

40 Jaar Cursus Belastingrecht

Opstellen aangeboden aan
Leno Sillevius en Nico de Vries, ter gelegenheid
van hun afscheid als hoofdredacteur
respectievelijk lid van de hoofdredactie
bij het 40-jarige bestaan van de Cursus
Belastingrecht

Redactie:

Karel Braun

Thil van Kempen

Tilleke de Kroon

Kees van Raad

Arie Rijkers

Kees van der Spek

Simon Strik

Gerard van Westen

Met medewerking van:

Marjolein van den Berg

PROF. MR. F.P.G. PÖTGENS*

“Uiteindelijk gerechtigde” onder Nederlandse belastingverdragen; nationaal recht of context?

1. Inleiding

Het begrip “uiteindelijk gerechtigde” of “beneficial owner” is sinds 1977 opgenomen in het OESO-Modelverdrag en in navolging daarvan in de door Nederland gesloten belastingverdragen. Het begrip is opgenomen in art. 10 (dividenden), art. 11 (interest) en art. 12 (royalty's) van het OESO-Modelverdrag. Art. 10 en art. 11 OESO-Modelverdrag bevatten een gedeeld heffingsrecht, d.w.z. de bronstaat heeft een beperkt heffingsrecht (van, bijvoorbeeld, 5, 10 of 15%) en voor het overige is het heffingsrecht toegewezen aan de woonstaat van degene aan wie de betreffende inkomensbestanddelen toekomen; art. 12 OESO-Modelverdrag voorziet in een exclusief heffingsrecht voor de woonstaat, maar in veel verdragen is voor royalty's ook een gedeeld heffingsrecht opgenomen. In voorkomende gevallen dient de woonstaat voorkoming van dubbele belasting toe te staan voor de in de bronstaat geheven belasting (op basis van art. 23 OESO-Modelverdrag). De bronstaat stelt evenwel voorwaarden aan de beperking van zijn heffingsrecht. De persoon aan wie het betreffende inkomensbestanddeel toekomt, dient niet alleen inwoner te zijn van de woonstaat, maar dient tevens uiteindelijk gerechtigde te zijn tot dat inkomen¹. In deze bijdrage beperk ik mij tot art. 10 OESO-Modelverdrag.²

Over de uitleg van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” lopen de meningen nog steeds uiteen. Dit laatste ondanks het feit dat er recent enige ontwikkelingen in de jurisprudentie onderkend kunnen worden. Een van deze

* Hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Art. 12, lid 1, OESO-Modelverdrag stelt ook in het geval van een exclusief heffingsrecht voor de woonstaat dat de inwoner tevens de beneficial owner moet zijn van de royalty's.

2. Art. 1, lid 1, en art. 1, lid 4, EU-rente- en royaltyrichtlijn bevat ook het begrip “uiteindelijk gerechtigde”, zie verder R.P.C.W.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Panchan en D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Kluwer Deventer losbladig, Hfst VII, para. 7.3.4.E.

discussiepunten is of aan "uiteindelijk gerechtigde" de betekenis moet worden toegekend conform het nationale recht van de verdragstoepassende staten (waarbij aangetekend moet worden dat veel verdragssluitende staten geen nationaalrechtelijke omschrijving van "uiteindelijk gerechtigde" kennen)³ of dat het begrip veeleer een "international fiscal meaning" heeft waarbij, mede gezien de oorsprong en achtergrond van dit begrip, geabstraheerd moet worden van de nationaalrechtelijke betekenis. Aangezien de Nederlandse belastingwetgeving met ingang van 1 januari 2002 een negatieve omschrijving bevat van "uiteindelijk gerechtigde"⁴ (een en ander is het gevolg van de anti-dividendstripping wetgeving⁵) is het vorenstaande in het bijzonder voor de Nederlandse situatie van belang. In deze bijdrage wordt dan ook nagegaan wat het effect is van deze wettelijke negatieve definitie voor de door Nederland gesloten belastingverdragen en of het begrip een betekenis heeft waarbij geabstraheerd moet worden van de definitie onder de nationale wetgeving (in de bewoordingen van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag vereist de context dan een betekenis die afwijkt van het nationale recht).⁶

2. De wijze van interpretatie

2.1 Art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag

Voor de uitleg van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" dient in beginsel art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag te worden toegepast dat als *lex specialis* prevaleert boven de *lex generalis* van art. 31 e.v. van het Verdrag van

3. Zie, bijvoorbeeld, *R. Fraser en D. Oliver, Beneficial Ownership: HMRC's Draft Guidance on Interpretation of the Indofood decision*, *British Tax Review*, 2007, nr. 1, blz. 51 en *S. van Weeghel en R. de Boer, Anti-Abuse Measures and the Application of Tax Treaties in the Netherlands*, *Bulletin for International Taxation*, 2006, nr. 8/9, blz. 364. *R.P.C.W. M. Brandsma, Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Kluwer Deventer, losbladig, Hfst. II, para. 3.2.1.A.b2.H hanteert, zij het met de nodige reserves, een vergelijkbaar standpunt. Vergelijk tevens para. 31 van het OESO-Rapport "The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles" van 23 april 2010 dat inmiddels zijn weerslag heeft gevonden in het Commentaar op het OESO-Modelverdrag (2010).
4. Art. 4, lid 7, Wet Div.bel 1965, art. 9.2, lid 2, Wet IB 2001; art. 25 Wet Vpb. 1969 en art. 16 BvdB 2001.
5. Nr. 27 896 en 28 246. De Staatssecretaris van Financiën is overigens eveneens de mening toegegaan dat het begrip "uiteindelijk gerechtigde" moet worden geïnterpreteerd met behulp van art. 3, lid 2, van de Nederlandse belastingverdragen die op het OESO-Modelverdrag zijn gebaseerd, waardoor de betekenis zoals de anti-dividendstrippingwetgeving (bijvoorbeeld art. 4, lid 7, Wet Div.bel 1965) die aan het begrip "uiteindelijk gerechtigde" geeft *mutatis mutandis* van toepassing is op de door Nederland gesloten belastingverdragen; *MvA Kamerstukken I 2001/02*, 27 896 en 28 246, nr. 117b, blz. 5.
6. In dat verband zou dan de nodige betekenis kunnen worden toegekend aan HR 16 april 1994, nr. 28 638, *BNB 1994/217* (concl. Van Soest, noot F. Van Brunschot). Zie voor een bespreking van dit arrest J. Vleggeert, *Is dividend washing toegestaan?* WFR, 1994: 6106, blz. S15 e.v.

Wenen inzake het Verdragenrecht (hierna: Verdrag van Wenen). Voor de toepassing van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag geldt een aantal voorwaarden. Zo is vereist dat het nationale recht van de verdragstoepassende staten in een dergelijke omschrijving voorziet.⁷ Daartoe dient wel de hobbelt te worden genomen dat de negatieve omschrijving zoals die is opgenomen in, bijvoorbeeld, art. 4, lid 7, Wet Div.bel 1965, volstaat voor de toepassing van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag.⁸ Naar mijn mening kan deze negatieve definitie inderdaad als uitgangspunt dienen voor de toepassing van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag.⁹ Verder moet het begrip, wil art. 3, lid 2, kunnen worden toegepast een juridische betekenis hebben.¹⁰ Hetgeen voor "uiteindelijk gerechtigde" overigens het geval is. Daarenboven dient het te interpreteren begrip (in casu "uiteindelijk gerechtigde") een betekenis te hebben die in het nationale recht in een vergelijkbare context wordt gebezigd als onder het vigerende belastingverdrag.¹¹ Dit laatste is ook het geval zodat, indien Nederland de verdragstoepassende staat is, art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag in beginsel kan worden toegepast en aansluiting kan worden gezocht bij de in de Nederlandse nationale wetgeving opgenomen negatieve omschrijving van "uiteindelijk gerechtigde".

7. Vergelijk HR 1 december 2006, nr. 38 850, *BNB 2007/75* (concl. Wattel, noot C. van Raad); HR 1 december 2006, nr. 38 950, *BNB 2007/76* (concl. Wattel, noot C. van Raad); HR 1 december 2006, nr. 39 535, *BNB 2007/77* (concl. Wattel, noot C. van Raad); HR 1 december 2006, nr. 39 710, *BNB 2007/78* (concl. Wattel, noot C. van Raad); HR 1 december 2006, nr. 39 711, *V.N 2006/65.9* (concl. Wattel, aant. Redactie Vakstudie Nieuws) en HR 1 december 2006, nr. 40 088, *BNB 2007/79* (concl. Wattel, noot C. van Raad) waarin de Hoge Raad art. 3, lid 2, van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen die onderdeel uitmaakten van de betreffende geschillen, niet toepaste omdat de Nederlandse belastingwetgeving (waaraan die bepalingen verwezen) een definitie van het begrip "werkgever" ontbeerde.
8. *W.R. Munnig, Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?*, WFR 2008, blz. 1343, onderdeel 5, betoogt dat ook art. 8c Wet Vpb. 1969 een rol speelt bij de interpretatie van "uiteindelijk gerechtigde". Een andersluidend oordeel volgt J.W. Rompen, *Indofood, de uiteindelijk gerechtigde en art. 8c Wet Vpb. 1969*, WFR 2009, blz. 274 (met naschrift van W.R. Munnig).
9. Zie ook *R.P.C.W. M. Brandsma, Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Kluwer Deventer, losbladig, Hfst. II, para. 3.2.1.A.b2.H.
10. Vergelijk HR 29 september 1999, nr. 33 267, *BNB 2000/16* (concl. Van den Berge, noot Burgers) en HR 29 september 1999, nr. 34 482, *BNB 2000/17* (concl. Van den Berge, noot Burgers); het begrip "uiteindelijk gerechtigde" in art. 10, lid 2, onderdeel 1^a, van het verdrag met Duitsland heeft geen juridische betekenis en kan derhalve niet uitgelegd worden met behulp van de met art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag overeenkomende interpretatiebepaling (art. 2, lid 2, van het belastingverdrag met Duitsland).
11. Zie HR 21 februari 2003, nr. 37 011, *BNB 2003/177* (concl. Wattel, noot F.A. Engelen) en HR 21 februari 2003, nr. 37 024, *BNB 2003/178* (concl. Wattel, noot E.A. Engelen), waarin de het begrip "verblijft" in art. 15, lid 2, onderdeel a, van de belastingverdragen met Nigeria en Brazilië die in dezen het OESO-Modelverdrag volgen, niet onder de nationale wetgeving in een vergelijkbare context werd gebezigd als onder de betreffende verdragen waardoor art. 3, lid 2, van die verdragen (dat overeenkomt met art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag) niet kon worden toegepast.

2.2 Context

2.2.1 Algemeen

Echter, vervolgens dient te worden gezien of de context een andere betekenis vereist dan onder het Nederlandse nationale recht. In dit verband speelt in ieder geval het Commentaar op het OESO-Modelverdrag een vooraanstaande rol,¹² maar ook de achtergrond en herkomst van het betreffende begrip alsmede de verdere context waarin het wordt gehanteerd.¹³

Het Commentaar op het OESO-Modelverdrag is, aldus de Hoge Raad, van grote betekenis bij de uitleg van een belastingverdrag indien een verdragsbepaling in dezen gelijklopend is aan het vigerende artikel uit het OESO-Modelverdrag¹⁴ en uitdrukkelijk blijkt dat Nederland en de andere verdragsluitende staat het Commentaar wensten te volgen bij de uitleg van een verdragsbepaling.¹⁵ De Hoge Raad heeft zich tot op heden nog niet uitdrukkelijk en duidelijk uitgelaten over de vraag of het Commentaar op het OESO-Modelverdrag dynamisch dient te worden toegepast.¹⁶

12. HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379 (concl. Verburg, noot Wattel).
13. R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Kluwer Deventer, losbladig, Hist. II, para. 3.2.1.A.b2.II; A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer Deventer 2009, blz. 190-191, alsmede S. van Weeghel en R. de Boer, *Anti-Abuse Measures and the Application of Tax Treaties in the Netherlands*, *Bulletin for International Taxation*, 2006, nr. 8/9, blz. 364 merken op dat de doorwerking van de negatieve nationale omschrijving van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" naar de Nederlandse belastingverdragen in overeenstemming dient te zijn met de goede trouw die Nederland bij de interpretatie en toepassing van die verdragen in acht moet nemen (art. 26 en art. 31 van het Verdrag van Wenen). Daartoe wordt in het bijzonder verwezen naar HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars) en HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/381 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars). Hieruit wordt opgemaakt dat de betreffende negatieve definitie effect heeft op een belastingverdrag indien het verdrag is gesloten na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7, Wet Div. bel 1965 of de andere verdragsluitende staat in zijn nationale wetgeving een vergelijkbare invulling geeft aan het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (wederkerigheid van wetgeving). Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de goede trouw ook in acht is genomen indien geen sprake is van een verschuiving in de verdeling van heffingsrechten, vergelijk HR 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars).
14. Vergelijk P.J. Wattel en O. Marres, *The Legal Status of the OECD Commentary and Stanc or Ambulatory Interpretations of Tax Treaties*, *European Taxation*, 2003, nr. 7/8, blz. 227.
15. Dit kan, volgens de Hoge Raad in HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379 (concl. Verburg, noot Wattel), ook blijken uit de eenzijdige Nota van Toelichting die kan worden opgesteld bij de goedkeuring van een belastingverdrag.
16. In HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267 (concl. Van Soest, noot C. van Raad) nam de Hoge Raad het rapport van de OES uit 1958 in aanmerking om het verdrag tussen Nederland en Duitsland te interpreteren dat dateert uit 1959 (het ging in dezen om de toelichting bij de vaste inrichting-bepaling). Het gaat evenwel te ver hieruit af te leiden dat de Hoge Raad een voorstander is van een onverkorte —

2.2.2 OESO-Commentaar

Het begrip "uiteindelijk gerechtigde" is in 1977 in het OESO-Commentaar opgenomen in welk verband er niet voor een duidelijke definitie werd gekozen en alleen een beperkt aantal kenmerken werd genoemd.¹⁷ Het begrip "uiteindelijk gerechtigde" werd voor 1977 wel in enkele belastingverdragen gebruikt, zoals in het voormalige belastingverdrag tussen Nederland en het VK uit 1968. Desalniettemin zijn er weinig gegevens beschikbaar over de achtergrond en historie van de betreffende term en

→ dynamische toepassing van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag (zie voor een andersluidende opvatting R.W. Tieskens, *De betekenis van het OESO-Modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen*, WFR 1999/6388, blz. 1768). In BNB 1999/267 verwijst de Hoge Raad, in navolging van HR 24 maart 1976, nr. 17 812, BNB 1976/121 (noot P. den Boer), naar het OES-rapport uit 1958 en naar de tekst van het Commentaar op art. 5 van het OESO-Modelverdrag uit 1963 (waarin het OES-rapport uit 1958 uiteindelijk was neergelegd en waarop art. 2 van het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland uit 1959 was gebaseerd). In aanvulling hierop kan nog worden opgemerkt dat het Commentaar uit 1963 niet verschilde van de latere versies van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag. Hieruit volgt dan ook dat de visie, zoals opgenomen in de inleiding van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag (para. 33), niet uit BNB 1999/267 kan worden afgeleid, te meer daar dit geen geschilpunt was in de onderliggende procedure. Dit lijkt ook in overeenstemming te zijn met HR 21 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295 (concl. Wattel, noot S. van Weeghel) en HR 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars) waarin hij naar het OESO-Commentaar uit 1963 verwees voor de interpretatie van het voormalige belastingverdrag met België uit 1970. Echter, in HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars) en HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/381 (concl. Wattel, noot P. Kavelaars) werd voor de interpretatie van het voormalige belastingverdrag met België verwezen naar para. 12 en 13 van het Commentaar op art. 3 van het OESO-Modelverdrag die daarin vanaf 1995 zijn opgenomen. Terughoudendheid is evenwel geboden om BNB 2003/379 en BNB 2003/381 als een bevestiging te zien van een dynamische toepassing van het OESO-Commentaar. Vanaf 1995 is in art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag uitdrukkelijk de dynamische interpretatiemethode vervat, voor niet in een belastingverdrag gedefinieerde begrippen dient dan te worden aangesloten bij het nationale recht zoals dat luidt op het moment van toepassing van dat verdrag en niet op het tijdstip van sluiting van het verdrag (de statische interpretatiemethode). Toch is de Hoge Raad blijkbaar van mening dat de dynamische interpretatiemethode ook dient te worden gevolgd indien een verdragsbepaling nog is gemodelleerd naar het OESO-Modelverdrag zoals dat luidde voor de wijzigingen in 1995 en waarin een expliciete referentie aan de dynamische interpretatiemethode ontbreekt, vergelijk ook A-G Wattel, concl., BNB 2003/379, punt 4.9 en punt 2.22 van de bijlage bij zijn concl., BNB 2003/379 t/m 381. Zij het dat een en ander begrensd wordt door de context of het zinsverband van het vigerende verdrag. Ik meen dan ook dat de verwijzingen naar de passages uit het Commentaar op het OESO-Modelverdrag (para. 12 en 13 van het Commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag) die hierin na sluiting van het voormalige belastingverdrag met België zijn opgenomen in dat kader moeten worden gezien. Hoewel de Hoge Raad het Commentaar dynamisch toepast, gaat het te ver hierin een bevestiging te zien van het omstreden standpunt van de OESO dat iedere wijziging in het Commentaar doorwerkt naar eerder gesloten belastingverdragen.

17. Zie ook L. de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse. A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Doctoral Series, nr. 14, IBFD Amsterdam, 2008, Hist. 7, randnummer 448.

waarom hij precies in het Modelverdrag is opgenomen en niet gekozen is voor een ander concept.¹⁸ Wel beschouwd, is er buiten de officiële OESO-documenten (het OESO-Modelverdrag, het Commentaar op het OESO-Modelverdrag, het "OECD Conduit Companies Report"¹⁹ en het OESO-Rapport "The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles" van 23 april 2010) geen documentatie beschikbaar die de veronderstelde betekenis van "uiteindelijk gerechtigde" verduidelijkt.²⁰

Naar mijn mening vloeit uit para. 12-12.2 van het Commentaar op art. 10 van het OESO-Modelverdrag voort dat beoogd is niet als uiteindelijk gerechtigden aan te merken personen die louter als "nominees" of "agents"²¹ functioneren en "conduit" vennootschappen die een zodanig beperkte beschikkingsmacht hebben over het inkomen dat zij fungeren als een "agent" of "nominee"²² (d.w.z. de "conduit" vennootschap functioneert als een "fiduciary" of een "administrator" ten behoeve van zijn aandeelhouder).²³ Overigens zou men in para. 6.14 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag dat daaraan in 2010 is toegevoegd en dat ziet op Collective Investment Vehicles (CIV) een nadere bevestiging kunnen zien van deze benadering. Immers, het Commentaar hecht het nodige belang aan de discretionaire bevoegdheden die de managers van de CIV hebben met betrekking tot het beheer van de activa die het inkomen genereren.²⁴

2.2.3 Verdeeldheid in de internationale literatuur en jurisprudentie

In de literatuur en in de internationale jurisprudentie bestaat er geen eenstemmigheid over de uitleg die het Commentaar in dezen voorstaat. De

18. Zie ook *C.P. du Toit*, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, IBFD Amsterdam, 1999, blz. 181.
19. OECD Committee on Fiscal Affairs, "Double Taxation and the Use of Conduit Companies", in International Tax Avoidance and Evasion, Issues in International Taxation Series No. 1, OECD, 1987.
20. Vergelijk ook *C.P. du Toit*, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, IBFD Amsterdam, 1999, blz. 181.
21. Para. 12.2 van het Commentaar op art. 10 van het OESO-Modelverdrag zoals toegevoegd door het Rapport "The 2002 Update to the Model Tax Convention", dat op 28 januari 2003 door de Raad van de OESO is goedgekeurd.
22. Para. 12.1 van het Commentaar op art. 10 van het OESO-Modelverdrag zoals toegevoegd door het Rapport "The 2002 Update to the Model Tax Convention", dat op 28 januari 2003 door de Raad van de OESO is goedgekeurd.
23. Vergelijk *Ph. Baker*, Double Taxation Conventions and International Tax Law, Sweet & Maxwell London, losbladig, Article 10 (Dividends), para. 10B-10.4 en *L. de Broe*, International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral Series, nr. 14, IBFD Amsterdam, 2008, Hfst 7, randnummer 468.
24. Het is overigens wel opvallend dat het Commentaar in dezen aansluit bij het beheer van de activa die het inkomen genereren aangezien art. 10 van het OESO-Modelverdrag refereert aan de uiteindelijke gerechtigdheid tot het inkomen en niet tot de activa.

hiervoor genoemde visie wordt dan ook niet door iedereen onderschreven. Door sommige auteurs wordt een vrij ruime economische benadering van het betreffende begrip gevolgd.²⁵

Van de jurisprudentie die een vrij ruime economische benadering van uiteindelijk gerechtigde volgt, kan in het bijzonder op de *Indofood*-zaak worden gewezen, waarin de Engelse rechter in een civiele zaak niet alleen het OESO-Commentaar dynamisch toepaste maar tevens uit de versie van dat Commentaar zoals die vanaf 2003 luidt (para. 12 e.v. van het Commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag) afleidt dat een economische interpretatie van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" moet worden gevolgd²⁶ zodat een doorstroomvennootschap die was tussengeschoven teinde van een gunstiger verdragstarief te profiteren niet als uiteindelijk gerechtigde kon worden aangemerkt.²⁷ Er wordt door de Engelse belastingautoriteiten overigens aangenomen dat de term "uiteindelijke gerechtigde" kadert in een ruim anti-treaty shopping concept dat hen in feite toestaat iedere vermindering van bronheffing in het VK te bestrijden indien gebruik wordt gemaakt van doorstroomvennootschappen.²⁸ De "Indofood-benadering" lijkt ook te worden onderschreven door de Spaanse

25. *H. Pijl*, The Definition of "Beneficial Owner" under Dutch Law, Bulletin for International Taxation, 2000, nr. 6, blz. 257 en *idem*, Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands, Intertax, 2003, nr. 10, blz. 355.
26. A. Russo, M. Russo en R. Russo, The 2006 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Tax Treaty Interpretation, European Taxation, 2006, nr. 11, blz. 541; R. Krishna Mitra, Beneficial Ownership U.K. Court of Appeal in the Case of Indofood International Finance, International Tax Review, 2006, nr. 6, blz. 29; M. McGowan, Indofood Court Expands Interpretation of Beneficial Ownership, Tax Notes International, 26 juni 2006, blz. 1092; L. Verdoner, R. Offermans en S. Hunbregtse, A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership - Part 2, European Taxation (digitaal gepubliceerd), para. 3.6 en L.A. Sheppard, Indofood and Bank of Scotland: Who Is the Beneficial Owner?, Tax Notes International, 5 februari 2007, blz. 407.
27. Court of Appeal, 2 maart 2006, EWCA Civ 15, Indofood International Finance Ltd v. J.P. Morgan Chase Bank, London Branch, International Tax Law Reports, 2006, nr. 8, blz. 653 e.v. (noot Ph. Baker).
28. Zie de reactie van *Her Majesty's Revenue & Customs (HMRC)*, "Draft Guidance on the Interpretation of the Indofood Decision" waarvan gedeelten zijn opgenomen in *HMRC International Manual* (en met name voorbeeld 7 met betrekking tot een tussengeschoven Luxemburgse SPV). Vergelijk tevens A. M. Jimenez, Beneficial Ownership Current Trends, World Tax Journal, februari 2010, blz. 45; P. Lamora Jezzi, The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prévost Car Decisions, Bulletin for International Taxation, 2010, nr. 5, blz. 256; R. Fraser en D. Oliver, Treaty Shopping and Beneficial Ownership: Indofood International Finance Ltd v. J.P. Morgan Chase Bank NA London, British Tax Review, 2006, blz. 427 en P. Morton en L. Sykes, United Kingdom, in Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, IFA, Cahiers de droit fiscal international, Vol. 95a, SDU, 2010, blz. 823.

jurisprudentie (in de zogenaamde *Real Madrid-zaken* waarin de nadruk vooral wordt gelegd op de bestrijding van misbruik),²⁹ door de Franse *Conseil d'État* in de *Royal Bank of Scotland-zaak*³⁰ (hoewel de *Conseil d'État* een vrij ruime benadering hanteerde van het uiteindelijk gerechtigde concept, speelde in deze dividendstripping-zaak ook een rol dat hij het vruchtgebruikcontract converteerde in een lening met behulp van de algemene misbruik van recht-doctrine³¹) en de Zwitserse jurisprudentie.³²

Een economische benadering van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (wat tot gevolg kan hebben dat het uiteindelijk gerechtigde concept een behoorlijk ruime anti-misbruikbepaling wordt) wordt verworpen door de Canadese jurisprudentie³³ (die een en ander ten aanzien van een Nederlandse doorstroomvennootschap baseert op het Commentaar op het OESO-Modelverdrag zoals dat vanaf 2003 luidt, d.w.z. para. 12 e.v. van het Commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag), de Deense jurisprudentie³⁴ (die een Luxemburgse doorstroomvennootschap als uiteindelijk gerechtigde aanmerkte in de zin van art. 10 van het verdrag tussen Luxemburg en Denemarken en waarin op basis van para. 12 e.v. van het Commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag werd geconcludeerd dat de Luxemburgse

29. A. M. Jimenez, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, februari 2010, blz. 36-40. Hij noemt een aantal zaken betreffende de voetbalclub Real Madrid die vergoedingen betaalde aan intermediaire Hongaarse vennootschappen voor het gebruik van de beeld- en portretrechten van enkele bij Real Madrid actieve voetballers *C. du Toit*. The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years, Bulletin for International Taxation, 2010, nr. 10, blz. 504 en 505 is van mening dat de wijze van interpretatie in de Spaanse zaken en *Indofood* niet duidelijk is zodat men terughoudend moet zijn vergaande conclusies uit deze jurisprudentie te trekken wat betreft de interpretatie van "uiteindelijk gerechtigde".
30. *Conseil d'État*, 29 december 2006, nr. 283314, *Royal Bank of Scotland* (opgenomen in *IBFD's Tax Treaty Case Law Database*).
31. A. M. Jimenez, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, februari 2010, blz. 47 en L. de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Doctoral Series, nr. 14, IBFD Amsterdam, 2008, Hfst. 7, paragraaf 479.
32. *Federal Commission of Appeal in Tax Matters*, 28 februari 2001, *V SA, International Tax Law Reports 2002*, blz. 191-214 en *High Court*, 11 november 2005, *X Holding ApS* (beschreven door A. M. Jimenez, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, februari 2010, blz. 41 en 42; M.R. Jung, *Switzerland*, in *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, IFA, cahiers de droit fiscal international, Vol. 95a, SDU Amersfoort, 2010, blz. 788-789 en L. Verdoner, R. Offermans en S. Hübregtse, *A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership - Part 2*, European Taxation (digitaal gepubliceerd), para. 3.5.)
33. *Canadian Federal Court of Appeal*, 26 februari 2009, 2009 FCA 57, *The Queen v. Prévost Car Inc*; zie ook A. M. Jimenez, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, februari 2010, blz. 47 en L. Verdoner, R. Offermans en S. Hübregtse, *A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership - Part 1*, European Taxation, 2010, nr. 9, blz. 422.
34. *Landskatteretten (Tax Tribunal)*, 16 april 2010, SKM 2010.268 LSR, besproken door K. Joo Dyppeel, TNS Online, 23 april 2010 en A. Ris en N. Bjørnholm, *First Danish Ruling on Beneficial Ownership*, European Taxation, 2010, nr. 7, blz. 324-328.

vennootschap alleen dan geen uiteindelijk gerechtigde is indien zij als een conduit kan worden aangemerkt die zeer beperkte bevoegdheden heeft waardoor zij met betrekking tot het betreffende inkomen louter een "fiduciary" of "administrator" wordt die daarbij handelt voor rekening van de betrokken partijen, in casu private equity partijen) en de Indiase jurisprudentie³⁵. Deze visie kan ook worden teruggevonden in HR 16 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 (concl. Van Soest, noot F. Van Brunschot), zij het dat Nederland destijds in zijn nationale recht geen definitie van uiteindelijk gerechtigde had opgenomen (ook geen negatieve omschrijving). De Hoge Raad heeft het betreffende begrip derhalve autonoom geïnterpreteerd waarbij hij bleef binnen de contouren van het destijds geldende Commentaar op het OESO-Modelverdrag dat "agents" en "nominees" uitsloot van het begrip "uiteindelijk gerechtigde".³⁶

Het is opvallend dat de jurisprudentie op basis van het OESO-Commentaar tot dergelijke verschillende interpretaties van "uiteindelijk gerechtigde" kan komen. Hierdoor komt de vraag op wat de precieze rol is van het Commentaar bij de uitleg van "uiteindelijk gerechtigde" (mijn voorkeur zou overigens uitgaan naar de uiteenzetting zoals die in de Canadese, Indiase en Deense jurisprudentie en door de Hoge Raad wordt gegeven). Alsdan dient de door de opstellers van het OESO-Modelverdrag bedoelde betekenis op een andere wijze te worden vastgesteld. Ik heb reeds opgemerkt dat over de historie van het begrip weinig bekend is, al is wel duidelijk dat het zijn oorsprong vindt in de common law jurisdicties en in het algemeen onbekend is in civil law jurisdicties. Interessant zijn in dezen de observaties van D. Lüthi³⁷ die in de uitspraak van de Tax Court of Canada in de *Prévost-zaak* zijn opgenomen.³⁸ Lüthi stelt dat het de bedoeling is met behulp van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" tussenpersonen in derde staten, zoals "agents" en "nominees" uit te sluiten van de verdragsvoordelen. Een holdingvennootschap was, aldus Lüthi, in beginsel de uiteindelijk gerechtigde tenzij er overtuigend bewijs was dat er sprake was van misbruik. Wat betreft de conduit companies was het volgens Lüthi de bedoeling dat zij niet als "uiteindelijk gerechtigde" konden worden aangemerkt indien zij zodanig beperkte bevoegdheden hadden dat ze louter fiduciaire of administratieve functies vervulden. Lüthi merkt op dat de civil law landen niet wilden dat "uiteindelijk gerechtigde" de

35. *Indian Authority for Advance Rulings (AAR)*, 25 februari 2010, Mumbai AAR, nr. 181/2009, *KSPG Netherlands Holdings BV v. Director of Income Tax (Int'l Tax)*, besproken door B.J. Arnold, *Tax Treaty News*, Bulletin for International Taxation, 2010, nr. 6, blz. 308.
36. Para. 12 van het Commentaar op art. 10 stelde in zijn versie uit 1977 het volgende: "Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations".
37. Hij was destijds lid van de OECD Committee on Fiscal Affairs en lid en voorzitter van OECD Working Party I on Double Taxation onder wiens verantwoordelijkheid het OESO-Modelverdrag en het daarmee corresponderende Commentaar viel.
38. *Tax Court of Canada*, 30 april 2008, 2008 TCC231, *Prévost Car Inc v. The Queen*, rechtsoverweging 55 e.v.

ruime betekenis had die de common law landen daaraan toekenden onder hun "law of equity". Dit is een nadere bevestiging dat een beperkte uitleg van "uiteindelijk gerechtigde" zoals die ook in de Deense, Nederlandse, Indiase en Canadese jurisprudentie wordt gevolgd, dient te worden onderschreven.³⁹ Deze betekenis kan naar mijn mening prevaleren boven die voortvloeit uit het nationale recht (art. 4, lid 7, Div.bel 1965). De context eist in een dergelijk geval dan ook een andere betekenis dan die onder het nationale recht.⁴⁰

3. Conclusie

In deze bijdrage heb ik getracht aan te geven dat HR 16 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 (concl. Van Soest, noot F. Van Brunschot) in voorkomende gevallen nog steeds leidend kan zijn bij de interpretatie van "uiteindelijk gerechtigde" en daarmee kan prevaleren boven een nationaalrechtelijke betekenis. Een en ander vindt navolging in de Canadese, de Indiase en de Deense jurisprudentie. Echter, de Franse, Zwitserse, Engelse en Spaanse jurisprudentie volgt een economische benadering van "uiteindelijk gerechtigde". Opvallend is dat deze verschillende benaderingen beiden door de diverse rechterlijke instanties gelezen worden in het Commentaar op het OESO-Modelverdrag. Blijkbaar is ook bij de OESO het besef doorgedrongen dat meer duidelijkheid en uniformiteit gewenst is bij de uitleg van "uiteindelijk gerechtigde". Een van de doelstellingen van de OESO is in de nabije toekomst de invulling van dit begrip nader onder handen te nemen.⁴¹

39. Zie in dezelfde zin C. du Toit, The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years, Bulletin for International Taxation, 2010, nr. 10, blz. 508-509.

40. Tot een vergelijkbare conclusie komen E.C.F. Peters en A. Roelofs, Netherlands, in Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, IFA, cahiers de droit fiscal international, Vol. 95a, SDU Amersfoort, 2010, blz. 569.

41. Zie F. Vansendael, IFA 64th Congress in Rome, Seminar E - IFA/OECD: red card 177, TNS Online, 1 september 2010.

PROF. MR. KEES VAN RAAD¹

De vaste inrichting en route – auto- en spoorwegen als vaste inrichtingen

1. We veronderstellen dat een spoorwegbedrijf dat gedreven wordt door een lichaam (R Inc) dat inwoner is van staat R, zijn rail-netwerk dat zich oorspronkelijk beperkt tot het grondgebied van Staat R, uitbreidt met vertakkingen in buurland Staat S. Als er tussen de twee staten een belastingverdrag van toepassing is dat overeenkomt met het OESO-Modelverdrag, zal Staat S de winst mogen belasten die R Inc behaalt op zijn grondgebied. Er is weinig twijfel over mogelijk dat de rails met de daarbij behorende infrastructuur een vaste inrichting vormen. Er is immers sprake van een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan R Inc zijn ondernemingsactiviteiten in Staat S uitoefent.

2. Laten we de feiten veranderen en aannemen dat in Staat S het bedrijf S Inc aldaar een eigen spoorwegonderneming drijft en dat R Inc (inwoner van Staat R) van S Inc een concessie heeft verworven gebruik te mogen maken van S Inc's rail-netwerk in Staat S. R Inc heeft aldus de beschikking over een rail-netwerk in Staat S voor het drijven van zijn vervoersonderneming. Er lijkt wederom weinig twijfel over te bestaan dat R Inc in dat geval over een vaste inrichting in Staat S beschikt. Daarvoor is immers niet vereist dat een bedrijfsinrichting in eigendom wordt gehouden. Voldoende is dat erover beschikt wordt en deze beschikking hoeft niet exclusief te zijn. Indien een advocatenkantoor dat gedreven wordt door een entiteit die inwoner is van de ene staat, regelmatig in een hotel in een andere staat ruimten huurt voor overleg met cliënten in die staat, zal er sprake zijn van het ontplooiën van ondernemingsactiviteiten in die andere staat met behulp van een vaste inrichting. De omstandigheid dat de in dat hotel gehuurde vergaderruimte op andere tijdstippen door derden wordt gebruikt, staat hieraan niet in de weg. Als het rail-netwerk van S Inc in Staat S ook nog door andere (binnenlandse of buitenlandse) spoorwegmaatschappijen gebruikt wordt, zal dit daarom geen gevolgen hebben voor de constatering dat het door R Inc gebruikte netwerk een vaste inrichting voor R Inc kan vormen. Relevant is slechts dat het gebruik ervan door R Inc

1. Hoogleraar in het internationale belastingrecht aan de Universiteit Leiden, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en Of Counsel Loyens & Loeff.