

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal

mr. R.F. Berck

Postbus 20018

2500 EA DEN HAAG

mr. drs. S.A.W.J. Strik
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Amsterdam, 24 juni 2011

Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ter goedkeuring van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Japan en Nederland (nr 32 776)

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel ter goedkeuring van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Japan en Nederland (hierna: het Verdrag; het verdrag uit 1970 hierna: het Huidige Verdrag).

Voor alle aandachtspunten van de Orde gedetailleerd worden besproken, wordt gestart met een opsomming van de belangrijkste opmerkingen in dit commentaar.

- De Orde is verheugd dat het Verdrag met een belangrijke (handels)partner als Japan niet stilzwijgend wordt goedgekeurd, ondanks het feit dat dit onvermijdelijk enige vertraging met zich brengt. Desondanks wil de Orde benadrukken dat tijdige inwerkingtreding van dit Verdrag van het grootste belang is. Dit geldt zeker gezien de omvang van de investerings- en handelsstromen tussen Japan en Nederland en met name vanwege het belang van het 0% bronbelastingtarief op dividenduitkeringen uit Nederland aan Japanse investeerders. Het van toepassing worden van dit Verdrag per 1 januari 2012 dient daarom ten zeerste te worden nagestreefd in het kader van het vestigingsklimaat voor Japanse investeerders.
- De Orde is van mening dat een aantal bepalingen van het Verdrag mogelijk in strijd is met het Europese recht. Dit geldt in het bijzonder voor art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid, art. 12, vijfde lid, art. 20, vierde lid, en art. 21 van het Verdrag. De Orde acht het voor de rechtmatigheid en rechtszekerheid van groot belang dat hierover geen onduidelijk blijft bestaan.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.

1

N O B

- In het Verdrag is een *Limitation on Benefits*-bepaling opgenomen. Voorts worden bepaalde verdragsvoordelen niet toegekend aan personen die niet kwalificeren als 'uiteindelijk gerechtigde'. De Orde vraagt zich af hoe deze laatste bepalingen zich verhouden tot elkaar, nu zelfs bij voldoen aan de al zware Limitation On Benefits- test toch het verlaagde bronbelastingtarief niet van toepassing kan zijn. De Orde acht dit onwenselijk en dringt er op aan dat in zakelijk gemotiveerde situaties door middel van een onderling overleg-procedure toch toepassing van de verlaagde bronbelastingtarieven kan worden gekregen.
- Het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' roept vele vragen op. Het is voor de rechtszekerheid voor de praktijk van groot belang dat deze onduidelijkheden zo veel mogelijk verdwijnen.

Zoals eerder opgemerkt bij ons commentaar bij de goedkeuringswet voor het verdrag met het Verenigd Koninkrijk en ons commentaar bij de goedkeuringswet voor het verdrag met Zwitserland, is de Orde zich ervan bewust dat de procedure rond de onderhandelingen en de ratificatie van een verdrag zich minder goed leent om commentaar te verstrekken dat nog in het desbetreffende verdrag kan worden verwerkt. In deze brief wordt derhalve in het bijzonder het commentaar van de Orde op dit wetsvoorstel uiteengezet met betrekking tot de interpretatie en uitvoering van het Verdrag, met andere woorden zaken die Nederland unilateraal kan beïnvloeden. Een aantal specifieke punten die naar aanleiding van het onderhavige wetsvoorstel bij de Orde is opgekomen, wordt zodanig belangrijk geacht dat het tot een aanpassing en/of heroverweging van het Verdrag zou moeten leiden (dit betreft met name de relatie met het Europese recht).

In deze brief zal derhalve niet nader worden ingegaan op het algemene verdragsbeleid. Wij verwijzen hiervoor naar onze recente commentaren bij de notitie Fiscaal verdragsbeleid.

In deze brief wordt zo veel mogelijk de volgorde aangehouden die de Memorie van Toelichting bij het Verdrag hanteert. Vanwege de omvang van het commentaar en omwille van de overzichtelijkheid hebben we de diverse vragen steeds gemarkeerd met een nummer.

1. Het voorkomen van oneigenlijk gebruik van het Verdrag

1.1 De Memorie van Toelichting zet uiteen dat Japan naast een *Limitation on Benefits*-bepaling (hierna: LOB-bepaling) tevens een *Main Purpose Test* in het Verdrag wilde opnemen teneinde *Treaty shopping* tegen te gaan.¹ Wat Nederland betreft, aldus de Memorie van Toelichting, kan *Treaty shopping* worden voorkomen door elk van beide benaderingen op zichzelf. Volgens de Memorie van Toelichting heeft in de relatie met Japan een LOB-bepaling de voorkeur. Dit heeft te maken met de omvang van de handels- en investeringsstromen tussen Japan en Nederland die bij een transactiegerichte benadering meer onzekerheid opleveren. De Orde is van mening dat deze passage een nadere toelichting vergt.

¹ Blz. 3 en 4.

N | O | B

Waarom brengt de omvang van die handels- en investeringsstromen² mee dat is geopteerd voor een LOB-bepaling en wat is in dezen het verschil in de relatie met belangrijke handelspartners als het VK en Zwitserland waarin is gekozen voor een *Main Purpose Test*? [vraag 1] De Orde meent dat de praktijk ermee is gediend dat nader inzicht wordt gegeven in de precieze afwegingen die in dit verband worden gemaakt.³

1.2 De Memorie van Toelichting⁴ geeft aan dat in plaats van een *Main Purpose Test* en op verzoek van Japan een nadere uitwerking is opgenomen van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (in de artikelen over dividenden, interesten, royalty's en overige inkomsten; zie nader de opmerkingen die in onderdeel 7 van deze brief zijn gemaakt). Deze nadere uitwerking zou, aldus de Memorie van Toelichting, overigens niet afwijken van de Nederlandse uitleg van dit begrip. Het is de Orde niet duidelijk wat deze Nederlandse uitleg inhoudt (blz. 12 van de Memorie van Toelichting refereert aan HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217, terwijl de Notitie Fiscaal Verdragbeleid 2011 verwijst naar de (negatieve) omschrijving van dat begrip in art. 4, lid 7, van de Wet Div. Bel. 1965) [vraag 2]. De Orde zou een nadere toelichting vanwege de rechtszekerheid dan ook op prijs stellen.

1.3 De Memorie van Toelichting⁵ tekent aan dat de objectieve toetsen die in de LOB-bepaling vervat zijn, zijn gebaseerd op de belastingverdragen die zowel Japan als Nederland met de Verenigde Staten hebben gesloten. Nederland heeft daarbij ingezet op aanpassingen die overkill vermijden en die passen bij een open internationaal georiënteerde economie, zonder dat dit de bedoeling van de bepaling aantast. Voor zover de Orde heeft kunnen nagaan, vertoont de LOB-bepaling uit het Verdrag met name gelijkenissen met de LOB-bepaling uit het belastingverdrag tussen Japan en het VK (met als voornaamste afwijkingen het feit dat de LOB-bepaling uit het belastingverdrag tussen Japan en het VK ook ziet op artikel 7 ("*business profits*") en geen hoofdkantoortoets bevat) en het protocol tot wijziging van het verdrag tussen Japan en Zwitserland dat momenteel voor ratificatie in behandeling is (welk protocol vrijwel gelijklopend is aan het Verdrag). De Orde acht het met het oog op de rechtszekerheid van belang dat duidelijk wordt gemaakt op welke aanpassingen in dit verband exact wordt gedoeld: de hiervoor omschreven aanpassingen of ook andere? [vraag 3]

1.4 Volgens de Memorie van Toelichting⁶ laat de LOB-bepaling uit het Verdrag een aantal belangrijke verbeteringen zien in vergelijking met de daarmee corresponderende bepaling in het belastingverdrag tussen Nederland en de VS (art. 26). De Orde is verheugd dat deze verbeteringen konden worden bereikt (naast een beperktere reikwijdte van de LOB-bepaling uit het Verdrag). Toch constateert de Orde een belangrijke achteruitgang in vergelijking met de LOB-bepaling in het belastingverdrag met de VS. De LOB-bepaling in het belastingverdrag met de VS bevat een EU-dimensie terwijl die in het Verdrag geheel

² Volgens de cijfers van DNB bedroegen over 2009 de investeringen van Nederlandse ondernemingen in Japan ongeveer 5,9 miljard euro terwijl de Japanse investeringen in Nederland ongeveer 10 miljard euro op jaarbasis bedroegen.

³ De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 maakt dit evenmin duidelijk (par. 2.20.2)

⁴ Blz. 4.

⁵ Blz. 4.

⁶ Blz. 4.

N | O | B

ontbreekt.⁷ De ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), de *Open Sky-arresten*⁸, hebben naar de mening van de Orde het belang van het EU-proof zijn van de LOB-bepaling in het Verdrag alleen maar bestendigd. Vanwege de rechtszekerheid en het Nederlandse vestigingsklimaat is de Orde van mening dat uiteen moet worden gezet waarom iedere EU-dimensie in het Verdrag ontbreekt. [vraag 4]

1.5 Mr. D.A. Hofland en prof. mr. F.P.G. Pötgens, Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan, WFR 2011/13 hebben uiteengezet dat de LOB-bepaling uit het Verdrag op een aantal onderdelen niet strookt met het Europese recht. Daarbij kan de vangnetbepaling (art. 21, zevende lid, van het Verdrag) geen soelaas bieden, aangezien het wegnemen van Unierechtelijke bezwaren niet mag afhangen van de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde autoriteiten die daarover per geval een beslissing kunnen nemen.⁹ Uit hoofde van rechtszekerheid en het Nederlandse vestigingsklimaat is het volgens de Orde belangrijk dat aangegeven wordt in hoeverre art. 21 "EU-proof" is waarbij in aanmerking wordt genomen dat volgens de Orde de volgende bepalingen van art. 21 van het Verdrag (en onder verwijzing naar het eerder genoemde artikel) niet in overeenstemming zijn met de non-discriminatiebeginselen uit het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna VWEU):

- De omschrijving van pensioenfondsen in art. 21, tweede lid, onderdeel d;
- De beurstoets van art. 21, tweede lid, onderdeel c, en met name de definitie van art. 21, achtste lid, onderdeel c, onder iii (de uitsluiting van bepaalde EU-aandelenbeurzen);
- De te beperkte definitie van "*equivalent beneficiaries*" in art. 21, achtste lid, onderdeel d, neemt de Unierechtelijke bezwaren onvoldoende weg;
- De uitsluiting van de "*business of making or managing investments*" van de activiteitentoets van art. 21, vijfde lid;
- De te stringente voorwaarden die de hoofdkantoortoets van art. 21, zesde lid, hanteert. [vraag 5]

1.6 Onder verwijzing naar het artikel van Hofland en Pötgens vraagt de Orde zich af waarom de uitbreiding van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid, art. 12, vijfde lid, en art. 20, vierde lid, van het Verdrag) niet "EU-proof" is gemaakt. [vraag 6]

⁷ Ook de Memorie van Toelichting bij het wijzigingsprotocol bij het belastingverdrag met de VS, Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3, blz. 12 onderstreept nogmaals het belang van de relatie met het Europese recht.

⁸ HvJ EU, 5 november 2002 in de arresten *Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-466/98)*, *Commissie/Denemarken (C-467/98)*, *Commissie/Zweden (C-468/98)*, *Commissie/Finland (C-469/98)*, *Commissie/België (C-471/98)*, *Commissie/Luxemburg (C-472/98)*, *Commissie/Oostenrijk (C-475/98)* en *Commissie/Duitsland (C-476/98)*, alsmede HvJ EU, 14 oktober 2004, zaak C-299/02, *Commissie/Nederland en HvJ EU, 27 april 2007, zaak C-523/04, Commissie/Nederland*.

⁹ Zie HvJ EU 8 mei 1990, zaak 175/88 (Biehl), en HvJ EU 14 februari 1994, zaak C-279/93 (Schumacker).

N | O | B

1.7 De Orde is bezorgd over de consequenties van een mogelijke strijdigheid met het Europese recht, zoals een eventuele schadeplicht (indien aan de voorwaarden uit de jurisprudentie van het HvJ EU is voldaan)¹⁰ en het opstarten van een inbreukprocedure door de Europese Commissie tegen Nederland (met als mogelijke consequentie dat analoog aan de *Open Sky-arresten* het Verdrag moet worden heronderhandeld). Met het oog op de rechtszekerheid en het Nederlandse vestigingsklimaat verneemt de Orde graag een toelichting op deze consequenties [vraag 7]. In het verlengde daarvan en anticiperend op deze mogelijke consequenties vraagt de Orde zich af waarom het Verdrag niet alsnog heronderhandeld wordt op deze onderdelen [vraag 8]. De Orde wijst in dit verband op het precedent dat Frankrijk heeft geschapen doordat het in 2009 de LOB-bepaling in het belastingverdrag met de VS heeft heronderhandeld teneinde haar (meer) in overeenstemming te brengen met het EU-recht.¹¹

2. Artikel 2

2.1 Art. 2 bevat de gebruikelijke bepaling inzake de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is. Art. 2, tweede lid, van het Verdrag bevat een definitie van wat als "taxes on income" wordt gezien. Hieronder valt onder meer "taxes .. on the *total amounts of wages or salaries paid by enterprises*". Volgens het Commentaar op het OESO-Modelverdrag gaat het om payroll taxes (loonsomheffing of eindheffing).¹² Gezien deze letterlijke bewoordingen van art. 2, tweede lid, van het Verdrag valt de pseudo-eindheffing van art. 32bb Wet LB 1964 hier niet onder aangezien zij alleen over het excessieve gedeelte van een vertrekvergoeding wordt geheven. Het Verdrag lijkt er bovendien van uit te gaan dat de eindheffing, gezien de uitdrukkelijke passage die terzake is opgenomen in art. 2, tweede lid, van het Verdrag, niet als een reguliere loonbelasting of een belasting naar een bestanddeel van het inkomen kan worden aangemerkt in de zin van art. 2, tweede lid, van het Verdrag (waaraan het feit dat de loonbelasting is vermeld in de opsomming van Nederlandse belastingen in art. 2, derde lid, van het Verdrag niet afdoet). Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid vraagt de Orde of voldoende vaststaat dat deze pseudo-eindheffing niet onder het Verdrag valt. [vraag 9] Tevens ziet de Orde graag een reactie tegemoet op de positie van de overige eindheffing- en pseudo-eindheffingbestanddelen onder het Verdrag.¹³ [vraag 10]

2.2 Het Verdrag ziet niet op belastingen naar kapitaal of vermogen. Hoewel de Hoge Raad de vermogensrendementsheffing als een inkomstenbelasting aanmerkt in de zin van de Nederlandse belastingverdragen (HR 1 december 2006, nr. 42 211, BNB 2007/68) is het van belang te vernemen hoe Japan tegen de vermogensrendementsheffing aankijkt.¹⁴ [vraag 11]

¹⁰ HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich en Bonifaci), en HvJ EU 5 maart 1996, zaak C-46/93 (Brasserie du Pêcheur).

¹¹ Zie ook S. Austray en M. Collet, France, in *Tax treaties and tax avoidance: application and anti-avoidance provisions*, Cahiers de droit fiscal international (IFA), SDU, 2010, blz. 332.

¹² Par. 3 van het Commentaar op art. 2 van het OESO-Modelverdrag.

¹³ De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 2.11.1 gaat eveneens in op de eindheffing en pseudo-eindheffing in relatie tot belastingverdragen, maar zij beantwoordt niet gemotiveerd de vraag of dergelijke heffingen onder art. 2 van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen vallen.

¹⁴ In de internationale literatuur wordt de visie verkondigd dat de forfaitaire rendementsheffing als een vermogensbelasting voor verdragsdoeleinden moet worden aangemerkt; vergelijk M. Lang, "Taxes

N O B

Immers, indien Japan de vermogensrendementsheffing als een vermogensbelasting beschouwt, kan voor inwoners/beleggers van Japan dubbele belastingheffing optreden, aangezien het Verdrag geen betrekking heeft op een vermogensbelasting. Japan hoeft zijn inwoners dan geen tegemoetkoming te verlenen voor de in Nederland verschuldigde vermogensrendementsheffing. De Orde acht met oog op de rechtszekerheid een reactie hierop van belang.

3. Artikel 3

3.1 Art. 3, eerste lid, onderdeel 1, van het Verdrag geeft een definitie van het begrip "business". Volgens deze definitie valt hieronder "*the performance of professional services and of other activities of an independent character*". De Orde vraagt zich af of resultaat uit overige werkzaamheden in de zin van art. 3.90 Wet IB 2001 (en in het bijzonder de terbeschikkingstellingsregels van art. 3.91 en art. 3.92 Wet IB 2001) ook onder "*other activities of an independent character*" kan worden begrepen. [vraag 12] Dit laatste mede in het licht bezien van de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage 24 februari 2010, nr. 08/6827, V-N 2010/24.8. De Rechtbank was van mening dat het restartikel uit het voormalige belastingverdrag met België van toepassing was op resultaat uit overige werkzaamheden (afwaardering van een vordering die een in België wonende aanmerkelijk belanghouder had op haar in Nederland gevestigde BV).

4. Artikel 4

4.1 Art. 4 gebruikt op het uitdrukkelijke verzoek van Japan, aldus de Memorie van Toelichting¹⁵, de formulering "*place of head or main office*" in plaats van de "plaats van werkelijke leiding". Volgens de Memorie van Toelichting betekenen beide begrippen hetzelfde. HR 14 oktober 2005, nr. 41 050, BNB 2006/79 heeft een nadere invulling gegeven aan het begrip "werkelijke leiding" in concernverhoudingen, te weten dat acht wordt geslagen op de werkelijke leiding over de kernactiviteit van een concernvennootschap. Een dergelijke nuancering ontbreekt in de definitie die het Commentaar op het OESO-Modelverdrag aan de "plaats van werkelijke leiding" geeft (zie par. 24 van het Commentaar op art. 4 van het OESO-Modelverdrag).¹⁶ De Orde zou met het oog op de rechtszekerheid willen vernemen of deze zienswijze aan Japan is gecommuniceerd en of Japan haar volgt in weerwil van het gebruik van "*place of head or main office*". [vraag 13]

4.2 De Orde onderschrijft het feit dat pensioenfondsen (art. 4, eerste lid, onderdeel b) en religieuze, charitatieve et cetera instellingen (art. 4, eerste lid, onderdeel c) uitdrukkelijk als inwoners worden aangemerkt. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zou het volgens de Orde aanbeveling verdienen in navolging van de Notitie Fiscaal

Covered"- What is a "Tax" according to Article 2 of the OECD Model?, Bulletin for International Taxation, 2005, nr. 6, blz. 219.

¹⁵ Blz. 7.

¹⁶ Zie ook I.J.J. Burgers, some Thoughts on further Refinement of the Concept of Place of Effective Management for Tax Treaty Purposes, Intertax 2007/6/7, blz. 378 e.v.

N O B

Verdragsbeleid 2011 aan te geven dat Vrijgestelde Beleggingsinstellingen (hierna "VBI") en niet-ondernemende verenigingen en stichtingen eveneens als inwoners voor het Verdrag worden aangemerkt. [vraag 14] Dit heeft overigens naar de mening van de Orde onverkort en onvoorwaardelijk te gelden voor een VBI die als een *Collective Investment Vehicle* (hierna "CIV") kwalificeert. Ingevolge par. 6.12 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag dient een dergelijke CIV als uiteindelijk gerechtigde en inwoner voor het Verdrag te worden aangemerkt. Ook op dit punt hecht de Orde eraan een nadere bevestiging te krijgen. [vraag 15]

4.3 In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is aangegeven dat Nederland tijdens de verdragsonderhandelingen aandacht besteedt aan de interactie tussen de Nederlandse regeling betreffende het Afgezonderd Particulier Vermogen (hierna "APV") zoals opgenomen in art. 2.14a Wet IB 2001 en het fiscale stelsel van de verdragspartner. De Orde zou willen vernemen of een dergelijk overleg ook met Japan heeft plaatsgevonden en zo ja, wat daarvan de uitkomsten waren. [vraag 16]

4.4 De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 geeft aan dat Nederland ernaar streeft de transparantie van een Besloten Fonds voor Gemene Rekening vast te leggen, bij voorkeur in de vorm van een competent authority agreement. De Orde zou willen vernemen of een dergelijke vastlegging ook met Japan gaat plaatsvinden en zo ja, op welke termijn zij naar verwachting gepubliceerd zal worden. [vraag 17]

4.5 Artikel 4, lid 5, sub d en sub e van het verdrag bevat een opsomming van een aantal hybride situaties. In de laatste twee gevallen concludeert het verdrag dat er geen recht bestaat op verdragstoepassing omdat de genierter het inkomen nog niet geniet volgens het recht van het zijn van de genierter. De Orde vraagt zich af of er in het kader van de redelijkheid en billijkheid een faciliteit kan worden geboden voor het geval de hybride entiteit hetzij in hetzelfde jaar hetzij in een later jaar het inkomen dooruitdeelt aan de uiteindelijk gerechtigde. [vraag 18] Het lijkt immers reëel om de uiteindelijk gerechtigde een credit te geven voor de (eerder ingehouden en afgedragen) buitenlandse bronbelasting.

5. Artikel 6

5.1 Art. 6, tweede lid bevat een definitie van wat onder onroerende zaken kan worden verstaan. Ter verduidelijking van deze definitie en overeenkomstig, aldus de Memorie van Toelichting,¹⁷ de buitenlandse belastingplicht in de inkomstenbelasting (art. 7.2, zesde lid en art. 7.7, derde lid Wet IB 2001) en in de vennootschapsbelasting (art. 17a, eerste lid, onderdeel a, 2^e, Wet Vpb 1969), is uitdrukkelijk vastgelegd in art. 2 van het Protocol dat rechten tot exploitatie en exploratie van natuurlijke rijkdommen in de zeebodem als onroerende zaak worden beschouwd. Hiertoe behoren ook rechten met betrekking tot belangen in en voordelen uit vermogensbestanddelen voorkomend uit deze exploitatie of exploratie. De Orde vraagt zich af waarom de definities uit de buitenlandse belastingplicht slechts gedeeltelijk zijn overgenomen in het Verdrag en waarom de betreffende definitie

¹⁷ Blz. 9.

N O B

niet tevens omvat de opwekking van energie uit het water, de stromen en de winden of rechten waaraan deze zijn onderworpen. [vraag 19]

6. Artikel 8

6.1 Voor internationaal vervoer per schip of in de lucht bevat art. 8 van het Verdrag een toewijzingsbepaling die afwijkt van art. 8 van het OESO-Modelverdrag. Art. 8 van het OESO-Modelverdrag wijst het heffingsrecht toe aan de plaats van de werkelijke leiding van de internationale lucht- of scheepvaartonderneming terwijl art. 8 van het Verdrag het heffingsrecht toewijst aan de staat waar de desbetreffende onderneming wordt gedreven. Conform art. 3, eerste lid, onderdeel h, Verdrag betekent het begrip "*enterprise of a Contracting State*" "*an enterprise carried on by a Resident of a Contracting State*". Volgens de Memorie van Toelichting¹⁸ wordt het heffingsrecht toegewezen aan de Staat waarvan de onderneming inwoner is. Dit hoeft evenwel niet per definitie samen te vallen met de staat waar de werkelijke leiding (of parafraserend op art. 4 van het Verdrag waar de "place of head or main office") van de internationale scheep- of luchtvaartonderneming is gevestigd. Uit hoofde van de rechtszekerheid vraagt de Orde een nadere toelichting op de betekenis en de achtergrond van dit onderscheid. [vraag 20]

7. Artikel 10

7.1 In de artikelen 10, lid 3, sub b jo. artikel 11, lid 3, sub d, wordt een vrijstelling van bronbelasting op dividend en rente verleend voor zover de uiteindelijk gerechtigde een pensioenfonds is zoals nader gedefinieerd in artikel 3, lid 1, sub m. In artikel 21, lid 2, sub d, (i) wordt de kwalificatie van een pensioenfonds als persoon gerechtigd tot de verdragsvoordelen geregeld. De Orde vraagt te verduidelijken of de vrijstelling van bronbelasting in deze bepalingen en de kwalificatie in artikel 21 slechts van toepassing is op een dergelijk pensioenfonds zelf of ook voor (inkomsten uit) aandelenbelangen en schuldvorderingen en andere verdragsvoordelen indien en voor zover deze worden gehouden door of gerealiseerd via een (in)directe 100% entiteit van het pensioenfonds. [vraag 21] In het kader van de praktische toepasbaarheid zou de laatste interpretatie de voorkeur hebben.

7.2 De Orde heeft met belangstelling kennis genomen van de uiteenzetting die de Memorie van Toelichting¹⁹ geeft over het begrip "uiteindelijk gerechtigde" (art. 10, tweede lid, Verdrag). In de Briefwisseling (onderdeel 2) is aangegeven dat het begrip "uiteindelijk gerechtigde" moet worden opgevat conform de betekenis die het Commentaar op het OESO-Modelverdrag daaraan toekent. De Memorie van Toelichting²⁰ merkt naar de mening van de Orde terecht op dat het Commentaar bij het OESO-Modelverdrag geen eenduidige omschrijving bevat van dat begrip en dat de internationale jurisprudentie op basis van dat Commentaar tot enerzijds een vrij beperkte formele uitleg komt (o.a. de Canadese *Prévost*-zaak; ook HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 volgt een dergelijke uitleg) en anderzijds een vrij materiële benadering volgt waarbij het begrip

¹⁸ Blz. 10.

¹⁹ Blz. 11 en 12.

²⁰ Blz. 12.

N | O | B

uiteindelijk kan resulteren in een vrij ruime anti-misbruikbepaling (o.a. de Engelse Indofood-zaak). Inmiddels heeft de OESO een *Discussion Draft* gepubliceerd “*Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention*” (hierna: “*Discussion Draft*”) van 29 april 2011 die uiteindelijk tot een aanpassing van het Commentaar op art. 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag zou moeten leiden. De Orde stelt vast dat de *Discussion Draft* beide eerder genoemde uitleggen toelaat (par. 12.4 en par. 12.5 van het nieuw voorgestelde Commentaar op art. 10 van het OESO-Modelverdrag) zonder zich in dezen uit te spreken ten faveure van één van beide benaderingen. Verwijzing naar het toekomstige OESO-Modelverdrag leidt dus evenmin tot een duidelijke invulling van “uiteindelijk gerechtigde”. Het vorenstaande geeft de Orde aanleiding tot de volgende vragen:

- a. Wordt de door de Orde gegeven analyse van de in de *Discussion Draft* weergegeven uitleg van “uiteindelijk gerechtigde” onderschreven? Zo nee, wat is dan de betekenis van "uiteindelijk gerechtigde" die uit de *Discussion Draft* volgt? [**vraag 22**]
- b. Heeft HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 nog enige betekenis voor de interpretatie van “uiteindelijk gerechtigde” en zo ja, welke? [**vraag 23**]
- c. Wat is de rol en betekenis van de nationaalrechtelijke omschrijving van “uiteindelijk gerechtigde” zoals in art. 4, lid 7, Wet Div. Bel 1965 (voor dividenden) en art. 16 BVDB 2001 (voor dividenden, interesten en royalty’s)? [**vraag 24**]
- d. Wat is voor interesten en royalty’s de betekenis van art. 8c Wet Vpb 1969 voor de uitleg van "uiteindelijk gerechtigde" in art. 11, tweede lid en art. 12, derde lid, van het Verdrag? [**vraag 25**]
- e. Kan een eenduidige omschrijving worden gegeven wat "uiteindelijk gerechtigde" inhoudt voor doeleinden van het Verdrag? [**vraag 26**]

7.3 Art. 10, negende lid, van het Verdrag bevat een uitbreiding van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” die, aldus de Memorie van Toelichting, ziet op een beperkte groep zogenoemde doorstroomsituaties (“*back-to-back*”-situaties); een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 11, achtste lid (interest), art. 12, vijfde lid (royalty’s) en art. 20, vierde lid (overige inkomsten), Verdrag. De Memorie van Toelichting verwijst in dit verband naar de gelijklopende bepaling in het uit 2003 daterende belastingverdrag tussen Japan en de VS (art. 10, elfde lid).²¹ Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid vindt de Orde het belangrijk dat wordt bevestigd dat de uitbreiding van “uiteindelijk gerechtigde” op dezelfde wijze mag worden uitgelegd als in de *Technical Explanation* bij art. 10, elfde lid, van het belastingverdrag tussen Japan en de VS en dat ook het daarin weergegeven voorbeeld eveneens bepalend is voor de uitleg van art. 10, negende lid, Verdrag. [**vraag 27**]

²¹ Blz. 13.

N | O | B

7.4 In aanvulling op 7.3 komen de volgende vragen op die naar de mening van de Orde om een nadere toelichting of verduidelijking vragen:

- (a) Wat is de relatie tussen de bepalingen waarin de uitbreiding van "beneficial ownership" is vervat en de LOB-bepaling? [vraag 28]
- (b) Had in dezen niet een veel principiëlere keuze moeten worden gemaakt tussen de diverse anti-misbruikbepalingen? [vraag 29]
- (c) Volgens de Memorie van Toelichting²² heeft de uitbreiding van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" een wederkerige werking. Wat voegt deze uitbreiding vanuit Nederlands perspectief toe? [vraag 30]
- (d) Wat is de verhouding tussen enerzijds art. 10, negende lid, van het Verdrag en anderzijds de Nederlandse anti-dividendstrippingmaatregelen (zoals art. 4, lid 7, Wet Div. Bel 1965) en art. 16 BVDB 2001)? [vraag 31]
- (e) Wat is de relatie tussen enerzijds art. 11, achtste lid (interest) en art. 12, vijfde lid (royalty's) en anderzijds art. 16 BVDB 2001 en art. 8c Wet Vpb 1969? [vraag 32]

8. Artikel 11

8.1 In artikel 11 lid 3 sub c wordt een vrijstelling voor bronbelasting op rentebetalingen gegeven aan een 'bank, insurance company and securities company' (deze begrippen komen ook terug in artikel 21, lid 2, sub d, (ii) met dien verstande dat daar tevens de eis geldt dat de instelling gereguleerd is in het land van vestiging). In de Memorie van Toelichting wordt 'securities company' vertaald als effectenmakelaar. Het is, met name in artikel 11, niet duidelijk of dit slechts handel voor derden of ook handel voor eigen rekening omvat. Daarnaast lijkt de vertaling in het Nederlands de betekenis in het Engels ("broker") te beperken (waar de enige geldige taal van het verdrag Engels is). De Orde wil in het kader van de rechtszekerheid graag verzoeken om de betekenis van de begrippen 'bank, insurance company and securities company' te verduidelijken en met name in te gaan op de vraag wat het Nederlandse equivalent van de term "broker" is: iedere "beleggingsonderneming" als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, of alleen die welke een "beleggingsdienst" verricht als gedefinieerd in dezelfde bepaling? [vraag 33]

8.2 In artikel 11, lid 8 wordt kort gezegd bepaald dat een inwoner van het ene land A niet als uiteindelijk gerechtigde wordt beschouwd voor rente-inkomsten die opkomen in het andere land B als een derde persoon in land C een vergelijkbare schuldvordering ('equivalent debt-claim') heeft op de inwoner in land A, tenzij hij toegang heeft tot voordelen ('benefits') die even gunstig zijn of gunstiger dan die in dit verdrag tussen Japan en Nederland.

De Orde vraagt zich af hoe deze bepaling (en de vergelijkbare bepalingen in artikel 10, lid 9 en artikel 12, lid 5) zich verhoudt tot de Limitation On Benefits bepaling in artikel 21. (zie eerder [vraag 28]) Deze LOB-bepaling is al een relatief zware test maar desondanks kan toch het verlaagde bronbelastingtarief niet van toepassing zijn. Deze bepaling is vrij grofmazig en rigide en laat geen tegenbewijs toe. Er zijn situaties denkbaar waarin een Nederlands bedrijf

²² Blz. 13.

N O B

om haar moverende redenen, bijv. omdat cash zich elders in de groep bevindt maar deze cash om civielrechtelijke redenen in dat andere land niet naar de Nederlandse vennootschap kan worden uitgekeerd, inleent uit dat andere land en doorleent aan haar Japanse dochter. Het Nederlandse bedrijf heeft reële aanwezigheid in Nederland en voldoet aan de LOB-bepaling. De Orde dringt er op aan dat, indien Japan de Nederlandse vennootschap niet als uiteindelijk gerechtigde ziet, het mogelijk moet zijn om via een onderling overleg-procedure toch via een soort van tegenbewijs toepassing van de verlaagde bronbelastingtarieven te krijgen. [vraag 34]

In het kader van het vestigingsklimaat wil de Orde daarnaast graag weten of de term ‘voordelen / *benefits*’ slechts slaat op het bronbelastingtarief of ook op andere zaken, en zo ja welke? [vraag 35] Daarnaast wil de Orde graag een toelichting op de vraag hoe de term ‘vergelijkbare schuldvordering / *equivalent debt-claim*’ moet worden uitgelegd. [vraag 36] In een situatie waar een Nederlands bedrijf inleent en uitleent, moet dan gedacht worden aan bijv. een verschil in de bedragen die het bedrijf inleent en aan de Japanse vennootschap uitleent, een verschil in rentepercentage, een verschil in de valuta waarin de betreffende leningen luiden en de looptijd, of zijn andere elementen relevant?

Ten slotte vraagt de Orde zich af of het bovenstaande met Japan is besproken en hoe Japan een en ander ziet, aangezien dit punt in de praktijk met name van belang zal zijn voor toepassing aan Japanse zijde. [vraag 37]

9. Artikel 12, lid 5

9.1 Dit is een vergelijkbare bepaling als hiervoor besproken voor het interestartikel.

De Orde wil ook hier graag weten wat de verhouding is tussen deze bepaling en de algemene LOB-bepaling (zie eerder [vraag 28]) en met name of het mogelijk is in de praktijk met ‘tegenbewijs’ te komen. (zie eerder [vraag 34])

Daarnaast wil de Orde graag een toelichting wat verstaan moet worden onder ‘ter zake van het gebruik van hetzelfde recht of dezelfde zaak / *the use of the same right or property*’ en wanneer rechten of zaken niet hetzelfde zijn. [vraag 38] Moet bijv. gekeken worden naar een verschil in de looptijd van het recht op gebruik, een verschil in de basis waarover en de wijze waarop een royalty berekend wordt, een verschil in het marktgebied waarvoor het recht gebruikt mag worden of de soort producten waarvoor bijv. een merknaam of een bepaalde technologie gebruikt mag worden?

Ook hier vraagt de Orde zich af hoe Japan als verdragspartner zich tijdens de onderhandelingen over de bedoeling van deze bepaling heeft uitgelaten. [vraag 39]

10. Artikel 13

10.1 Art. 13, tweede lid, Verdrag bepaalt – behoudens uitzonderingen – dat de vervreemdingswinst behaald met de verkoop van aandelen in een vennootschap of de belangen in een trust of partnership waarvan de waarde voor meer dan 50% bestaat uit onroerende zaken die zijn gelegen in de andere verdragsstaat, in die andere verdragsstaat (de bronstaat) mag worden belast. In de Memorie van Toelichting²³ wordt opgemerkt dat een dergelijke bepaling niet de voorkeur van Nederland verdient. Een en ander strookt ook met de opmerkingen in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (par. 2.9.2). Volgens de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is Nederland alleen bereid een dergelijke bepaling op te nemen als finaal compromis waarbij één van de uitgangspunten is dat Nederland een hoger percentage nastreeft dan 50%. De Orde zou de criteria willen vernemen waaronder Nederland tot een dergelijk finaal compromis bereid is. [vraag 40]

10.2 Daarenboven acht de Orde een toelichting van belang waarom niet stringentere voorwaarden met betrekking tot het kwantitatieve criterium zijn opgenomen in art. 13, tweede lid, van het Verdrag, zoals in art. 13, vierde lid van het belastingverdrag dat Nederland in 2008 met het VK heeft gesloten en dat uitgaat van een percentage van 75%. [vraag 41]

10.3 Art. 13, vijfde lid, Verdrag wijst het heffingsrecht over de vervreemding van schepen en luchtvaartuigen die in het internationale verkeer worden gebruikt, toe aan de staat waarvan de vervreemder inwoner is. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij art. 8 van het Verdrag. Evenals het geval is bij art. 8, zou de Orde in dezen ook een toelichting op prijs stellen waarom is afgeweken van het OESO-Modelverdrag en of die afwijking effect heeft op de allocatie van heffingsrechten. [vraag 42]

11. Artikel 14

11.1 Art. 14, derde lid, van het Verdrag volgt wat betreft de toekenning van heffingsrechten van arbeidsinkomsten in relatie tot schepen en vliegtuigen in internationaal verband, een rattacheringsfactor overeenkomstig art. 8 en art. 13, vijfde lid. Ook hierbij zou de Orde willen vernemen waarom is afgeweken van art. 15, derde lid, van het OESO-Modelverdrag en wat de gevolgen van deze afwijking zijn. [vraag 43]

12. Artikel 15

12.1 In de praktijk blijkt dat er discussies ontstaan met de Nederlandse belastingdienst over de splitsing van een salaris over art. 14 (inkomsten uit dienstbetrekking) en art. 15 (bestuurdersbeloningen) indien een persoon een dubbel mandaat vervult. Art. 15 geeft aan dat beloningen alleen hieronder ressorteren indien zij worden verkregen in de hoedanigheid van bestuurder. De Nederlandse belastingdienst neemt in de praktijk regelmatig een standpunt in (met name ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen) dat erop neerkomt dat het gehele salaris van een persoon die werkzaamheden verricht als bestuurder en als werknemer, aan het bestuurderschap moet worden toegerekend

²³ Blz. 15.

N O B

(attractiebeginsel). Dit standpunt kan tot dubbele belasting aanleiding geven indien de andere verdragsluitende staat slechts bereid is een relatief gering gedeelte van de vergoeding aan het bestuurderschap te alloceren. De Orde stelt vast dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 december 2006, nr. 39 535, BNB 2007/77 het belang van het hoedanigheidsvereiste onderstreept en het attractiebeginsel afwijst. In de parlementaire toelichting bij het belastingverdrag met België²⁴ is het hoedanigheidsvereiste eveneens benadrukt en is aangegeven dat een splitsing moet worden gemaakt tussen werknemers- en bestuurdersbeloningen indien iemand een dubbel mandaat uitoefent waarbij alleen voor een directeur-grotaandeelhouder een uitzondering geldt in die zin dat daarop het attractiebeginsel wel van toepassing is. De Orde acht het met het oog op administratieve lastenverlichting niet aangewezen dat dergelijke discussies voortdurend uitmonden in een mutual agreement procedure (art. 24 van het Verdrag) maar dat anticiperend daarop een aantal uitgangspunten worden bevestigd c.q. verduidelijkt. Uit hoofde van de rechtszekerheid zou de Orde dan ook willen vernemen of:

- (a) Japan onder de jurisdicties kan worden geschaard die bij een dubbel mandaat slechts een relatief klein gedeelte van het salaris aan het bestuurderschap wensen te alloceren; [**vraag 44**]
- (b) het standpunt dat tijdens de parlementaire toelichting bij het belastingverdrag met België is ingenomen ook van toepassing is op het Verdrag en zo ja, waarom op directeuren-grotaandeelhouders wel het attractiebeginsel wordt toegepast (de tekst van art. 15 van het Verdrag geeft geen aanleiding tot het maken van een dergelijk onderscheid); [**vraag 45**]
- (c) indien het antwoord op sub (b) bevestigend luidt, bestendigd kan worden dat het attractiebeginsel inderdaad niet meer wordt toegepast door de Nederlandse belastingdienst. [**vraag 46**]

13. Artikel 17

13.1 De Orde stelt vast dat de tekst van de verdragsbepaling inzake pensioenen, lijfrenten en sociale zekerheidsuitkeringen afwijkt van hetgeen als gebruikelijk kan worden beschouwd. In dezen wordt niet aangesloten bij het gegeven dat de betreffende inkomsten worden betaald aan een inwoner van een verdragsluitende staat,²⁵ maar wordt vereist dat zij "*beneficially owned*" zijn door een inwoner van een verdragsluitende staat. Uit hoofde van de rechtszekerheid zou de Orde willen vernemen wat het begrip "*beneficially owned*" in dit verband betekent, waarom niet het criterium "betaald aan" is gebruikt en of er een verschil bestaat tussen beide begrippen. [**vraag 47**]

13.2 De Orde merkt op dat het begrip "*arise*" (anders dan bijvoorbeeld het geval is in art. 18, vierde lid, van het belastingverdrag met België) niet van een definitie is voorzien. Met het oog op de rechtszekerheid zou de Orde het op prijs stellen indien kan worden aangegeven waarom een dergelijke definitie in art. 17 van het Verdrag ontbreekt, wat dit begrip in de zin van art. 17 van het Verdrag betekent en of, en zo ja in hoeverre, er

²⁴ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, no. 6, blz. 40.

²⁵ Zie art. 17 van het belastingverdrag met het VK, art. 18 van het belastingverdrag met België en art. 18 van het belastingverdrag met Portugal.

N | O | B

afwijkingen bestaan in vergelijking met de definitie die in art. 18, vierde lid, van het belastingverdrag met België is opgenomen. [vraag 48]

14. Artikel 20

14.1 De Memorie van Toelichting²⁶ merkt op dat beide landen veronderstellen dat slechts zelden sprake is van overige inkomsten. Nagenoeg alle denkbare "grensoverschrijdende" inkomsten worden gedekt door eerdere artikelen van het Verdrag. Met het oog op de rechtszekerheid zou de Orde willen vernemen of dit ook geldt voor de winst van een Nederlandse besloten commanditaire vennootschap die haar onderneming drijft door middel van een in Nederland gelegen vaste inrichting waartoe een passieve in Japan wonende commandiet (die dus zelf geen onderneming drijft) gerechtigd is. [vraag 49] In de literatuur is betoogd dat dergelijke inkomsten onder het overige inkomstenartikel van de Nederlandse belastingverdragen vallen.²⁷ Zie ook onderdeel 19.1 van deze brief over art. 9 van het Protocol (*Tokumei Kumiai*).

15. Artikel 21

Artikel 21, tweede lid, onderdeel c, Verdrag (beurstoets)

15.1 Uit hoofde van rechtszekerheid en met het oog op mogelijke Unierechtelijke consequenties zou de Orde willen vernemen waarom niet alle EU-aandelenbeurzen als erkende beurzen worden aangemerkt conform art. 21, achtste lid, onderdeel c, van het Verdrag, waarbij de mogelijkheid dat de bevoegde autoriteiten conform art. 21, achtste lid, onderdeel c, onder (iv), Verdrag beurzen kunnen aanwijzen, in dezen evenmin soelaas biedt (zie ook hetgeen in onderdeel 1.5 van deze brief is opgemerkt ten aanzien van art. 21, zevende lid, van het Verdrag). [vraag 50]

Artikel 21, tweede lid, onderdeel d, onder (i), Verdrag (pensioenfondsen en instellingen met een goed doel)

15.2 De Memorie van Toelichting²⁸ merkt op dat de voorwaarden van art. 21, tweede lid, onderdeel d, onder (i), Verdrag op verzoek van Japan zijn opgenomen. Op basis van deze voorwaarden moet: (a) meer dan 50% van de gerechtigden of deelnemers in het pensioenfonds inwoner zijn van Japan of Nederland of (b) meer dan 75% van de bijdragen die worden betaald, afkomstig zijn van inwoners van Japan of Nederland die als "*qualified persons*" kunnen worden aangemerkt. Deze beperkende voorwaarden hebben, aldus de Memorie van Toelichting, niet de Nederlandse voorkeur. Het stellen van extra voorwaarden

²⁶ Blz. 19.

²⁷ Zie A.G.A.C. de Graaf, De buitenlandse commanditaire vennootschap van een besloten CV, MBB 1994, nr. 67. 159–168 en *Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)*, Kluwer, losbladig, Hfst 7, par. 7.2.1.A.g2.

²⁸ Blz. 21.

was volgens de Memorie van Toelichting een hard punt voor Japan zodat Nederland hiermee uiteindelijk heeft ingestemd mede in aanmerking nemend dat Japan geen lid is van de EU. Met name deze laatste opmerking roept bij de Orde vragen op. In onderdeel 1.5 van deze brief heeft de Orde onder verwijzing naar het artikel van Hofland en Pötgens aangegeven dat deze beperkende voorwaarden leiden tot strijdigheid van het Verdrag met de non-discriminatiebepalingen in het VWEU. De Orde zou hierop graag een toelichting vernemen en met name op de stelling dat de beperkende voorwaarden kennelijk geen bezwaar zijn nu Japan geen lidstaat van de EU is. [vraag 51]

15.3 Het valt de Orde op dat de voorwaarde van art. 21, tweede lid, onderdeel d, onder (i), sub. bb, Verdrag (meer dan 75% van de bijdragen die worden betaald, afkomstig moeten zijn van inwoners van Japan of Nederland die als "*qualified persons*" kunnen worden aangemerkt) niet is opgenomen in de LOB-bepaling in het belastingverdrag tussen Japan en het VK. De Orde zou willen vernemen waarom Nederland alsnog akkoord is gegaan met deze voorwaarde. [vraag 52]

Artikel 21, tweede lid, onderdeel d, onder (ii), Verdrag (banken, verzekeringsmaatschappijen en effectenmakelaars)

15.4 Art. 21, tweede lid, onderdeel d onder (ii), Verdrag bepaalt dat een "*bank, insurance company and securities company*" als "*qualified person*" wordt aangemerkt. De Orde verwijst naar onze opmerking onder 8.1 waarin wordt verzocht het begrip '*securities company*' te verduidelijken. (zie eerder [vraag 33])

Artikel 21, vijfde lid, Verdrag (activiteitentoets)

15.5 Art 21, vijfde lid, Verdrag bepaalt, kort gezegd, dat een inwoner van een Verdragsluitende Staat die geen "*qualified person*" is toch gerechtigd is tot de verdragsvoordelen indien wordt voldaan aan de zogenaamde activiteitentoets. Daarvoor is onder meer vereist dat deze persoon een onderneming drijft in het land van inwonerschap. Een uitzondering daarop is van toepassing indien er sprake is van een "*business ... other than the business of making or managing investments for the resident's own account unless the business is banking, insurance or securities business carried out by a bank, insurance company or securities company...*". Deze uitzondering is in de Memorie van Toelichting²⁹ als volgt toegelicht: "Het voor eigen rekening beleggen of het beheren van beleggingen wordt onder de activiteitentoets uitgezonderd van het drijven van een onderneming, omdat dit niet wordt gezien als het actief uitoefenen van een onderneming." Het valt de Orde op dat de termen "*making or managing investments*" in de Memorie van Toelichting worden vertaald als "beleggen of het beheren van beleggingen". Met het oog op de rechtszekerheid zou de Orde willen vernemen of aan deze begrippen de betekenis kan worden toegekend die overeenkomt met die welke de Hoge Raad in zijn arrest van 9 november 1994, nr. 29 675, BNB 1995/20 aan het begrip "beleggen" geeft in art. 13 Wet Vpb 1969, te weten "activiteiten [die] niet uitsluitend [zijn] gericht op het passief houden van aandelen ... [en] niet enkel ter verkrijging van de waardeinstijging en het rendement, die daarvan bij normaal vermogensbeheer konden worden verwacht". [vraag 53]

²⁹ Blz. 23.

N O B

15.6 De Orde vraagt zich af hoe de onder 15.5 genoemde uitsluiting, d.w.z. de "*business of making or managing investments for the resident's own account, unless the business is banking, insurance or securities business carried on by a bank, insurance company or securities company*" zich verhoudt tot par. 6.8 e.v. van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag indien een (Nederlandse) vennootschap zich met een dergelijke uitgesloten activiteit bezighoudt, maar tevens als een CIV kwalificeert. [vraag 54] Het OESO-Commentaar streeft er immers naar een als CIV kwalificerende entiteit de verdragsvoordelen te doen toekomen (en dus tevens als "*beneficial owner*" aan te merken³⁰). Uit hoofde van de rechtszekerheid zou de Orde het op prijs stellen indien hierop een nadere toelichting zou kunnen worden gegeven.

Artikel 21, lid 5, sub b: Active trade or business toets

15.7 In dit lid worden verdragsvoordelen toegekend aan een persoon die activiteiten uitoefent in zijn woonland en tevens inkomen ontvangt uit het bronland voorzover de inkomsten ontvangen worden in samenhang met ('*in connection with*') of bijkomstig zijn ('*incidental to*') aan de onderneming in zijn woonland. In onderdeel b geldt in aanvulling nog dat voor zover het ontvangen inkomensbestanddeel is ontvangen in samenhang met een (aan de persoon gelieerde) onderneming in het bronland de bedrijfsuitoefening in het woonland substantieel dient te zijn ten opzichte van de bedrijfsuitoefening in het bronland. Deze aanvullende voorwaarde in onderdeel b lijkt dus niet te gelden als het inkomen dat ontvangen is in het woonland bijkomstig is aan de onderneming in het woonland. De Orde zou graag vernemen of dit inderdaad zo bedoeld is en zo ja wat dan precies het onderscheid is tussen 'in samenhang met / *in connection with*' en 'bijkomstig / *incidental to*' en zo mogelijk dit onderscheid met enkele praktische voorbeelden te verduidelijken. [vraag 55] Wat vervolgens substantieel is, wordt niet nader gedefinieerd anders dan dat het naar feiten en omstandigheden zal worden bepaald. De Orde verzoekt nadere toelichting te geven hoe dit ingevuld kan of zal worden. [vraag 56] Het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten bevat een vergelijkbare bepaling. Daar echter wordt een '*safe harbour*' gegeven wanneer de ene bedrijfsactiviteit in het ene land substantieel is in relatie tot de andere bedrijfsactiviteit in het andere land. De Orde verzoekt in het kader van het vestigingsklimaat te verduidelijken of in de relatie met Japan vergelijkbare criteria zullen gelden en/of nader gepreciseerd kunnen worden als vorm van '*safe harbour*'. [vraag 57]. Ten slotte vraagt de Orde zich af hoe Japan tijdens de onderhandelingen heeft aangegeven dit toe te passen. [vraag 58]

Artikel 21, lid 6, sub b, (ii) Hoofdkantoor toets

15.8 De Orde gaat ervan uit dat de achtergrond van deze bepaling is dat een belastingplichtige die voldoet aan de voorwaarden in artikel 21, lid 6 een dermate mate van reële aanwezigheid heeft in het ene land dat het andere land hem verdragsvoordelen toe zou moeten kennen als kwalificerend persoon. Voor een groep die operaties heeft in bijv. 100 landen zal het echter moeilijk zijn om een land te vinden dat 5% van het bruto-inkomen van de groep genereert, laat staan dat er vijf van zulke landen zullen zijn. De Orde vraagt zich af of hier in de praktijk Nederlands tegemoetkomend beleid kan worden gehanteerd aangezien

³⁰ Par. 6.14 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag.

N O B

deze regeling zijn doel op dit punt voorbij lijkt te schieten, waarbij de Orde beseft dat in de praktijk met name behoefte zal bestaan aan Japans tegemoetkomend beleid. [vraag 59]

15.9 In diverse onderdelen van dit lid wordt de term ‘group’ gebruikt³¹. De Orde vraagt zich af of hier steeds de groep van ondernemingen (in landen) die qua beheer en toezicht onder het hoofdkantoor vallen worden bedoeld of dat ook kan worden gekeken naar alle ondernemingen van de groep inclusief de ondernemingen die buiten beheer en toezicht door het hier bedoelde hoofdkantoor vallen? [vraag 60]

15.10 Tevens komt de vraag op bij de Orde of artikel 21, lid 6, onderdeel b, sub (iv) ‘*from the other Contracting State*’ slechts verwijst naar één andere Verdragsluitende Staat of wordt hier de groep van ondernemingen bedoeld in landen die qua beheer en toezicht onder het hoofdkantoor vallen, met name als deze voorwaarde in samenhang met de voorwaarde in artikel 21, lid 6, onderdeel b, sub (iii) wordt gelezen. [vraag 61]

15.11 Artikel 21, lid 6, onderdeel b, sub (vi) wordt in de Memorie van Toelichting als volgt toegelicht: ‘Het hoofdkantoor moet voor de belastingheffing aan dezelfde regels zijn onderworpen als personen die onder de activiteitentoets verdragsvoordelen kunnen claimen. Dat wil zeggen dat deze hoofdkantoren niet onder een speciaal regime mogen vallen, maar dat hun inkomsten moeten worden belast op dezelfde wijze als winst uit onderneming.’ Voor zover bij de Orde bekend hebben Japan en Nederland geen bijzonder fiscaal regime voor hoofdkantoren. De Orde vraagt zich af naar welke situaties met ‘speciaal regime’ wordt verwezen. [vraag 62]

15.12 Ten slotte begrijpt de Orde dat een dergelijke hoofdkantoortoets in de LOB-bepaling nog niet eerder in een ander verdrag met Japan is opgenomen. De Orde is dan ook benieuwd of en hoe welwillend Japan zich tijdens de onderhandelingen heeft uitgelaten over toepassing van deze bepaling in de praktijk. [vraag 63]

16. Artikel 22

16.1 Artikel 22 van het Nieuwe Verdrag regelt de voorkoming van dubbele belasting door beide staten. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat inkomsten in de vorm van dividenden welke worden genoten door een inwoner van Japan buiten de in Japan belastbare basis vallen, indien de desbetreffende aandeelhouder tenminste 10% van de stemrechten in de Nederlandse entiteit houdt voor een periode van ten minste 6 maanden.

In artikel 22 is voorts bepaald dat het niet in de Japanse grondslag betrekken van de inkomsten onderhevig is aan de Japanse regelingen daaromtrent, anders dan het minimum percentage dat dient te worden gehouden. Naar de Orde begrijpt komen die Japanse regelingen er op neer dat 95% van de inkomsten zijn vrijgesteld en er geen credit wordt verleend voor eventuele buitenlandse bronbelasting.

³¹ In artikel 21, lid 6, onderdeel a), sub (i), onderdeel b) aanhef en sub (i), (ii) en (iii).

De tekst van paragraaf 2 kan echter zo gelezen worden dat indien aan de voorwaarden van minimum stemrechten en de houdsterperiode is voldaan, Japan de dividendinkomsten in zijn geheel, i.e. voor 100%, dient vrij te stellen. Deze lezing lijkt bevestigd te worden door de Memorie van Toelichting die stelt: “Als een Japanse moedermaatschappij met een belang van meer dan tien procent in een Nederlandse dochtermaatschappij dividend ontvangt van die Nederlandse dochtermaatschappij zal Japan die inkomsten *integraal* buiten de Japanse heffing laten.³²” De Orde verzoekt te bevestigen of Japan tijdens de onderhandelingen inderdaad duidelijk heeft gemaakt dat Japan onder het Verdrag ontvangen dividenden van kwalificerende dochtervennootschappen voor 100% vrij wil stellen in plaats van de gebruikelijke 95%. [vraag 64]

17. Artikel 29

17.1 De Orde acht art. 29 van het Verdrag een opvallende bepaling. Hiermee wordt beoogd vast te leggen dat de titels van de Verdragsartikelen niet de interpretatie daarvan beïnvloeden en slechts dienen om de verwijzing naar de Verdragsartikelen te vergemakkelijken. De Memorie van Toelichting³³ merkt op dat Nederland hiermee kon instemmen omdat de titels wat Nederland betreft geen invloed hebben op de in de artikelen zelf gemaakte afspraken. De Orde stelt vast dat de Hoge Raad in zijn arrest van 28 februari 2003, nr. 37 224, BNB 2004/138 waarin hij voor de interpretatie van "werkgever" in art. 15, tweede lid, onderdeel b, van het voormalige belastingverdrag met Polen veel gewicht toekende aan de titel van art. 15 van dat verdrag (inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid). Gezien dit arrest van de Hoge Raad vraagt de Orde zich af hoe tot de vaststelling kan worden gekomen dat de titel van een verdragsartikel geen betekenis heeft voor de interpretatie van de betreffende bepaling. Tevens zou de Orde willen vernemen hoe deze jurisprudentie van de Hoge Raad zich verhoudt tot art. 29 van het Verdrag. [vraag 65]

18. Artikel 30 jo. artikel 10 lid 3: Inwerkingtreding

18.1 Vele Japanse investeerders gebruiken Nederland voor het opzetten en ontplooiën van activiteiten in en vanuit Nederland naar de rest van Europa en daarbuiten. In de loop der jaren zijn behoorlijke winstreserves ontstaan in Nederland. De introductie van de vrijstelling voor buitenlandse dividenden in Japan per 1 april 2009 en het vooruitzicht op dit nieuwe verdrag met 0% dividendbelasting op kwalificerende dividenden heeft ervoor gezorgd dat vele Japanse bedrijven enkele jaren hebben afgezien van dividenduitkeringen aan het Japanse hoofdkantoor. Dit ondanks de druk die vaak voortvloeit uit de interne beleidsregel om jaarlijks tenminste een deel van de winstreserves uit te keren aan de Japanse moeder die daarmee bijv. de dividenduitkering aan haar aandeelhouders kan financieren. Dit heeft de afgelopen jaren ook druk gezet op de keuze voor nieuwe investeringen van Japanse bedrijven in concurrentie met landen die geen dividendbelasting kennen, zoals bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk. De meeste Japanse bedrijven rekenen erop dat het nieuwe verdrag per 1 januari 2012 in werking treedt en dat zij alsdan in staat zijn dividenden in kwalificerende gevallen zonder dividendbelasting aan Japan te kunnen uitkeren. In het kader van de betrouwbaarheid, wat voor Japanners een groot goed is, en het Nederlands vestigingsklimaat

³² Blz. 25.

³³ Blz. 28.

N O B

willen wij het Parlement en de staatssecretaris van Financiën dan ook op het hart drukken om alles in het werk te stellen om het nieuwe verdrag per 1 januari 2012 van toepassing te laten worden. [vraag 66] Dit punt klemmt des te meer nu de Orde begrijpt dat het goedkeuringsproces in Japan reeds is afgerond en inwerkingtreding van het Verdrag nog slechts afhankelijk is van de Nederlandse goedkeuring.

19. Protocol artikel 9

19.1 Art. 9 van het Protocol luidt als volgt: "*Nothing in the Convention shall prevent Japan from imposing tax at source, in accordance with its laws, on any income and gains derived by a person pursuant to a sleeping partnership (Tokumei Kumiai) contract or other similar contract.*" Volgens de Memorie van Toelichting is "Japan ... met betrekking tot deze rechtsvorm tegen lokale jurisprudentie aangelopen die onder omstandigheden het algehele recht om belasting te heffen over daadwerkelijk met een lokale onderneming behaalde winst illusoir zou maken. Nederland is met deze bepaling akkoord gegaan. Wel heeft Nederland aandacht gegeven aan ongewenste en onbedoelde uitstraling naar situaties waarin Nederlandse heffingsbelangen gemoeid zouden kunnen zijn". Om die reden is de bepaling eenzijdig geformuleerd en specifiek gericht op het "Tokumei Kumiai" – contract". De Orde zou graag zien dat artikel 9 van het Protocol nader wordt toegelicht. In het bijzonder roept deze passage uit de Memorie van Toelichting in de visie van de Orde de volgende vragen op die mede vanwege de rechtszekerheid om een nadere verduidelijking vragen:

- (a) Wat was de strekking van de "lokale jurisprudentie" die de Japanse heffing "illusoir" maakt? [vraag 67]
- (b) Waarom wordt met het oog hierop deze bepaling in het Protocol opgenomen en niet – zoals voor de hand zou liggen – de Japanse nationale wet aangepast? [vraag 68]
- (c) In hoeverre zou de tekst van het Verdrag verhinderen – als deze bepaling niet was opgenomen in het Protocol – dat Japan zijn heffingsrecht kan uitoefenen? Verhindert in het bijzonder het overige inkomstenartikel dat Japan kan heffen? (zie ook de opmerkingen die in deze brief zijn gemaakt in onderdeel 13 bij art. 20 van het Verdrag). [vraag 69]
- (d) Wat zou de "ongewenste en onbedoelde uitstraling" zijn indien de bepaling in het Protocol algemener zou zijn geformuleerd? [vraag 70]
- (e) Op grond van welke argumenten kan deze "ongewenste en onbedoelde uitstraling" inderdaad worden vermeden? [vraag 71]

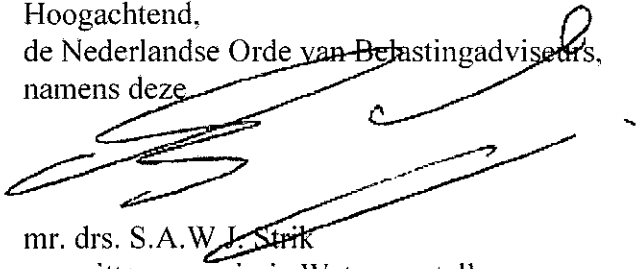
20. Notawisseling, artikel 5: deelnemingsvrijstelling

20.1 Artikel 5 van de Notawisseling bepaalt, kort gezegd, dat dividend ontvangen van een Japanse dochter voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling hetzelfde wordt behandeld als dividend dat door een Nederlandse moeder van een Nederlandse dochter wordt ontvangen. Nederland maakt in de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling geen onderscheid tussen een binnenlandse en een buitenlandse deelneming. De Orde vraagt zich af met het oog op welke situaties deze bepaling toch expliciet is opgenomen. [**vraag 72**]

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



mr. drs. S.A.W.J. Strik
voorzitter commissie Wetsvoorstellen