

# Een evaluatie van het multilateraal instrument

TFO 2018/158.2

## 1. Inleiding

Met deze bijdrage wil ik reflecteren op het 'Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslag-utholling en winstverschuiving' (hierna: het multilateraal instrument of MLI), dat ter ratificatie bij de Kamer ligt.<sup>2</sup> Het MLI is een nieuw fenomeen in een rechtsgebied dat tot dusver wordt gekenmerkt door bilaterale afspraken, en verdient, naast een beschouwing over zijn werking en techniek,<sup>3</sup> ook een evaluatie. Daarbij spelen de volgende vragen. Is het MLI, met het systeem van bilaterale schakels en *matches*, niet te complex, onzeker en ontbreekt het niet aan diepgang en eensgezindheid? En kan het MLI komen te fungeren als 'basis' voor verdere multilaterale onderhandelingen binnen en buiten het verband van de OESO?

Deze bijdrage sluit aan op mijn promotieonderzoek, dat ik heb verricht op het onderwerp van een multilateraal belastingverdrag.<sup>4</sup> In dat onderzoek heb ik onderzocht hoe staten een multilateraal belastingverdrag kunnen ontwerpen waarmee zij noodzakelijke veranderingen (i) snel en (ii) onder gelijke concurrentievoorwaarden in hun bilaterale verdragsrelaties kunnen implementeren.

Ik begin in par. 2 met een beschrijving van eerdere pogingen van de internationale gemeenschap om multilaterale afspraken te maken over belastingen. Een overzicht van deze eerdere – mislukte – pogingen is van belang voor een goed begrip van de rol van een multilateraal verdrag in het internationale belastingrecht. Daarna zet ik in par. 3 mijn toetsingskader uiteen, waarin ik, aan de hand van theorievorming over samenwerking in het internationale belastingrecht, een uitgangspunt formuleer waaraan het MLI kan worden getoetst. Welke rol bestaat er voor een multilateraal belastingverdrag? Aan de hand van dat uitgangspunt evalueer ik het MLI in par. 4. Par. 5 bevat een conclusie.

## 2. Eerdere pogingen voor multilaterale belastingafspraken: 1920-1992

Een multilateraal belastingverdrag werd lang gezien als de meest ideale manier om dubbele belastingheffing te

voorkomen. De voordelen: een multilateraal belastingverdrag zou zorgen voor een uniforme interpretatie van het internationaal belastingrecht en typische problemen uit het bilaterale internationale belastingrecht, zoals die omtrent driehoeksituaties, zouden ermee kunnen worden geadresseerd.<sup>5</sup> Maar een alomvattend multilateraal belastingverdrag dat het probleem van dubbele belastingheffing geheel had moeten oplossen, bleek onhaalbaar. Keer op keer bleken staten geen multilaterale overeenstemming te kunnen bereiken over de verdeling van heffingsrechten met betrekking tot passief inkomen (dat wil zeggen dividenden en interest). Daarnaast werd een multilateraal belastingverdrag, in het licht van het groeiend aantal bilaterale belastingverdragen, steeds minder relevant.

De eerste poging een multilateraal belastingverdrag te sluiten, werd ondernomen tussen 1920 en 1927. Het was nadrukkelijk de bedoeling om binnen de Volkenbond een multilateraal belastingverdrag te ontwikkelen. Maar de *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion* concludeerde dat de fiscale systemen van de staten te verschillend waren. Carroll beschreef de eerste poging om binnen de Volkenbond een multilateraal belastingverdrag te sluiten, als volgt:

“[T]he discussions had revealed that [the adoption of a plurilateral convention] was hardly tenable in regard to certain classes of income, notably interest and dividends, because of the conflicts in opinions and methods of taxation.”<sup>6</sup>

Om die reden verkoos de *Committee* het pad van het bilaterale belastingverdrag te bewandelen.<sup>7</sup>

Ook latere pogingen een multilateraal belastingverdrag te sluiten liepen op niets uit. Aangespoord door de Internationale Kamer van Koophandel,<sup>8</sup> probeerde de Fiscale Commissie van de Volkerenbond het opnieuw in de periode tussen 1929 en 1935. Maar omdat dit keer de kwestie van het verdelen van heffingsrechten over mobiele hef-

1 Mr. dr. D.M. Broekhuijsen is werkzaam bij de Belastingdienst en de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

2 De Nederlandse tekst van het MLI is te vinden in het *Tractatenblad* van het Koninkrijk der Nederlanden 35, 2016, nr. 2, jaargang 2017, nr. 194.

3 Zie: F.P.G. Pötgens & D.M. Broekhuijsen, 'Het Multilaterale Instrument met zijn vele bilaterale schakeringen', *WFR* 2017/76; R.A. Bosman, 'Formele aspecten van het multilaterale instrument', *MBB* 2017/4; D.M. Broekhuijsen, 'Wat is er 'multilateraal' aan het multilateraal instrument?', *FED* 2018/65 en G.T.D.M. Schmitz, 'Een doorbraak met het MLI?', *NTFR-B* 2017/9.

4 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018.

5 Zie o.a. H. Loukota, 'Multilateral Tax Treaty Versus Bilateral Tax Treaty Network', in: M. Lang (red.), *Multilateral Tax Treaties*, Kluwer Law International, 1998 en V. Thuronyi, 'International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty', 26 *Brooklyn Journal of International Law* 1641, 2000.

6 M.B. Carroll, *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress under the League of Nations*, League of Nations, 1939, p. 33.

7 League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion. Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion 1927*, C. 216, M 85., 1927 II, p. 8.

8 League of Nations, *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the First Session of the Committee*, 1929, C516.M.175.1929.II, p. 6.

fingsgrondslagen werd vermeden,<sup>9</sup> werd dubbele belastingheffing met de voorgestelde concepten niet geheel voorkomen.<sup>10</sup> Terwijl de besprekingen over onpraktische multilaterale concepten voortmodderden, groeide het aantal bilaterale belastingverdragen naar ongeveer 60 in 1939, waardoor het sluiten van een multilateraal verdrag aan relevantie verloor.<sup>11</sup> Bovendien werkte de toenemende spanning op het Europese continent niet mee:

“The British Treasury took the firm view that it could see no reason to sacrifice a penny of revenue in order to stimulate British and German firms to set up business in each other’s countries, or to encourage individuals to speculate in buying foreign shares. On the contrary, double taxation was a welcome deterrent to such activities.”<sup>12</sup>

Ook na de Tweede Wereldoorlog kwam een multilateraal belastingverdrag niet van de grond. Wederom was het de Internationale Kamer van Koophandel die een dergelijk verdrag wel zag zitten.<sup>13</sup> Maar gezien de multilateraal slecht te verdelen mobiele heffingsgrondslagen en de verder groeiende populariteit van het bilaterale alternatief,<sup>14</sup> zette de internationale gemeenschap de zinnen op de ontwikkeling van een bilateraal model. Een dergelijk bilateraal model zou, in de visie van de Fiscale Commissie van de OEEC (de voorloper van de OESO), wellicht als basis voor een multilateraal verdrag kunnen fungeren.<sup>15</sup> Het was namelijk onmogelijk in te schatten hoe lang het sluiten van een multilateraal belastingverdrag zou duren, terwijl een bilateraal modelverdrag tot de politieke mogelijkheden behoorde.<sup>16</sup>

Tot een multilateraal belastingverdrag kwam het dus niet. In 1992 werden de pogingen een multilateraal belastingverdrag te sluiten expliciet door de OESO gestaakt.<sup>17</sup>

Toch komt multilaterale consensus wel degelijk voor in het internationale belastingrecht. Alhoewel het OESO-Modelverdrag niet juridisch verbindend is, bevat het wel een zekere mate van multilaterale overeenstemming. On-

danks de verschillende belangen van bron- en woonstaten, ontstond er overeenstemming over de verdeling van de immobiele heffingsgrondslagen, zoals pensioenen en arbeid.<sup>18</sup> Het multilaterale karakter van de modelverdragen is wellicht het sterkst tot uitdrukking gekomen ten aanzien van concepten zoals ‘inwoner’, ‘vaste inrichting’ en het ‘arm’s length’-beginsel. Deze concepten – waarvan wordt gezegd dat zij behoren tot een ‘*international tax language*’<sup>19</sup> – worden wereldwijd op een vergelijkbare manier uitgelegd en toegepast.

Uit dit korte historisch overzicht kan het volgende worden geconcludeerd. Enerzijds is het duidelijk dat een multilateraal belastingverdrag het netwerk van bilaterale belastingverdragen niet zomaar kan vervangen omdat dat netwerk zijn nut heeft bewezen.<sup>20</sup> Anderzijds is het duidelijk dat multilaterale consensus in een bepaalde mate aanwezig is. De in het OESO-Modelverdrag voorkomende kernbegrippen, die hun weg hebben gevonden naar de bilaterale belastingverdragen, kunnen de facto als multilateraal worden bestempeld. Dat betekent dat er in het internationale belastingrecht geen scherpe grens valt te trekken tussen bilaterale en multilaterale regels. Dat betekent ook dat voor een multilateraal belastingverdrag alleen een rol bestaat indien het, als een soort laken, ‘over’ het netwerk van bilaterale belastingverdragen komt te liggen.

### 3. Toetsingskader voor een multilateraal belastingverdrag

#### 3.1. Inleiding

Om een toetsingskader te formuleren voor een multilateraal belastingverdrag, maak ik gebruik van zowel een realistisch als een normatief perspectief op internationale belastingsamenwerking. In het normatieve perspectief (par. 3.2) beargumenteer ik dat de inhoud van een multilateraal belastingverdrag *in ieder geval* procedureel rechtvaardig tot stand moet komen. Anders bestaat het risico dat uitkomsten bij voorbaat als oneerlijk worden beschouwd. In het realistische perspectief (par. 3.3) poog ik de omstandigheden te achterhalen waaronder staten bereid zijn multilaterale regels af te spreken. Dit doe ik vanuit het zogenaamde neoliberal-institutioneel gezichtspunt. Onder dit gezichtspunt is de assumptie dat staten alleen internationale samenwerking aangaan, indien er door die samenwerking voordelen kunnen worden behaald. Wat beïnvloedt, vanuit dat gezichtspunt, de

9 De Fiscal Committee van de League of Nations kwam met twee voorstellen: Draft A en Draft B, zie: League of Nations, *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the First Session of the Committee*, 1929, C516.M.175.1929.II, p. 6; League of Nations, *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee*, 1930, C.340.M.140.1930.II, p. 8-9; League of Nations, *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Third Session of the Committee*, 1931, C.415.M.171.1931.II.A, p. 3.  
10 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, p. 12-14.  
11 Zie M.B. Carroll, *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress under the League of Nations*, League of Nations 1939, Appendix II.  
12 S. Picciotto, *International Business Taxation: A Study in the Internationalization of Business Regulation* Cambridge: Cambridge University Press Electronic ed. 1992, p. 25-26.  
13 OEEC, *Report by the Fiscal Committee on its Activities*, 1958, C(58) 118, part I, par. 16.  
14 In 1956 bestonden er ongeveer 130 bilaterale belastingverdragen.  
15 Id., par. 14.  
16 OEEC, *1958 Report by the Fiscal Committee on its Activities (I)*, par. 14.  
17 Zie OESO, ‘Introduction’, in: *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version* (2017), par. 40.

18 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International 2018, par. 2.2.2., waar ik de modelbelastingverdragen van Mexico en Londen met elkaar vergelijk. In het Modelverdrag van Mexico overheerste het bronstaatbeginsel; in die van Londen het woonstaatbeginsel.  
19 K. Vogel, ‘The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation’, 54 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 612, 2000, p. 616: “If a term – by which I mean not only individual words, but also coherent expressions or sentences – was already used by the Draft Convention of 1963 and explained by its Commentaries, I suggest that this term be considered to have become in the course of time part of the ‘international tax language’.”  
20 W. Schön, ‘International Tax Coordination for a Second Best World (Part I)’, 1 *World Tax Journal* 67, 2009, p. 86.

beslissing van staten om akkoord te gaan met een multilaterale belastingregel? In par. 3.4 breng ik beide perspectieven samen. Daar formuleer ik een uitgangspunt waaraan het MLI kan worden getoetst. Par. 3.5 bevat, tot slot, een tussenconclusie.

### 3.2. **Het normatieve perspectief op internationale belastingssamenwerking**

Het sluiten van een multilateraal belastingverdrag biedt een mooie kans om het internationaal belastingrecht 'eerlijk' te maken. Maar wat is 'fair' internationaal belastingrecht? Mijns inziens begint 'fair' internationaal belastingrecht bij het proces, niet bij de inhoud. Alvorens te zoeken naar inhoudelijke oplossingen, moet er worden gekeken naar de manier waarop die inhoudelijke oplossingen tot stand komen.

Dit argument kan nader worden onderbouwd met behulp van recente theorievorming over procedurele rechtvaardigheid in het internationale belastingrecht.<sup>21</sup> Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om deze theorie<sup>22</sup> en de daarbij behorende grondslagen<sup>23</sup> geheel te bespreken. Ik volsta met enkele algemene opmerkingen.

Het argument begint bij de constatering dat voor internationale besluitvorming, grenzen relevant zijn. Besluitvorming wordt beïnvloed door de verschillende posities van met elkaar concurrerende overheden. Dit leidt, is de gedachte, tot verstoorde besluitvormingsprocessen. Deze door globalisering veroorzaakte verstoringen kunnen alleen worden weggenomen indien de natiestaat uit het wereldbeeld zou worden weggedacht en er een politieke werkelijkheid zou worden ingebeeld waarin niet overheden, maar de burgers zelf centraal staan. Dit kosmopolitisch gedachte-experiment, waarbij alle burgers ter wereld geacht worden deel uit te maken van één en dezelfde politieke gemeenschap, biedt vervolgens een normatieve basis om internationale besluitvorming te kunnen evalueren.

Een van de auteurs die dit gedachte-experiment heeft uitgevoerd, is Christians. Zonder dat zij daaraan een concrete invulling geeft, is haar uitgangspunt dat burgers – waar dan ook ter wereld – onder een impliciet sociaal contract de 'sovereign duty' hebben elkaar een 'inequitable tax burden' te besparen. Als één groep met burgers besluit regels te ontwerpen waardoor de belastingdruk op anderen onbillijk wordt, is dat problematisch.<sup>24</sup> Toegepast op de

huidige, in natiestaten verdeelde wereld, moet daarom, bij het ontwerpen van belastingregels, rekening worden gehouden met de invloed van die regels op de belastingstelsels van anderen. Daarin staat het begrip 'sovereign duty' centraal. In de woorden van Christians: "[The] sovereign duty requires states to refrain from enacting or maintaining legislation that undermines the revenue efforts of other states".<sup>25</sup> Maar omdat het lastig is vast te stellen wat een onbillijke belastingdruk is, weten we niet wat de omvang van deze soevereine verantwoordelijkheid<sup>26</sup> is. We weten enkel dat er een soevereine verantwoordelijkheid bestaat. Om de omvang en reikwijdte van die soevereine verantwoordelijkheid daadwerkelijk te kunnen bepalen, is daarom een terugkerende, open en inclusieve dialoog nodig tussen alle contractanten.<sup>27</sup> Christians' gedachte-experiment suggereert daarom dat indien er *inderdaad* een impliciet sociaal contract voor het internationaal belastingrecht kan worden geconstrueerd, correcte procedures van belang zijn om de inhoud van dat in abstracte termen geformuleerde sociaal contract nader te kunnen vaststellen.

Het idee dat de kans op eerlijke regels wordt beïnvloed door de kwaliteit van de onderliggende procedures, wordt ook door andere auteurs gedeeld. In een ander recent kosmopolitisch gedachte-experiment, namelijk dat van Peters, komt dat idee sterk terug. Kort gezegd, is zijn stelling: internationaal belastingrecht is enkel legitiem (en dus, op de lange termijn, fair) indien de burgers, waar dan ook ter wereld, *zichzelf* als de auteurs van dat recht zien. Daar gaat het, bij de huidige besluitvormingsprocessen, mis: internationale belastingregels worden voorbereid en nader ingevuld op een internationaal niveau, waar de invloed van burgers, via hun parlementen, marginaal te noemen is. Zoals ook Essers dat heeft verwoord: "Parliaments can only discuss the results of the OECD meetings with the ministers of the national government; citizens can only hold their national parliamentarians accountable in the elections every four years".<sup>28</sup> Sommige burgers zijn überhaupt niet bij de internationale besluitvorming betrokken, omdat hun overheden geen lid van de OESO zijn. Besluitvorming die plaatsvindt, is niet transparant genoeg, waardoor burgers beslissingen maar moeilijk kunnen bekritisieren.<sup>29</sup> Alhoewel de OESO, ten aanzien van het BEPS-Project, rapporten en discussie drafts heeft gepubliceerd, is er nog te weinig informatie beschikbaar over hoe besluitvorming *daadwerkelijk* plaatsvindt.<sup>30</sup> Internationale besluitvorming moet zijn ge-

21 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International 2018, hfdst. 4.

22 Ik baseer mij voornamelijk op: A. Christians, 'Sovereignty, Taxation and Social Contract', 18 *Minnesota Journal of International Law* 99, 2009 en C. Peters, *On the Legitimacy of International Tax Law*, IBFD 2014.

23 De theorie van Christians is gebaseerd op M.C. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Harvard: Harvard University Press 2006 en die van Peters op het werk van Habermas, met name: J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, vertaald door W. Rehg, Polity, 1996.

24 Om te kunnen claimen dat een dergelijke 'soevereine verantwoordelijkheid' bestaat, verwijst Christians naar uitingen van de OESO. Zie A. Christians, 'Sovereignty, Taxation and Social Contract', 18 *Minnesota Journal of International Law* 99, 2009, p. 127.

25 Zie A. Christians, 'Sovereignty, Taxation and Social Contract', 18 *Minnesota Journal of International Law* 99, 2009, p. 147.

26 'Soevereine verantwoordelijkheid' is volgens mij een toepasselijkere vertaling dan 'soevereine plicht', mede omdat de theorie van Christians sterk lijkt op het werk van anderen, o.a., H. Gribnau, 'The Integrity of the Tax System after BEPS: A Shared Responsibility', 10 *Erasmus Law Review* 12, 2017 en P. Dietsch, 'Rethinking Sovereignty in International Fiscal Policy', 37 *Review of International Studies* 2107, 2011.

27 A. Christians 2009, p. 152.

28 P.H.J. Essers, 'International Tax Justice Between Machiavelli and Habermas', 68 *Bulletin for International Taxation* 54, op p. 57. Zie ook C. Peters 2014, hfdst. 6.6.2.3.

29 C. Peters 2014, hfdst. 6.6.2.3.

30 I.J. Mosquera Valderrama, 'Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism', 7 *World Tax Journal* 344, 2015.

baseerd op een zich telkens herhalende, transparante en open discussie. Pas zodra alle burgers wereldwijd serieuze invloed kunnen uitoefenen op internationale besluitvorming, kan worden verwacht dat uitkomsten als eerlijk worden beschouwd.

Vanuit het kosmopolitisch gedachte-experiment bezien, is dus een terugkerende, inclusieve en transparante dialoog noodzakelijk om ervoor te zorgen dat het internationale belastingrecht eerlijk is en blijft. Eerlijke procedures dragen zorg voor eerlijke uitkomsten. Een voorlopige conclusie is daarom dat een multilateraal belastingverdrag, *whatever its contents*, dergelijke elementen moet faciliteren.

### 3.3. **Het realistische perspectief op internationale belastingssamenwerking**

Onder welke omstandigheden zijn staten bereid om multilaterale regels af te spreken? Om deze omstandigheden te achterhalen, heb ik in mijn onderzoek gebruik gemaakt van het neoliberaal-institutionele gezichtspunt, dat afkomstig is uit de internationale betrekkingen.<sup>31</sup> De belangrijkste assumptie van het neoliberaal-institutionele gezichtspunt is dat samenwerking tussen staten alleen tot stand komt indien staten daaruit voordeel verwachten te behalen.<sup>32</sup> Op het gebied van het internationaal belastingrecht, ligt het voor de hand dit voordeel uit te drukken in termen van welvaartswinst c.q. een toename van het BBP. De focus van het gezichtspunt ligt daarom op de grootte en verdeling van de samenwerkingswinst (dat wil zeggen op de economische gevolgen van het sluiten van een multilateraal of bilateraal belastingverdrag), evenals op de transactiekosten van samenwerking (één multilaterale deal is goedkoper dan meerdere).

Op grond van dat neoliberaal-institutioneel gezichtspunt blijkt dat de keuze voor een multilaterale of bilaterale afspraak afhankelijk is van twee factoren: (i) de omvang van het verdelingsconflict dat centraal staat (dat wil zeggen de grootte van de nationale winst die of het nationale verlies dat op het spel staat) en (ii) de onzekerheid daaromtrent. Naarmate de economische belangen die op het

spel staan groter worden, groeit de kans dat staten de voorkeur geven aan een bilaterale overeenkomst.<sup>33</sup>

Regels die een duidelijk verdelingsconflict benadrukken, zoals de percentages opgenomen in equivalenten van art. 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag, kunnen om die reden het best met behulp van bilaterale verdragen worden geregeld. De bilaterale onderhandeling tussen staten A en B kan namelijk precies worden afgestemd op de eigenschappen van de economische relatie A-B. Indien A en B beide het liefst een tarief van 0% op dividenden, interest en royalty's hanteren, is het logische resultaat van die onderhandeling een tarief van 0%. Maar als de rest van de wereld aan de onderhandeling meedoet, zoals bij de totstandkoming van een multilateraal verdrag, moeten de belangen van staten C-Z ook worden meegewogen. Een dergelijke onderhandeling zou dan kunnen leiden tot een tarief van 10%, dat voor A en B wellicht een te grote concessie is. Het vaste, inflexibele tarief van 10% is dan immers op alle relaties A-Z van toepassing. Dit zou ertoe kunnen leiden dat A en B niet bereid zijn om aan het multilateraal verdrag mee te doen.<sup>34</sup> Staten zullen daarom de voorkeur geven aan bilaterale overeenkomsten zodra de verdeling van heffing aanzienlijke economische implicaties heeft.

Daar staat factor (ii) tegenover: naarmate de onzekerheid omtrent het toekomstige beloop van de baten of kosten van samenwerking toeneemt, zijn multilaterale afspraken wel mogelijk. Een rationele maar risico-averse deelnemer van een multilaterale onderhandeling komt, in het vooruitzicht van omvangrijke maar onzekere veranderingen, 'eerlijke' afspraken overeen, dat wil zeggen afspraken die de risico's beperken ingeval hij in de toekomst tot de verliezers blijkt te behoren. Onder dergelijke afspraken bestaat, met andere woorden, de verwachting dat zij *grosso modo* voor alle participanten tot een aanvaardbare verdeling zullen leiden.<sup>35</sup> De gedachte wordt door Brennan & Buchanan als volgt uitgelegd:

“Consider the position of a dairy farmer (...). He might strongly oppose a specific reduction in milk price

31 Het neoliberaal-institutionalisme (niet verwant met het neoliberalisme dat geassocieerd wordt met Thatcher en Reagan), hangt samen met de gedachte dat internationale samenwerkingsproblemen gelijkenissen vertonen met prisoner's dilemma's. Nadelige uitkomsten onder prisoner's dilemma's (lees: langere straffen voor de gevangenen) kunnen worden voorkomen zodra staten (lees: de gevangenen) samenwerking enigszins institutionaliseren, waardoor zij beter met elkaar communiceren (lees: waardoor zij de muren van de gevangenis cellen transparant maken). Zie R.O. Keohane: *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, 1984.

32 Zie eerder: D.M. Broekhuijsen & H. Vording, 'Multilaterale samenwerking ten aanzien van het BEPS-Project: een prognose', *WFR* 2016/53 en D.M. Broekhuijsen & H. Vording, 'The Multilateral Tax Instrument: How to Avoid a Stalemate on Distributional Issues?' *British Tax Review* 39, 2016.

33 Het is hier nog van belang op te merken dat in de neoliberaal-institutionele analyse wordt verondersteld dat rationaliteit beperkt is (keuzemogelijkheden worden beperkt door onzekerheid c.q. kosten van informatieverwerking over alternatieve opties) en dat staten risico-avers zijn (het afwenden van een nationaal verlies weegt zwaarder dan het behalen van een in omvang gelijke winst). Zie B. Koremenos, *The Continent of International Law: Explaining Agreement Design*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, hfdst. 2. In dit boek zijn de neoliberaal-institutionele bevindingen ook empirisch getoetst.

34 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, hfdst. 4, dat o.a. leunt op het werk van A. Thompson & D. Verdier, 'Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design', *58 International Studies Quarterly* 1, 2016.

35 In de woorden van Brennan & Buchanan zijn participanten onder een bepaalde mate van onzekerheid geneigd: "to agree on arrangements that might be called 'fair' in the sense that patterns of outcomes generated under such arrangements will be broadly acceptable, regardless of where the participant might be located in such outcomes". Zie G. Brennan & J.M. Buchanan, 'The Reason of Rules: Constitutional Political Economy', in: *The Collected Works of James M. Buchanan* (Liberty Fund 1985), hfdst. 2, sec. VII., p. 33-36.

supports, since such action will almost surely reduce his net wealth. At the same time, however, he might support a generalized rule that would eliminate political interference with any and all prices for services or goods. The effect of such a rule change or institutional reform on his own net wealth is less determinate in the latter case than in the former.”<sup>36</sup>

Regels waarvan de verwachting bestaat dat zij ‘eerlijk’ uitpakken, zijn regels waarvan de werking afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Deze regels worden door Brennan & Buchanan ‘rules of the road’ genoemd, verwijzend naar de voorrangsregels uit het verkeer.<sup>37</sup> Omdat een regel zoals ‘rechts heeft voorrang’ in het ideale geval ‘eerlijk’ uitpakt (dat wil zeggen soms komt de ene verkeersdeelnemer van rechts, soms de ander), kan een dergelijke regel in een multilateraal verdrag worden opgenomen. Het zal daarom geen verbazing wekken dat contextafhankelijke regels van het internationale belastingrecht, zoals ‘inwoner’, ‘vaste inrichting’ en het ‘arm’s length’-beginsel, *de facto* als multilateraal kunnen worden gezien. Dit zijn namelijk ‘rules of the road’.<sup>38</sup>

Hieruit volgt dat een multilateraal belastingverdrag de deelnemers een bepaalde mate van flexibiliteit moet bieden. Deze flexibiliteit kan grofweg op twee manieren worden ingebouwd. De eerste methode is door staten de ruimte te geven van een multilaterale norm af te wijken. In het meest vergaande geval wordt staten de mogelijkheid geboden een multilateraal vastgestelde norm nader handen en voeten te geven in een bilaterale onderhandeling. Minder vergaand zijn reservations (‘opt-out’) of optionele bepalingen (‘opt-in’). De keuze voor een reservation of optionele bepaling leidt namelijk tot afwijkingen van een multilateraal vastgestelde norm en dus tot onderlinge, bilaterale, verhoudingen. Een tweede methode om een multilaterale afspraak aantrekkelijk te maken voor alle deelnemende partijen, is door gebruik te maken van ‘rules of the road’. Omdat de werking van deze verkeersregels afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval, leiden zij tot de noodzakelijke flexibiliteit.

Hieruit volgt ook dat de vooruitzichten van een multilaterale onderhandeling minder positief zijn zodra de vereiste flexibiliteit ontbreekt. Een regel waarmee een duidelijk verdelingsconflict niet kan worden verhuld en waarop geen bilaterale uitzonderingen mogelijk zijn, lijkt lastig haalbaar in een multilaterale context.<sup>39</sup> Wat met een multilateraal belastingverdrag kan worden bereikt, mag daarom niet worden overschat.

36 Id., p. 34.

37 Zie id.

38 Meer uitgebreid: D.M. Broekhuijsen & H. Vording, ‘Multilaterale samenwerking ten aanzien van het BEPS-Project: een prognose’, *WFR* 2016/53.

39 In D.M. Broekhuijsen & H. Vording, ‘Multilaterale samenwerking ten aanzien van het BEPS-Project: een prognose’, *WFR* 2016/53, par. 5, benaderen we vanuit dit perspectief enkele uit het BEPS-Project afkomstige beleidsopties.

#### 3.4. Welke rol voor een multilateraal belastingverdrag?

##### 3.4.1. Een multilateraal belastingverdrag als discussieforum

Op basis van par. 3.3. kan worden geconcludeerd dat een multilateraal verdrag geen ‘quick fix’ is waarmee belastingontwijking geheel kan worden tegengegaan. Daarom moet de focus worden verlegd naar de in par. 3.2 geformuleerde normatieve uitgangspunten: in plaats van te zoeken naar inhoudelijke multilaterale oplossingen, moet er eerst worden gekeken naar de kwaliteit van het proces, naar de manier waarop die inhoudelijke oplossingen tot stand komen. Pas als het proces eerlijk verloopt, bestaat er een kans dat staten een typisch samenwerkingsprobleem, zoals belastingontwijking, kunnen oplossen.

En juist op het vlak van het proces valt er met een multilateraal belastingverdrag relatief veel winst te behalen. Een multilateraal belastingverdrag kan discussies over de inhoud van het internationale belastingrecht faciliteren. Ook kan het worden gebruikt om wijzigingen sneller in de bilaterale belastingverdragen te implementeren. Een multilateraal belastingverdrag als een forum voor discussies: zou daarmee duurzame samenwerking op het gebied van het internationaal belastingrecht tot stand kunnen worden gebracht?

Eerst zet ik uiteen dat een dergelijke procesafpraak een duurzame oplossing kan zijn om bilaterale belastingverdragen sneller te wijzigen (par. 3.4.2). Dan besteed ik aandacht aan het idee dat een forum voor discussies kan zorgdragen voor een level playing field, waarbinnen de inhoud van het internationale belastingrecht zich langzaam maar zeker kan ontwikkelen (par. 3.4.3).

##### 3.4.2. Snellere wijziging van belastingverdragen

Een multilateraal verdrag als discussieforum biedt in ieder geval een duurzame oplossing om noodzakelijke wijzigingen sneller in de bilaterale verdragen te implementeren, onafhankelijk van de vraag wat de inhoud van die oplossingen precies is. Dit komt omdat een multilateraal verdrag als discussieforum de transactiekosten van ‘traditionele’ bilaterale onderhandelingen verlaagt.

De reden hiervoor is dat de onderhandelingen bij een dergelijk discussieforum onderhevig zijn aan twee fasen: in stap één spreken staten af *waar* onderhandelingen zullen plaatsvinden (bijvoorbeeld Parijs), waarover deze onderhandelingen zullen gaan en welke begrippen en uitgangspunten zullen worden gehanteerd. Zouden staten in de eerste stap een multilaterale norm overeenkomen, zoals een ‘rule of the road’, dan is de kous af. Dan werkt die norm in één klap naar alle onderliggende bilaterale belastingverdragen door. Maar lukt dat niet, wat heel goed denkbaar is (zie eerder par. 3.3), dan kunnen in ‘stap twee’, paarsgewijs of, indien mogelijk, tussen groepjes van staten, de daadwerkelijke onderhandelingen plaats-

vinden.<sup>40</sup> Deze tweede stap maakt dat, in termen van transactiekosten, een multilaterale onderhandeling goedkoper is dan het sluiten van veel individuele bilaterale afspraken. Zelfs als een onderhandeling niet in een multilaterale norm resulteert in ‘stap één’, is het, met andere woorden, goedkoper om één keer met z’n allen naar Parijs te vliegen, dan telkens twee-aan-twee op verschillende plekken af te moeten spreken. Verdere transactiekosten kunnen in dit geval worden bespaard door in stap één gezamenlijke uitgangspunten en procedures te formuleren, waardoor tijdens de onderhandelingen in ‘stap twee’ op één issue kan worden gefocust. Alhoewel vormgegeven in een multilateraal verdrag, zijn de onderliggende verplichtingen in zo’n geval bilateraal van aard.<sup>41</sup>

Dat betekent dat een multilateraal verdrag als discussieforum dus niet per definitie leidt tot eensgezind aangenomen multilaterale normen. Maar het biedt staten wel de mogelijkheid kosten van samenwerking te verlagen. Daarmee is niet gezegd dat een verlaging van de transactiekosten ook *daadwerkelijk* voor snellere belastingverdragswijzigingen zorgt. Maar de verwachting is, in de woorden van de OESO, dat:

“only a multilateral instrument can overcome the practical difficulties associated with trying to rapidly modify the 3000+ bilateral treaty network.”<sup>42</sup>

### 3.4.3. Een level playing field

#### 3.4.3.1. Inleiding

Het is van belang dat een multilateraal belastingverdrag een ‘level playing field’ creëert, dat wil zeggen dat samenwerking tussen de deelnemers plaatsvindt onder gelijke concurrentievoorwaarden. Zodra één land zich aan samenwerking onttrekt, zal het probleem (lees: belastingontwijking) zich immers naar dat land verplaatsen.<sup>43</sup> Collectief bezien is die uitkomst, waarbij het ‘ieder voor zich’ is, minder aantrekkelijk: ofwel de vennootschapsbelasting wordt, wegens voortgaande belastingconcurrentie, langzaam zonder betekenis, ofwel het internationale belastingrecht verwordt tot een woud van unilaterale antimisbruikregels. Bij het ontwerpen van een multilateraal belastingverdrag moet daarom een manier worden gevonden waarmee een level playing field in stand kan worden gehouden en tot ontwikkeling kan komen.

Om een level playing field in stand te houden, bestaan er grofweg twee designopties: een harde en een softe.<sup>44</sup> De ‘harde’ optie is het regulatorisch verdragsregime: een sterk

institutionele omgeving, waarmee multilaterale regels kunnen worden opgelegd en afgedwongen. Maar zoals we eerder hebben gezien, houden staten graag een slag om de arm zodra zij multilaterale regels aangaan wegens verlies aan controle. Dat geldt niet alleen voor de overeen te komen inhoud (zie par. 3.3), maar ook ten aanzien van de mate van institutionalisering die met een multilateraal verdrag kan worden bereikt. Zoals Keohane & Nye betogen:

“Centralized enforcement of rules in international regimes through hierarchical arrangement is normally out of the question: there is no police force and only a tiny international bureaucracy. If states are to comply with regime rules, they must do so on the basis of long-term self-interest”.<sup>45</sup>

De opwaartse delegatie van bevoegdheden, bijvoorbeeld aan een internationale organisatie of tribunaal, ligt niet erg voor de hand: het internationale belastingrecht kent immers een sterke samenhang met de kernfuncties van de individuele staat. Tekenend is dat bevoegdheid over de directe belastingen nooit opwaarts is gedelegeerd binnen de EU.<sup>46</sup> Voor het in stand houden van een level playing field, lijkt een regulatorisch regime dus niet de juiste koers.

De ‘softe’ designoptie biedt, mede gelet op de uitgangspunten van par. 3.2 en 3.3, meer hoop. Kernwoorden van deze designoptie<sup>47</sup> zijn: discussie, overtuiging, vertrouwen en compromis.<sup>48</sup> Zij is kansrijk wanneer partijen een bepaald verdelingsprobleem niet direct weten op te lossen, maar zij het er wel over eens zijn dat samenwerking in ieder geval, op de lange termijn, in ieders belang is. Omdat veel internationale samenwerkingsproblemen deze eigenschappen vertonen, wordt de softe aanpak ook in andere rechtsgebieden gebruikt: hij komt bijvoorbeeld sterk terug bij samenwerking ten aanzien van het klimaat.<sup>49</sup>

Het is niet vanzelfsprekend dat de softe aanpak werkt. Het is de bedoeling dat duurzame samenwerking ontstaat tussen van elkaar verschillende partijen. Ook ten aanzien

40 Zie J.L. Goldsmith & E.A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 87.  
 41 Zie D.M. Broekhuijsen, ‘Wat is er ‘multilateraal’ aan het multilateraal instrument?’, *FED* 2018/65.  
 42 OESO, ‘Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report’, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 12.  
 43 OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2013, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en> p. 10-11.  
 44 Samenwerking binnen de EU laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

45 R.O. Keohane & J.S.J. Nye, *Power and Interdependence*, Longman, 3e ed., 1989, p. 295.  
 46 Zie o.a. ECJ, *Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker*, 14 februari 1995, C-279/93, par. 21.  
 47 In het Engels wordt deze designoptie ‘managerial treaty design’ genoemd. Zij kent ook een eigen theorie, te weten ‘managerial theory’.  
 48 De meest belangrijke bijdragen aan ‘managerial theory’ zijn: J. Brunnée & S.J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*. Cambridge: Cambridge University Press 2010, waarin de theorie empirisch is getoetst in verschillende casestudy’s; C.R. Kelly, ‘Enmeshment as a Theory of Compliance’, 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 303, 2005; H.H. Koh, ‘Transnational Legal Process’, 75 *Nebraska Law Review* 181, 1996; A. Chayes & A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard: Harvard University Press 1995; T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford: Oxford University Press 1990. Een vorm van kritiek: G.W. Downs, K.W. Danish & P.N. Barsboom, ‘The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience?’, 38 *Columbia Journal of Transnational Law* 465, 2000.  
 49 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, par. 6.4 voor een vergelijking van het internationale belastingrecht met het internationale milieurecht.

van het klimaat heeft de aanpak nog niet tot een echt grote doorbraak geleid.<sup>50</sup> Maar feit is wel dat er over het klimaat frequent wordt onderhandeld en gesproken in een regelmatig gehouden klimaattop en dat hiervan inhoudelijke effecten uitgaan. Hierdoor is 'samenwerken' de regel geworden en wordt terugtrekken als omstreden ervaren door de andere deelnemers.<sup>51</sup> Om de kans op succes te vergroten voor het internationale belastingrecht, is het daarom noodzakelijk dat, net zoals ten aanzien van samenwerking op het gebied van het klimaat:<sup>52</sup>

- (i) staten met enige regelmaat in het discussieforum bij elkaar komen;
- (ii) op basis van transparante en inclusieve samenwerking op bestaande uitgangspunten wordt voortgebouwd; en
- (iii) gedeelde opvattingen in rechtsnormen worden gegoten. Door van deze elementen gebruik te maken, kan het verdragsregime:

“take on a momentum of its own, by providing a forum for discussions, serving as a focal point for international public opinion, and building trust among participants”.<sup>53</sup>

Of zoals Chayes & Chayes opmerken:

“Our experience as well as our research indicates that (...) the fundamental instrument for maintaining compliance with treaties at an acceptable level is an iterative process of discourse among the parties, the treaty organization, and the wider public. We propose that this process is usually viewed as management rather than enforcement.”<sup>54</sup>

Elk van de vereisten zal hieronder kort worden toegelicht.

### 3.4.3.2. *Terugkerende discussies*

Om een level playing field in stand te houden, moeten discussies inhoudelijk doorlopend zijn en feitelijk met enige regelmaat plaatsvinden. Dit heeft twee voordelen. Ten eerste zorgt dit ervoor dat staten rekening kunnen houden met de veranderende opvattingen en eisen van de maatschappij. Als maatschappelijke opvattingen veranderen, kunnen beleidsmakers daarop reageren. Ten tweede kunnen staten de toekomstige voordelen van duurzame samenwerking afzetten tegen winst op de korte termijn.

Dat tweede punt kan worden uitgelegd aan de hand van speltheorie. Zolang interactie plaatsvindt in een oneindig aantal samenwerkingsrondes, kan van spelers worden verwacht dat zij hun samenwerkingsstrategie baseren op

'tit-for-tat'.<sup>55</sup> Onder deze strategie kopieert speler A de in de voorgaande ronde gespeelde actie van speler B. Kiest speler B in de eerste ronde voor samenwerking, dan kiest speler A in de tweede ronde ook voor samenwerking; kiest speler B in de eerste ronde om te verzaken, dan zal speler A in de tweede ronde ook verzaken. Stel nu dat staten A en B gezamenlijk een algemene anti-misbruikregel zijn overeengekomen. Hiermee wensen zij te voorkomen dat zij in een belastingconcurrentiestrijd verzeild raken of dat één van hen unilaterale misbruikregels invoert. Zodra land B in een bepaalde ronde besluit die anti-misbruikregel niet toe te passen, met als doel om op de korte termijn extra investeringen aan te trekken, weet hij dat land A in de volgende ronde ervoor zal kiezen om een unilaterale anti-misbruikregel in te voeren. Deze verwachting dwingt staten dus een gezamenlijke oplossing te zoeken.

Om de onderhandeling richting te geven, kunnen partijen gezamenlijke doelstellingen formuleren. Dit heeft als voordeel dat er duidelijkheid ontstaat over de vraag waarover besprekingen moeten gaan.<sup>56</sup> Een procesafpraak waarmee terugkerende discussierondes worden georganiseerd, kan in dat geval leiden tot diepgaandere vormen van samenwerking.<sup>57</sup>

### 3.4.3.3. *Op transparante en inclusieve wijze voortbouwen op bestaande uitgangspunten*

Uit de literatuur van de internationale betrekkingen volgt een sterke aanwijzing dat nieuwe normen worden ontwikkeld op basis van reeds bekende uitgangspunten. Normen ontstaan, met andere woorden, nooit 'opeens', maar maken een geleidelijke ontwikkeling door.<sup>58</sup> De verwachting is dus, met andere woorden, dat al te revolutionaire concepten geen plaats krijgen in internationale afspraken. Zoals Payne opmerkt:

“Actor A communicates to actors B, C and D that new normative concern Z should be embraced because Z is similar to already agreed norms X and Y.”<sup>59</sup>

Voor deze vorm van geleidelijke normontwikkeling is het van belang dat samenwerking transparant en inclusief is. De noodzaak hiervan is sterk gerelateerd aan de gedachte dat overtuiging, discussie en vertrouwen de *drivers* van internationale samenwerking zijn en dat het hierboven bedoelde leerproces zonder die elementen niet kan plaatsvinden. Inclusieve onderhandelingen zijn nodig, omdat:

50 De meest recente doorbraak was het akkoord van Parijs in 2015.

51 Zie bijvoorbeeld *de Volkskrant* 2 juni 2017, 'Obama, Merkel en Makron reageren op klimaatbesluit Trump: schandelijk zonde', [www.volkskrant.nl/es-bce44e58](http://www.volkskrant.nl/es-bce44e58).

52 Ik heb het hier over het VN-Klimaatverdrag.

53 Ontleend aan D. Bodansky, 'WHO Technical Briefing Series: The Framework Convention/Protocol Approach', 1999, WHO/NCD/TFI/99.1.

54 A. Chayes & A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* Harvard: Harvard University Press 1995, p. 25-26.

55 Zie R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books Inc., 1984 en R.O. Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, 1984.

56 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, par. 7.4.

57 Id., par. 6.3.2.

58 Dit volgt o.a. uit literatuur over 'norm entrepreneurs', zie M. Finnemore & K. Sikkink, 'International Norm Dynamics and Political Change', *52 International Organization* 887, 1998; en E.A. Nadelmann, 'Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society', *44 International Organization* 479, 1990.

59 R.A. Payne, 'Persuasion, Frames and Norm Construction', *7 European Journal of International Relations* 37, 2001, p. 43.

“The process of deliberation among a more diverse set of actors fosters exchange of policy knowledge and experience, promotes common understandings and purpose through continued interaction, contestation, and justification of action, and thus more likely leads to changes in legal norms.”<sup>60</sup>

En transparante onderhandelingen zijn nodig omdat, in de woorden van Ernst Haas:

“Increasing the transparency of decision processes is a necessary, though far from sufficient, step in encouraging a transideological dialogue. Regimes and their organizations become less threatening to the outsiders when their inner workings are better understood. (...) Transparency does not guarantee successful and consensual redefinition of problems. But without it, no consensual redefinition seems possible.”

Een procesafpraak waarbinnen op transparante en inclusieve wijze wordt voortgebouwd op reeds bekende normen, kan dus voor de noodzakelijke verandering zorgen, waardoor het internationale belastingrecht geleidelijk aan kan worden gemoderniseerd.<sup>61</sup>

#### 3.4.3.4. *Gedeelde opvattingen moeten in rechtsnormen worden opgenomen*

Tot slot is het van belang dat opvattingen waarover consensus is komen te ontstaan in rechtsnormen worden gegoten. Zodra een gedeelde opvatting eenmaal in een juridisch verbindende norm is vastgelegd, wordt een uitgangspunt geschapen, een verplichting waarmee staten ten aanzien van hun handelen en onderhandelingen rekening zullen houden.

Het opnemen van gedeelde opvattingen in juridische normen, heeft twee voordelen. Ten eerste kunnen juridische normen worden gebruikt om het samenwerkingsgedrag van andere partijen te evalueren. Evengoed kunnen staten hun handelen rechtvaardigen door naar diezelfde juridische norm te verwijzen. Zodra de norm eenmaal is komen vast te staan, met andere woorden, nemen staten die norm in de regel als uitgangspunt en kan afwijkend gedrag aan de hand van die norm worden bekritiseerd.<sup>62</sup> Zoals Garret & Weingast schrijven:

“By embodying, selecting, and publicizing particular paths on which all actors are able to coordinate, institutions may (...) help construct a shared belief system that defines for the community what actions constitute cooperation and defection.”<sup>63</sup>

Een tweede voordeel is dat een juridische norm kan komen te fungeren als focuspunt voor latere discussies.<sup>64</sup> Een juridische norm voorkomt dat reeds gevoerde discussies moeten worden herhaald, waardoor onderhandelingen efficiënter kunnen verlopen. Het is hiervoor niet nodig dat de inhoud van de juridische norm nauwkeurig is vastgesteld. Het omgekeerde is juist het geval, zoals Abbott en Snidal uitleggen. Open normen hebben als voordeel dat zij: “offer flexibility and protection for states to work out problems over time through negotiations shaped by normative guidelines, rather than constrained by precise rules.”<sup>65</sup> Open normen – lees: rules of the road – kunnen dus een normatief uitgangspunt bieden aan de hand waarvan toekomstige normen zich kunnen ontwikkelen.

#### 3.5. *Tussenconclusie*

Zoals we hebben gezien in par. 3.3, zal een multilateraal belastingverdrag belastingontwijking en belastingcompetitie niet gauw oplossen. Het moet voldoende flexibel zijn om met de verschillende beleidsposities rekening te kunnen houden. Multilaterale overeenstemming kan enkel worden bereikt indien bilaterale uitzonderingen zijn toegestaan of indien het onderliggende verdelingsconflict wordt gedempt met behulp van een ‘rule of the road’.

Het ligt daarom voor de hand om niet te focussen op de overeen te komen inhoud, maar op de kwaliteit van het proces. Op basis van dat uitgangspunt heb ik voorgesteld dat, verankerd in eisen van procedurele rechtvaardigheid, een multilateraal verdrag moet worden gezien als een procesafpraak, als een forum voor discussies. Een dergelijk discussieforum kan allereerst worden gebruikt om wijzigingen sneller in de bilaterale belastingverdragen te implementeren. Binnen een multilateraal discussieforum kan de onderhandeling namelijk worden opgesplitst in twee stappen. Zodra partijen geen materieel multilaterale norm weten overeen te komen in ‘stap één’, kunnen zij onderling, binnen de context van het multilaterale verdrag, bilaterale overeenstemming bereiken in ‘stap twee’, waardoor de transactiekosten van onderhandelingen afnemen. Ook kan een dergelijk verdrag worden gebruikt om een duurzaam level playing field voor het internationale belastingrecht te creëren. Samenwerkingsproblemen zoals belastingontwijking kunnen daarin worden ‘gemanaged’ zodra: (i) discussies terugkerend plaatsvinden in een daarvoor bestemd forum; (ii) op basis van transparante en inclusieve samenwerking op bestaande gedeelde

60 M.P. Cottrell & D.M. Trubek, ‘Law as Problem Solving: Standards, Networks, Experimentation, and Deliberation in Global Space’, 21 *Transnational Law and Contemporary Problems*, 359, 2012, p. 371. Vergelijkbaar: G.W. Downs, K.W. Danish & P.N. Barsoom, ‘The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience?’, 38 *Columbia Journal of Transnational Law* 465, 2000, p. 507.

61 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International 2018, par. 6.3.3.

62 De belangrijkste reden dat juridische normen serieus worden genomen is gerelateerd aan de overtuiging dat omgang in de maatschappij simpelweg onmogelijk zou zijn zonder het algemene uitgangspunt dat (bindende) voorschriften moeten worden gevolgd. Zie: A. Chayes & A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard: Harvard University Press 1995, p. 116-117. Zie verder D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, par. 6.3.4.

63 G. Garrett & B. Weingast, ‘Ideas, Interests, and Institutions: Constructing the EC’s Internal Market’, in: J. Goldstein en R.O. Keohane (red.), *Ideas and Foreign Policy*, Cornell University Press, 1993, p. 176.

64 Zie T.C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard: Harvard University Press 1980, hfdst. 3 en G. Garrett & B. Weingast, id.

65 K.W. Abbott & D. Snidal, ‘Hard and soft law in International Governance’, 54 *International Organization* 421, 2000, p. 443.

uitgangspunten wordt voortgebouwd en (iii) gedeelde uitgangspunten in rechtsnormen worden gegoten. De gedachte is dat hierdoor een level playing field in stand kan worden gehouden waarbinnen normen zich langzaam maar zeker kunnen ontwikkelen. Het 'faire proces' is de drijfjas die deze vorm van samenwerking op gang weet te brengen en doet voortbewegen.

#### 4. Het multilateraal instrument (MLI) getoetst

##### 4.1. Inleiding

In dit onderdeel sta ik stil bij het multilateraal instrument. Hoe moet het MLI, in het licht van het toetsingskader, worden geëvalueerd? Omdat een volledige bespreking van het MLI het bestek van deze bijdrage te buiten gaat, onderbouw ik de evaluatie alleen met evidente voorbeelden.

Ik zal eerst ingaan op de materiële aspecten van het MLI (par. 4.2). Daarna toets ik de kwaliteit van de door het MLI tot stand gebrachte procedures. Alhoewel het MLI enkel is bedoeld om de uitkomsten van het BEPS-Project in de bilaterale verhoudingen te implementeren, kan de vraag worden gesteld in hoeverre het MLI in staat is duurzame samenwerking op het gebied van het internationale belastingrecht teweeg te brengen. Die vraag zal worden behandeld in par. 4.3.

##### 4.2. De materiële aspecten van het MLI

###### 4.2.1. Inleiding

In par. 3.3 is uiteengezet welke regels multilateraal kunnen worden overeengekomen. Multilaterale overeenstemming is enkel mogelijk indien verdelingsconflicten worden gedempt met behulp van bilaterale uitzonderingen of een 'rule of the road'.

In het kader van het gebruik van deze mechanismen, kan er op het MLI de volgende kritiek worden geuit. Het MLI leidt tot onzekerheid, complexiteit en heeft een gebrek aan diepgang en eensgezindheid.<sup>66</sup> Deze kritiek op het MLI zal vast, vanuit andere, meer juridische toetsingskaders, goed te onderbouwen zijn. Maar vanuit het neoliberaal-institutioneel gezichtspunt valt het design van het MLI goed te verklaren. Onzekerheid, complexiteit en een gebrek aan diepgang en eensgezindheid: het is de prijs die voor multilaterale samenwerking moet worden betaald. Wat met een multilateraal belastingverdrag kan worden bereikt, mag niet worden overschat.

66 Zie o.a. B. Kuźniacki, 'The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from its Legal Implementation and Practical Application', 10 *World Tax Journal* 233, 2018; M. Livio Gomes, 'Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention 46 *Intertax* 45, 2018; L.E. Schoueri & G. Galdino, 'Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake? 46 *Intertax* 104, 2018; H. Lohuis & A.J.A. Stevens, 'MLI Part Two: Hybrid Mismatches', *MBB* 2017/04-04.

Hieronder behandel ik, aan de hand van enkele evidente voorbeelden, elk van de punten van kritiek, die op het MLI zouden kunnen worden geuit.<sup>67</sup>

###### 4.2.2. Onzekerheid

De Principal Purpose Test (hierna: PPT), die door art. 7 MLI wordt geïntroduceerd, is een evident voorbeeld van een bepaling die voor onzekerheid zorgt. Het is zeer de vraag hoe de PPT in de praktijk zal worden toegepast. De uitleg in het OESO-Commentaar en het BEPS Action 6 Final Report is te summier en behandelt slechts voorbeelden waarbij men het over het kunstmatige karakter van transacties wel eens is.<sup>68</sup> Mijn verwachting is daarom dat staten, naargelang zij in een bepaalde situatie een bronstaatbelang of een woonstaatbelang hebben, een beperkte of een ruime invulling aan de PPT zullen geven. In het licht van het toetsingskader, zoals hierboven is weergegeven in par. 3.3, is het bovenstaande echter goed te verklaren.

De PPT van art. 7 MLI is een goed voorbeeld van een 'rule of the road', waarmee het MLI nadrukkelijke verdelingsconflicten weet te vermijden. In beginsel roept de PPT een scherp verdelingsconflict op: staten die gebaat zijn bij het verschaffen van verdragstoegang aan entiteiten zonder al te veel relevante economische betekenis zullen 'verliezen'. Maar zodra deze hobbel, wellicht onder druk van de vele 'winnaars' en in het licht van het toenemende belang van de 'fair shares'-discussie, is genomen, biedt de PPT een uitzicht op een eerlijk resultaat. Begrippen als 'reasonable', 'principal purpose' en 'object and purpose' maken duidelijk dat de PPT een typische verkeersregel is. De door de PPT geïntroduceerde onzekerheid is dus onderdeel van de oplossing: zonder onzekerheid geen 'rules of the road' en dus geen materieel multilaterale normen. Het MLI voldoet ten aanzien van art. 7 MLI dus aan wat van een multilateraal belastingverdrag kan worden verwacht.

Een ander evident voorbeeld, waar een bron van onzekerheid is te vinden, is art. 4 MLI, dat ziet op *dual resident entities*. Zodra een lichaam wordt beschouwd als verdragsinwoner van twee staten, is het aan de bevoegde autoriteiten van de twee staten om te bepalen in welk van de twee staten de entiteit is gevestigd. Als die twee staten nog geen overeenstemming hebben bereikt, bestaat er geen aanspraak op enige tegemoetkoming of vrijstelling op grond van het verdrag. Dat leidt tot een aanzienlijke vorm van onzekerheid: zolang de twee verdragsluitende staten geen overeenstemming bereiken, ligt dubbele belastingheffing op de loer bij naar Nederlands recht opgerichte, maar feitelijk in andere verdragsstaten gevestigde entiteiten.<sup>69</sup> Ook de werking van deze regel valt goed te verklaren vanuit het neoliberaal-institutionele gezichtspunt.<sup>70</sup> Art. 4 MLI

67 Ik laat een evaluatie van de onderling overlegprocedure (Deel V MLI) en de arbitrageprocedure (Deel VI MLI) achterwege.

68 Zie par. 169 e.v. van het Commentaar op art. 29 van het OESO Modelverdrag. Zie ook V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An In-depth Analysis', 46 *Intertax* 18, 2018.

69 Zie H. Lohuis & A.J.A. Stevens, 'MLI Part Two: Hybrid Mismatches', *MBB* 2017/04-04, par. 3.

70 De noodzaak van overgangsrecht laat ik hier buiten beschouwing.

betreft een multilaterale resultaatsverplichting,<sup>71</sup> en is een goed voorbeeld van het MLI als multilaterale procesafpraak. Gezien het distributieve karakter van de vaststelling van de verdragswoonplaats van een entiteit, is het niet verwonderlijk dat art. 4 MLI de daadwerkelijke onderhandeling omtrent de regel naar een later, bilateraal, moment delegeert. Voor die onderhandeling biedt de bepaling enkele bindende onderhandelingsuitgangspunten: partijen moeten, op grond van art. 4 lid 1 MLI, bij de onderhandeling rekening houden met de plaats van werkelijke leiding, de plaats van oprichting en 'alle andere relevante factoren'. Een multilaterale deal over *dual resident entities* is dus ten aanzien van enkele algemene uitgangspunten mogelijk, maar de daadwerkelijke onderhandeling vindt, zoals het neoliberaal institutionele gezichtspunt voorspelt, in een tweede, bilaterale onderhandelingsronde plaats.

### 4.2.3. Complexiteit

Op het merendeel van de bepalingen van het MLI zijn bilaterale uitzonderingen mogelijk in de vorm van reseruaties (opt-out). Ook kunnen staten opteren voor de toepassing van een optionele bepaling (opt-in). Hierdoor ontstaan onderlinge, bilaterale verhoudingen.<sup>72</sup> Hiermee kunnen verdelingsconflicten worden afgewend.

De manier waarop deze bilaterale verhoudingen onder het MLI ontstaan, wordt al snel vrij complex. Zie bijvoorbeeld de mogelijkheden omtrent het opnemen van de versimpelde Limitation on Benefitsbepaling (hierna: LOB) van art. 7 lid 7 MLI. Indien één van de twee staten, partij bij een door het MLI gedekt belastingverdrag, ervoor kiest de PPT aan te vullen met een versimpelde LOB bepaling op grond van art. 7 lid 6 MLI, dan biedt het MLI twee gestandaardiseerde, bilaterale opties. Of de andere verdragsluitende staat stemt met de toepassing van die bepaling in (art. 7 lid 7 onderdeel a MLI), óf die andere staat gaat ermee akkoord dat de bepaling asymmetrisch wordt toegepast (art. 7 lid 7 onderdeel b MLI). Indien beide staten op grond van art. 7 lid 7 geen overeenstemming weten te bereiken, biedt art. 7 lid 16 MLI de eerstgenoemde staat de mogelijkheid een algemeen voorbehoud bij art. 7 MLI te formuleren.<sup>73</sup>

In het licht van het neoliberaal-institutionele gezichtspunt zijn deze flexibiliteitsmechanismen een noodzakelijke voorwaarde voor multilaterale samenwerking. Alhoewel de mogelijkheid tot het opnemen van reseruaties en opt-in bepalingen een aanzienlijke mate van complexiteit introduceert, is zij nodig om alle partijen aan boord te krijgen. Dat komt doordat de voorkeuren van staten niet symmetrisch zijn. Afhankelijk van elk van de

eigenschappen van de economische bilaterale relatie, kan land A een woonstaatsbelang hebben in de verdragsrelaties met staten B en een bronstaatsbelang met staat C. De flexibiliteit die het MLI biedt, is dus noodzakelijk om, binnen de context van een multilaterale onderhandeling, toe te werken naar maatwerk. Art. 7 lid 7 MLI is daarvan een evident voorbeeld.

### 4.2.4. Gebrek aan diepgang en eensgezindheid

Tot slot kunnen nog enkele opmerkingen worden gemaakt over het gebrek aan diepgang en eensgezindheid waarmee verplichtingen worden aangegaan. Het is, volgens mij, een reële inschatting dat het MLI belastingontwijking niet zal laten verdwijnen.<sup>74</sup> Daarnaast is het maar de vraag in hoeverre het MLI daadwerkelijk matches zal opleveren ten aanzien van de niet-verplichte onderdelen.<sup>75</sup>

Dit doet de vraag rijzen of en in hoeverre oplossingen voor belastingontwijking haalbaar zijn in een multilateraal verdrag. We hebben al gezien dat bilaterale uitzonderingen noodzakelijk zijn, waardoor het MLI aan eensgezindheid zal inboeten (zie par. 4.2.3). Het palet aan mogelijke oplossingen dat multilateraal kan worden ingevoerd, is beperkt. Nieuwe normen ontstaan nooit plotseling (zie par. 3.4.3.3) en belastingontwijking tegengaan vereist rigoureuze aanpassingen aan het huidige systeem van het internationale belastingrecht. Het meest kansrijke idee in dit verband is om heffing te alloceren aan de plaats waar consumptie plaatsvindt, waardoor de prikkel om investeringen naar laagbelaste jurisdicties te verschuiven verdwijnt.<sup>76</sup> Desalniettemin leidt een switch van het huidige systeem, dat heffing alloceert aan de plaats waar productie plaatsvindt, naar een systeem waarmee heffingsrechten worden verdeeld op basis van de plaats waar wordt geconsumeerd, tot een onmiskenbaar verdeelingsconflict tussen productie- en consumptielanden. Een dergelijk verdeelingsconflict laat zich niet gemakkelijk multilateraal oplossen.

Zoals eerder is betoogd, ligt het daarom voor de hand om niet slechts te kijken naar de inhoud van het MLI, maar vooral naar het proces: in hoeverre is het MLI in staat duurzame samenwerking teweeg te brengen op het gebied van het internationale belastingrecht?

71 Zie D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law*, Kluwer Law International, 2018, par. 7.14 voor een bespreking van dergelijke 'pacta de contrahendo', die te goeder trouw moet worden nagekomen.

72 D.M. Broekhuijsen, 'Wat is er 'multilateraal' aan het multilateraal instrument?', *FED* 2018/65, par. 2.

73 In dat laatste geval moeten de twee staten proberen tot een oplossing te komen die aan de minimumstandaard voldoet. Zie art. 7 lid 16 laatste volzin MLI.

74 Het BEPS-Project is grondig geëvalueerd in de literatuur, zie o.a.: M.P. Devereux & J. Vella, *Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?*, 35 *Fiscal Studies* 449, 2014; A.C.G.A.C. de Graaf, P. de Haan & M.F. de Wilde, *Fundamental Change in Countries' Corporate Tax Framework Needed to Properly Address BEPS*, 42 *Intertax* 306, 2014; R. Tomazela, *A Critical Evaluation of the OECD's BEPS Project*, 79 *Tax Notes International* 239, 2015; M.F. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*. IBFD 2017.

75 Op het moment van schrijven, heeft het volgend aantal jurisdicties een algemeen (en soms nog voorlopig) voorbehoud gemaakt ten aanzien van de volgende bepalingen: 56 ten aanzien van art. 3 MLI; 51 ten aanzien van art. 4 MLI; 34 ten aanzien van art. 5 MLI; 0 (nul) ten aanzien van art. 7 lid 1 MLI; 45 ten aanzien van art. 8 MLI; 44 ten aanzien van art. 9 MLI; 57 ten aanzien van art. 10 MLI; 59 ten aanzien van art. 11 MLI; 45 ten aanzien van art. 12 MLI; 31 ten aanzien van art. 13 MLI; 53 ten aanzien van art. 14 MLI en 35 ten aanzien van art. 15 MLI. Zie ook: F.P.G. Pötgens, 'Nederland en het MLI: de spanning stijgt?', *WFR* 2017/150.

76 Zie o.a. M.F. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, IBFD 2017.

#### 4.3. *De formele aspecten van het MLI*

Hier zal ik de procedurele aspecten van het MLI op enkele punten toetsen. Allereerst kan de vraag worden gesteld in hoeverre het MLI snellere aanpassingen van belastingverdragen teweegbrengt (par. 4.3.1). Dan sta ik stil bij de voorwaarden voor duurzame samenwerking, die ik in par. 3.4.3 heb uiteengezet. Voor duurzame samenwerking is het noodzakelijk dat:

- (i) discussies terugkerend plaatsvinden in een daartoe bestemd forum (par. 4.3.2);
- (ii) aan de hand van een transparante en inclusieve dialoog wordt voortgebouwd op bestaande uitgangspunten (par. 4.3.3); en
- (iii) gedeelde opvattingen in rechtsnormen worden opgenomen (par. 4.3.4).

##### 4.3.1. *Snellere aanpassingen van belastingverdragen*

Waar het MLI overduidelijk in is geslaagd, is het teweegbrengen van snellere wijzigingen van belastingverdragen. Op het moment van schrijven, staat de teller van het aantal deelnemende jurisdicties op 82 en het aantal gedekte belastingverdragen op meer dan 1360.<sup>77</sup> Alhoewel weinig jurisdicties *all-in* zullen gaan, is er alsnog een groot aantal verdragen dat op de punten van het MLI zal worden aangepast (zie voetnoot 75). Het MLI maakt duidelijk dat een multilateraal belastingverdrag in staat is een groot aantal belastingverdragen in één klap te wijzigen. Dat komt doordat het MLI in hoge mate functioneert als een procesafpraak: in de onderhandelingen is staten de mogelijkheid geboden om, binnen een multilaterale context, bilaterale uitzonderingen te maken in de 'tweede stap' van de multilaterale onderhandeling. De OESO heeft hier invulling aan gegeven door 'speed-matching event' te organiseren. Door enkele algemene onderhandelingsuitgangspunten te formuleren en door onderhandelingsrondes op één centrale plek te laten plaatsvinden, heeft het MLI de transactiekosten van traditionele bilaterale onderhandelingen flink verlaagd. Het moge duidelijk zijn dat het MLI het landschap van bilaterale belastingverdragen zal veranderen.

##### 4.3.2. *Terugkerende discussies*

Zoals uiteengezet in par. 3.4.3.2, is voor duurzame samenwerking vereist dat discussies inhoudelijk doorlopend zijn en feitelijk met enige regelmaat plaatsvinden. Dit zorgt ervoor dat staten de voordelen van samenwerking op de lange termijn juist weten af te wegen tegen winst op de korte termijnen dat normen continu kunnen worden aangepast aan de wensen van de maatschappij. Het MLI stelt geen forum in waar discussies terugkerend kunnen plaatsvinden. Art. 31 MLI biedt partijen de mogelijkheid een Conference of the Parties (hierna: COP) bijeen te roepen. Dit forum kan bijeen worden geroepen om interpretatiekwesties te behandelen (zie art. 32 MLI). Ook kan de COP bijeen worden geroepen om aanpassingen

aan en protocollen bij het MLI te bespreken (zie art. 33 en 38 MLI). Maar dit zijn ijdele beloften: partijen zijn niet overeengekomen om terugkerende en doorlopende vormen van discussie te organiseren. Daarnaast zijn er geen procedurele regels (zoals een stemprocedure) ten aanzien van de COP overeengekomen en heeft de COP geen organisatorische of financiële bevoegdheden. Het MLI beschikt weliswaar over een Depositaris,<sup>78</sup> maar die is enkel belast met de formaliteiten ten aanzien van het sluiten van het verdrag en het bijhouden van reservations en dergelijke.<sup>79</sup> Alhoewel vergaderingen dus ad-hoc bijeen kunnen worden geroepen, is er voor 'tit-for-tat' (zie par. 3.4.3.2) een duurzamere institutionele omgeving nodig. Wat is daartoe nodig? Allereerst zouden partijen simpelweg moeten overeenkomen dat zij elkaar regelmatig treffen. Om bijeenkomsten te kunnen organiseren, is een bepaalde mate van institutionalisering nodig, waarbij partijen de COP duidelijke financiële en procedurele bevoegdheden zouden toekennen, en zij een secretariaat zouden oprichten of 'inlenen',<sup>80</sup> dat de COP organisatorisch zou kunnen ondersteunen. Voorts zouden partijen een aantal algemene samenwerkingsdoelstellingen moeten formuleren om de inhoud van die toekomstige besprekingen sturing te kunnen geven. Alhoewel de aanhef van het MLI in die richting wijst ('het [is] belangrijk om ervoor te zorgen dat winst daar belast wordt waar de substantiële economische activiteiten die de winst voortbrengen uitgeoefend worden en waar waarde gecreëerd wordt'), is een algemene samenwerkingsdoelstelling thans niet expliciet in de tekst van het MLI opgenomen. Dit sluit aan op het doel van het MLI, te weten: de uitkomsten van het BEPS-Project in de bilaterale verdragen te implementeren. Doordat het MLI niet zorgdraagt voor de vereiste institutionele omgeving waar discussies terugkerend kunnen plaatsvinden, blijft het MLI trouw aan dit doel. Gericht op de korte termijn, is het MLI bovenal een 'instrument' om de uitkomsten van het BEPS-Project in de bilaterale verdragen te implementeren. Vanuit het toetsingskader schiet het MLI op dit punt tekort.

##### 4.3.3. *Op transparante en inclusieve wijze voortbouwen op bestaande uitgangspunten*

Aangezien het institutionele kader bij het MLI tekortschiet, is de verwachting dat de OESO de belangrijkste institutie blijft in het internationale belastingrecht. Dat betekent dat de OESO een rol zal blijven spelen in het organiseren van nieuwe, ad-hoc bijeenkomsten over internationaal belastingbeleid (dat wil zeggen BEPS 2.0). Daarbij zal de OESO de onderhandelingsagenda bepalen en met behulp van haar kennis en expertise invloed uitoefenen op de overeen te komen inhoud (bijvoorbeeld met behulp van modellen en rapporten).<sup>81</sup>

77 OESO, 'Landmark tax agreement to strengthen tax treaties enters into force with additional countries joining', 27 juli 2018, [www.oecd.org/tax/beps/landmark-tax-agreement-to-strengthen-tax-treaties-enters-into-force-with-additional-countries-joining.htm](http://www.oecd.org/tax/beps/landmark-tax-agreement-to-strengthen-tax-treaties-enters-into-force-with-additional-countries-joining.htm). Op 29 juli is Estland ook gaan deelnemen.

78 Zie art. 39 MLI.

79 De functies van de Depositaris zijn beschreven in art. 76 en 77 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

80 Het secretariaat van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee wordt 'ingeleend' van de VN.

81 Zie ook A. Christians, 'BEPS and the New International Tax Order', *Brigham Young University Law Review* 1603, 2017.

Zoals we hebben gezien in par. 3.2, ontbreekt het bij de OESO aan transparante en inclusieve samenwerking. De OESO is een 'club', waarin de belangen van niet-OESO-staten niet op dezelfde wijze zijn gewaarborgd als die van lidstaten. Daarnaast is er nog te weinig informatie beschikbaar over hoe besluitvorming binnen de OESO *daadwerkelijk* plaatsvindt, waardoor besluitvorming niet door de maatschappij kan worden bekritiseerd.

Transparante en inclusieve samenwerking is echter nodig om ervoor te zorgen dat het internationale belastingrecht eerlijker wordt en blijft (zie par. 3.2) en dat staten de mogelijkheid hebben om te 'leren', dat wil zeggen dat normen zich geleidelijk aan ontwikkelen, waardoor de noodzakelijke veranderingen kunnen optreden (zie par. 3.4.3.3).

#### 4.3.4. **Gedeelde opvattingen moeten in rechtsnormen worden opgenomen**

Het MLI bevat een aantal in bindende normen opgenomen gedeelde opvattingen, die als nieuwe focuspunten voor toekomstige onderhandelingen over het internationale belastingrecht zouden kunnen gaan fungeren. Normatieve uitgangspunten die in bindende voorschriften zijn opgenomen, kunnen een sterke invloed hebben op toekomstige onderhandelingen en ontwikkelingen. In dat verband is met name art. 6 MLI van belang. Die bepaling wijzigt de preambule van gedekte belastingverdragen als volgt:

“Voornemens dubbele belasting te vermijden met betrekking tot de onder dit verdrag vallende belastingen, zonder daarbij mogelijkheden te scheppen tot niet-heffing of verminderde heffing van belasting door middel van het ontduiken of het ontwijken van belasting (daaronder begrepen het gebruik van treaty-shoppingstructuren die als doel hebben in dit verdrag voorziene tegemoetkomingen te verkrijgen in het indirecte voordeel van inwoners van derde rechtsgebieden).”

Gezien de ruime formulering van deze bepaling en het feit dat zij een *minimum standard* is, kan deze bepaling een belangrijke rol spelen voor de toekomstige ontwikkeling van het internationale belastingrecht. Bilaterale belastingverdragen zullen straks in lijn met deze (nieuwe) preambule moeten worden uitgelegd, omdat de preambule daarin zal worden geïmplementeerd.<sup>82</sup> Daarmee zou art. 6 MLI een nieuw focuspunt kunnen worden voor de beantwoording van de vraag: waarvoor dient het internationale belastingrecht?

## 5. **Conclusie**

In deze bijdrage heb ik, aan de hand van het in par. 3 geformuleerde toetsingskader, het MLI geëvalueerd. Inhoudelijk gezien brengt het MLI onzekerheid, complexiteit en een gebrek aan diepgang en eensgezindheid teweeg. Deze designkeuzen kunnen echter door het toetsingskader

worden gelegitimeerd. Zij zijn de prijs die voor multilaterale samenwerking moet worden betaald. Wat van een multilateraal belastingverdrag kan worden verwacht, mag niet worden overschat.

Omdat het MLI inhoudelijk geen 'quick fix' is voor belastingontwijking, is een beoordeling van de procedurele aspecten van belang. Het MLI schiet in dit opzicht tekort. Het MLI kan thans onvoldoende bijdragen aan een duurzame vorm van internationale belastingsamenwerking waarmee het internationale belastingrecht geleidelijk aan kan worden gemoderniseerd. Daarvoor is vereist dat discussies inhoudelijk doorlopend zijn en feitelijk met enige regelmaat plaatsvinden. Ook is daarvoor vereist dat samenwerking inclusief en transparant is. Dergelijke aspecten ontbreken. Het MLI is bovenal een 'instrument' om de uitkomsten van het BEPS-Project in de bilaterale belastingverdragen te implementeren. En dat is jammer: staten hadden, gegeven het unieke politieke momentum rondom het BEPS-Project, van de mogelijkheid gebruik kunnen maken om samenwerking in het internationale belastingrecht gematigd te institutionaliseren en eerlijker (dat wil zeggen, inclusiever en transparanter) te maken. Met geringe aanpassingen van het MLI zou dit doel alsnog kunnen worden bereikt.

<sup>82</sup> Zie Q.W.J.C.H. Kok, 'Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument', *MBB* 2017/4, par. 3.