

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Ingezonden via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)

Capaciteitsgroep Belastingrecht

uw kenmerk

-

ons kenmerk

-

doorkiesnummer

+31 43 388 2781

Maastricht

11 juni 2018

Geachte heer, mevrouw,

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om enkele kanttekeningen te zetten bij het voorgestelde model-investeringsverdrag ('Netherlands draft model BIT').

De inperking van investeerders door het opnemen van een eis van substantiële bedrijfsactiviteiten schiet tekort en wel in twee richtingen. Ondernemingen die als start-up grensoverschrijdende activiteiten willen ontplooiën kunnen bij hun opstartinvesteringen buiten de boot vallen, aangezien er in die fase wellicht onvoldoende omvang is in termen van personeel en omzet. Het verdient aanbeveling om "the nature of the activities" in de slotzin van voetnoot 1 bij artikel 1 te vervangen door "the nature and maturity of the activities". Tegelijkertijd zouden de voorgestelde criteria aangescherpt kunnen worden om misbruik effectiever tegen te gaan, bijvoorbeeld door het stellen van nadere eisen aan bestuursleden op het terrein van hun professionele kwalificaties en taken en hun bemoeienis met de reguliere bedrijfsvoering. Hoewel ook hiermee niet kan worden uitgesloten dat ondernemingen met een vrij beperkte aanwezigheid in een van de landen aanspraak kunnen maken op investeerdersbescherming, is dit een eerste stap. Verdere aanscherping is denkbaar zonder dat uitvoering van het (model)verdrag onhanteerbaar wordt. Denk hierbij aan het stellen van eisen aan de uiteindelijke financiële gerechtigden tot de opbrengsten uit investeringen (de 'ultimate beneficial owners' of UBOs).

In artikel 2 lid 4 is een brede bepaling (carve-out) opgenomen die vrijwel iedere discussie over het intrekken en eventueel terugbetalen van subsidies in brede zin uitsluit van investeerdersbescherming. Deze bepaling lijkt te zijn ingegeven door de wens van de EU om geschillen over (terugvordering van) staatssteun buiten de reikwijdte van investeerdersbescherming te houden. Hierbij wordt miskent dat investeringsverdragen juist ook gesloten worden met landen waar de rechtsbescherming niet op hetzelfde niveau is als in Nederland en de EU als organisatie. De bepaling is wederkerig en kan een vrijbrief

Bezoekadres  
Bouillonstraat 1-3  
6211 LH Maastricht

Postadres  
Postbus 616  
6200 MD Maastricht  
Nederland

T +31 (0)43 388 31 48  
F +31 (0)43 388 49 07

Rekeningnr: 065.76.18.705  
IBAN: NL05 INGB 0657 6187 05  
BIC: INGBNL2A  
BTW Identificatie EU  
NL0034.75.268.B01

[www.maastrichtuniversity.nl](http://www.maastrichtuniversity.nl)

KvK nr.: 50169181

zijn voor andere landen om, via speciale wetgeving of met steun van minder kritische rechterlijke instanties, investeerders te lokken met toezeggingen die niet waargemaakt hoeven te worden. Daarmee wordt de bescherming die artikel 9 lid 4 van het model tracht te bieden een grotendeels dode letter.

Ook voetnoot 2 bij artikel 2 lid 4 vraagt om een toelichting: als bedoeld is om iedere vorm van staatssteun onder deze bepaling te brengen, is het dan voor het andere land ook voldoende duidelijk dat daarmee ook fiscale investeringsvoordelen, overheidsgaranties en dergelijke worden begrepen die niet onder de traditionele term 'subsidies' vallen? In andere internationale verdragen is er veelal voor gekozen dit te expliciteren; een enkele verwijzing naar de redelijk dynamische EU-term 'state aid' is niet echt verhelderend. Ongetwijfeld is de tekst ontleend aan een voorzet door de EU, die een soortgelijke tekst hanteert in recente en lopende onderhandelingen, hetgeen echter niet betekent dat opname van artikel 2 lid 4 en voetnoot 2 niet opnieuw onderwerp van onderling overleg zou kunnen worden om recht te doen aan doel en strekking van een investeringsverdrag.

Artikel 11 lid 3 verdient eveneens aandacht. Zo lijken staten niet de mogelijkheid te hebben om transacties te bevriezen ten aanzien van investeerders waarvan de achterliggende partij (de UBO) niet vaststaat of van investeringen die aantoonbaar niet voldoen aan bepalingen omtrent databescherming en privacy. Een uitzondering 'g' voor 'public transparency and dataprotection' valt daarom te overwegen. Verder verdient het aanbeveling om aan onderdeel 'f' het woord 'taxation' toe te voegen, aangezien artikel 10 noch artikel 11 lid 1 op het eerste gezicht voldoende ruimte laten voor (bruto)bronheffingen die, vanwege de administratieve eenvoud, enkel zien op internationale transacties.

De bredere discussie over de wenselijkheid van ISDS zal op diverse niveaus en in diverse gremia worden gevoerd. Als kanttekening bij de voorgestelde tekst vraag ik nog aandacht voor artikel 20 lid 10 waarbij nationale wetgeving als 'matter of fact' wordt aangeduid. Dit roept vragen op over de rol en interpretatie van deze wetgeving in het verdere verloop van een procedure, met name op het moment dat de toepassing van die wetgeving zelf onderwerp is van geschil.

Tot een nadere toelichting ben ik graag bereid.

Hoogachtend,

Raymond Luja

Hoogleraar rechtsvergelijkend belastingrecht, Universiteit Maastricht\*

---

\* Tevens als specialist fiscale staatssteun verbonden aan Loyens & Loeff N.V.. Deze reactie is op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs de standpunten van Loyens & Loeff N.V.