



Naam dienstonderdeel

Belastingdienst 5.1.2e

5.1.2e

Contactpersoon

5.1.2e

memo

Wet bronbelasting 2021 en PPT Verdrag Zwitserland

5.1.2e

Datum

16 augustus 2021

Versienummer

Pagina 1 van 18

1. Feiten:

1.1. Belanghebbende is een in Nederland gevestigde houdstervennootschap van in Nederland en in het buitenland gevestigde deelnemingen. Zij maakt deel uit van een omvangrijk 67 Awr concern.

Bijlagen
Geen

1.2. In 2007 heeft het 67 Awr concern een 67 Awr overname gedaan. Een deel daarvan is aan belanghebbende gealloceerd. Daarbij werd zij in eerste instantie gefinancierd met groepsleningen van een Amerikaanse LLC. De erop verschuldigde rente is niet in aftrek gebracht als gevolg van de werking van art. 10a Wet Vpb.

1.3. Een groot deel van de operationele activiteiten van het 67 Awr concern bevindt zich in 67 Awr. Eén van de 67 Awr vennootschappen heeft sinds 2010 een 67 Awr vaste inrichting.

1.4. 67 Awr

1.5. In 67 Awr heeft belanghebbende haar 10a-leningen geherfinancierd bij de 67 Awr 67 Awr vaste inrichting. Op 14 juni 2019 zijn de leningen, bij deze partij, nogmaals geherfinancierd. Ultimo 2020 belooft de lening circa USD 4,3 miljard.

1.6. Voor de winst van de vaste inrichting, waaronder de rente, verleent 67 Awr een vrijstelling. Verliezen van de vaste inrichting zijn aftrekbaar

van de generale winst, maar hiervoor geldt gedurende een periode van zeven jaar een inhaalverplichting indien de verliezen ook in de staat van de vaste inrichting verrekenbaar zijn.

1.7.

1.8.

67 Awr

1.9.

1.10. Per 1 januari 2021 is de Wet Bronbelasting 2021 ingevoerd. Daardoor is de rente die belanghebbende aan de 67 Awr vaste inrichting verschuldigd is met ingang van deze datum belast bij de 67 Awr vennootschap tegen een tarief van 25%.

1.11. Onder het belastingverdrag Nederland- 67 Awr (hierna: Verdrag) heeft belanghebbende voor de rente recht op een vrijstelling aan de bron en is het Nederland niet toegestaan om de Wet bronbelasting 2021 toe te passen 67 Awr Dit is slechts anders als belanghebbende niet slaagt voor de principle purpose test (art. 67 Awr Verdrag).

1.12. In het Verdrag 67 Awr ontbreekt de MLI-antimisbruikbepaling inzake in derde staten gevestigde laagbelaste passieve vaste inrichtingen (art. 29, lid 8 OECD MC).

2. Rechtsvraag

2.1. Kan de PPT onder het Verdrag 67 Awr worden toegepast als niet is voorzien in de MLI-antimisbruikbepaling voor in derde staten gevestigde laagbelaste passieve vaste inrichtingen?

2.2. Zo ja, wordt voldaan aan de vereisten van de PPT, in die zin dat (i) het verkrijgen van het verdragsvoordeel, (ii) de voornaamste reden was van (iii)

¹ De inspecteur heeft eind juni 2021 bij belanghebbende om een toelichting op de valutaresultaten gevraagd.

een constructie of transactie, (iv) die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid of (v) is toekenning van het voordeel in overeenstemming met het voorwerp en doel van de relevante bepalingen van het verdrag? En is in dat kader de PPT een doorlopende of eenmalige toets?

- 2.3. Indien als gevolg van de PPT de vrijstelling aan de bron moet worden geweigerd, kan in dat geval de Nederlandse bronbelasting van 25% die uit hoofde van de Wet Bronbelasting 2021 geheven wordt van de 67 Awr zustermaatschappij als een compenserende “naar de winst geheven belasting” worden aangemerkt in de zin van art. 10a Wet Vpb, zodat de rente bij belastingplichtige aftrekbaar wordt 67 Awr

3. Rechtskader

Nationale recht

- 3.1. In art. 2a, onderdeel a, Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden is 67 Awr aangewezen als een laagbelastende jurisdictie in de zin van art. 1.2., lid 1, onderdeel e Wet Bronbelasting.
- 3.2. Ex art. 2.1., lid 1, onderdeel b, Wet Bronbelasting is de 67 Awr vennootschap belastingplichtig voor de renten op de door haar 67 Awr vaste inrichting aan belanghebbende verstrekte lening:

“Belastingplichtig voor de belasting is een lichaam dat gerechtigd is tot voordelen als bedoeld in artikel 3.1 en dat:

(...);

b. niet in een laagbelastende jurisdictie is gevestigd, waarbij die voordelen worden toegerekend aan een vaste inrichting in een laagbelastende jurisdictie;

(...)”

- 3.3. Blijkens de memorie van toelichting bij de Wet bronbelasting 2021² kan geen bronbelasting worden ingehouden als een belastingverdrag dat verhindert, tenzij het verdrag een anti-misbruikbepaling bevat. Nederland streeft dan ook naar opname in de verdragen van een bepaling inzake een laagbelaste vaste inrichting (PE-test) en een principle purpose test (PPT):

“Als een belastingverdrag van toepassing is tussen Nederland en het land waarin de voordeelgerechtigde (lichaam X) is gevestigd, zijn de afspraken uit dat verdrag in beginsel ook van toepassing als de rente- of royaltybetalingen worden toegerekend aan een vaste inrichting in een laagbelastende jurisdictie. Om te voorkomen dat de bronbelasting in een dergelijke situatie niet kan worden geëffectueerd terwijl de rente- of royaltybetalingen terechtkomen in een laagbelastende jurisdictie, streeft

² Kamerstukken II, 2019-2020, 35.305 nr. 3.

Nederland naar het opnemen van antimisbruikbepalingen in verdragen. Voor bestaande verdragen kan dit door middel van het Multilateraal Verdrag, waarin een bepaling is opgenomen die regelt dat de bronstaat (in dit geval Nederland) de voordelen van het verdrag niet hoeft toe te kennen als het land waarin de voordeeligerechtigde is gevestigd de winst van de vaste inrichting in het derde land (in het voorbeeld de laagbelastende jurisdictie) vrijstelt en de belasting op het inkomen van de vaste inrichting in het derde land minder bedraagt dan 60% van de belasting die in het land van de voordeeligerechtigde zou zijn geheven indien die vaste inrichting in het land van de voordeeligerechtigde zou zijn gelegen.

(...)

De voorgestelde antimisbruikbepaling zal in relatie tot verdragslanden kunnen worden geëffectueerd als het van toepassing zijnde belastingverdrag een principal purposes test (PPT) of een daarmee vergelijkbare bepaling tegen verdragsmisbruik bevat.”

Verdrag | 67 Awr |

- 3.4. Art. 2 van het Verdrag | 67 Awr | benoemt de belastingen waarop het van toepassing is. Art. 2 bepaalt in dat kader voor zover van belang:

67 Awr

67 Awr | *“Het Verdrag is ook van toepassing op alle gelijke of in wezen gelijksoortige belastingen die na de datum van ondertekening van het Verdrag naast of in de plaats van de bestaande belastingen worden geheven. (...)”*

- 3.5. De Wet Bronbelasting 2021 wordt niet specifiek genoemd, maar het Verdrag is ook van toepassing op later ingevoerde “gelijksoortige belastingen”. Gezien de gelijkenis met de dividendbelasting, moet worden aangenomen dat het Verdrag ook op de Wet bronbelasting 2021 van toepassing is.
- 3.6. Art. 11 Verdrag | 67 Awr | kent ter zake van interest uitsluitend heffingsbevoegdheid toe aan de woonstaat:

“Interest afkomstig uit een Verdragsluitende Staat die wordt verkregen door een inwoner van de andere Verdragsluitende Staat die de uiteindelijke gerechtigde is, is slechts in die andere Staat belastbaar.”

- 3.7. Art. 67 Awv Verdrag 67 Awr is gelijk art. 29, lid 9 OECD Model Convention (PPT) en kan de exclusieve heffingsbevoegdheid van de woonstaat opzij zetten:

“Niettegenstaande de overige bepalingen van dit Verdrag, wordt een voordeel uit hoofde van dit Verdrag niet toegekend met betrekking tot een inkomensbestanddeel indien, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van dit voordeel een van de voornaamste redenen was voor een constructie of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid, tenzij wordt vastgesteld dat toekenning van dit voordeel in deze omstandigheden in overeenstemming zou zijn met het voorwerp en doel van de relevante bepalingen van dit Verdrag.”

OECD-commentaar PPT

- 3.8. Blijkens de ‘preliminary remarks’ bij het commentaar op art. 29 OECD Model Convention (hierna: OECD MC), heeft de PPT tot doel tegen te gaan dat onder een belastingverdrag niet of minder belasting wordt betaald, dan wel dat deze wordt ontweken:

“(…) Article 29 reflects the intention of the Contracting States, (...) to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty-shopping arrangements.”

- 3.9. Onderdeel 171 van het commentaar op art. 29 verduidelijkt dat de reikwijdte en toepassing van de specifieke anti-misbruikbepaling van art. 29, lid 8 OECD MC (geen verdragsvoordelen voor inkomen of winst van in laagbelastende derde staten gevestigde passieve vaste inrichtingen) niet wordt beperkt door de PPT; datzelfde geldt voor de LOB-bepalingen van het 1^e t/m 7^e lid:

“171. Paragraph 9 supplements and does not restrict in any way the scope or application of the provisions of paragraphs 1 to 7 (the limitation-on-benefits rule) and of paragraph 8 (the rule applicable to a permanent establishment situated in a third jurisdiction): a benefit that is denied in accordance with these paragraphs is not a “benefit under the Convention” that paragraph 9

would also deny. Moreover, the guidance provided in the Commentary on paragraph 9 should not be used to interpret paragraphs 1 to 8 and vice-versa.”

3.10. Onder een belastingverdrag met een anti-misbruikbepaling voor laagbelaste passieve vaste inrichtingen worden de verdragsvoordelen dus ook geweigerd als sprake zou zijn van een volstrekt zakelijke constructie of transactie.

3.11. Onderdeel 172 van het commentaar bepaalt dat de reikwijdte en toepassing van de PPT niet wordt ingeperkt door de LOB-bepalingen van art. 29, leden 1 t/m 7 OECD MC, maar merkt niets op over de relatie tot de laagbelaste passieve vaste inrichting van art. 29, lid 8 OECD MC:

“172. Conversely, the fact that a person is entitled to benefits under paragraphs 1 to 7 does not mean that these benefits cannot be denied under paragraph 9. Paragraphs 1 to 7 are rules that focus primarily on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State. As illustrated by the example in the next paragraph, these rules do not imply that a transaction or arrangement entered into by such a resident cannot constitute an improper use of a treaty provision.”

3.12. Dat het OECD MC Commentaar niet ingaat op de samenloop van de PPT en de laagbelaste passieve vaste inrichting, terwijl wel wordt ingegaan op de samenloop met de LOB-bepalingen, is niet nader toegelicht. De vraag is of hieruit a contrario geconcludeerd kan worden, dat de PPT niet kan worden toegepast als sprake is van een transactie met een normaal belaste of actieve vaste inrichting. Naar mijn mening is dat niet het geval. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de PPT wél moet worden getoetst als de transactie wordt verricht met een normaal belaste actieve onderneming van een in een verdragsland gevestigd lichaam, terwijl de PPT zou komen te vervallen als de normaal belaste onderneming in een derde land door een vaste inrichting van de vennootschap wordt uitgeoefend. Bovendien pleit voor toepassing van de PPT in deze situatie hetzelfde argument dat in het OECD MC Commentaar wordt gebruikt voor toepassing van de PPT op situaties waarin aan de LOB-bepalingen is voldaan: *“(…) these rules do not imply that a transaction or arrangement entered into by such a resident cannot constitute an improper use of a treaty provision”* (onderdeel 172).

3.13. Onderdeel 174 specificeert doel en strekking van art. 29, lid 9 OESO MC en benadrukt dat verdragsvoordelen bedoeld zijn voor bona fide gevallen en niet voor constructies gericht op gunstiger verdragsbehandeling:

“174. (...) The provision is intended to ensure that tax conventions apply in accordance with the purpose for which they were entered into, i.e. to provide benefits in respect of bona fide exchanges of goods and services, and movements of capital and persons as opposed to arrangements whose principal objective is to secure a more favourable tax treatment.”

- 3.14. Onderdeel 176 laat aan de hand van een voorbeeld zien wat wordt bedoeld met *“that resulted directly or indirectly in that benefit”*. Daarbij is gedacht aan de situatie dat een transactie om commerciële redenen is aangegaan, maar wordt omgeleid via een verdragsgerechtigde partij die aanspraak kan maken op verdragsvoordelen. In dat geval betreft het een indirect voordeel.
- 3.15. De termen *“arrangement or transaction”* moeten ruim worden geïnterpreteerd en omvatten elke overeenkomst, afspraak, regeling, transactie of reeks van transacties, ongeacht of deze juridisch afdwingbaar zijn (onderdeel 177). In het bijzonder wordt daaronder verstaan het genoten inkomen zelf, zoals rente, en het recht dat daaraan ten grondslag ligt, zoals de leenovereenkomst.
- 3.16. Het onderzoek naar de voornaamste reden van een arrangement of transactie vergt een objectieve analyse en is feitelijk van aard. De intentie hoeft niet per se te worden vastgesteld, *“but it must be reasonable to conclude, after an objective analysis of the relevant facts and circumstances, that one of the principal purposes of the arrangement or transaction was to obtain the benefits of the tax convention (onderdeel 178)”*. *“The determination requires reasonableness, suggesting that the possibility of different interpretations of the events must be objectively considered (onderdeel 179)”*. Het betreft dus een geobjectiveerde subjectieve toets.
- 3.17. Aan transacties en arrangementen kunnen tegelijkertijd velerlei motieven ten grondslag liggen, zakelijke en onzakelijke, daarom sluit de PPT aan bij het criterium *“één van de voornaamste redenen”*: *“It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit”* (onderdeel 180). Als een transactie of arrangement *“inextricably”* (onlosmakelijk) is verbonden met een commerciële activiteit, terwijl de vormgeving niet op een verdragsvoordeel is gericht, dan mag worden aangenomen dat het verkrijgen van het voordeel niet de voornaamste beweegreden was (onderdeel 181).
- 3.18. Wordt met een constructie beoogd om tegelijkertijd verdragsvoordelen onder meerdere verdragen te verkrijgen, dan doet dit in de relatie tot een verdragsland niet eraan af dat het voornaamste motief gericht was op het in de wacht slepen van het specifieke verdragsvoordeel. En als het oogmerk gericht is op het omzeilen van de nationale belastingwetgeving, terwijl in het kielzog daarvan een verdragsvoordeel wordt genoten, dan is dat laatste voor de PPT geen bijkomstige maar nog steeds de voornaamste eraan ten grondslag liggende reden (onderdeel 181).
- 3.19. Onderdeel 182 illustreert aan de hand van 13 gesimplificeerde voorbeelden de werking van de PPT. De voorbeelden bieden voor de uitvoeringspraktijk weinig houvast. In de meeste situaties bestaat namelijk weinig

onduidelijkheid over de zakelijke of onzakelijke intenties. Wel wordt duidelijk gemaakt dat de verdragsluitende staten de verdragsvoordelen toekennen om grensoverschrijdende commerciële investeringen te stimuleren. Is daarvan sprake, dan zal het verdragsvoordeel, zonder andere feiten of omstandigheden, gewoon kunnen worden toegekend. Ter verduidelijking zijn hieronder de gegeven voorbeelden kort samengevat:

(a) Verkoop aandelen door een niet verdragsgerechtigde partij aan een wel verdragsgerechtigde partij onder behoud van het economische belang door middel van dividendvervangende betaling (treaty shopping): art. 29 OECD MC van toepassing, geen verlaagd brontarief op dividend.

(b) Als (a), maar nu blijft de niet-verdragsgerechtigde partij eigenaar van de aandelen en verkoopt zij het vruchtgebruik (recht op dividenden) van de aandelen aan de verdragsgerechtigde partij (treaty shopping): art. 29 OECD MC van toepassing, geen verlaagd brontarief op dividend.

(c) Het bouwen en vervolgens exploiteren van een fabriek in een verdragsland met de meest gunstige verdragsvoordelen: commercieel gedreven grensoverschrijdende investering.

(d) Een verdragsgerechtigd beleggingsfonds dat zelf het beleggingsbeleid bepaalt in aandelen van in derde verdragsstaten gevestigde vennootschappen, terwijl een minderheid van de aandeelhouders van het beleggingsfonds bij rechtstreekse beleggen geen verdragsvoordelen zouden hebben: commercieel gedreven grensoverschrijdende investering.

(e) Uitbreiding van een aandelenbelang om voor een vermindering van het verdragstarief te kwalificeren: in overeenstemming met doel en strekking van het toegekende verlaagde verdragstarief.

(f) Koop van een verdragsgerechtigde houdster van in een derde staat gevestigde actieve deelneming, ter uitbreiding van het concern van een niet-verdragsgerechtigde koper: commerciële beweegredenen overheersen.

(h) Dit voorbeeld komt het dichtst in de buurt van de voorliggende casus. Het ziet op het om commerciële redenen onderbrengen van substantiële groepswerkzaamheden (o.a. finance en treasury), in een politiek stabiel land, met goed geschoold personeel, met een sterke bancaire sector, etc., en met het oog op de toekomstige voordelen van het gunstige verdragennetwerk, zodat de PPT geen toepassing vindt:

"In this example, merely reviewing the effects of the treaties on future payments by the subsidiaries to the regional company would not enable a conclusion to be drawn about the purposes for the establishment of RCO by TCO. Assuming that the intra-group services to be provided by RCO, including the making of decisions necessary for the conduct of its business, constitute a real business through which RCO exercises substantive

economic functions, using real assets and assuming real risks, and that business is carried on by RCO through its own personnel located in State R, it would not be reasonable to deny the benefits of the treaties concluded between State R and the five States where the subsidiaries operate unless other facts would indicate that RCO has been established for other tax purposes or unless RCO enters into specific transactions to which paragraph 9 would otherwise apply (see also example F in paragraph 187 below with respect to the interest and other remuneration that RCO might derive from its group financing activities). (onderstreping toegevoegd JCH)

(i) Actieve verdragsgerechtigde groepsvennootschap die een actieve dochter kapitaliseert en financiert: commerciële beweegredenen.

(j) In verschillende landen gevestigde royalty agents die over en weer elkaars klanten (royalty gerechtigde) bedienen als de betaler van de royalty in hun vestigingsland gezeteld is: commerciële beweegredenen.

(h) Opsplitsen contract om eis uitvoering werkzaamheden vaste inrichting te ontgaan: art. 29 OECD MC van toepassing.

(i) Actief private equity fonds doet aankoop van actieve target in land waarop een verdrag van toepassing is: commerciële beweegredenen overheersen.

(f) Een securitisatievehikel dat van een in een ander land gevestigde financiële instelling vorderingen op in een derde staat gevestigde schuldeisers verkrijgt: art. 29 OECD MC is in beginsel niet van toepassing.

(g) Een actieve verdragsgerechtigde houdster die rechtstreeks en indirect grensoverschrijdend vastgoed aankoopt en beheert, terwijl haar in een derde staat gevestigde aandeelhouder niet verdragsgerechtigd zou zijn: art. 29 OECD MC is in beginsel niet van toepassing.

4. Kan PPT Verdrag 67 Awr worden toegepast als PE-test ontbreekt?

4.1. Art. 29, lid 8 MLI (hierna: PE-test) beschermt de positie van de bronstaat in de situatie dat passief inkomen door de woonstaat aan een laagbelaste vaste inrichting in een derde staat wordt toegerekend en hiervoor een (object-) vrijstelling verleend. In die gevallen is de bronstaat niet langer verplicht om verdragsvoordelen toe te kennen.

4.2. Onderdeel 163 geeft een voorbeeld van de werking van de PE-test die is toegesneden op de voorliggende casus waarbij een laagbelaste passieve vaste inrichting 67 Awr interest ontvangt uit de bronstaat (Nederland) en de woonstaat of hoofdhuistaat daarvoor vrijstelling verleent

67 Awr

“163. (...) The enterprise derives interest arising from the other Contracting State which is included in the profits attributable to the permanent establishment. Assuming that the conditions for the application of Article 11 are met, the State in which the interest arises would, in the absence of paragraph 8, be obliged to grant the benefits of the limitation of tax provided for in paragraph 2 of Article 11 despite the fact that the interest is exempt from tax in the first-mentioned State and is subject to little or no tax in the third jurisdiction in which the permanent establishment is situated. In that situation, the benefits of the Convention will be denied with respect to that income unless the exception of subparagraph b) applicable to income that emanates from, or is incidental to, the active conduct of a business applies to the relevant income or unless these benefits are granted, under the discretionary relief provision of subparagraph c), by the competent authority of the State in which the interest arises.”

- 4.3. In het Verdrag 67 Awr ontbreekt de PE-test uit het MLI, zodat de vraag opkomt of de verdragsluitende staten, die kennelijk niet specifiek het gebruik van laagbelaste passieve vaste inrichtingen in derde staten hebben willen bestrijden, dan nog wel de PPT kunnen toepassen.
- 4.4. Naar mijn mening moet die vraag bevestigend worden beantwoord, omdat de PPT en de PE-test weliswaar kunnen overlappen, maar een ander bereik hebben. De PPT sluit immers aan bij de geobjectiveerde intentie van een transactie of constructie, terwijl de PE-test de daarop rustende belastingdruk beoordeelt en toetst in welke mate de genietende van de inkomsten activiteiten ontplooit. Net zoals de PPT naast de LOB kan worden ingezet, ben ik van mening, hoewel het OECD MC Commentaar dat niet expliciteert, ook de PPT naast de PE-test toepasbaar is, omdat de transactie of constructie *“improper use of a treaty provision”* kan betekenen (Commentaar onderdeel 172 OECD MC). Bovendien, zoals reeds opgemerkt in onderdeel 3.11, is onwaarschijnlijk dat de verdragsluitende staten niet-commerciële motieven in de relatie bron-en woonstaat met de PPT hebben willen bestrijden, maar niet als diezelfde intenties een rol zouden spelen in de relatie tot laagbelaste passieve vaste inrichtingen in derde staten.
- 4.5. Conclusie: de aan of afwezigheid van de PE-test in een belastingverdrag verhindert niet de toepassing van de PPT.
- 4.6. In aanvulling op deze conclusie is voor de uitvoeringspraktijk nog van belang om het verschil in bewijslast en werkdruk te benoemen van de PE-test en de PPT. Anders dan de objectieve PE-test, grijpt de PPT aan bij de motieven van belastingplichtigen. Onderzoek daarnaar betekent een zware bewijslast voor de inspecteur. Niets is immers zo ongrijpbaar als intenties (Samuel Johnson: *“Actions are visible, though motives are secret”*) en niets laat zich makkelijker verhullen (P. Cesar: *“Nothing is more adept at concealing motives than humanity”*). De objectieve PE-test komt aan beide bezwaren tegemoet.
- 4.7. Naast het bestrijden van belastingontwijking via tax havens is het vanuit het perspectief van de werklust van de inspecteur dan ook een zegen dat het

Nederlands verdragsbeleid gericht is op opname van de PE-test (art. 29, lid 8 OECD MC). Ook de memorie van toelichting bij de Wet Bronbelasting 2021 vermeldt het streven van opname van de PE-test in de belastingverdragen. Onduidelijk is evenwel waarom in de onderhandelingen met 67 Awr deze test is gesneuveld.

- 4.8. Nederland heeft nationaal meerdere maatregelen getroffen om het parkeren van mobiel kapitaal in tax havens tegen te gaan. De deelnemingsvrijstelling wordt onthouden als sprake is van een laagbelaste beleggingsdeelneming, de objectvrijstelling wordt geweigerd voor winsten van een laagbelaste beleggingsonderneming en bij een CFC wordt het gehele buitenlandse resultaat tot de Nederlandse grondslag gerekend. Hoe kan het dat in de relatie met 67 Awr die dergelijke antimisbruikregelgeving niet kent, art. 29, lid 8 OECD MC het niet heeft gehaald?

4.9.

5.1.2a

5. Is de PPT van toepassing?

Transactie of constructie?

- 5.1. Gelet op de ruime interpretatie van de termen ‘arrangement or transaction’ valt zowel de leenovereenkomst als de daarop betaalde rente daaronder (Commentaar art. 29 OECD MC onderdeel 177). Er is daarom sprake van een transactie of constructie in de zin van de PPT.

Voornaamste reden(en)?

- 5.2. Wat de voornaamste reden is geweest voor het aangaan van de geldlening en het vergoeden van de rente is geen rechtsvraag maar een feitelijke vraag waarvan de beantwoording is voorbehouden aan de lokale inspecteur.
- 5.3. Daarbij zal de lokale inspecteur de redenen moeten inventariseren die aan de financiering ten grondslag liggen en deze vervolgens moeten rangschikken van bijkomstige tot voornaamste overwegingen. Van die laatste categorie kunnen er meerdere naast elkaar bestaan. Reeds als één van de voornaamste redenen gericht is op het verkrijgen van het verdragsvoordeel, bestaat de mogelijkheid dat de PPT in werking treedt: “*It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit*” (onderdeel 180 OECD MC Commentaar).
- 5.4. In de onderhavige casus is art. 10a Wet Vpb op de aan belanghebbende verstrekte leningen van toepassing. 67 Awr

67 Awr

5.5.

67 Awr

- 5.6. De 'redeneninventarisatie' lijkt daarmee geen commerciële motieven in de zin van onderdeel 182 OECD MC Commentaar op te leveren. Als gevolg daarvan zullen in de 'redenenranking' de niet-commerciële motieven de voornaamste redenen zijn.

Direct of indirect?

- 5.7. Zou overigens moeten worden aangenomen dat wél commerciële redenen aan de financiering vanuit de 67 Awr vaste inrichting ten grondslag hebben gelegen, dan kan de PPT in deze casus nog steeds van toepassing zijn. Een belastingplichtige die rechtstreeks vanuit 67 Awr zakelijke financiering aantrekt, zou immers geen verdragsbescherming genieten. Nederland zou in die situatie de bronbelasting op de rente volledig in de belastingheffing kunnen betrekken. Belastingplichtige zou daarop kunnen anticiperen door tussen Nederland en 67 Awr het verdragsland 67 Awr te plaatsen. In dat geval ontstaat een situatie zoals bedoeld in onderdeel 176, Commentaar OECD MC. Belastingplichtige heeft dan een commerciële transactie omgeleid via een verdragsgerechtigde partij zodat niet direct maar indirect aanspraak op verdragsvoordelen wordt gemaakt.

Verkrijgen van het verdragsvoordeel

- 5.8. Blijkens voorbeeld (h) in onderdeel 182 van het Commentaar bij de OECD MC kan het verdragsvoordeel ook in de toekomst liggen. In dat voorbeeld wordt gesproken over "(...) the effects of the treaties on future payments". De vraag is nu of de niet-commerciële motieven van belanghebbende gericht waren op het verkrijgen van een toekomstig verdragsvoordeel.
- 5.9. Het antwoordt luidt in ieder geval ontkennend gedurende de periode dat de Wet Bronbelasting 2021 nog niet bestond. In de jaren 2017 t/m 2020 werd door Nederland geen bronbelasting op rente geheven en bood het

67 Awr

Verdrag 67 Awr belanghebbende dus niet het voordeel van een vermindering of vrijstelling.

- 5.10. Het motief dat aan de gekozen vorm van de financiering ten grondslag ligt, houdt geen verband met het verdragsvoordeel (het verkrijgen van een vrijstelling of vermindering van bronbelasting op vanuit Nederland betaalde rente). De overwegingen waren destijds gelegen in de fiscale gevolgen van anti-misbruikwetgeving van art. 10a Wet Vpb 67 Awr
- 67 Awr
- Tot 2021 raken de rentelasten en valutaresultaten niet de Nederlandse winst en daartegenover ontstaat geen heffing: noch 67 Awr noch 67 Awr
- 67 Awr

- 5.11. De rechtsvraag die zich nu voordoet is of als gevolg van een wetswijziging een langlopende rentedragende geldlening die zonder verdragsvoordeelmotief is aangegaan van kleur kan verschieten. Anders gezegd: kan in 2021 de Wet Bronbelasting 2021 en de daarop van toepassing zijnde vrijstelling onder het Verdrag een verdragsvoordeelmotief creëren als de langlopende geldlening wordt voortgezet?

- 5.12. In HR 9 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2017:3518, kwam voor de toepassing van art. 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb de vraag aan de orde op welk tijdstip moet worden vastgesteld dat belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van inkomsten of dividendbelasting bij een ander te ontgaan. Was dit bij het opzetten van de structuur of ten tijde van de dividenduitkering.

- 5.13. Het Hof oordeelde:

"7.4.12.

Aan het voorgaande doet bovendien niet af het door belanghebbende aangevoerde argument dat de - zich vanaf 2011 weliswaar in de afwikkende fase bevindende - structuur waarvan belanghebbende deel uitmaakt, destijds tot stand is gekomen met als doel het verrichten van ondernemingsactiviteiten (verzekeringsactiviteiten). Die omstandigheid staat, wegens het gebrek aan economische activiteiten op het niveau van belanghebbende, niet in de weg aan het oordeel dat de houdsterstructuur wat betreft het houden door belanghebbende van de aandelen in Holding kunstmatig is. De structuur met de tussenvoeging van belanghebbende en de latere verplaatsing van belanghebbendes fiscale vestigingsplaats naar Luxemburg, wijzen er naar 's Hofs oordeel op dat de structuur in zoverre is gekozen met als doorslaggevende beweegreden de daaraan voor [Y] verbonden gunstige fiscale gevolgen."

- 5.14. De Hoge Raad besteedt geen overwegingen aan de latere veranderingen van de structuur. De Hoge Raad overweegt:

"Bij de toepassing van het Unierecht levert de vervulling van de subjectieve voorwaarde slechts een bewijsvermoeden op dat zich misbruik voordoet. Dit wordt bevestigd door het arrest T Danmark, punt 101.

Indien een dergelijk bewijsvermoeden van misbruik bestaat, moet de belastingplichtige in de gelegenheid worden gesteld om dit vermoeden te ontzenuwen.

De belastingplichtige kan dit vermoeden ontzenuwen door feiten te stellen, en zo nodig aannemelijk te maken, die erop wijzen dat het houden van het aanmerkelijk belang niet een volstrekt kunstmatige constructie oplevert die geen verband houdt met de economische realiteit. Een concern kan worden beschouwd als een volstrekt kunstmatige constructie indien in een concernstructuur met (een) buiten de Unie gevestigde, achterliggende aandeelhouder(s) en een in Nederland gevestigde vennootschap een binnen de Unie gevestigd lichaam is tussengeschoven om de heffing van Nederlandse inkomsten- of dividendbelasting te ontgaan, zonder dat dit EU-lichaam of de vestiging van het lichaam in de EU-lidstaat reële betekenis heeft (vgl. Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 105 en 106, en het arrest T Danmark, punt 100)."

- 5.15. Daarmee lijkt mij deze uitspraak geen houvast te bieden in de onderhavige zaak. De subjectieve toets is immers in wezen helemaal niet subjectief. De toets lijkt het subjectieve oogmerk van belanghebbende te toetsen, maar is volledig geobjectiveerd. Drijfveren doen er niet toe. De toets is slechts een wegdenken van de tussengeschoven vennootschap ter vergelijking van de belastingdruk. Is de Nederlandse dividendbelastingdruk lager dan zonder het tussengeschoven lichaam, dan bestaat een misbruikvermoeden. Belastingplichtige is dan aan zet dit vermoeden te ontzenuwen door te bewijzen dat het tussengeschoven lichaam niet volstrekt kunstmatig was.
- 5.16. Het voor de PPT te toetsen motief, laat zich misschien nog het beste vergelijken met het belastingbesparende motief dat een voorwaarde is voor *fraus legis*. Aan het samenstel van rechtshandelingen moet een motief ten grondslag liggen dat hoofdzakelijk gericht is op het besparen van belasting. Er lijkt in de jurisprudentie echter geen vergelijkbaar geval voorhanden te zijn waarin zonder belastingbesparende motieven verrichte rechtshandelingen op een later moment, na een wetswijziging, toch een belastingbesparend effect bleken te hebben.
- 5.17. Wat daarvan zij, zonder wijziging van de feiten en omstandigheden zal het niet mogelijk zijn om een oorspronkelijk niet-belastingbesparend oogmerk in een later stadium als anti-fiscaal te duiden. In beginsel zal het motief dat bij het aangaan van rechtshandelingen aanwezig was ongewijzigd blijven.
- 5.18. Wel verdient aandacht dat de afwezigheid van verdragsvoordelen ten tijde van het aangaan van de rechtshandelingen niet een anti-fiscaal motief voor de toekomst hoeft uit te sluiten. Er kan ook op een in de toekomst liggend verdragsvoordeel worden geanticipeerd. Zou bijvoorbeeld in deze casus de belastingplichtige vooruitlopend op de introductie van de Wet bronbelasting 2021 haar financiering via de 67 Awr vaste inrichting van de 67 Awr vaste inrichting omleiden, dan zal, bij afwezigheid van commerciële redenen, het nastreven van verdragsvoordelen het voornaamste motief zijn geweest.

- 5.19. Daarnaast verdient aandacht dat een anti-fiscaal motief in een later stadium, door de wijziging van feiten en omstandigheden, van gedaante kan wisselen. Denkbaar is dat met het oog op te behalen verdragsvoordelen in een later jaar contractuele voorwaarden worden aangepast. Bijvoorbeeld door een overeenkomst te verlengen. Of door een hoofdsom en de vergoeding daarop te verhogen. Verder kan worden gedacht aan de situatie waarin één van de contractspartijen geen commercieel belang meer heeft bij de overeenkomst, maar dat het contract vanwege te behalen verdragsvoordelen toch wordt voortgezet. Zo is het mogelijk dat een leenverhouding in stand wordt gelaten zonder dat bij de debiteur nog een financieringsbehoefte aanwezig is.
- 5.20. Verder verdient opmerking dat het tijdstip waarop het verdragsmotief wordt getoetst verschillend kan zijn naar gelang van de beloningsvorm. In casu is de vergoeding op de geldverstrekking, de rente, overeengekomen ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst. De toets van het op verdragsvoordelen gerichte motief zal in beginsel op dat tijdstip moeten plaatsvinden en niet op het moment dat de rente wordt voldaan. De wilsovereenstemming die aan de rente ten grondslag ligt, voltrok zich immers ten tijde van het tot stand komen van het contract. Toen hadden partijen het oogmerk om gedurende de looptijd van de ter leen verstrekte gelden een periodieke vergoeding overeen te komen. Maar dit is anders bij een kapitaalverstrekking. Het besluit over de beloning voor het ter beschikking gestelde kapitaal (dividend) wordt immers over het algemeen niet bij aanvang van de geldverstrekking genomen maar pas op het tijdstip dat voldoende voor uitkering beschikbare winst aanwezig is. Zou in deze casus sprake zijn geweest van een dividenduitkering, dan zou daaraan dus een op verdragsvoordelen gericht motief ten grondslag hebben kunnen liggen.
- 5.21. Ook verdient opmerking dat in triangular cases, zoals hier aan de orde, het op een verdragsvoordeel gerichte motief kan volgen uit de omstandigheid dat een verdragsgerechtigd lichaam is tussengeschoven ter verkrijging van verdragsvoordelen die in een rechtstreekse relatie niet waren verkregen. Zelfs bij aanwezigheid van commerciële redenen (zie hiervoor onder 'direct of indirect') kan het verdragsgerechtigde lichaam zijn tussengeschoven met het voornaamste doel om de verdragsvoordelen te genieten. In deze casus zou de 67 Awr vennootschap bijvoorbeeld kunnen functioneren als 'shell company' of 'doorstromer' van een geldlening afkomstig uit 67 Awr. Ook is denkbaar dat het tussengeschoven lichaam dient ter camouflage van winstallocatie in een 'no or low' tax regime. Belastingplichtige profiteert dan onder het verdrag van een verlaging van de brontarieven van het bronland en kan tegelijkertijd de inkomsten fiscaal gunstig naar de derde staat (tax haven) wegsluizen.
- 5.22. Hoe minder activiteiten het tussengeschoven verdragslichaam ontplooit, hoe aannemelijker dat verdragsvoordelen zullen zijn nagestreefd. Maar geen of weinig substance is niet doorslaggevend. Ook lichamen met

operationele activiteiten kunnen worden gebruikt om anti-fiscale rechtshandelingen bij te mengen ter verkrijging van verdragsvoordelen. Anders gezegd, een stroman hoeft niet van stro te zijn om behulpzaam te zijn bij belastingbesparing. Hier geldt daarom des te meer dat de oogmerktoets een feitelijke aangelegenheid is waarbij ieder geval op zichzelf staat.

- 5.23. Conclusie: Indien bij het aangaan van rechtshandelingen daaraan geen op (toekomstige) verdragsvoordelen gerichte motieven ten grondslag liggen, dan ondergaan zij, bij overigens gelijkblijvende feiten en omstandigheden, geen verandering door latere regelgeving waarvoor wel aanspraak op verdragsvoordelen kan worden gemaakt.

Voorwerp en doel

- 5.24. Slechts in het geval dat niet op verdragsvoordelen gerichte motieven veranderen als op een latere datum een nieuwe wet van kracht wordt die recht doet ontstaan op verdragsvoordelen komt de uitzondering op de hoofdregel van de PPT aan de orde. Dit is de 'tenzij' in de PPT die als volgt luidt: *'tenzij wordt vastgesteld dat toekenning van dit voordeel in deze omstandigheden in overeenstemming zou zijn met het voorwerp en doel van de relevante bepalingen van dit Verdrag.'*

- 5.25. Het bepalen van het voorwerp en doel van de relevante bepalingen van het verdrag begint bij de aanhef:

67 Awr

67 Awr

- 5.26. Er is dus nadrukkelijk aangegeven door de verdragspartners dat het verdrag beoogt het ontwijken van belasting tegen te gaan.

67 Awr

67 Awr

67 Awr

zodat het enige aanknopingspunt de aanhef van het Verdrag is bij de uitleg van de slotzin van de PPT.

- 5.27. In de literatuur is tot nu toe nog weinig geschreven over de slotzin van de PPT. Craig Elliffe heeft hieraan wel enige aandacht besteed in het artikel 'The meaning of the principal purpose test: one ring to bind them all'. Dit artikel gaat vooral in op dat wordt verwacht dat het de belastingbetaler zal zijn die zal moeten bewijzen dat toekenning van het voordeel onder het verdrag in overeenstemming is met de bedoeling van het verdrag. Meer in het algemeen geeft het artikel handvatten bij de toepassing van de PPT

waarbij wordt opgemerkt dat bij de uitleg van de bepaling de internationale context waarin deze is ontstaan in het achterhoofd moet worden gehouden en de 'narrow domestic view' daarbij op de achtergrond raakt. De PPT wordt nadrukkelijk in verband gebracht met het op nationaal niveau ontbreken van een GAAR in de verdragscontext zoals dit ook herkenbaar is voor de Nederlandse situatie (wel *fraus legis* maar dit werkt niet door naar de verdragen).

- 5.28. Hoewel de PPT eerder tot het niet toekennen van verdragsvoordelen zal leiden, lijkt voor de toepassing toch te kunnen worden geleerd van wat wij weten over *fraus tractatus*. Evenals bij *fraus tractatus* zal het ook bij de PPT gaan om de gezamenlijke bedoeling van verdragspartijen, zeker waar het gaat om het vaststellen van voorwerp en doel van de bepalingen van het verdrag. Om te beoordelen of het niet toekennen van verdragsvoordelen aan de orde kan zijn kan als eerste stap de nationale doelstelling van het heffen van bronbelasting op interest worden beoordeeld. Uit de wetsgeschiedenis bij de Wet BB blijkt het volgende⁴: 'Om te voorkomen dat Nederland nog langer wordt gebruikt als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties en om het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de (Nederlandse) belastinggrondslag naar laagbelastende jurisdicties te verkleinen, stelt het kabinet voor om per 2021 een conditionele bronbelasting (hierna: bronbelasting) op rente- en royaltybetalingen naar laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties in te voeren.'
- 5.29. Wanneer de doelstellingen om bronbelasting te heffen worden aangelegd tegen de hier besproken casus dan blijkt ten aanzien van de grondslagverschuiving al een passende maatregel van toepassing te zijn (art. 10a Wet Vpb). Het doel dat het heffen van bronbelasting bij deze structuur heeft is dus vooral het voorkomen dat de rentestroom naar een laagbelastende jurisdictie gaat omdat Nederland niet als toegangspoort te boek wil staan.
- 5.30. Het is uitermate lastig om een uitspraak te doen over de gezamenlijke bedoeling van Nederland en 67 Awr als het gaat om de toepassing van de (slotzin van de) PPT in het Verdrag. Desalniettemin lijkt de kans groot dat een rechter in een situatie als deze waarbij er sprake is van een wel heel ruim geformuleerd misbruikbegrip door Nederland ('toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties') waarbij al sprake is van een nationale antimisbruikmaatregel die doel treft, zal kiezen voor een striktere toepassing van de PPT zodat Nederland geen bronbelasting zal mogen heffen.

6. Conclusie

⁴ [Wet bronbelasting 2021](#), *Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3*, p. 1.

- 6.1. De PPT onder het Verdrag 67 Awr kan ook worden toegepast als niet is voorzien in de MLI-antimisbruikbepaling voor in derde staten gevestigde laagbelaste passieve vaste inrichtingen (PE-test).
- 6.2. Indien bij het aangaan van rechtshandelingen daaraan geen op (toekomstige) verdragsvoordelen gerichte motieven ten grondslag liggen, dan ondergaan zij, bij overigens gelijkblijvende feiten en omstandigheden, geen verandering door latere regelgeving waarvoor wel aanspraak op verdragsvoordelen kan worden gemaakt.

Daarnaast lijkt vanuit het “voorwerp en doel” van het verdrag bezien, de kans groot dat een rechter in een situatie als deze waarbij onder de Wet bronbelasting 2021 sprake is van een wel heel ruim geformuleerd misbruikbegrip door Nederland (“toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties”), waarbij al sprake is van een nationale antimisbruikmaatregel die doel treft, zal kiezen voor een striktere toepassing van de PPT zodat Nederland geen bronbelasting zal mogen heffen.

5.1.2a

- 6.3. De vraag of onder art. 10a Wet Vpb de Nederlandse bronbelasting over de bruto rente (bestanddeel van de winst) een compenserende heffing is, dan wel dat deze kwalificatie is voorbehouden aan rente die onderhevig is aan een “belasting naar de winst”, heeft zijn relevantie verloren gelet op het antwoord onder 6.2. Dit betekent dat de vraag niet hoeft te worden voorgelegd aan de CTC.