

## Misbruik van belastingverdragen

Gepubliceerd in J.P. Boer, *Kwaliteit van belastingrechtspraak belicht (Lubbersbundel)*, Sdu Den Haag 2013, blz. 199-208

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden  
j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

### MISBRUIK VAN BELASTINGVERDRAGEN

mr. dr. J. Vleggeert<sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

“De Nederlandse belastingrechter is onnodig terughoudend bij het toepassen van internationaal recht in fiscale zaken”, zo luidde een van de stellingen waarover werd gediscussieerd tijdens het symposium ‘Kwaliteit van belastingrechtspraak’ dat op 19 april 2013 werd gehouden ter gelegenheid van het tienjarig jubileum van A. Lubbers als voorzitter van de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden. Deze stelling inspireerde mij om mij te buigen over de jurisprudentie van de Hoge Raad over misbruik van belastingverdragen. Uit deze rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad belastingontwijkers slechts bij hoge uitzondering de voordelen van een belastingverdrag ontzegt. De zaken waarin de Hoge Raad heeft beslist hebben echter betrekking op de oude BRK<sup>2</sup> en oude belastingverdragen met België<sup>3</sup> en de Verenigde Staten.<sup>4</sup> Deze oude bilaterale regelingen zijn geënt op het OESO modelverdrag en het daarbij behorende commentaar van 1963 of op voorgangers daarvan. Sindsdien heeft het denken binnen de OESO over misbruik van belastingverdragen echter niet stilgestaan. Zo maakt het commentaar bij het OESO modelverdrag sinds 2003 duidelijk dat landen in geval van misbruik de voordelen van een belastingverdrag niet behoeven toe te kennen.<sup>5</sup> In deze bijdrage staat daarom de vraag centraal of de Hoge Raad belastingontwijkers nu eerder verdragsvoordelen zou onthouden dan in de zaken waarin ons hoogste rechtscollege reeds heeft beslist.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 schets ik op hoofdlijnen hoe de Hoge Raad tot nu toe is omgegaan met misbruik van belastingverdragen. In paragraaf 3 behandel ik hoe in de afgelopen decennia in het commentaar bij het OESO modelverdrag is omgegaan met verdragsmisbruik. In paragraaf 4 ga ik na of het voortschrijdend inzicht binnen de OESO voor de Hoge Raad aanleiding zouden kunnen zijn voor een minder terughoudende benadering van verdragsmisbruik. Ik beperk mij tot de vraag of de Hoge Raad belastingontwijkers verdragsvoordelen kan onthouden via interpretatie of de toepassing van de algemene antimisbruikregels zoals *fraus tractatis*. Specifieke antimisbruikregels zoals de uiteindelijk gerechtigde eis of een *limitation on benefits* bepaling blijven buiten beschouwing.

#### 2. Hoofdlijnen van de rechtspraak van de Hoge Raad over misbruik van belastingverdragen

##### 2.1. Wanneer is sprake van misbruik van een belastingverdrag?

---

<sup>1</sup> J. Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> Rijkswet van 28 oktober 1964, Stb. 425.

<sup>3</sup> Het belastingverdrag Nederlands-België van 19 oktober 1970.

<sup>4</sup> Het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van 19 april 1948.

<sup>5</sup> Punt 9.4 van het commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

Voor de invulling van het begrip misbruik van een belastingverdrag sluit ik mij aan bij de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 ("NFV 2011").<sup>6</sup> Deze notitie onderscheidt drie vormen van verdragsmisbruik, namelijk fiscaal vluchtgedrag, shopping binnen het verdrag en treaty shopping. Fiscaal vluchtgedrag doet zich voor als een inwoner van Nederland emigreert naar de andere verdragspartij om te kunnen profiteren van de combinatie van het buitenlandse fiscale regime en de verdeling van heffingsrechten waarin het belastingverdrag voorziet. Van shopping binnen het verdrag is sprake als een inwoner van Nederland of de andere verdragspartij gekunstelde rechtshandelingen verricht om aanspraak te maken op een verdragsvoordeel, terwijl zonder die handelingen slechts aanspraak zou bestaan op een minder gunstig verdragsvoordeel. Treaty shopping is aan de orde als een inwoner van een derde staat zich toegang verschafft tot een verdragsvoordeel dat niet voor deze persoon bedoeld is.

## 2.2 Fiscaal vluchtgedrag

In HR 12 mei 2006 nr. 39 223, BNB 2007/36 (concl. Van Ballegooijen, noot S. van Weeghel) verhuist belanghebbende, directeur en enig aandeelhouder van X Beheer BV op 15 oktober 1996 naar België. Op 24 oktober 1996 wordt materieel gezien besloten om de BV te liquideren en komen de aan de liquidatieuitkeringen ten grondslag liggende rechten en verplichtingen vast te staan. Vervolgens verhuist ook de BV naar België. Vanaf 30 oktober 1996 is de BV inwoner van België<sup>7</sup> voor de toepassing van het belastingverdrag Nederland-België van 19 oktober 1970 ("het 1970-verdrag met België").<sup>8</sup> Op 24 december 1996 wordt het formele liquidatiebesluit genomen. Eind december 1996 doet BV een liquidatieuitkering. Hof Den Bosch oordeelt met een beroep op redelijke verdragstoepassing dat de verhuizing van de BV van Nederland naar België geen verandering meer kan brengen in de fiscale consequenties van de liquidatieuitkering. Aangezien belanghebbende in België woont, mag de inspecteur het tarief van 15 % op de liquidatieuitkering toepassen.<sup>9</sup> De Hoge Raad beslist echter dat belanghebbende niet kan worden geacht de uitkering reeds te hebben gekregen op het moment waarop (materieel) werd besloten tot liquidatie van de vennootschap over te gaan. Nederland mag niet heffen over de liquidatieuitkering omdat de uitkerende vennootschap voor de toepassing van het 1970-verdrag met België geen inwoner van Nederland is. De Hoge Raad verwerpt de opvatting dat doel strekking van het 1970-verdrag met België aldus zouden worden miskend: "Nu het Verdrag gevolgen verbindt aan de plaats van de werkelijke leiding van de vennootschap, kan het verdrag niet aldus worden uitgelegd dat het oogmerk van de verplaatsing alsnog een rol speelt ten aanzien van die gevolgen."<sup>10</sup>

## 2.3. Shopping binnen het verdrag

---

<sup>6</sup> Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25087 nr. 7, VN 2011/12/4, par. 1.3.4.

<sup>7</sup> Hierover gaat HR 12 mei 2006, nr. 39225, BNB 2007/37.

<sup>8</sup> Trb. 1970, 192.

<sup>9</sup> Met ingang van 1997 is het aanmerkelijk belangregime gewijzigd. Sindsdien worden het inkopen van aandelen en het betaalbaar stellen van liquidatieuitkeringen behandeld als een vervreemding. In HR 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars) en HR 9 juni 2006, nr. 41 376, BNB 2007/41 is daarom beslist dat het voordeel ter zake van inkoop of liquidatie van een aanmerkelijk belangpakket niet onder de dividendbepaling maar onder het vermogenswinstartikel van het 1970-verdrag met België valt. Deze arresten zijn ten aanzien van BNB 2007/36 echter niet van belang aangezien de casus zich afspeelt in 1996.

<sup>10</sup> In dezelfde zin is beslist in HR 12 mei 2006, nr. 39224, NTFR 2006/806 (noot: Van Beelen) ten aanzien van dezelfde belanghebbende voor het jaar 1997. Eveneens in de dezelfde zin: HR 12 mei 2006, nr. 40452, BNB 2007/39; HR 12 mei 2006, nr. 41324, BNB 2007/40 en HR 14 juli 2006, nr. 42522, BNB 2007/42. Al deze zaken hebben betrekking op het 1970-verdrag met België.

HR 15 december 1993, nr. 29296, BNB 1994/259 (noot J.C.K.W. Bartel) betreft een zogenoemde kasgeldvennootschap-constructie. Daarmee werd onder de vigeur van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 ("IB '64") in binnenlandse verhoudingen gepoogd om dividend te transformeren in vervreemdingswinst. Voor aanmerkelijk belanghouders werd dividend destijds in de heffing betrokken als inkomsten uit vermogen terwijl vervreemdingswinst lager werd belast op grond van het aanmerkelijk belangregime. In een typische kasgeldvennootschap-constructie hield een in Nederland wonende particulier alle aandelen in zijn houdster-BV die op haar beurt alle aandelen hield in een werk-BV. De werk-BV keerde vervolgens haar winstreserves uit aan de houdster-BV. Zou de houdster-BV de winstreserves op haar beurt uitkeren dan werd dit dividend bij de particulier progressief belast. In plaats daarvan richtte de particulier een tweede houdster-BV op die de aandelen in de werk-BV kocht van de eerste houdster-BV. De eerste houdster BV werd daardoor een kasgeld-BV. De kasgeld-BV werd vervolgens verkocht aan een bank. Het resultaat van deze transacties was dat de particulier eveneens de winstreserves van de werk-BV realiseerde met dien verstande dat hij deze niet genoot als inkomsten uit vermogen maar als lager belaste vervreemdingswinst. Hier stak ons hoogste rechtscollege in HR 11 juli 1990, nr. 25579, BNB 1990/290 (noot: D. Juch) echter een stokje voor. De Hoge Raad paste *fraus legis* toe en oordeelde dat de in de koopsom begrepen vergoeding voor de reserves van de kasgeld-BV als inkomsten uit vermogen dienden te worden belast.

In BNB 1994/259 is de aandeelhouder van de kasgeld-BV inwoner van de Verenigde Staten. Voor de toepassing van IB'64 wordt *fraus legis* toegepast waardoor de in de koopsom begrepen vergoeding voor de reserves van de kasgeld-BV als inkomsten uit vermogen wordt belast. Vervolgens is de vraag welke bepaling van het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van 19 april 1948 van toepassing is ("het 1948-verdrag met de Verenigde Staten").<sup>11</sup> Is dat art. VII (de dividendbepaling) dan mag Nederland 15 % belasting heffen over de als inkomsten uit vermogen belaste voordelen. Is daarentegen art. XI (het vervreemdingswinstartikel) van toepassing dan mag Nederland geen belasting heffen. De vraag is met andere woorden of de in de koopsom begrepen vergoeding voor de reserves van de kasgeld-BV voor de toepassing van het 1948-verdrag met de Verenigde Staten als dividend dienen te worden belast. Deze vraag wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord: "Noch uit de tekst van het Verdrag, noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen blijkt dat zij de gemeenschappelijke bedoeling hebben gehad voor de toepassing van evenbedoeld artikel VII, lid 1, onder dividenden ook te begrijpen voordelen als het onderhavige die met toepassing van het leerstuk van de wetsontduiking zoals dat geldt in het nationale recht van de Staat waarin het in artikel VII, lid 1, als eerste vermelde lichaam is gevestigd, aldaar op dezelfde wijze als dividenden worden behandeld (...)"<sup>12</sup>.

#### 2.4. Treaty shopping

---

<sup>11</sup> <http://wetten.overheid.nl/BWBV0005531>.

<sup>12</sup> Zie voor vergelijkbare beslissingen HR 29 juni 1994, nr. 28734, BNB 94/294 (concl. Verburg, noot P.J. Wattel), HR 15 maart 1995, nr. 29531, BNB 1995/150 (concl. Van Soest, noot P.J. Wattel), HR 6 december 2002, nr. 36773, BNB 2003/285 (concl. Wattel, noot S. van Weeghel). Al deze zaken hebben betrekking op het 1970-verdrag met België.

In HR 28 juni 1989, nr. 25451, BNB 1990/45 (concl. Van Soest, noot J. Hoogendoorn)<sup>13</sup> bezit de in Canada gevestigde N Inc. alle aandelen in de in Nederland gevestigde A BV. In september 1980 besluit A BV haar aandelen om te zetten in cumulatief preferente aandelen. Daarnaast besluit zij om gewone aandelen uit te geven aan C NV die in mei 1980 is opgericht en is gevestigd op Curaçao. Op 20 november 1980 besluit de algemene vergadering van aandeelhouders van A BV na 15 december 1980 een dividend op de gewone aandelen uit te keren aan C NV. Het dividend is afkomstig uit de winst van A BV over een tijdvak gelegen voor de oprichting van C NV. Pas nadat dit besluit om dividend uit te keren is genomen verkrijgt C NV de gewone aandelen in A BV. C NV wordt voor 60 % gehouden door N Inc. en voor 40 % door de in Panama gevestigde F SA. N Inc. en F SA hebben een transactie gesloten waardoor N Inc. indirect het volledige belang bij het dividend blijft behouden. Vervolgens wordt het dividend op 15 december ter beschikking gesteld aan C NV en op 31 december uitgekeerd aan C NV. Op het dividend wordt 25 % dividendbelasting ingehouden (destijds was het tarief niet 15% maar 25 %). Belanghebbende C NV verzoekt vervolgens om teruggave van de ingehouden dividendbelasting op grond van art.11, lid 3<sup>14</sup> van de Belastingregeling voor het Koninkrijk van 28 oktober 1964 (“de 1964-BRK”).<sup>15</sup>

De Hoge Raad verstaat de uitspraak van het Hof “aldus dat N het dividend van f 248 981 - uit de winst van A BV over een tijdvak gelegen voor de oprichting van belanghebbende - nadat A BV tot uitkering ervan had besloten, weliswaar aan belanghebbende in plaats van aan zichzelf heeft doen uitkeren, maar dat zij haar belang bij dit dividend - dat haar deels als aandeelhoudster in belanghebbende, deels door middel van een transactie met F ten goede bleef komen - geenszins had prijsgegeven, en dat het met betrekking tot dat dividend tussenschakelen door haar van belanghebbende derhalve praktisch belang miste en uitsluitend was ingegeven door fiscale motieven, te weten het ontgaan van Nederlandse dividendbelasting, en eventueel Canadese belasting.” Het Hof oordeelt vervolgens dat doel en strekking van art. 11, lid 3, van de 1964-BRK zouden worden miskend wanneer belanghebbende als genietster van het dividend zou worden aangemerkt en de ingehouden dividendbelasting aan haar zou worden gerestitueerd. De Hoge Raad volgt het Hof: “Het is niet in overeenstemming met deze strekking [van art 11, lid 3 van de 1964-BRK] om aan het bepaalde in genoemd artikel mede toepassing te geven, indien een niet in de Nederlandse Antillen gevestigde rechthebbende tot een dividend tot uitkering waarvan door een in Nederland gevestigd lichaam is besloten, zodanige uitsluitend op het ontgaan van belasting gerichte rechtshandelingen verricht dat dit dividend hem alsnog door tussenkomst van een in de Nederlandse Antillen gevestigd lichaam ten goede komt.”<sup>16 17</sup>

Het op de Antillen gevestigde lichaam heeft in deze zaak dus geen recht op teruggave van dividendbelasting omdat de aandelen in het Nederlands lichaam pas zijn verworven nadat

---

<sup>13</sup> Deze zaak is de voortzetting van HR 8 januari 1986, nr. 23031, BNB 1986/127 (concl. Van Soest, noot J. Hoogendoorn).

<sup>14</sup> Deze bepaling luidde als volgt: “De (...) belasting wordt (...) teruggegeven voor dividend, dat wordt genoten door een lichaam waarvan het kapitaal (...) in aandelen is verdeeld en dat inwoner is van een van de andere landen en voor ten minste 25 percent van het (...) kapitaal aandeelhouder is van het lichaam dat het dividend verschuldigd is.

<sup>15</sup> Rijkswet van 28 oktober 1964, Stb. 425.

<sup>16</sup> In de uitspraak van het Hof ligt volgens de Hoge Raad besloten dat dat N Inc. degene is die geacht moet worden het dividend te hebben genoten. De Hoge Raad verleent C NV daarom een teruggaaf van 10% van het dividend omdat N Inc. recht op deze teruggaaf zou hebben gehad op grond van het Nederlands-Canadees belastingverdrag.

<sup>17</sup> In vergelijkbare zin HR 18 mei 1994, nr. 28293, BNB 1994/252 (concl. Verburg).

tot de dividenduitkering is besloten. Dat roept de vraag op of wel recht op teruggave van dividendbelasting bestaat als de dividenduitkering door het Nederlandse lichaam niet rechtstreeks samenhangt met de verwerving van de aandelen in dat lichaam door een op de Antillen gevestigd lichaam. Deze vraag is bevestigend beantwoord in HR 18 mei, nr. 28296, BNB 1994/253 (concl. Verburg, noot P.J. Wattel): “De enkele omstandigheid dat de aandelen in K BV uitsluitend om fiscale redenen in belanghebbende [het op de Antillen gevestigde lichaam] zijn ingebracht c.q. aan haar zijn verkocht, leidt niet tot het oordeel dat sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van de BRK en de Wet. De door de Inspecteur ter rechtvaardiging van zijn afwijzende beschikking voor het Hof gestelde omstandigheden dat belanghebbende een vennootschap is die is opgericht in een land met een lage belastingdruk, geen eigen economische activiteit - in de zin van ondernemingsactiviteit - uitoefent of dit slechts bijkomstig doet, en slechts op grond van de oprichting naar het recht van het land met de lage belastingdruk bij wetsfictie aldaar gevestigd is, vormen onvoldoende grond voor een ander oordeel. Derhalve dient belanghebbendes verzoek om teruggaaf van de dividendbelasting, ingehouden op het door K BV uitgekeerde dividend, te worden ingewilligd.”

### **3. Voortschrijdend inzicht over misbruik van belastingverdragen**

De rechtspraak van de Hoge Raad over misbruik van belastingverdragen heeft betrekking op de 1964-BRK, het 1970-verdrag met België en het 1948-verdrag met de Verenigde Staten. Deze bilaterale regelingen zijn geënt op het OESO modelverdrag en het daarbij behorende commentaar van 1963 of op voorgangers daarvan. Bij de uitleg van bepalingen uit belastingverdragen die zijn gebaseerd op het OESO modelverdrag is het commentaar volgens de Hoge Raad van grote betekenis.<sup>18</sup> Wanneer een bepaling uit een belastingverdrag overeenkomt met het OESO modelverdrag, dan hebben de verdragsluitende partijen de bepaling kennelijk willen uitleggen conform het commentaar zoals dat luide toen zij het belastingverdrag onderhandelden. Die versie van het commentaar lag immers op tafel toen zij het verdrag sloten.<sup>19</sup> In de 1963 versie van het commentaar wordt echter niets opgemerkt over misbruik van belastingverdragen. Daar komt in 1977 echter verandering in.

In de 1977 versie van het commentaar bij art. 1 van het OESO modelverdrag wordt onder het kopje “Improper use of the Convention” duidelijk gemaakt dat belastingverdragen “should (...) not help tax avoidance or evasion.”<sup>20</sup> Het commentaar erkent dat belastingplichtigen in mogen spelen op verschillen in de belastingheffing tussen staten maar het is “for the States concerned to adopt provisions in their domestic laws to counter possible manoeuvres. Such States will then wish, in their bilateral double taxation conventions, to preserve the application of provisions of this kind contained in their domestic laws.”<sup>21</sup> Volgens De Broe impliceert deze passage dat een belastingverdrag in de

---

<sup>18</sup> HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379 (concl. Verburg, noot P.J. Wattel).

<sup>19</sup> De status van versies van het commentaar die zijn gepubliceerd na de totstandkoming van het desbetreffende belastingverdrag is omstrede. De Hoge Raad kende bij uitleg van een verdragsbepaling in HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267 (concl. Van Soest, noot C. van Raad) wel betekenis toe aan een versie van het commentaar die was gepubliceerd na de totstandkoming van het desbetreffende belastingverdrag.

<sup>20</sup> Par. 7 van het 1977-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>21</sup> Par. 7 van het 1977-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

regel in de weg staat aan nationale anti-misbruikregels tenzij in het verdrag expliciet het tegendeel is bepaald.<sup>22</sup>

In 1992 zijn verschillende paragrafen aan het commentaar op art. 1 van het OESO modelverdrag toegevoegd. Daaruit blijkt dat een grote meerderheid van de lidstaten van de OESO vindt dat algemene nationale anti-misbruik regels “are part of the basic domestic rules set by national tax law for determining which facts give rise to a tax liability. These rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them.”<sup>23</sup> Andere staten zijn daarentegen van mening dat dergelijke regels alleen kunnen worden toegepast als zij in overeenstemming zijn met de bepalingen van een belastingverdrag, met name wanneer het verdrag anti-misbruikbepalingen bevat. Het commentaar concludeert dat het niet makkelijk is om deze uiteenlopende gezichtspunten met elkaar te verenigen: “The main problem seems to be whether or not general principles such as “substance-over-form” are inherent in treaty provisions, i.e. whether they can be applied in any case, or only to the extent they are expressly mentioned in bilateral conventions.”<sup>24</sup>

In 2003 herziet de OESO haar positie over misbruik van belastingverdragen. Voorkoming van belastingontwijking is sindsdien een doelstelling van belastingverdragen: “It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.” Vervolgens gaat de OESO in op de vraag of landen belastingontwijkers verdragsvoordelen mogen onthouden wanneer zij misbruik maken van een belastingverdrag. Voor veel landen hangt het antwoord op deze vraag af van het antwoord op de vraag of belastingverdragen in de weg kunnen staan aan de toepassing van de algemene nationale anti-misbruikmaatregelen (de eerste benadering). Het antwoord op deze vraag is dat “to the extent these anti-avoidance rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability, they are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them. Thus, as a general rule, there will be no conflict between such rules and the provisions of tax conventions.”<sup>25</sup> Deze benadering is bekritiseerd door Arnold en Van Weeghel. Zij betogen dat het commentaar de vraag omzeilt wat rechtens is als de feiten zijn vastgesteld maar de toepassing van een algemene nationale anti-misbruikmaatregel ertoe leidt dat het feitencomplex waarmee belasting wordt ontweken, wordt vervangen door een feitencomplex waarin wel belasting wordt geheven.<sup>26</sup> Ook in die gevallen zullen de verdragsluitende partijen de belastingontwijker evenwel de voordelen van hun belastingverdrag mogen onthouden zo blijkt expliciet uit par 22.1 van het commentaar bij art 1: “For example, to the extent that the application of the rules referred to in paragraph 22 results in a recharacterisation of income or in a redetermination of the taxpayer who is considered to derive such income, the provisions of the Convention will be applied taking into account these changes.” En ook de 2011-versie van het commentaar bij het UN modelverdrag merkt met betrekking tot algemene nationale anti-misbruikregels, zoals “substance over form” en *fraus legis*, op dat, “nothing prevents the application of similar judicial approaches to the interpretation of the particular provisions of tax treaties. If, for example, the courts of one country have determined that, as a matter of legal interpretation, domestic tax provisions should apply on the basis of the economic

---

<sup>22</sup> L. de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series Vol. 14, IBFD Amsterdam 2008, blz. 377.

<sup>23</sup> Par. 23 van het 1992-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>24</sup> Par. 24 van het 1992-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>25</sup> Par. 9.2 van het 2003-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>26</sup> B.J. Arnold and S. van Weeghel, *The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures*, Tax Treaties and Domestic Law, EC and International Tax Law Series Vol. 2, IBFD Amsterdam 2006, blz. 91.

substance of certain transactions, there is nothing that prevents a similar approach to be adopted with respect to the application of the provisions of a tax treaty to similar transactions.”<sup>27</sup>

Andere landen zien misbruik van een belastingverdrag als een zelfstandige kwestie (de tweede benadering): ”These States, however, then consider that a proper construction of tax conventions allows them to disregard abusive transactions, such as those entered into with the view to obtaining unintended benefits under the provisions of these conventions. This interpretation results from the object and purpose of tax conventions as well as the obligation to interpret them in good faith (see Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties).”<sup>28</sup>

Welk van beide benaderingen ook wordt gekozen, voor de OESO staat vast dat landen ingeval van misbruik van een belastingverdrag niet de voordelen van het verdrag hoeven toe te kennen: “Under both approaches, therefore, it is agreed that States do not have to grant the benefits of a double taxation convention where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into.”<sup>29</sup> Tegelijkertijd maakt OESO duidelijk dat niet snel moet worden aangenomen dat sprake is van misbruik van een belastingverdrag: “A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.”<sup>30</sup>

Nederland heeft de volgende observation bij het commentaar gemaakt (met mijn commentaar tussen haken): “The *Netherlands* does not adhere to the statements in the Commentaries that as a general rule domestic anti-avoidance rules and controlled foreign companies provisions do not conflict with the provisions of tax conventions. [JV: In eerste instantie lijkt het alsof Nederland een fors voorbehoud maakt]. The compatibility of such rules and provisions with tax treaties is, among other things, dependent on the nature and wording of the specific provision, the wording and purpose of the relevant treaty provision and the relationship between domestic and international law in a country. [JV: een open deur]. Since tax conventions are not meant to facilitate the improper use thereof, the application of national rules and provisions may be justified in specific cases of abuse or clearly unintended use. [JV: Maar in tweede instantie wordt het voorbehoud grotendeels teruggenomen. Ook Nederland is van mening dat belastingverdragen niet in de weg staan aan de toepassing van algemene nationale anti-misbruikmaatregelen mits niet te snel wordt aangenomen dat sprake is van misbruik]. In such situations the application of domestic measures has to respect the principle of proportionality and should not go beyond what is necessary to prevent the abuse or the clearly unintended use.” [Deze omarming van het evenredigheidsbeginsel lijkt mij wat Nederland betreft vanzelfsprekend].<sup>31</sup> In wezen nuanceert Nederland met deze “observation” het commentaar.<sup>32</sup> Nederland wenst strikt de hand te houden aan het guiding principle van

---

<sup>27</sup> Par. 30 van het 2011-commentaar bij art. 1 UN modelverdrag.

<sup>28</sup> Par. 9.3 van het 2003-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>29</sup> Par. 9.4 van het 2003-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>30</sup> Par. 9.5 van het 2003-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>31</sup> Par. 27.7 van het 2003-commentaar bij art. 1 OESO modelverdrag.

<sup>32</sup> Arnold en Weeghel suggereren dat het Nederlandse voorbehoud geen toegevoegde waarde heeft. B.J. Arnold, S. van Weeghel, *The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures*, *Tax Treaties and*

par. 9.5 bij art. 1 van het commentaar. Alleen in “specific cases of abuse or clearly unintended use” wordt belastingontwijkers de voordelen van een belastingverdrag ontzegd.

#### **4. De gevolgen van het voortschrijdend inzicht binnen de OESO over verdragsmisbruik voor de rechtspraak van de Hoge Raad**

Tot nu toe ontzegt de Hoge Raad belastingontwijkers slechts bij hoge uitzondering de voordelen van een belastingverdrag. Alleen als sprake is van “last minute tax planning” is de Hoge Raad bereid om op te treden tegen misbruik van belastingverdragen.<sup>33</sup> In de zaken waarin de Hoge Raad heeft beslist, heeft ons hoogste rechtscollege echter geen rekening kunnen houden met de 2003-versie van het commentaar waarin de OESO de paragrafen over “Improper use of the Convention” heeft herzien. Zijn rechtspraak over verdragsmisbruik heeft namelijk betrekking op de 1964-BRK, het 1970-belastingverdrag met België en het 1948-belastingverdrag met de Verenigde Staten. Bij de onderhandelingen van deze bilaterale regelingen lag de 2003-versie van het commentaar uiteraard niet op tafel. Bovendien is het merendeel van de arresten over verdragsmisbruik geweest voordat de 2003-versie van het commentaar werd gepubliceerd. Voor de arresten over verdragsmisbruik die in 2006 zijn geweest, ligt dit anders maar in deze zaken kon de 2003-versie van het commentaar geen rol spelen omdat deze versie van het commentaar op het vlak van verdragsmisbruik conflicteert met de 1977-versie. Bovendien hebben de arresten die in 2006 zijn geweest betrekking op belastingjaren van voor 2003.

Zal de Hoge Raad belastingontwijkers nu eerder verdragsvoordelen onthouden dan in de zaken waarin ons hoogste rechtscollege heeft beslist? Het antwoord op deze vraag hangt met name af van het belang van de verschillende versies van het commentaar bij het OESO modelverdrag voor deze kwestie. Voor belastingverdragen die zijn gesloten nadat de 2003-versie van het commentaar is gepubliceerd, is dit commentaar van doorslaggevend betekenis. Het Nederlandse voorbehoud nuanceert het commentaar slechts. Door middel van dit voorbehoud benadrukt Nederland dat belastingverdragen niet in de weg staan aan de toepassing van algemene nationale anti-misbruikmaatregelen mits sprake is van “specific cases of abuse or clearly unintended use”. Dit betekent dat de Hoge Raad in dergelijke gevallen de voordelen van een belastingverdrag niet hoeft toe te kennen.

Ook ten aanzien van belastingverdragen die zijn gesloten tussen 1992 en 2003 geldt dat zij niet zijn bedoeld om verdragsmisbruik mogelijk te maken. Uit de 1992-versie van het commentaar blijkt immers dat de meeste landen toen al meenden dat een belastingverdrag niet hoeft te worden toegepast in misbruiksituaties. Nu de positie van deze landen in de 2003-versie van het commentaar door de OESO is overgenomen, kan een post 1992-versie belastingverdrag naar mijn mening conform de 2003-versie van het commentaar worden uitgelegd. Dat zou slechts anders moeten zijn als één van de verdragsluitende partijen bij het sluiten van het belastingverdrag van mening was dat belastingverdragen in de weg staan aan nationale anti-misbruikregels.

---

Domestic Law, EC and International Tax Law Series Vol. 2, IBFD Amsterdam 2006, blz. 112. Peters en Roelofsen stellen daarentegen dat het voorbehoud is gebaseerd op de rechtspraak van de Hoge Raad over verdragsmisbruik. F.G.F. Peters, A. Roelofsen, Branch Report Netherlands, blz. 563, in IFA Cahiers 2010, Vol 95A.

<sup>33</sup> Idem S. van Weeghel, R. de Boer, Anti-Abuse Measures and the Application of Tax Treaties in the Netherlands, Bulletin August/September 2006, blz. 364.

Voor belastingverdragen die zijn gesloten voor 1992 is de 1977-versie van het commentaar van belang. Dit commentaar impliceert dat een belastingverdrag in de weg staat aan nationale anti-misbruikregels tenzij in het verdrag expliciet het tegendeel is bepaald. De 1977-versie van het commentaar conflicteert op het vlak van misbruik van belastingverdragen dus met de 2003-versie van het commentaar. De 1977-versie van het commentaar weegt dan ten aanzien van belastingverdragen van voor 1992 zwaarder omdat deze versie op tafel lag bij de verdragsonderhandelingen.

Het antwoord op de vraag of de Hoge Raad belastingontwijkers nu eerder verdragsvoordelen zal onthouden dan in de zaken waarin ons hoogste rechtscollege reeds heeft beslist, luidt dus bevestigend voor belastingverdragen die zijn gesloten vanaf 2003 en voor belastingverdragen die zijn gesloten tussen 1992 en 2003 (tenzij blijkt dat één van de verdragsluitende partijen een andere mening was toegedaan). Er dient dan wel sprake te zijn van “specific cases of abuse or clearly unintended use”.<sup>34</sup> Daarvan zou naar mijn mening bijvoorbeeld sprake kunnen zijn ingeval van treaty shopping door middel van een brievenbusmaatschappij.<sup>35</sup> Voor belastingverdragen die zijn gesloten voor 1992 biedt het OESO commentaar de Hoge Raad geen aanknopingspunt om terug te komen op de eerder gewezen jurisprudentie over verdragsmisbruik.

---

<sup>34</sup> C.B. Bavinck komt in *Fraus legis in verdragsverhoudingen, een verkenning*, blz. 18 in: *Van Brunschotbundel – De grote lijn*, Kluwer Deventer 2006 tot het antwoord dat “bij apert misbruik *fraus legis* [moet] kunnen worden toegepast, ook al is daarvoor in het verdrag of de toelichtingen daarop geen concrete aanwijzing te vinden.”

<sup>35</sup> Zich baserend op de goede trouw in deze zin ook F.A. Engelen, *Over waarden en normen*, blz. 34-38, oratie UL Kluwer Deventer 2006.