zou kunnen duiden als *economisch* gerechtigde, oftewel degene die voldoende middelen (eigen vermogen) en controlerende menskracht (*substance*) heeft om zich ook uiteindelijk de uit het andere land afkomstige geldstroom toe te kunnen eigenen. Deze substancegedachte heeft een sterke gelijkenis met de theorie van de transfer pricing waarin het adagium "risico volgt de functie" dragend is. Echter, deze pogingen zijn veelal gestrand omdat de stelling dat alleen de economische gerechtigde zich als BO mag kronen door de (fiscale) rechters niet is geaccepteerd, omdat dit zich niet verhoudt met de betekenis van het begrip BO.

Daarop hebben veel landen andere wapens in de strijd gegooid om te voorkomen dat belanghebbenden succesvol een inhouding van bronbelasting konden voorkomen (of konden verminderen) door een vennootschap als tussenhouder in een land op te richten dat een gunstig(er) verdrag met het bronland heeft.

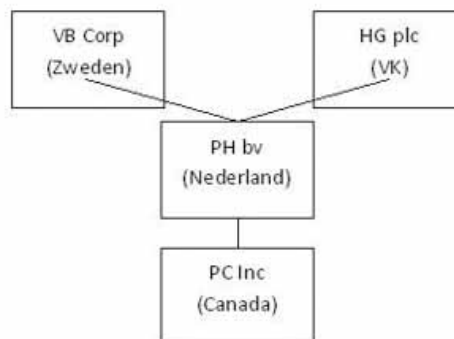
Een bekend voorbeeld is de zogenoemde Limitation on Benefits-bepaling (hierna: LOB-bepaling), zoals die in het verdrag met de Verenigde Staten (hierna: VS) voorkomt^[20] en die in velerlei vormen navolging heeft gekregen.^[21] Eigenlijk is een LOB-bepaling een uitgebreidere BO-bepaling. Een inwoner wordt namelijk alleen dan als BO geaccepteerd als hij aan bepaalde voorwaarden voldoet (*gekwalificeerd persoon*). Zonder al deze voorwaarden hier te (kunnen) behandelen, kan vastgesteld worden dat veelal wordt geëist dat belanghebbende alleen als *gekwalificeerde* BO wordt gezien indien relevante bedrijfsactiviteiten worden uitgevoerd.^[22] Hiermee wordt via de achterdeur van de LOB-bepaling toch de transfer-pricingdoctrine ingevoerd.

Hierna zal ik de LOB-bepaling laten rusten en verder onderzoeken welke ontwikkelingen zich recentelijk met betrekking tot het zuivere BO-begrip hebben voorgedaan en waar landen zich derhalve bij de kwalificatie van de gerechtigde tot dividenden/renten/royalty's aan moeten houden.

3 *Prevost*^[23]

Op 26 februari 2009 heeft de Canadese rechter in hoger beroep geoordeeld dat het BO-begrip ingevolge Canadees recht strikt juridisch dient te worden opgevat.

In de *Prevost*-zaak draaide het om de in Canada gevestigde — en naar Canadees recht opgerichte — vennootschap *Prevost Car Inc* (hierna: *PC Inc*) al haar aandelen werden gehouden door *Prevost Holding bv* (hierna: *PH bv*), een in Nederland gevestigde — en naar Nederlands recht opgerichte — vennootschap. De aandelen in *PH bv* werden gehouden door *Volvo Bussar Corporation* (hierna: *VB Corp*), gevestigd in Zweden en *Henlys Group plc* (hierna: *HG plc*), gevestigd in het Verenigd Koninkrijk (hierna: *VK*).



PC Inc keerde dividend uit aan *PH bv*, waarna *PH bv*, op basis van een aandeelhoudersovereenkomst tussen *VB Corp* en *HG plc*, tenminste 80% van haar eigen winst moest uitkeren.^[24] Wetende dat op grond van de desbetreffende belastingverdragen de Canadese bronbelasting op dividenden tussen Canada en Nederland verminderd werd tot 5% en die tussen Canada en Zweden, respectievelijk die tussen Canada en het VK, tot 15% en 10%,^[25] stelde de Canadese inspecteur dat *PH bv* niet de BO was van de dividenden en derhalve niet gerechtigd was tot de verlaging van de dividendbelasting ingevolge het verdrag met Canada.

De inspecteur beriep zich hierbij mede op het feit dat de aandeelhouders van *PH bv* bovengenoemde aandeelhoudersovereenkomst hadden gesloten. Daarmee zou volgens de inspecteur *PH bv* uiteindelijk niet de BO van de dividenden zijn.

Niet alleen in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep maakte de Canadese rechter korte metten met deze stelling, door de volgende onderliggende overwegingen te hanteren:

"I therefore reach the conclusion, that for the purposes of interpreting the Tax Treaty, the OECD Conduit Companies Report (in 1986) as well as the OECD 2003 Amendments to the 1977 Commentary are a helpful complement to the earlier Commentaries, insofar as they are eliciting, rather than contradicting, views previously expressed (...) the 'beneficial owner' of dividends is the person who receives the dividends *for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend* (cursivering: WM) he or she received (...).

Where an agency or mandate exists or the property is in the name of a nominee, one looks to find on whose behalf the agent or mandatory is acting or for whom the nominee has lent his or her name. When corporate entities are concerned, *one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs* (cursivering WM) it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients.

The (WM: lower) Judge's formulation captures the essence of the concepts of 'beneficial owner', 'bénéficiaire effectif' as it emerges from the review of the general, technical and legal meanings of the terms. Most importantly, perhaps, *the formulation accords with what is stated in the OECD Commentaries and in the Conduit Companies Report* (cursivering: WM)."^[26]

Oftewel, de Canadese rechter oordeelt dat, nu een nationale definitie van het BO-begrip in het Canadese recht ontbreekt, hij te rade gaat bij de uitleg in het OESO-modelverdrag en commentaar en deze slechts een beperking kent voor het hanteren van het BO-begrip voor zover het agenten en/of doorstroomlichamen betreft. Nu daarvan in casu geen sprake is, wil de rechter de inspecteur niet volgen in zijn stelling dat voor het BO-begrip in feite naar de achterliggende partijen gekeken moet worden. Alleen als de ontvangende vennootschap geen enkele bevoegdheid over de dividenden heeft dient deze te worden ontkend (omdat dan sprake is van een doorstroomlichaam).

Conclusie: in Prevost wordt bevestigd dat het BO-begrip aldus moet worden uitgelegd dat belanghebbende louter gerechtigd hoeft te zijn tot de opbrengsten en het er niet toe doet dat zij vanwege latere andere verplichtingen tot uitbetaling kan worden gedwongen.

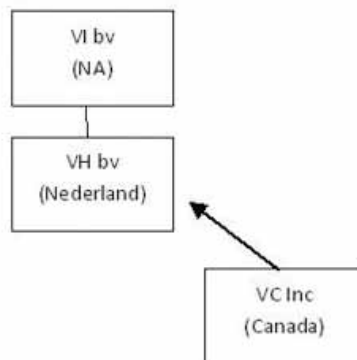
4 Velcro^[27]

De Prevost-zaak ging over de BO-kwalificatie bij aandeelhouderschap. Bij aandeelhouderschap is sprake van een duidelijk verschillend eigendom van aandelen in handen van de tussenhoudster en in handen van haar aandeelhouders. De tussenhoudster heeft een aandelenbezit in de werkmaatschappij en de moedervennootschap heeft een ander aandelenbezit in de tussenhoudster.

Daarmee bleef de vraag in de lucht hangen hoe om te gaan met een situatie waarbij sprake is van doorbetaling door een tussenhoudster die royalty's ontvangt vanwege een verstrekte sublicentie of doorbetaling door een tussenhoudster die rente ontvangt. Dit is een situatie waarbij de link tussen de ontvangen en betaalde bedragen contractueel sterker is dan in geval van de duidelijke scheiding van de separate entiteiten. Derhalve zou de vraag op kunnen komen of de ontvanger van de sublicentiebetaling nog wel als BO en derhalve verdragsgerechtigde aangemerkt zou kunnen worden.

Deze vraag wordt behandeld in de Velcro-casus. Waar de Engelse rechter in Indofood een economische benadering hanteerde, oordeelde de lagere Canadese rechter in een fiscale zaak op 24 februari 2012 dat een juridische benadering gehanteerd moest worden:

De Nederlandse vennootschap, Velcro Holdings bv (hierna: VH bv) had een licentie gekregen van een gelieerde vennootschap op de (voormalige) Nederlandse Antillen (hierna: NA), Velcro Industries bv^[28] (hierna: VI bv) en heeft dit (licentie)recht in sublicentie gegeven aan een Canadese vennootschap, Velcro Canada Inc. (hierna: VC Inc). VH bv had de verplichting om 90% van de door haar ontvangen royalty's binnen 30 dagen na ontvangst van VC Inc door te betalen aan VI bv.



De vraag was of VH bv kon worden aangemerkt als BO en diensgevolge gerechtigd was tot toepassing van het belastingverdrag met Canada, in het bijzonder toepassing van artikel 12 van dat verdrag, dat voorzag in een verlaging van de bronbelasting op royalty's van 25% (het nationale Canadese tarief) naar 10% (het tarief ingevolge het Verdrag tussen Canada en Nederland), daar waar er tussen Canada en NA geen belastingverdrag geldt en de withholding tax dus 25% zou bedragen.

In zijn beslissing herhaalt de lagere Canadese rechter min of meer de overwegingen uit Prevost en destilleert hieruit vier dragende kenmerken:

- eigendom;
- gebruik;
- risico;
- controle.

Zolang de (sub)licentiehouders deze kenmerken bezit, wordt zij als BO aangemerkt en wordt niet door de juridische huls (*corporate veil*) heengekeken. Wat gaf nu feitelijk de doorslag?

Om te beginnen was VH bv juridisch gerechtigd tot de royalty's. Dit bleek ook uit het feit dat de royalty's rentedragend gestort werden op haar bankrekening. Vervolgens werden de royalty's (op deze bankrekening) op verantwoording van VH bv vermengd (*comingled*) met andere opbrengsten en moesten de opbrengsten worden omgezet van Canadese dollars naar Amerikaanse dollars.

De doorslag gaf het feit dat de inkomsten niet direct — en niet in dezelfde vorm — werden doorgegeven, maar eerst neersloegen op de bankrekening van VH bv, hetgeen betekende dat de (overige) schuldeisers zich hierop kunnen verhalen. Kortom, geen agent en zeker geen doorstroomvennootschap.

Hiermee is vastgesteld dat ook voor betalingen die winstbepalend (en niet winstverdelend, zoals bij aandelenbezit) aan elkaar gelinkt zijn, zoals royaltyontvangsten en betalingen, maar ook renteontvangsten en betalingen, de onmiddellijke ontvanger onder voorwaarden als BO geldt.

Hiermee is — althans zoals geoordeeld door de Canadese lagere rechter — een duidelijk speelveld ontstaan dat keurig aansluit bij hetgeen hiervoor in onderdeel 2 is opgemerkt:

Met het gebruik van de term *opbrengstgerechtigde* wordt ook meteen duidelijk dat het niet alleen om de eigenaar van een bepaalde bezitting gaat (een aandeel, een recht of een vordering), maar dat ook degene die een afgeleide van een bezitting heeft (vruchtgebruik, licentie, coupon) gerechtigd is tot de opbrengsten.^[29]

5 Vodafone^[30]

In de bovengenoemde Canadese zaken zien we steeds dat de autoriteiten hun arm langer willen maken door aanvullende eisen te stellen om te voldoen aan het fiscale BO-begrip. De fiscale rechters^[31] gaan daar tot nog toe niet in mee. Zo ook niet de Nederlandse fiscale rechter in de marketmakerzaak,^[32] alwaar de couponhouder van dividenden als BO werd aangemerkt. De rechters houden vast aan de duidelijke tekst van de wet (of, bij gebreke daarvan, aan internationaal aanvaarde teksten, zoals het OESO-modelverdrag en commentaar) om de benodigde rechtszekerheid te bewaren.

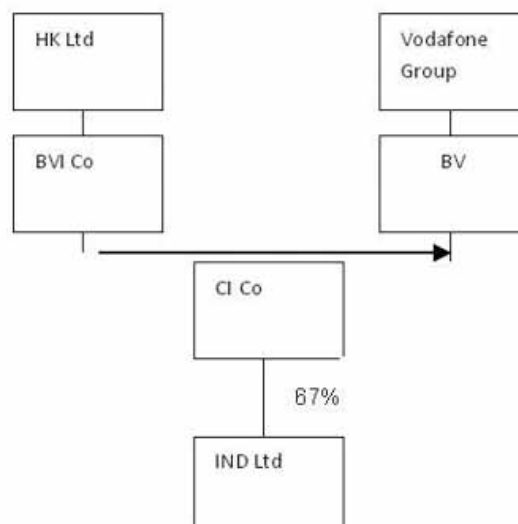
Zo ook in de Vodafone-zaak die speelde in India.

Bij Vodafone deed zich het volgende voor:

Het beursgenoteerde Hutchison Essar HongKong Ltd. (hierna: HK Ltd.) hield via een British Virgin Islands-vennootschap (hierna: BVI Co) en een Cayman Islands-vennootschap (hierna: CI Co) middels een 67% aandeel in een Indiase vennootschap, genaamd Hutchison Essar Ltd. (hierna: IND Ltd) begeven op de Indiase telecommarkt.

De Vodafone Group laat middels haar Nederlandse dochtervennootschap, Vodafone International Holding B.V. (hierna bv), haar interesse in IND Ltd blijken door een overnamebod te doen op de aandelen in CI Co, welk bod in 2007 wordt geformaliseerd.

Ter zake van de substantiële overdrachtssom heeft de Indiase belastinginspecteur een capital gains tax aanslag opgelegd welke is geheven van de overnemende partij zijnde Vodafone. Hieronder wordt de structuur vereenvoudigd weergegeven:



De Indiase belastingdienst was van mening dat zij gerechtigd was de onderhavige belasting te heffen omdat CI Co een belang had in de onderliggende Indiase vennootschap.^[33]

Hiermee paste de Indiase belastingautoriteit in feite een *substance-over-formredering* toe die ook werd toegepast door de Canadese inspecteur in de Prevost-zaak. De inspecteur negeert in feite de tussenhoudster en daarmee het nationale en internationale adagium dat een vennootschap zelfstandige drager van rechten en plichten is.

Het uiteindelijke oordeel van de rechter was duidelijk: "India had no territorial tax jurisdiction to tax the offshore transaction." Hiermee omarmde de rechter de juridische zelfstandigheid van lichamen.^[34] De rechter oordeelt expliciet dat de woorden "look through" niet in de wettekst gelezen mogen worden, maar (indien bedoeld door de wetgever) expliciet daarin moeten worden opgenomen. De rechter is derhalve een volger van duidelijke en heldere wetgeving. Ook oordeelde de rechter dat CI Co voornamelijk een aandeelhoudersrol had omdat zij niet de absoluut controlerende macht bezat. Tenslotte was — zijdelings — van belang dat de initiële structuur waarvan IND Ltd onderdeel uitmaakte reeds gedurende langere tijd bestond en er derhalve niet van mocht worden uitgegaan dat CI Co louter was tussengeschoven, dat IND Ltd in de loop der jaren een substantieel bedrag aan de Indiase schatkist had bijgedragen en dat daarmee nogmaals niet gezegd kon worden dat de structuur louter ten doel had geen belasting te (hoeven) betalen.

India moest de vennootschappelijke structuur dus accepteren en had geen autoriteit om te heffen.

De Vodafone-zaak leert ons dat de vennootschappelijke/juridische vormgeving de basis vormt voor de belastingheffing. Hiervan wordt slechts afgeweken als de feiten duidelijke aanwijzingen geven dat transacties geen enkel ander doel dienen dan het fiscale voordeel.^[35] De bewijslast voor dat laatste lijkt (logischerwijs) bij de belastingdienst te liggen.

6 OESO Discussion Draft over het begrip BO^[36]

Op 29 april 2011 heeft de Centre for Tax Policy and Administration (hierna: CTPA) een voorstel uitgebracht tot verduidelijking van het begrip BO, zoals dat gevonden kan worden in de artikelen 10 (dividend), 11 (interest) en 12 (royalty's) van het OESO-modelverdrag, en voorgedragen voor commentaar aan het publiek in de vorm van een Discussion Draft.^[37]

In de hoofdzaak worden in de gewijzigde tekst de volgende onderwerpen verduidelijkt:

- De aanleiding voor introductie van het begrip in de verdragstekst;
- Uitleg waarom een agent en/of doorstroomlichaam niet als BO worden aangemerkt;
- Uitleg BO-begrip in verdragscontext;
- Verschil tussen het BO-begrip en het Ultimate Beneficial Owner-begrip (UBO).

6.1 Aanleiding voor introductie van het begrip in de verdragstekst (par. 12 en 12.1)

Het BO-begrip is in de verdragstekst geïncorporeerd om duidelijk te maken wie degene is *aan wie* het inkomen is betaald. Deze persoon is immers gerechtigd tot de verdragsvoordelen.

Dat is waarom in dit voorstel, volgens de OESO het BO-begrip in de eerste plaats moet worden uitgelegd naar de context van het Verdrag en niet volgens de betekenis van de nationale wet.^[38] Volgens het voorstel heeft dit overigens niet tot gevolg dat de betekenis volgens de nationale wet volkomen irrelevant zal worden.

6.2 Uitleg waarom een agent en/of doorstroomlichaam niet als BO worden aangemerkt (par. 12.4)

De schrijvers van de discussion draft halen de voorbeelden met betrekking tot agent en doorstroomlichaam, zoals genoemd in het huidige modelverdrag, aan en overwegen dat deze niet als BO kunnen worden aangemerkt omdat zij niet het volledige recht hebben om gebruik te maken van het ontvangen inkomen en het niet als hun eigendom kunnen beschouwen. Interessant aan de discussion draft is dat nu ook inhoudelijk wordt ingegaan op het waarom.

Het doorstroomlichaam of de agent is verplicht om het ontvangen inkomen door te betalen en mag daarom het inkomen niet vrij van contractuele of wettelijke verplichtingen^[39] ten eigen nutte gebruiken. De ontvanger van het inkomen is in een doorstroom- of agentsituatie dus niet aan te merken als BO.

Bijzonder is dat in deze discussion draft wordt bevestigd dat de ontvanger van het inkomen niet per se gelijk moet worden gesteld met de eigenaar van de onderliggende rechten (aandeel/vordering/immaterieel activum). Het is dus de opbrengstgerechtigde van het inkomen die als BO dient te worden aangemerkt (en verdragsgerechtigd is). Het oordeel van de auteurs is bevestigd in de Velcro-zaak, welke hiervoor is besproken.

6.3 Uitleg BO-begrip in verdragscontext (par. 12.5)

De indieners van de Discussion Draft adresseren het feit dat als iemand BO is, dit niet automatisch betekent dat hij ook verdragsgerechtigde is. Dit laatste kan worden geweigerd indien sprake is van misbruik situaties, die bijvoorbeeld met *substance-over-formbenaderingen* kunnen worden bestreden. Echter, en hierin zit de enge uitleg, hiervoor mag het BO-begrip niet worden ingezet (tenzij sprake is van een agent/doorstroomsituatie). Indien een wetgever het BO-begrip derhalve te beperkt vindt om zijn bronbelastingclaims te beschermen, zal hij andere maatregelen moeten nemen (zoals specifieke *limitation-on-benefits* bepalingen zoals we die kennen uit het belastingverdrag met de VS).

6.4 Verschil tussen het BO begrip en het UBO begrip (paragraaf 12.6)

De indieners maken duidelijk dat met het BO-begrip bedoeld is de direct gerechtigde tot het inkomen aan te wijzen en niet degene die uiteindelijk (bijvoorbeeld als aandeelhouder) de economische of feitelijke controle en/of eigendom heeft. Deze laatste persoon wordt aangeduid als UBO en speelt een rol bij regelgeving die bijvoorbeeld financiële toezichthouders wel hanteren.^[40] Doorkijken (*lookthrough*) is dus niet geoorloofd, zoals ook bevestigd in Prevost en Vodafone.

Ook de OESO hanteert een definitie van het BO-begrip waarbij de ontvanger van het inkomen, die niet volledig beperkt is in het vrije gebruik daarvan, kwalificeert als BO. Doorkijken en *substance-over-formredeneringen* zijn binnen het BO-kader niet toegestaan. Echter, degene die het ontvangen inkomen doorsluipt is geen BO.

Hiermee schaarde de OESO zich achter de lijn die afgeleid kan worden uit de in dit artikel aangehaalde jurisprudentie.

Afgewacht moet worden of bijvoorbeeld de Nederlandse regering zich achter deze notitie zal scharen. Met name het feit dat het BO-begrip volgens de OESO in eerste instantie moet worden uitgelegd volgens de bepalingen in het (OESO-model) verdrag, zou tot een voorbehoud kunnen leiden omdat Nederland zelf wil kunnen bepalen hoe het BO-begrip in te vullen.

Naar mijn mening echter zou een voorbehoud niet nodig zijn, omdat ook de OESO voorstander is van een strikte BO-interpretatie. De voorstanders van

een meer economische interpretatie van het BO-begrip zullen zich moeten richten op een nadere invulling van werkelijke substance-overformbenaderingen zoals het Amerikaanse *limitation of benefits* en de Nederlandse *Fraus Legis* doctrine. Zij zullen dit buiten het BO-begrip om, afzonderlijk in het verdrag op moeten nemen. Hiermee blijft het BO-begrip voorbehouden waar het voor bedoeld is: bepalen of iemand gerechtigd is tot de opbrengsten en niet bepalen of iemand gerechtigd zou moeten zijn.

Is het dan geen probleem dat het BO-begrip gebruikt kan worden om geldstromen zodanig te alloceren dat een zo laag mogelijk bronbelastingtarief kan worden bereikt? Vanuit het bronland dat voor het dichten van z'n begrotingstekort ingezet heeft op een zo hoog mogelijke bronbelasting is dat uiteraard een probleem. Echter, dat land moet daartoe vooral bij zichzelf te rade gaan op het moment dat een verdrag met een ander land wordt afgesloten (of beter, daarvoor). Is het verdrag eenmaal afgesloten, dan verdient naar mijn mening rechtszekerheid en dito strikte benadering van het BO-begrip de voorkeur.

7 Publicaties Belastingroute Nederland^[41]

Het afgelopen jaar is de Nederlandse behandeling van vennootschappen die een (meer of minder centrale) plek innemen in een internationaal opererend concern meerdere keren in het nieuws geweest. Daarbij wordt Nederland nog wel eens verweten dat het te lage of onduidelijke substance eisen hanteert, waarmee het voor buitenlandse concerns (te) gemakkelijk wordt om zich als BO in Nederland te vestigen.

Na kennisname van de hiervoor genoemde uitleg van het begrip BO wordt duidelijk dat de vermeende kritiek ten onrechte is. Immers, het is Nederland, als internationale speler die gehouden is aan de OESO-doctrine, simpelweg niet toegestaan om zwaardere eisen aan het BO-begrip te stellen. Wat wel is toegestaan heeft Nederland gedaan, namelijk het definiëren van basis-substance-eisen in het zogenoemde dvl-besluit^[42] en basiseigenvermogeneisen in artikel 8c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.^[43] Nederland heeft met deze twee maatregelen minimale substance en risico's gedefinieerd. Gezien de definitie die het OESO hanteert met betrekking tot het BO-begrip kan Nederland ook niet meer eisen. Sterker nog, als de Nederlandse autoriteiten gehoor zouden geven aan de kritiek om meer substance te eisen, zouden zij zich zelf buiten de internationale communis opinio en daarmee in een achtergestelde positie plaatsen, hetgeen zeker voor een land als Nederland, dat economisch sterk afhankelijk is van het buitenland en daarin een belangrijke logistieke functie vervult, schadelijk zou zijn.

Wel is er de roep tussen landen om steeds transparanter te zijn over elkaars wettelijk systeem en de mismatches die daarin kunnen optreden. Kern daarbij is naar mijn mening dat in theorie ieder land over de gegevens zou moeten kunnen beschikken om de volgens dat land gerechtvaardigde belasting te (kunnen) heffen.

De regels die bij deze internationale verdeling van belastingheffing (althans directe belastingen) worden gehanteerd vinden hun basis in de regels van transfer pricing. In de kern dient ieder land belasting te heffen over zijn *fair share* van de transactie, die gedragen wordt door het arm's-lengthbeginsel: partijen dienen zakelijk te handelen.

Nederland pleegt de winst (waarover winstbelasting) van vennootschappen die belanghebbende zijn in een internationale (groeps)transactie vast te stellen in overeenstemming met het arm's-lengthbeginsel. Als het andere land zich niet kan vinden in de vaststelling door Nederland (of andersom), vindt overleg plaats in de vorm van een onderling overleg procedure. Om deze procedure in een vroegtijdig stadium te voorkomen kent Nederland het internationaal aanvaarde systeem van zekerheid vooraf.^[44]

Dat Nederland bijzonder succesvol is in het maken van afspraken vooraf en dat dit een zekere internationale aantrekkingskracht met zich meebrengt, mag uiteraard niet ongefundeerd tot de conclusie leiden dat Nederland als *tax haven* moet worden betiteld.

8 Resolutie Europees Parlement inzake bestrijding belasting fraude en belastingontwijking^[45]

Op 19 april 2012 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarin de Europese Commissie en de Europese Raad worden opgeroepen om te komen met voorstellen tot bestrijding van belastingfraude (bijvoorbeeld btw-caroussel) en belastingontwijking (bijvoorbeeld misbruik hybride leningen). Een aantal quotes:

‘Het Europees Parlement:

- is van mening dat strengere regulering van vennootschapsregisters en de registratie van trusts een absolute voorwaarde is om belastingontwijking aan te pakken;
- dringt er bij de lidstaten op aan te zorgen voor soepele samenwerking en coördinatie tussen hun belastingstelsels om onbedoelde niet-belastingheffing en belastingontwijking en belastingfraude te vermijden;
- dringt bij de lidstaten aan op herziening van de huidige bilaterale overeenkomsten tussen lidstaten en derde landen, voor zover zij bijdragen tot belastingontwijking en effectieve bronbelasting in bepaalde lidstaten bemoeilijken;
- dringt er bij de Commissie op aan verslag uit te brengen over de mogelijkheid van EU coördinatie bij de wijziging van bilaterale overeenkomsten tussen lidstaten om ze af te stemmen op de doelstellingen van de Europese Raad, waardoor belastingontwijking wordt bemoeilijkt.”

Achtergrond van bovengenoemde voorstellen door het parlement is onder andere de momenteel woedende eurocrisis waardoor landen nog meer dan gebruikelijk worden gedwongen hun overheidsfinanciën op orde te brengen, waarmee gepaard gaat een natuurlijke neiging om belastinginkomsten te verhogen door onder andere efficiëntere maatregelen zoals gegevensuitwisseling en de opheffing van het bankgeheim. Ook wordt verrassend genoeg het fenomeen dat Europese bedrijven zich gaan vestigen in de meest gunstige omgeving (investeringsklimaat) aan de orde gesteld. Met dit laatste lijkt het parlement rechtstreeks in strijd te komen met een van haar basisbeginselen: de vrijheid van vestiging.

Met betrekking tot het onderwerp BO is het voorstel om vennootschapsregisters te reguleren en trusts te registreren wellicht van belang. Ik ben geneigd te oordelen dat dit middels de (inter)nationale regelgeving die de bij de OESO aangesloten landen hebben ingevoerd, reeds in voldoende mate is geregeld. Zo kent Nederland de openbaar toegankelijke vennootschapsregisters zoals georganiseerd door de Kamers van Koophandel. De trustsector valt onder het toezicht van de Centrale Bank en de Autoriteit Financiële Markten (Wft) en is in die zin dus in voldoende mate zichtbaar. Niets nieuws onder de zon dus.

9 Conclusie en aanbevelingen

De recente internationale jurisprudentie en de recente OESO-publicatie heeft duidelijk gemaakt dat het BO-begrip niet mag worden gebruikt om vermeend verdragsmisbruik te beteugelen (daar zijn andere middelen voor). Dit is een duidelijk signaal naar belastingautoriteiten; de juridische zelfstandigheid vormt de basis voor *het heffen van (bron)belastingen*. Dit is goed nieuws voor een ieder die via het opzetten van een efficiënte structuur de internationale belastingheffing van vennootschappen wil beperken.

Wel dient men zich te realiseren dat het al te gemakkelijk oprichten van doorstroomlichamen niet tot het gewenste resultaat (wat dat ook moge zijn) zal leiden. Daarvoor is nodig (zie Velcro hiervoor) dat de inkomsten niet direct — en in dezelfde vorm — worden doorgegeven, maar eerst (risicodragend)

neerslaan in de vennootschap zodat de (overige) schuldeisers zich hierop kunnen verhalen. Dit vereist handelingsbekwame (en bevoegde) bestuurders en zorgvuldig samengestelde voorschriften. Oftewel, *handle with care*.

Voetnoot

- [1] Auteur is belastingadviseur bij Otterspeer Haasnoot & Partners (OHP) te Rotterdam.
- [2] In onderdeel 2 zal ik aangeven waarom ik geen voorstander ben van de term *uiteindelijk gerechtigde*.
- [3] Velcro Canada Inc. vs. The Queen, 2012 TCC 57 (February 24, 2012). De tekst van deze uitspraak is te vinden via decision.tcc-cci.gc.ca.
- [4] W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water', WFR 2008/1343.
- [5] Court of Appeal 2006, EWCA Civ 158 (Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch). De tekst van dit arrest is te vinden via www.baillii.org.
- [6] Prevost Car Inc. vs. The Queen, 2008 TCC 231 (April 22, 2008). De tekst van deze uitspraak is te vinden via decision.tcc-cci.gc.ca.
- [7] Met het begrip *doorstroomlichaam* wordt in dit artikel bedoeld op het Engelse begrip *conduit company*. Ik ben mij ervan bewust dat op deze vertaling het een en ander valt af te dingen.
- [8] Canada vs. Prévost Car Inc. (2009 FCA 57), A-252-08, February 26, 2009. De tekst van dit arrest is te vinden via decisions.fca-caf.gc.ca.
- [9] Docket: 2007-1806(IT)G BETWEEN: VELCRO CANADA INC., Appellant, and HER MAJESTY THE QUEEN, Respondent. Appeal heard on May 17, 2011, at Toronto, Ontario.
- [10] Vodafone International Holdings B.V. vs. Union of India & Anr. [S.L.P. (C) No. 26529 of 2010, dated 20 January 2012] De tekst van dit arrest is te vinden via supremecourtindia.nic.in.
- [11] Clarification of the meaning of "Beneficial Owner" in the OECD model tax convention; discussion draft, 29 April 2011, te raadplegen via www.oecd.org.
- [12] Dit is onder andere van belang voor de Wwft.
- [13] Voor een overzicht van de artikelen in het Financieel Dagblad verwijs ik naar fd.nl/ondernemen/topics/belastingroute-nederland.
- [14] Resolutie van het Europees Parlement van 19 april 2012 inzake de oproep om belastingfraude en belastingontduiking op concrete wijze te bestrijden (P7_TA-PROV(2012)0137).
- [15] In art. 4 lid 4 Wet DB 1965 wordt het begrip *uiteindelijk gerechtigde* gebruikt om aan te duiden dat alleen de opbrengstgerechtigde tot de dividenden recht heeft op de deelnemingsvrijstelling. Ook wordt het begrip *uiteindelijk gerechtigde* gebruikt in art. 16 BVDB om duidelijk te maken dat alleen de opbrengstgerechtigde recht heeft op verrekening van buitenlandse bronbelasting. Art. 16 kent slechts een negatieve definitie om zogenoemde tussengeschoven vennootschappen tegen te gaan (ook wel met de term *dividendstripping* aangeduid).
- [16] Die de wetgever overigens ook zelf hanteert in o.a. art. 4.1.a en 4.1.b Wet DB 1965 om degenen die gerechtigd is tot dividenden aan te duiden.
- [17] Zoals overigens bevestigd door de Hoge Raad in het *marketmakerarrest* (HR 21 februari 2001, nr. 35 415, *BNB* 2001/196), waarin de couponhouder van een dividend die niet tevens eigenaar van de aandelen was als BO werd aangemerkt.
- [18] Verlaging van bronbelasting door het bronland en aanvullende verrekening door het woonland.
- [19] De term BO is in art. 3 (*general definitions*) van het OESO-modelverdrag niet nader gedefinieerd, hetgeen betekent dat ingevolge het tweede lid de term wordt gedeut zoals het in de wettelijke regeling van het desbetreffende land wordt gedefinieerd, tenzij dit in strijd zou zijn met de context van het belastingverdrag (een land mag derhalve niet buiten de principes treden).
- [20] Zie art. 26 Verdrag Nederland-VS.
- [21] Nederland past een variant op deze bepaling op dit moment (passief) toe bij zijn Verdragsonderhandelingen.
- [22] Dan wel wanneer duidelijk wordt dat belanghebbende niet is tussengeschoven met als (voornaamste) doel het verkrijgen van (betere) verdragsvoordelen (zie de *vangnetbepaling* in het verdrag met de VS).
- [23] Date: 20090226, Docket: A-252-08, Citation: 2009 FCA 57, CORAM: DÉCARY J.A., BLAIS J.A., SHARLOW J.A., BETWEEN: HER MAJESTY THE QUEEN Appellant and PRÉVOST CAR INC. Respondent. Heard at Toronto, Ontario, on February 17, 2009. Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on February 26, 2009.
- [24] Overweging 12 van het eerder aangehaalde arrest van de lagere Canadese rechter.
- [25] En dooruitdelingen door PH bv waren vrijgesteld onder de Moeder-dochterrichtlijn.
- [26] Overwegingen 12 tot en met 14 van het eerder aangehaalde arrest van de hogere Canadese rechter.
- [27] Docket: 2007-1806(IT)G, BETWEEN: VELCRO CANADA INC., Appellant, and HER MAJESTY THE QUEEN, Respondent. Appeal heard on May 17, 2011, at Toronto, Ontario.
- [28] Detail: de feitelijke leiding van Velcro Industries bv bevindt zich in Curaçao. Dit nadat de bv daar vanuit Nederland naartoe verplaatst was.
- [29] Wel moeten we afwachten hoe de reactie van de hogere rechter (FCA) zal zijn.
- [30] THE SUPREME COURT OF INDIA CIVIL APPELLATE JURISDICTION CIVIL APPEAL NO.733 OF 2012 (arising out of S.L.P. (C) No. 26529 of 2010).
- [31] In de Indofood-casus, waar de rechter enigszins meeding in de uitbreiding van het BO-begrip, was sprake van een civiele zaak.
- [32] HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217 (m.nt. Brunschot).
- [33] CI Co hield 52% van de aandelen en had een optie op nog eens 15%.
- [34] Zie r.o. 65: "In the thirteenth century, Pope Innocent IV espoused the theory of the legal fiction by saying that corporate bodies could not be ex-communicated because they only exist in abstract. This enunciation is the foundation of the separate entity principle", en r.o. 66: "(...) It is fairly well accepted that a subsidiary and its parent are totally distinct tax payers."
- [35] Zie voor een casus waarin de Europese rechter een vergelijkbare lijn heeft gekozen de Cadbury Schweppes-zaak (HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *BNB* 2007/54, concl. Léger, m.nt. Wattel) (*Cadbury Schweppes*).
- [36] Uitgave OECD centre for tax policy and administration (TPA) van 29 april 2011. Zie voor reacties, commentaren en actualiteiten: www.oecd.org.
- [37] Voorstel plus commentaar zou besproken worden tijdens de vergadering van september 2011 van de Working Party. De uitkomsten zijn nog niet gepubliceerd.
- [38] De Canadese rechter kwam in Velcro tot hetzelfde oordeel, dit echter op basis van een andere redenering: bij gebrek aan een definitie van het BO-begrip in de nationale wet, greep de rechter terug op het OESO-commentaar.
- [39] Deze verplichting kan ook voortvloeiën uit feitelijke gedragingen.
- [40] De OESO verwijst in dit verband naar anti-money-launderingregelgeving.
- [41] www.fd.nl/ondernemen/topics/belastingroute-nederland.

- [42] Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M, *BNB* 2004/376.
- [43] Inhoudende dat een vennootschap die zich bezighoudt met het verstrekken van gelden binnen concern, dit dient te financieren met € 2 mln. eigen vermogen of (als dat lager is) 1% van de uitgeleende gelden.
- [44] Waarvoor competent is het APA/ATR-team van de Belastingdienst in Rotterdam.
- [45] Vergadering EP van donderdag 19 april 2012.

Copyright © Kluwer 2012

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 22-08-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.