

# ABP-pensioen en belastingverdrag

HR 5 december 2008, nr. 43.722, NTFR 2008/2446  
Art. 12, Verdrag Nederland-Duitsland; Art. 19, OESO-Modelverdrag

De Hoge Raad oordeelt dat een overheidspensioen dat een inwoner van Duitsland ontvangt van Stichting Pensioenfonds ABP classificeert onder art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland. Hierdoor is het heffingsrecht over dit pensioen toegewezen aan Nederland waar de gerechtigde het pensioen heeft opgebouwd terwijl hij in Nederlandse overheidsdienst was. In weerwil van de bewoordingen van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland, laat de Hoge Raad de strekking van deze bepaling prevaleren.

## 1. Inleiding

Art. 12, lid 1 (particuliere pensioenen) en lid 2 (overheidspensioen), Verdrag Nederland-Duitsland<sup>1</sup> volgen een vergelijkbaar stramien als art. 18 en 19, lid 2, OESO-Modelverdrag. Het heffingsrecht over particulier pensioen wordt conform art. 18 OESO-Modelverdrag en art. 12, lid 1, Verdrag Nederland-Duitsland toegewezen aan de woonstaat van de pensioengenieter.<sup>2</sup> Het overheidspensioen wordt ter heffing toegewezen aan de staat van de overheid die het pensioen betaalt (de kasstaat).

Uitgaande van het OESO-Modelverdrag blijkt dat voor de toewijzing van de heffingsbevoegdheid over pensioenen het onderscheid tussen art. 18 en art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag gezocht moet worden in de aard van de dienstbetrekking die ten grondslag ligt aan het desbetreffende pensioen. Is

het pensioen opgebouwd in de uitoefening van een publiekrechtelijke dienstbetrekking dan resorteert het onder art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag. Is het pensioen opgebouwd in het kader van een dienstverlening uit hoofde van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, dan valt het onder art. 18 OESO-Modelverdrag.<sup>3</sup>

De achterliggende gedachte bij de toedeling van heffingsrechten over overheidspensioenen is dat staten in beginsel niet datgene dienen te belasten dat ten laste van een andere staat wordt betaald. Een en ander is terug te voeren op het Commentaar op art. 19 OESO-Modelverdrag waar wordt gerefereerd aan de internationale ongeschreven regels van beleefdheid en respect tussen de soevereine staten.<sup>4</sup> Een andere *rationale* waarop de toewijzing van het heffingsrecht van art. 19 wordt gebaseerd en dat voor overheidspensioenen minder voor de hand liggend lijkt, is dat de betrokkene in het buitenland onafhankelijk werkzaam moet kunnen zijn.<sup>5</sup> In de literatuur is er naar mijn mening terecht op gewezen dat wanneer de overheidsdienaar inmiddels is gepensioneerd aan dat argument geen betekenis meer toekomt en er geen enkele reden meer bestaat de heffingsbevoegdheid toe te wijzen aan de overheidsstaat. Alsdan kan worden betoogd dat de omstandigheden waarin een gepensioneerde overheidsdienaar verkeert, niet verschillen van die waarin de gerechtigde tot een particulier pensioen zich

1 Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting op het gebied van belastingen van het inkomen en van het vermogen alsmede van verscheidene andere belastingen en tot het regelen van andere aangelegenheden op belastinggebied, gesloten op 16 juni 1956, *Trb.* 1959, 85.

2 Zie voor de Europeesrechtelijke en belastingverdragaspecten van particuliere pensioenen, P. Kavelaars, 'Cross-Border Aspects of Pensions in the Netherlands, including Tax Treaty and EU Law', *Bulletin for International Taxation*, 2007, nr. 3, p. 86-102.

3 Zie ook H.G.M. Stenebome, 'Hybride pensioenen en allocatie van heffingsbevoegdheid', *MBB* 1995/119, onderdeel 3.1.

4 Para. 2 van het Commentaar op art. 19 OESO-Modelverdrag en Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal (verdragen)recht', 15 april 1998, par. 4.3.4.3. Vergelijk ook Stenebome, t.a.p., onderdeel 3.1; A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'ABP-pensioen genoten in het buitenland: wie is heffingsbevoegd bij overheidspensioen?', *Forfaitair* 2009/191, onderdeel 2; B. Starink, 'Het verschil tussen particulier pensioen en overheidspensioen in internationale verhoudingen: is

het nog wel te handhaven?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2005, nr. 5, p. 27 en P. Pistone, 'Government Service (Art. 19 OECD Model Convention)', in *Source versus Residence – Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives* (ed. M. Lang, P. Pistone, J. Schuch en C. Staringer), Eucotax, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen a.d. Rijn 2008, p. 289 en 290.

5 Vergelijk ook A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed Fiscale Studietoets, Kluwer, Deventer, 2008, p. 308 en Stenebome, t.a.p., onderdeel 3.1.

bevindt.<sup>6</sup> Een van de overwegingen het heffingsrecht over particuliere pensioenen te doen toekomen aan de woonstaat is dat de pensioengerechtigde in die staat gebruikmaakt van de openbare voorzieningen. Via het heffingsrecht over het pensioen draagt de gerechtigde tot het pensioen bij aan de kosten van deze voorzieningen in de woonstaat.<sup>7</sup> Echter, de inmiddels gepensioneerde en geëmigreerde overheidsdienaar maakt op dezelfde wijze gebruik van deze faciliteiten en infrastructuur als de gerechtigde tot een particulier pensioen, zodat op basis hiervan een verschil in toewijzing van heffingsbevoegdheden tussen beide categorieën pensioengerechtigden moeilijk te rechtvaardigen valt.<sup>8</sup>

## 2. Hybride pensioenen

Er is evenwel nog een andere reden die noopt tot heroverweging van het in art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag neergelegde toedeling van de heffingsrechten over overheidspensioenen, *i.e.* de samenloop van particulier en overheidspensioen. Er kunnen zich wat de verdragsclassificatie van pensioenen betreft complicaties voordoen tussen de bron- en de woonstaat indien een pensioen deels als overheidspensioen en voor het resterende gedeelte als particulier pensioen kan worden aangemerkt of als de pensioenuitvoerder van karakter verandert.

Een voorbeeld hiervan biedt HR 23 november 1994, nr. 29.935, BNB 1995/117 waarbij de werkgever van karakter veranderde; de in Duitsland wonende gerechtigde tot het desbetreffende pensioen had het recht gedeeltelijk opgebouwd in een dienstbetrekking bij het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie (hierna: 'PTT') en na verzelfstandiging van de PTT per 1 januari 1989 bij de Koninklijke PTT Nederland NV (hierna: 'KPN').<sup>9</sup> HR 12 juni 1991, BNB 1991/312 betreft de omgekeerde situatie; een pensioen was

opgebouwd ter zake van een privaatrechtelijke dienstbetrekking die werd uitgeoefend bij de Javasche Bank NV, maar de Javasche Bank NV werd genationaliseerd waardoor de aandelen volledig in handen kwamen van de Indonesische staat door middel van de Bank Indonesia. Na deze nationalisatie werd het pensioen opgebouwd in een publiekrechtelijke dienstbetrekking. Hybridisatie van het pensioen kan ook het gevolg zijn van een waardeoverdracht die plaatsvindt op het moment dat een pensioengerechtigde van een privaatrechtelijke dienstbetrekking naar een publiekrechtelijke dienstbetrekking wisselt (of vice versa).<sup>10</sup>

Een situatie van hybridisatie deed zich ook voor in NTFR 2008/2446 doordat de pensioenuitvoerder, het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (hierna: 'ABP'), per 1 januari 1996 was geprivatiseerd.<sup>11</sup> Het pensioenvermogen dat de betrokken hoogleraar had opgebouwd in een publiekrechtelijke dienstbetrekking bij de universiteit waar hij werkzaam was<sup>12</sup>, was per die datum onder algemene titel overgegaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon, ABP naar de privaatrechtelijke rechtspersoon, Stichting Pensioenfonds ABP.<sup>13</sup>

## 3. Afbakening tussen art. 18 en art. 19 van het OESO-Modelverdrag; 'betaald door'-vereiste

Bij de afbakening tussen een particulier pensioen (art. 18 OESO-Modelverdrag) en een overheidspensioen (art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag) speelt de voorwaarde uit art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag een rol inhoudende dat het pensioen moet worden *betaald door* (kortweg) de overheid, dan wel afkomstig moet zijn uit door de overheid in het leven geroepen fondsen. De vraag die speelt, is of de instantie die de feitelijke pensioenuitkering doet eveneens als overheid moet kunnen worden aangemerkt of dat het volstaat dat de overheid de opbouw van het pensioen heeft bekostigd, d.w.z.

6 De Graaf, Kavelaars en Stevens, t.a.p., p. 308; Stenebome, t.a.p., onderdeel 3.1 en Starink, t.a.p., p. 31.

7 Notitie "Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal (verdragen)recht", 15 april 1998, par. 4.3.4.3.

8 Stenebome, t.a.p., onderdeel 3.1.

9 Tot 1 januari was het desbetreffende pensioen ondergebracht bij het ABP en na verzelfstandiging van de PTT bij de Stichting Bedrijfspensioenfonds ABP.

10 Starink, t.a.p., p. 30 en 31 wijst erop dat een hybridisatie van een pensioen ook het gevolg zou kun-

nen zijn van het feit dat een deel van het pensioen niet wordt opgebouwd, maar op omslagbasis wordt gefinancierd (VUT).

11 Wet van 12 december 1995, *Stb.* 639. De Algemene burgerlijke pensioenwet is met ingang van 1 januari 1996 ingetrokken en de in die wet geregelde pensioenaanspraken van overheidsmedewerkers zijn opgenomen in het Pensioenreglement van de Stichting ABP; vergelijk Conclusie A-G Van Ballegooijen 3 september 2007, nr. 43.722, NTFR 2007/1749, onderdeel 1.2.

12 De desbetreffende universiteit was een publiekrechtelijke rechtspers-

soon. Op basis van art. 1.8, lid 2, Wet op het hoger onderwijs zijn alle openbare universiteiten publiekrechtelijke rechtspersonen. De Vereniging VU-Windesheim en de Stichting Katholieke Universiteit Brabant zijn daarentegen privaatrechtelijk. Dientengevolge is het ABP-pensioen van hoogleraren in sommige situaties een overheidspensioen en in andere situaties een particulier pensioen; vergelijk ook Starink, t.a.p., p. 28.

13 Art. 24 Wet privatisering ABP.

het pensioen is opgebouwd in een publiekrechtelijke dienstbetrekking. Deze vraag heeft de Hoge Raad reeds in het eerdergenoemde PTT-arrest (BNB 1995/117) beantwoord ten aanzien van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland waarin het 'betaald door'-vereiste eveneens was opgenomen. De Hoge Raad oordeelde in het PTT-arrest dat aan dit vereiste is voldaan indien de pensioenen zijn opgebouwd in een publiekrechtelijke dienstbetrekking. Alsdan komt geen belang toe aan de (aard) van de instantie die de pensioenen feitelijk uitbetaalt. Een gelijkaardige uitleg van het begrip 'betaald door' volgt de Hoge Raad in zijn Javasche Bank-arrest (BNB 1991/312). Gevolg van deze door de Hoge Raad voorgestane interpretatie van het begrip 'betaald door' is dat uitkeringen uit het hybride pensioen naar evenredigheid moeten worden opgedeeld tussen art. 18 en art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag, d.w.z. naar rato van aard van de onderliggende werkzaamheden waarin het pensioen is opgebouwd.

Het Commentaar op het OESO-Modelverdrag neemt geen eenduidig standpunt in met betrekking tot hybride pensioenuitkeringen. Par. 5.4 van het 2005-2008 Commentaar op art. 19 OESO-Modelverdrag stelt dat bij overdracht van pensioenrechten van een overheidsdienaar van een publiekrechtelijke naar een particuliere pensioenregeling, de latere uitkeringen onder art. 18 OESO-Modelverdrag vallen omdat niet wordt voldaan aan de vereisten van een overheidspensioen overeenkomstig art. 19, lid 2, onderdeel a, OESO-Modelverdrag. Vindt echter een overdracht plaats van een privaatrechtelijke naar een publiekrechtelijke pensioenregeling dan zullen bepaalde staten van mening zijn dat het gehele pensioen onder art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag ressorteert daar waar andere staten de mening van de Hoge Raad zijn toegedaan, d.w.z. een evenredige toerekening. Weer andere staten concluderen dat de pensioenuitkeringen hetzij onder art. 18, hetzij onder art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag classificeren indien het pensioen overwegend in één van beide dienstbetrekkingen is opgebouwd. Het Commentaar op het OESO-Modelverdrag wijst verder op de administratieve problemen die het gevolg kunnen zijn van een evenredige toerekening van de pensioenuitkeringen aan art. 18 en art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag (par. 5.5 van het 2005-2008 Commentaar op het OESO-Modelverdrag). Tot slot merkt het Commentaar op het OESO-Modelverdrag op dat staten een specifieke bepaling in hun respectieve belastingverdragen kunnen opnemen inhoudende dat uitkeringen uit een hybride pensioenen onder art. 19, lid 2, OESO-

Modelverdrag vallen (par. 5.5 van het 2005-2008 Commentaar op art. 19 OESO-Modelverdrag). Gezien het Javasche Bank-arrest (BNB 1991/312) en het PTT-arrest (BNB 1995/117) heeft Nederland een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt op deze passages uit het OESO-Commentaar daarbij bevestigende dat een evenredige verdeling van de hybride pensioenuitkeringen over art. 18 en art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag ook plaats dient te vinden indien een pensioen wordt overgedragen van een publiekrechtelijke naar een privaatrechtelijke pensioenregeling.

Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de Hoge Raad in *NTRF 2008/2446* waar de dienstbetrekking gedurende de gehele opbouw van het pensioen publiekrechtelijk van aard was, maar de hybridisatie van het pensioen veroorzaakt werd door een privatisering van de pensioenuitvoerder, tot eenzelfde oordeel komt. Onder verwijzing naar het PTT-arrest (BNB 1995/117) bevestigt de Hoge Raad nogmaals dat aan het 'betaald door'-vereiste van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland is voldaan voor zover het pensioen is opgebouwd in overheidsdienst. Op de andere argumenten van de betrokken belanghebbende gaat de Hoge Raad overigens niet expliciet in.

#### 4. Publiekrechtelijke instelling

Art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland vereist daarenboven dat het pensioen wordt betaald door de Staat, een publiekrechtelijke rechtspersoon of een publiekrechtelijke instelling. Daarmee wijkt art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland af van art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag; onder de reikwijdte van art. 19, lid 2 vallen ook pensioenen die worden betaald door een (particulier) fonds dat in het leven is geroepen door de Staat. De Hoge Raad besteedt aan dit aspect, in tegenstelling tot A-G Van Ballegooijen, geen expliciete aandacht. De advocaat-generaal gaat conform art. 2, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland (vergelijkbaar met art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag) voor de betekenis van de niet in het verdrag gedefinieerde term 'publiekrechtelijke instelling' te rade bij de Nederlandse wetgeving. Hij concludeert dan ook dat de Stichting Pensioenfonds ABP, in tegenstelling tot het ABP, niet als een publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt. De reden hiervoor is dat de Stichting Pensioenfonds ABP niet als een publiekrechtelijke rechtspersoon kan worden beschouwd omdat zij rechtspersoonlijkheid op basis van een specifieke wet ontbeert maar veel eerder de privaatrechtelijke rechtsvorm van een stichting heeft. Daarenboven volgt uit de parlementaire behandeling van de Wet privatisering

ABP dat het ABP geen overheidstaak uitoefent en na de privatisering tot Stichting Pensioenfonds ABP ook niet langer door het publiekrecht wordt beheerst. Een en ander leidt tot de gevolgtrekking dat de Stichting Pensioenfonds ABP geen publiekrechtelijke instelling maar een privaatrechtelijke instelling is.<sup>14</sup>

Indien art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland grammaticaal zou worden geïnterpreteerd, zouden alle overheidspensioenen die de Stichting Pensioenfonds ABP uitbetaalt aan in Duitsland wonende Nederlandse overheidsdienaren onder art. 12, lid 1, Verdrag Nederland-Duitsland classificeren waardoor het heffingsrecht daarover aan Duitsland zou zijn toegewezen. Deze consequentie gaat de advocaat-generaal te ver; hij concludeert op basis van de strekking en historie van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland dat de heffingsbevoegdheid over overheidspensioenen wordt toegewezen aan Nederland ongeacht het feit dat de Stichting Pensioenfonds ABP sinds 1 januari 1996 niet meer door het publiekrecht maar door het privaatrecht wordt beheerst.<sup>15</sup> Met een publiekrechtelijke instelling in de zin van art. 12, lid 2, werd weliswaar geduïd op het ABP maar de privatisering daarvan mag, aldus de advocaat-generaal, niet tot gevolg hebben dat Nederland daardoor zijn heffingsrechten zou hebben prijsgegeven over overheidspensioenen die worden uitbetaald door de Stichting Pensioenfonds ABP aan inwoners van Duitsland.

### 5. Strekking van verdragsbepaling prevaleert boven de tekst daarvan

Naar aanleiding van het PTT-arrest (*BNB 1995/117*) was in de literatuur kritiek geleverd op het feit dat de Hoge Raad de strekking van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland liet prevaleren boven

de duidelijke tekst van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland.<sup>16</sup> Mede geïnspireerd door deze kritiek stelt de belanghebbende in *NTFR 2008/2446* dat art. 31, lid 1, Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht<sup>17</sup> meebrengt dat de tekst van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland doorslaggevend zou moeten worden geacht (hij zou geen werknemer zijn in de zin van art. 12, lid 2, nu hij gepensioneerd is, de Stichting Pensioenfonds ABP is geen publiekrechtelijke instelling in de zin van die bepaling die het overheidspensioen tevens betaalt).<sup>18</sup> Art. 31, lid 1, Verdrag van Wenen vereist dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd in overeenstemming met de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. Hoewel de tekst van primair belang is, dient deze tekst niet geïsoleerd te worden beschouwd doch in aanspraak met de andere elementen en middelen van interpretatie van art. 31 Verdrag van Wenen.<sup>19</sup> Een en ander kan inderdaad tot gevolg hebben dat de grammaticale betekenis van een verdragsbepaling wordt vervangen door haar context en haar doel en strekking. In zijn algemeenheid doet dit zich voor indien de tekst van een bepaling niet duidelijk is. De duidelijke tekst van een verdragsbepaling wordt gevolgd indien noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen bij die bepaling, noch elders uit het verdrag met Duitsland, blijkt van een gemeenschappelijke van die tekst afwijkende bedoeling.<sup>20</sup> Bovendien mag een grammaticale interpretatie niet leiden tot absurde en onredelijke consequenties. In een dergelijk geval kan een rechter doel en strekking laten prevaleren boven de tekst van een verdragsbepaling.<sup>21</sup> Een zelfde attitude volgt het Internationale Gerechtshof; in de *Aegean Sea Continental Shelf*-zaak waarin het Hof een letterlijke interpre-

14 Conclusie A-G Van Ballegooijen, 3 september 2007, nr. 43.722, *NTFR 2007/1749*, onderdeel 4.4.

15 Conclusie A-G Van Ballegooijen 3 september 2007, nr. 43.722, *NTFR 2007/1749*, onderdeel 4.6.

16 Zie met name J. Hoogendoorn, annotatie, *BNB 1995/117*, punt 2. Hij wijst erop dat de verdragsluitende staten art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland uitdrukkelijk tot pensioenen uitbetaald door publiekrechtelijke instellingen hebben willen beperken, hetgeen nog wordt versterkt door het feit dat art. 12, lid 3, van dat verdrag de privaatrechtelijke rechtspersonen uitdrukkelijk naast de publiekrechtelijke rechtspersonen noemt

met betrekking tot het vergoeden van schade als gevolg van oorlogshandelingen of politieke vervolging.

17 Gesloten te Wenen op 23 mei 1969, *Trb. 1977*, 169.

18 Het Verdrag van Wenen is voor Nederland in werking getreden op 9 mei 1985. Blijkens art. 4 Verdrag van Wenen ziet het niet op het belastingverdrag met Duitsland, maar het is algemeen aanvaard dat de interpretatieregels van het Verdrag van Wenen als een codificatie van internationaal gewoonterecht worden gezien en daardoor ook gelding hebben voor verdragen die zijn gesloten voor het Verdrag van Wenen in beide staten in werking

is getreden; HR 29 juni 1990, nr. 13.672, *NJ 1992*, p. 106, Gabriëlle Wehr en HR 29 september 1999, nr. 33.267, *BNB 2000/16* inzake het belastingverdrag met Duitsland (F.A. Engelen en F.P.G. Pötgens, 'Het begrip "tijdelijk" in art. 10 Verdrag met Duitsland heeft een beperkte zelfstandige betekenis', *WFR 2000*, nr. 6373, p. 200).

19 F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Doctoral Series, nr. 7, IBFD, Amsterdam 2004, p. 121 noemt dit de 'integration approach'.

20 HR 3 juli 1991, nr. 25.308, *BNB 1991/248*.

21 UK High Court, 9 februari 1990 [1990] BTC 11.090.

tatie van de hand wees omdat een dergelijke interpretatie zou leiden tot 'a result which is legally somewhat surprising'.<sup>22</sup> Het Internationaal Gerechtshof voegt daaraan toe dat het zich niet enkel op een grammaticale interpretatie van een verdragstekst kan baseren.<sup>23</sup>

A-G Van Ballegooijen illustreert in zijn conclusie dat een grammaticale interpretatie van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland tot onredelijke gevolgen leidt. Indien in navolging van de belanghebbende in NTFR 2008/2446 zou worden verondersteld dat overheidspensioenen alleen onder art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland kunnen ressorteren indien zij worden betaald door een publiekrechtelijke instelling en Stichting Pensioenfonds ABP niet als een zodanige instelling kan worden aangemerkt, dan zouden alle overheidspensioenen die door Stichting Pensioenfonds ABP aan inwoners van Duitsland worden betaald onder art. 12, lid 1, Verdrag Nederland-Duitsland (vergelijkbaar met art. 18 OESO-Modelverdrag) vallen dat het heffingsrecht toewijst aan de woonstaat. Hierdoor zou art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland zinledig worden.<sup>24</sup> Vanuit dat perspectief zou kunnen worden betoogd dat de strekking van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland voorgaat op de letterlijke tekst daarvan.<sup>25</sup>

Overigens kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad bij de interpretatie van belastingverdragen regelmatig de strekking van een verdragsbepaling laat prevaleren boven de letterlijke tekst daarvan. Zonder naar volledigheid te willen streven kan worden verwezen naar: HR 11 mei 2007, nr. 42.385, NTFR 2007/944, BNB 2007/230 en HR 8 februari 2002, nr. 36.402, NTFR 2002/252, BNB 2002/184 (Japanse Royalty-arrest) betreffende verrekening van bronheffing op interesten, respectievelijk royalty's afkomstig uit een derde staat

waarvan de onderliggende vermogensbestanddelen tot het vermogen van een vaste inrichting in de andere verdragsstaat behoorden; HR 12 oktober 2001, nr. nr. 35.749, NTFR 2001/1442, BNB 2002/125 met betrekking tot de toerekening van salariskosten aan een fictieve vaste inrichting en HR 27 augustus 1997, nr. 32.349, BNB 1998/17 ten aanzien van een weigering tot verrekening van Australische bronbelasting die was geheven op een meegekocht dividend.

## 6. Slot

De Hoge Raad heeft in NTFR 2008/2446 zijn eerdere jurisprudentie ten aanzien van hybride pensioenen bevestigd inhoudende dat moet worden aangesloten bij de mate waarin het pensioen in publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke dienstbetrekking is opgebouwd. Hoewel de tekst van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland afwijkt van art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag prevaleert de strekking van deze bepaling boven de letterlijke tekst. Deze gevolgtrekking zou vanuit het perspectief van art. 31 Verdrag van Wenen kunnen worden onderschreven, tenminste indien aangenomen kan worden dat een grammaticale interpretatie tot onredelijke resultaten zou leiden. Hiermee wordt dan wel aanvaard dat het pensioen dubbel wordt belast (voorkoming van dubbele belasting is evenwel ook één van de doeleinden van het belastingverdrag).

Tot slot kan het bestaansrecht van art. 19, lid 2, OESO-Modelverdrag worden betwijfeld wat wordt versterkt door de problemen die de hybridisatie van pensioenen in dezen meebrengt. Dit geldt overigens überhaupt voor het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke werknemers en dus voor art. 19 OESO-Modelverdrag.<sup>26</sup>

*Pötgens*<sup>27</sup>

22 ICJ Reports 1978, p. 22-3 (ontleend aan Engelen, t.a.p., p. 141).

23 Zie ook de Anglo-Iranian Oil Co.-zaak, ICJ Reports 1952, p. 104.

24 Zie in dezelfde zin, Starink, t.a.p., p. 29.

25 De redactie van Vakstudie-Nieuws, 2008/6.7 komt overigens tot een andere conclusie. Zij wil vasthouden aan de letterlijke tekst van art. 12, lid 2, Verdrag Nederland-Duits-

land, zij acht de gevolgen van een dergelijke grammaticale interpretatie niet onredelijk en zij is volgens haar bovendien in overeenstemming met het doel van het vigerende belastingverdrag inhoudende dat dubbele belastingheffing wordt voorkomen (de belanghebbende in NTFR 2008/2446 was over zijn pensioen zowel in Nederland als in Duitsland belast).

26 P. Kavelaars, *Harmonisatie van vrij personenverkeer: een drieluik*, Kluwer, Deventer 1998, p. 60.

27 Prof. mr. F.P.G. Pötgens is hoogleeraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en tevens belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam.