

Vergaderjaar 2010–2011

32 881

Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Hongkong van de Volksrepubliek China tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen; Hongkong, 22 maart 2010

A/ Nr. 1

Ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen op 5 september 2011.

De wens dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal wordt onderworpen kan door of namens één van de Kamers of door ten minste vijftien leden van de Eerste Kamer dan wel dertig leden van de Tweede Kamer te kennen worden gegeven uiterlijk op 5 oktober 2011.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt (artikel 26, zesde lid jo vijfde lid, van de Wet op de Raad van State).

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitters van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 september 2011

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2, eerste lid, en artikel 5, eerste lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, de Raad van State gehoord, heb ik de eer u hierbij ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen het op 22 maart 2010 te Hongkong totstandgekomen verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Hongkong van de Volksrepubliek China tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 2010, 198 en Trb. 2011, 102).

Een toelichtende nota bij het verdrag treft u eveneens hierbij aan.

De goedkeuring wordt alleen voor het Europese deel van Nederland gevraagd.

De minister van Buitenlandse Zaken,
U. Rosenthal

TOELICHTENDE NOTA

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Het onderhavige, op 22 maart 2010 te Hongkong tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Hongkong van de Volksrepubliek China, met Protocol (*Trb.* 2010, 198) (hierna «het Verdrag»), verdeelt de fiscale heffingsbevoegdheid over deze beide jurisdicties, in overeenstemming met de respectievelijke nationale wetgevingen, teneinde dubbele belasting te voorkomen. Daarnaast regelt het Verdrag, onder meer met het oog op het voorkomen van het ontgaan van belasting, de onderlinge uitwisseling van fiscale gegevens. Het Verdrag past in het netwerk van belastingverdragen die het Koninkrijk der Nederlanden is aangegaan met vele landen in de wereld.

Op 1 juli 1997 heeft het Verenigd Koninkrijk de soevereiniteit over het gebied Hongkong overgedragen aan de Volksrepubliek China (hierna: «China»). Het gebied wordt sindsdien aangeduid als de Speciale Administratieve Regio Hongkong van de Volksrepubliek China (hierna «Hongkong»). Hongkong bezit na 1 juli 1997 op een aantal terreinen autonomie, waaronder op het terrein van de belastingwetgeving. Hongkong is dan ook bevoegd zelfstandig zijn belastingverdragen af te sluiten voor zover het betreft het grondgebied van Hongkong. De op 13 mei 1987 te Beijing totstandgekomen Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekkingen tot belastingen naar het inkomen (*Trb.* 1987, 93) is, ook na 1 juli 1997, niet van toepassing in de relatie tot Hongkong (zie in dit verband ook Besluit van 13 december 2000, IFZ2000/1328M, Infob. 2001, 2). Het Verdrag maakt derhalve een einde aan de verdragsloze situatie tussen Nederland en Hongkong (waarbij in de relatie tot Hongkong overigens reeds wel een algemeen Luchtvaartverdrag, met een fiscale bepaling, alsmede een fiscaal Scheepvaartverdrag van kracht waren, hetgeen hierna nog nader wordt toegelicht).

2. Aanleiding en verloop van de onderhandelingen

Hongkong wordt ook wel aangemerkt als «most popular city for international business». Vele westerse bedrijven en multinationals hebben hun regionale hoofdkantoor voor Azië gesitueerd in Hongkong.

Dit is in de eerste plaats vanwege de voordelen die Hongkong biedt in de relatie tot China. Veel westerse bedrijven laten hun investeringen in China voor een aanzienlijk deel via Hongkong lopen. Met andere woorden: Hongkong fungeert als «gateway» naar het Chinese achterland. In zoverre is de rol van Hongkong in de relatie tot China vergelijkbaar met de rol die Nederland vervult als toegangspoort naar Europa.

In de tweede plaats gebruikt het Chinese bedrijfsleven Hongkong vaak als tussenschakel voor investeringen in derde, westerse landen (Noord-Amerika en Europa).

Hongkong biedt verschillende voordelen om deze (tweevoudige) rol te kunnen vervullen. Zo kent Hongkong een vrij verkeer van kapitaal en goederen, transparante wet- en regelgeving en heeft men geen restricties op buitenlandse investeringen. Verder zijn werknemers veelal meertalig en hoog opgeleid. Ook kent Hongkong een hoogwaardige infrastructuur en telecommunicatienetwerk. En zoals reeds opgemerkt, neemt Hongkong een belangrijke strategische positie in de regio in, vanwege de nabijheid van Hongkong bij het Chinese achterland. Het laatste wordt geïllustreerd door het gegeven dat China en Hongkong in 2004 een vrijhandelsverdrag

hebben gesloten (een «Closer Economic Partnership Arrangement»). Inmiddels zijn China en Hongkong wederzijds elkaars grootste handelspartner (meer dan de helft van de buitenlandse investeringen in China is afkomstig uit Hongkong).

De positie van Hongkong, zoals die hiervoor is beschreven, maakt het ook voor Nederland tot een interessante jurisdictie. Nederland was dan ook het eerste land dat met Hongkong een algemeen Luchtvaartverdrag, met een fiscale bepaling (*Trb.* 1986, 163 en *Trb.* 1997, 23), en een Investeringsbeschermingsovereenkomst had gesloten (*Trb.* 1993, 10).

Na overdracht van de soevereiniteit in 1997 streefde Hongkong ernaar om (ook) algemene belastingverdragen te sluiten met zijn belangrijkste handelspartners, waartoe ook Nederland behoort. Dit mede om te voorkomen dat de bedrijven uitwijken naar andere landen in de regio, in het bijzonder naar Singapore. Naast het bedrijfsleven in Hongkong, stimuleerde ook China Hongkong om een verdragennetwerk op te zetten. Vervolgens was Nederland een van de eerste landen die door Hongkong werden benaderd met het oog op het sluiten van een algemeen belastingverdrag. Hongkong onderkende de Nederlandse internationale fiscale ervaring, getuige het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk, in combinatie met een kleine, open economie.

Nederland reageerde in beginsel positief op het onderhandelingsverzoek van Hongkong, maar tegelijkertijd bestond bij Nederland enige terughoudendheid vanwege het territoriale belastingstelsel van Hongkong.

Derhalve was het voor Nederland van meet af aan duidelijk dat waarborgen nodig zouden zijn om oneigenlijk gebruik van het Verdrag tegen te gaan, zoals in het navolgende nog nader wordt toegelicht.

In 1999 zijn informele oriënterende gesprekken gevoerd tussen Hongkong en Nederland met het oog op een mogelijk tussen beide partijen te sluiten algemeen belastingverdrag. Aanvankelijk bestond daarbij de indruk dat in het licht van de kenmerken van het belastingstelsel van Hongkong een volledig belastingverdrag niet zonder meer noodzakelijk zou zijn. Bij een vergelijking van de beide belastingstelsels die echter is gemaakt, kwamen toch verschillende situaties aan het licht waarin dubbele belasting zou kunnen optreden. Te denken valt aan een Nederlandse ondernemer die activiteiten ontplooit in Hongkong. Omdat Hongkong op basis van zijn nationale regels bepaalde activiteiten eerder aanmerkt als een vaste inrichting dan Nederland, zal Hongkong de winst behaald met deze activiteiten eerder in de heffing betrekken dan dat Nederland die winst vrijstelt. Voorts was dubbele heffing over arbeidsinkomen mogelijk bij kortdurende uitzendingen van inwoners van Hongkong naar Nederland om alhier arbeid te verrichten. Ook hebben partijen daarbij onderkend dat een verlaging van het bronheffingtarief voor royalty's zou kunnen bijdragen aan aanvullende investeringen van Nederlandse ondernemingen in Hongkong.

Voordat uiteindelijk de onderhandelingen over een algeheel belastingverdrag een aanvang zouden nemen, bereikten Hongkong en Nederland eerst nog overeenstemming over een fiscaal Scheepvaartverdrag (*Trb.* 2001, nr. 2). Dit verdrag is op 2 november 2000 ondertekend en op 1 januari 2001 in werking getreden (*Trb.* 2001, nr. 195).

Naar aanleiding van de wens van beide partijen de economische betrekkingen en de wederzijdse investeringen te bevorderen door de totstandkoming van een algemeen belastingverdrag, vonden vervolgens in december 2004, juni 2005 en januari 2006 onderhandelingen plaats tussen Nederland en Hongkong over een dergelijk verdrag. Voor Nederland was daarbij een belangrijke drijfveer dat in het Verdrag de mogelijkheid zou kunnen worden afgedwongen tot het uitwisselen van fiscale gegevens.

Over informatie-uitwisseling is dan ook uitvoerig gesproken. De onderhandelingen kwamen sinds 2006 zelfs enige tijd stil te liggen, omdat Hongkong toentertijd niet kon instemmen met de opname van een

bepaling inzake informatie-uitwisseling conform de standaard die de OESO in 2005 heeft gesteld (zie paragraaf 3.3 voor een toelichting hierop). Het punt daarbij waarop de onderhandelingen toen vastliepen, was, dat op basis van zijn nationale regels omtrent informatie-uitwisseling Hongkong geen gegevens kon verstrekken indien Hongkong daar zelf geen belang bij had, dat wil zeggen: indien de zogenoemde «*domestic tax interest*» ontbrak. Toen Hongkong in 2008 aankondigde zijn nationale regels voor informatie-uitwisseling te zullen liberaliseren, teneinde te kunnen voldoen aan de internationale standaard, zijn de onderhandelingen in december 2008 hervat.

Over de laatste openstaande punten is uiteindelijk in januari 2010 schriftelijk overeenstemming bereikt, nadat in Hongkong het wetsvoorstel voor aanpassing van de regels betreffende informatie-uitwisseling door het Parlement van Hongkong was goedgekeurd. Na publicatie van het Verdrag werd een redactiefout ontdekt in het dividendartikel. In overleg met Hongkong is de redactie van deze bepaling via een notawisseling aangepast. Deze aanpassing is reeds verwerkt in de verdragstekst die is bekend gemaakt in *Trb.* 2010, 198.

Het belang voor Nederland van het sluiten van een algemeen belastingverdrag met Hongkong is meerledig. Uiteraard kan op de eerste plaats met een belastingverdrag dubbele belastingheffing worden voorkomen. Een belang dat voor Nederland echter verder voorop heeft gestaan is, zoals aangegeven, dat op basis van het artikel inzake de uitwisseling van inlichtingen informatie kan worden uitgewisseld die van belang is voor de belastingheffing in Nederland of Hongkong. Verder draagt een belastingverdrag bij aan de rechtszekerheid voor Nederlandse burgers en bedrijven die in Hongkong investeren en vice versa; het belastingverdrag geeft zekerheid over de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende investeringen en activiteiten tussen Nederland en Hongkong. Tot slot kan een belastingplichtige, indien deze ondanks de aanwezigheid van het belastingverdrag toch met dubbele belastingheffing wordt geconfronteerd, via de procedure voor wederzijds overleg de bevoegde autoriteiten van Nederland en Hongkong verzoeken de dubbele belastingheffing alsnog ongedaan te maken. De opname in het verdrag van een bepaling over verplichte en bindende arbitrage biedt hierbij een extra waarborg voor belastingplichtige.

Een algemeen belastingverdrag kan echter tevens mogelijkheden bieden tot het ontgaan van belasting, met name in combinatie met het gegeven dat Hongkong een territoriaal belastingstelsel kent. Dat is dan ook voor Nederland aanleiding geweest een aantal waarborgen af te dwingen. Daarom is in het Verdrag een aantal gerichte anti-misbruikbepalingen opgenomen. Daarmee kan oneigenlijk gebruik van het Verdrag, in de vorm van ongewenste doorstroomsituaties en situaties van dubbele vrijstelling, worden tegengegaan.

3. Inhoud van het verdrag

3.1 Inleiding

De structuur, inhoud en bewoordingen van het Verdrag stemmen in het algemeen overeen met het gebruikelijke patroon van de door Nederland gesloten recente algemene belastingverdragen. De in het Verdrag neergelegde regelingen weerspiegelen een resultaat dat in het licht van de over en weer naar voren gebrachte wensen als evenwichtig kan worden beschouwd en waarin rekening is gehouden met de belangen van Nederland en van het in Nederland gevestigde bedrijfsleven. De door Nederland naar voren gebrachte wensen konden bij de onderhandelingen grotendeels worden verwezenlijkt. Ook de eerder genoemde waarborgen die Nederland van belang vond teneinde oneigenlijk gebruik van het Verdrag te kunnen tegengaan, vonden een plaats in het Verdrag. Naast de

uitwisseling van inlichtingen (uitvoerig behandeld in paragraaf 3.3), kunnen de volgende hoofdpunten worden genoemd:

- Een bepaling op grond waarvan pensioenfondsen uitdrukkelijk als inwoner en dus als verdragsgerechtigd worden aangemerkt (artikel 4, tweede lid, onderdeel c) en een bepaling waarin een uitsluitende woonstaatheffing voor dividenden is overeengekomen, indien de uiteindelijk gerechtigde een pensioenfonds is zoals bedoeld in artikel 4, tweede lid (artikel 10, derde lid, onderdeel d);
- Het in grote lijnen gebruikelijke winstartikel, inclusief de winsttoerekening in geval van bedrijfsklare projecten («turnkey»-bepaling) (artikel 7, juncto artikel V, eerste lid, van het Protocol);
- De expliciete vastlegging dat vergoedingen voor technische diensten met inbegrip van diensten van toezichthoudende of raadgevende aard worden aangemerkt als vergoedingen waarop de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn (artikel V, tweede lid, van het Protocol).
- Een uitsluitende woonstaatheffing voor dividenden voor, onder voorwaarden, 10%-deelnemingen dan wel bij enkele kwalificerende entiteiten (artikel 10, derde lid) en een uitsluitende woonstaatheffing voor interest (artikel 11, eerste lid);
- Een bronheffing van maximaal 3 procent voor royalty's (artikel 12, tweede lid);
- Een heffing door de bronstaat over de winst behaald met de vervreemding van aandelen en dergelijke, behorende tot een zogenoemd aanmerkelijk belang (artikel 13, zesde lid). Daarnaast is een heffing opgenomen waarmee Nederland zijn heffingsrechten voorbehoudt ten aanzien van met name de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting (artikel 27).
- Een bronstaatheffing voor pensioenen, lijfrenten en socialezekerheidsuitkeringen, en afkoopsommen van vorgenoemde uitkeringen (artikel 18, eerste en tweede lid);
- De toepassing van de verrekeningsmethode voor bepaalde, aan een vaste inrichting toerekenbare, passieve inkomsten (artikel 21, vierde lid);
- Een regeling betreffende werkzaamheden buitengaats (artikel 22);
- Een regeling betreffende de beslechting van geschillen omtrent de toepassing en uitleg van het Verdrag door verplichte en bindende arbitrage (artikel 25, vijfde lid);
- Een bepaling dat het OESO-commentaar (zie www.oecd.org) een belangrijk richtsnoer vormt bij de uitleg van met het OESO-modelverdrag corresponderende bepalingen in het Verdrag (artikel I, eerste lid, van het Protocol);

Op grond van artikel I, eerste lid, van het Protocol is het OESO-commentaar een belangrijke richtlijn voor de interpretatie van de bepalingen van het Verdrag die (wezenlijk) overeenkomen met de corresponderende bepalingen in het OESO-modelverdrag. Dit geldt echter niet indien partijen een andere uitleg overeenkomen in het Protocol, indien de bevoegde autoriteiten een andere uitleg zijn overeengekomen, bijvoorbeeld in een onderlinge overlegprocedure na het van kracht worden van het Verdrag, of indien sprake is van een voorbehoud of opmerking bij het OESO-modelverdrag of bij het OESO-commentaar («reservation» respectievelijk «observation»).

Op enkele punten is van het Nederlandse verdragsbeleid¹ afgeweken teneinde rekening te houden met specifieke wensen van Hongkong. Deze betreffen in het bijzonder het aanmerken van dienstverleningsactiviteiten als vaste inrichting indien deze een periode van meer dan 183 dagen bestrijken (artikel 5, vierde lid), een beperkte bronstaatheffing ter zake van royalty's (artikel 12, tweede lid), een bepaling inzake zogenoemde onroerendzaken (artikel 13, vierde lid) en een bronstaatheffing voor bepaalde overige inkomsten indien deze afkomstig zijn uit een van

¹ Zoals dat inmiddels is neergelegd in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, nr. 25 087, nr. 7), alsmede in de voorgaande verdragsnotities uit 1987 (*Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2), uit 1996 (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 087, nr. 1) en uit 1998 (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 087, nr. 4) die voor grote delen hun belang hebben behouden, ook na publicatie van de nieuwe verdragsnotitie in 2011.

de verdragsluitende partijen (artikel 20, derde lid). Ook is geen bepaling opgenomen inzake bijstand bij de invordering van belastingen. Hongkong is van mening dat de opname van een dergelijke bepaling in strijd is met zijn nationale wetgeving. Wel heeft Hongkong zich bereid verklaard hierover met Nederland te onderhandelen, zodra de nationale wetgeving in Hongkong hiertoe in de toekomst wel de mogelijkheid zou bieden. Hieronder zijn in de artikelsgewijze toelichting de overeengekomen resultaten op hoofdlijnen nader uiteengezet. Daarbij worden per artikel ook de belangrijkste afwijkingen van het OESO-modelverdrag 2008 en het Nederlandse verdragsbeleid aangegeven.

3.2 Belastingstelsel van Hongkong en waarborgen in het Verdrag

Hongkong kent een territoriaal belastingstelsel. Dit betekent dat belastingplicht in Hongkong niet afhangt van de vraag waar een persoon inwoner is (in Hongkong of daarbuiten), maar van de vraag waar de inkomsten vandaan komen. Hongkong betreft in beginsel alleen die inkomsten in de belastingheffing, die hun oorsprong hebben in Hongkong. Wanneer inkomsten afkomstig zijn uit Hongkong, is niet wettelijk gedefinieerd, maar wordt per geval beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden. Relevant is onder meer welke activiteiten belastingplichtige heeft ontplooid om de inkomsten te verwerven en waar die activiteiten zijn verricht.

Het voorgaande betekent dat Hongkong voor de belastingheffing geen onderscheid maakt tussen inwoners en niet-inwoners. Belastingplichtig in Hongkong is een ieder die inkomsten verkrijgt uit Hongkong. Buitenlands inkomen wordt in Hongkong niet in de heffing betrokken, tenzij het inkomen wordt geacht afkomstig te zijn uit Hongkong. In een aantal gevallen wordt van dit beginsel afgeweken. Banken worden in Hongkong belast over alle rente-inkomsten, ook als deze niet afkomstig zijn uit Hongkong. Verzekeringsmaatschappijen kunnen kiezen tussen belastingheffing op basis van hun premie-inkomsten, ongeacht waar de premies vandaan komen, waarbij 5% van de premies wordt aangemerkt als winst, dan wel op basis van actuariële grondslagen. Scheep- en luchtvaartondernemingen worden geacht in Hongkong hun onderneming te drijven indien de feitelijke leiding van de onderneming in Hongkong is gevestigd of als gebruik wordt gemaakt van een vennootschap opgericht naar het recht van Hongkong.

In Hongkong zijn op basis van de «Inland Revenue Ordinance» (IRO) de volgende uit Hongkong verkregen inkomsten belastbaar tegen de volgende tarieven (2009):

- Ondernemingswinsten zijn onderworpen aan de «profits tax». Het tarief varieert van 15% voor natuurlijke personen tot 16,5% voor vennootschappen;
- Rendement uit in Hongkong gelegen onroerende zaken is onderworpen aan de «property tax». Het tarief is 15%;
- Inkomsten uit dienstbetrekking en pensioenen zijn onderworpen aan de «salaries tax». Het tarief is progressief en loopt van 2% over de eerste schijf (tot HKD 40 000) tot 17% over de hoogste schijf (vanaf HKD 120 000).

Door Hongkong wordt geen bronheffing ingehouden op dividenden of rente. Wel kent Hongkong een belastingheffing op royalty's, die effectief uitwerkt als een bronheffing. Wanneer een persoon in Hongkong royalty's betaalt aan een persoon buiten Hongkong, worden deze royalty's geacht belastbare winst te zijn bij de persoon die de royalty's ontvangt.

Hongkong effectueert de heffing over deze belastbare winst door aan de bron een heffing in te houden van 16,5% over 30% van de betaalde royalty's. In de praktijk komt dit neer op een bronheffing van 4,95% over de bruto royalty betalingen.

De kenmerken van het belastingstelsel van Hongkong gaven Nederland aanleiding een aantal waarborgen in het Verdrag te willen opnemen om oneigenlijk gebruik van het Verdrag te voorkomen. Zonder dergelijke waarborgen zou het Verdrag voor een aantal inkomensstromen, met name dividenden, vermogenswinsten op aandelen en pensioenen, kunnen leiden tot dubbele vrijstellingen.

Een belangrijke maatregel om oneigenlijk gebruik van voordelen die het Verdrag biedt tegen te gaan, is in de eerste plaats de «limitations on benefits»-bepaling (hierna: de LOB)¹ die is opgenomen in het dividendartikel (artikel 10, derde lid). Omdat Hongkong geen bronheffing kent op dividenden en Nederland wel, is het belang van opname van de LOB gelegen in de bescherming van het Nederlandse heffingsrecht. De LOB is nodig om doorstromsituaties tegen te gaan, dat wil zeggen: te voorkomen dat personen uit derde landen eenvoudig gebruik kunnen maken van de vrijstelling van dividendbelasting onder het Verdrag. Daarbij is het van belang te realiseren dat Hongkong geen belasting heft over Nederlandse dividenden die in Hongkong worden ontvangen, ook niet in geval de dividenden vervolgens worden uitbetaald aan personen in derde landen.

De LOB gaat uit van een zogenoemde entiteitgerichte benadering, die te onderscheiden is van een transactiegerichte benadering. Door middel van een aantal objectieve toetsingscriteria wordt bepaald of personen recht hebben op de vrijstelling van bronbelasting op dividenden. Door objectieve toetsingscriteria te hanteren, wordt rechtszekerheid geboden aan belastingplichtigen.

Doordat in de LOB tevens een zogenoemde «vangnet-bepaling» is opgenomen (artikel 10, derde lid, onderdeel e), is de mogelijkheid geschapen om lichamen die niet voldoen aan de objectieve toetsingscriteria alsnog toegang te geven tot de vrijstelling van dividendbelasting, op basis van een beslissing van de bevoegde autoriteit die de vrijstelling moet verlenen. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 10 wordt ingegaan op de details van de LOB.

Gezien de kenmerken van het belastingstelsel van Hongkong (territoriaal stelsel), heeft Nederland in dit Verdrag voor ondernemingswinsten bewust gestreefd naar opname van een termijn van zes in plaats van de gebruikelijke twaalf maanden voor het bepalen van een vaste inrichting bij de uitvoering van werken (artikel 5, derde lid, zie ook de toelichting aldaar). Met deze zesmaandsperiode kunnen situaties van dubbele vrijstelling worden ingeperkt. Indien bijvoorbeeld een lichaam uit Hongkong werken uitvoert in Nederland die negen maanden in beslag nemen, zou zonder de zesmaandsperiode de winst die hieraan kan worden toegerekend niet door Nederland mogen worden belast, terwijl de winst – als gevolg van het territoriale belastingstelsel – evenmin in Hongkong kan worden belast. Door de verkorting van de termijn voor het bepalen van een vaste inrichting bij de uitvoering van werken, kan Nederland in deze situatie die activiteiten wel aanmerken als een vaste inrichting, zodat Nederland belasting kan heffen. Aldus wordt dubbele vrijstelling hier voorkomen.

Daarnaast is een bronstaatheffing ter zake van inkomsten uit aandelen behorend tot een aanmerkelijk belang opgenomen (artikel 10, negende lid en artikel 13, zesde lid). Voorts is voor pensioenen en lijfrenten, inclusief afkoopsommen, en sociale zekerheidsuitkeringen een algehele bronstaatheffing opgenomen (zie artikel 17).

Tot slot is in artikel 27 (diverse bepalingen) een verwijzing naar de nationale anti-misbruikregels opgenomen. Het belang van dit artikel is onder meer dat Nederland zich hiermee het heffingsrecht voorbehoudt om de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting te kunnen toepassen onder het Verdrag. Overigens is het van belang te realiseren dat artikel 27 tevens tegemoetkomt aan de wens van Hongkong dat het Verdrag waarborgt dat ook de nationaalrechtelijke

¹ Een «limitation on benefits»-bepaling is, kort gezegd, een bepaling die tot doel heeft de toegang tot een verdrag dan wel tot bepaalde verdragsvoordelen te verlenen aan bepaalde, kwalificerende personen of entiteiten.

anti-misbruik bepalingen en -maatregelen die Hongkong heeft, kunnen worden toegepast onder het Verdrag.

3.3 Uitwisseling van inlichtingen

Gedurende de gehele onderhandelingen is de uitwisseling van inlichtingen een belangrijk onderwerp geweest. Zoals in paragraaf 2 al is opgemerkt, kon Hongkong tot voor kort niet voldoen aan de internationale standaarden voor de uitwisseling van belastinggegevens. Op basis van zijn nationale regels omtrent informatie-uitwisseling kon Hongkong geen gegevens verstrekken, indien Hongkong daar zelf geen belang bij had, dat wil zeggen indien een zogenoemde «domestic tax interest» ontbrak.

Doordat Hongkong een territoriaal belastingstelsel kent, heeft Hongkong in relatief veel gevallen zelf geen belang bij de fiscale gegevens, zodat in veel gevallen een beroep door Hongkong op het ontbreken van een «domestic tax interest» mogelijk zou zijn. Dit gegeven maakte het niet van toepassing zijn van de «domestic tax interest»-beperking, wat ook in zijn algemeenheid reeds een belangrijk punt is, tot een cruciale eis van Nederland specifiek in relatie tot Hongkong.

Echter, sinds 2005 bepaalt artikel 26 van het OESO-modelverdrag dat het ontbreken van een «domestic tax interest» geen reden mag zijn om geen fiscale gegevens uit te wisselen. Omdat Hongkong als gevolg van het ontbreken van afdoende wettelijk instrumentarium niet aan de OESO 2005-standaard kon voldoen, vormde dit voor de meeste OESO-landen een belemmering met Hongkong een belastingverdrag te sluiten. Mede onder invloed van zijn bedrijfsleven en daartoe ook gestimuleerd door China, groeide in Hongkong echter de wens om zijn verdragennetwerk uit te breiden, hetgeen betekende dat Hongkong zijn nationale regels voor fiscale gegevensuitwisseling moest liberaliseren. In de zomer van 2009 is hiertoe een wetvoorstel ingediend, dat in januari 2010 door het parlement in Hongkong is goedgekeurd. Op 6 maart 2010 heeft Hongkong het wetgevingsproces afgerond.

Het voorgaande moet tevens worden gezien tegen de achtergrond van de recente economische gebeurtenissen. Met name de kredietcrisis heeft wereldwijd het bewustzijn verhoogd dat de globaliserende economie uitdrukkelijk verantwoordelijkheden met zich brengt, ook op fiscaal terrein. Immers, terwijl de belastingplichtigen in de globaliserende economie min of meer onafhankelijk van nationale grenzen kunnen opereren, moeten de belastingautoriteiten deze grenzen bij het uitvoeren van hun taken wél respecteren. Bepalingen die zien op informatie-uitwisseling bieden hen een juridisch kader om over de grenzen samen te werken zonder de soevereiniteit van andere landen of de rechten van belastingbetalers te schenden. Informatie-uitwisseling is dan ook een belangrijk instrument om er voor te zorgen dat belastingplichtigen hun «fair share» (eerlijk aandeel) aan de nationale schatkisten bijdragen. Vooralsnog is onder het Verdrag met Hongkong sprake van uitwisseling «op verzoek». Nederland heeft altijd onderstreept voorstander te zijn van automatische uitwisseling van (bank)informatie, omdat daarmee een effectieve uitwisseling van informatie naar verwachting het best zal zijn gewaarborgd¹. De internationale standaard schrijft deze verdergaande vorm van informatie-uitwisseling evenwel (nog) niet voor. Overigens is het in het kader van de internationale standaard voldoende als de gevraagde informatie voor de belastingheffing (van het verzoekende land) «voorzienbaar relevant» is. Er behoeft dus bijvoorbeeld geen sprake te zijn van belastingontduiking of -fraude voordat een verzoek (succesvol) kan worden ingediend.

Met artikel 25 van het Verdrag, de bepaling die ziet op uitwisseling van inlichtingen, wordt bovengenoemde internationale standaard op het gebied van informatie-uitwisseling in het Verdrag vastgelegd. Eén van de belangrijkste karakteristieken daarvan is dat deze bepaling, ook bij het

¹ Automatische inlichtingenuitwisseling vindt nu bijvoorbeeld al plaats tussen de meeste EU-lidstaten in het kader van de Europese spaartegoedenrichtlijn (Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling 2003/48/EG.).

ontbreken van een «domestic tax interest», uitwisseling van gegevens op verzoek voor belastingdoeleinden mogelijk maakt. In de toelichting op artikel 25 zal worden ingegaan op de specifieke kenmerken van de gegevensuitwisselingsbepaling die met Hongkong is overeengekomen.

4. Budgettaire aspecten

De budgettaire gevolgen van het Verdrag zullen naar verwachting per saldo neutraal zijn. Voor het Nederlandse bedrijfsleven zal het Verdrag bij bestaande en nieuwe activiteiten en investeringen in Hongkong positief uitwerken. De grenzen van de heffingsbevoegdheden van beide jurisdicties zijn duidelijk vastgelegd en er is een goede grondslag gelegd voor overleg en geschillenbeslechting in die situaties waarin toepassing van het Verdrag desalniettemin tot problemen zou kunnen leiden.

5. Inbreng van derden

Het Ministerie van Financiën heeft, onder andere door middel van de gebruikelijke nieuwsberichten over de lopende en voorgenomen onderhandelingen die het Ministerie van Financiën op gezette tijden doet uitgaan, de onderhandelingen met Hongkong onder de aandacht gebracht en belanghebbenden verzocht de voor hen van belang zijnde aangelegenheden betreffende (dubbele) belasting in de relatie tot Hongkong kenbaar te maken. In de loop der jaren hebben belanghebbenden zowel schriftelijk als mondeling hun opmerkingen en commentaren kenbaar gemaakt, die zijn gebruikt bij (de voorbereidingen van) de onderhandelingen.

6. Koninkrijkspositie

Het Verdrag wordt, wat het Koninkrijk der Nederlanden betreft, aangegaan voor het Europese deel van Nederland. In artikel 28 is evenwel bepaald dat het Verdrag onder voorwaarden kan worden uitgebreid tot de delen van het Koninkrijk der Nederlanden die niet in Europa zijn gelegen. Met deze formulering is beoogd rekening te houden met de gewijzigde situatie na de staatkundige hervormingen van het Koninkrijk van 10 oktober 2010, waarbij het land de Nederlandse Antillen is opgeheven. Curaçao en Sint Maarten bestaan nu als zelfstandige landen naast Aruba, terwijl Bonaire, Sint-Eustatius en Saba een onderdeel zijn geworden van het land Nederland.

Gezien het feit dat de onderhandelingen zijn gestart en afgerond voordat de staatkundige hervormingen (inclusief het fiscale stelsel voor de drie hiervoor genoemde eilanden) afgerond waren, geldt het Verdrag, ook na die hervormingen, alleen voor het in Europa gelegen deel van Nederland. Indien tot uitbreiding wordt overgegaan, behoeft dit een afzonderlijk verdrag dat door het Koninkrijk ten behoeve van de Caribische delen van het Koninkrijk met Hongkong zou worden aangegaan.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Titel en preambule

Het Verdrag geldt voor belastingen naar het inkomen, maar niet voor belastingen naar het vermogen. Hongkong kent geen vermogensbelasting en Nederland heeft met ingang van 1 januari 2001 de Wet op de vermogensbelasting 1964 laten vervallen. Derhalve kan zich geen dubbele heffing van belasting naar het vermogen voordoen.

Het gegeven dat Hongkong geen zelfstandige staat is, maar een «Speciale Administratieve Regio» van China, betekent onder meer dat met betrekking tot Hongkong niet van een (verdragsluitende) staat kan worden gesproken. In plaats van «staat» wordt daarom in deze toelichting veelal

de term (verdragsluitende) «partij» of «jurisdictie» gebruikt. Overigens is Hongkong wel zelfstandig bevoegd tot het sluiten van een Verdrag.

Belastingen waarop het Verdrag van toepassing is (artikel 2 juncto artikel II van het Protocol)

In het eerste lid is de materiële werkingssfeer van het Verdrag neergelegd. Deze bepaling komt vrijwel overeen met het eerste lid van artikel 2 uit het OESO-modelverdrag 2008, met dien verstande dat in de onderhavige bepaling geen verwijzing is opgenomen naar belastingen naar het vermogen, zoals hiervoor reeds werd opgemerkt.

Ook het tweede lid stemt overeen met het bepaalde in het tweede lid van artikel 2 OESO-modelverdrag 2008, afgezien van, wederom, het ontbreken van de verwijzing naar belastingen naar het vermogen.

In het derde lid is neergelegd dat het Verdrag voor wat betreft Hongkong ziet op de winstbelasting («profits tax»), de belasting over inkomsten uit dienstbetrekking («salaries tax») en de belasting over inkomsten uit onroerende zaken («property tax»), welke belastingen nader zijn toegelicht in paragraaf 3.2 hiervóór.

In overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008 bepaalt het vierde lid dat het Verdrag ook van toepassing is op alle gelijke of in wezen gelijksoortige belastingen die na de datum van ondertekening van het Verdrag naast of in de plaats van de in het derde lid opgesomde belastingen worden geheven, alsmede op andere belastingen waarop het eerste en tweede lid van artikel 2 van het Verdrag van toepassing zijn die een verdragsluitende partij na de ondertekening van het Verdrag kan heffen. De bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende partijen zijn gehouden om elkaar te informeren over alle wezenlijke wijzigingen die in hun respectievelijke nationale belastingwetten zijn aangebracht.

Administratieve boetes en heffingsrente worden volgens de nationale wet van Hongkong aangemerkt als «aanvullende belasting» («additional tax»).

Op verzoek van Hongkong is in artikel II van het Protocol derhalve verduidelijkt dat dergelijke administratieve boetes en renten niet zijn aan te merken als belastingen waarop het Verdrag van toepassing is, zodat hiervoor geen vermindering ter vermijding van dubbele belasting hoeft te worden gegeven.

Algemene begripsbepalingen (artikel 3 juncto artikel I van het Protocol)

Artikel 3 bevat omschrijvingen voor uitdrukkingen die in het Verdrag voorkomen.

De definitie van de uitdrukking «Nederland» is opgenomen in het eerste lid, onderdeel b. De verdragsluitende partijen hebben beoogd dit Verdrag slechts te laten gelden tussen Hongkong en het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk der Nederlanden. Zoals hiervoor bij de Koninkrijkspositie reeds is toegelicht, bestaat ingevolge artikel 28 de mogelijkheid het Verdrag op enig moment uit te breiden tot delen van het Koninkrijk die niet in Europa zijn gelegen.

In het eerste lid, onderdeel d, is bij de (niet-limitatieve) opsomming van wie onder de term «persoon» vallen tevens de maatschap («partnership») genoemd. Deze toevoeging is op verzoek van Hongkong ter verduidelijking opgenomen en is in lijn met het OESO-commentaar op artikel 3 (par. 3). Verder is in het geval van Hongkong aan deze opsomming ook de «trust» toegevoegd.

In het eerste lid, onderdeel e, van artikel 3 is de uitdrukking «lichaam» omschreven. Daaronder wordt verstaan elke rechtspersoon of elke eenheid die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld.

Het tweede lid van artikel 3 bevat een algemene regel voor de uitleg van uitdrukkingen die niet in het Verdrag voorkomen: daaraan wordt de betekenis toegekend, die deze uitdrukkingen hebben volgens de belastingwetgeving van de partij die het Verdrag toepast, tenzij de context van het Verdrag anders vereist. Mede gezien de bepaling van het tweede lid van artikel 3 kan het voorkomen dat een lichaam in de ene partij volgens zijn nationale recht wordt aangemerkt als een fiscaal zelfstandig lichaam, maar volgens het nationale recht van de andere partij als fiscaal transparant. Deze andere partij kijkt dan voor de belastingheffing «door het lichaam heen» naar de achterliggende personen of deelnemers. Dientengevolge worden de inkomsten fiscaal niet toegerekend aan het lichaam, maar aan de achterliggende personen. Men spreekt in dit verband wel van hybride entiteiten. Een dergelijk verschil in kwalificatie van lichamen kan leiden tot dubbele vrijstelling of dubbele belasting en roept vragen op over de verdragsgerechtigdheid van het lichaam of van de achterliggende personen. Het Verdrag voorziet in een oplossing voor dergelijke vragen, door het bepaalde in artikel I, tweede lid van het Protocol. Deze bepaling bevat een regeling voor de verdragstoepassing op een inkomensbestanddeel dat van de ene jurisdictie naar de andere jurisdictie vloeit door tussenkomst van een entiteit die door de twee betrokken partijen verschillend wordt gekwalificeerd. Artikel I, tweede lid, van het Protocol bij het Verdrag komt inhoudelijk overeen met de uitgangspunten die in het OESO-rapport «The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships» (Issues in International Taxation nr. 6, OECD Publications, Paris 1999) (hierna: het OESO-rapport) zijn opgenomen en hetgeen zijn weerslag heeft gevonden in het OESO-commentaar. Kern van de bepaling is dat bij hybride entiteiten de verdragsvoordelen worden toegekend aan de entiteit of aan de achterliggende deelnemers van de entiteit die in de andere verdragsluitende partij wonen of zijn gevestigd, indien die andere partij het desbetreffende inkomensbestanddeel hetzij fiscaal toerekent aan de entiteit, hetzij aan de deelnemers in die entiteit. De partij waaruit het inkomensbestanddeel afkomstig is (hierna kortheidshalve genoemd «het bronland») volgt in beginsel dus de fiscale kwalificatie van de jurisdictie waarin de entiteit dan wel de deelnemers in de entiteit zijn gevestigd (hierna «het woonland»).

Nederland onderschrijft in beginsel de uitgangspunten van het voornoemde OESO-rapport, maar heeft in de onderdelen 20–24 van bijlage II bij het rapport een voorbehoud gemaakt, omdat het rapport geen alomvattende oplossing voor de problematiek biedt en Nederland het nodig vindt de kwestie van de kwalificatieverschillen afzonderlijk in verdragen te regelen. Hieraan is uitvoering gegeven in artikel I, tweede lid, van het Protocol bij het Verdrag.

Concreet bepaalt artikel I, tweede lid, van het Protocol dat indien een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel wordt verkregen via een entiteit die fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide partijen, dit bestanddeel wordt aangemerkt als verkregen door een inwoner van een partij voor zover dat bestanddeel voor de toepassing van het belastingrecht van die partij wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van een inwoner. Hierbij kunnen diverse situaties worden onderscheiden. In het navolgende worden deze niet uitputtend behandeld, maar wordt een drietal situaties beschreven die in de relatie tot Hongkong van belang zijn, het belastingstelsel in Hongkong (territoriaal, alleen bronheffing ter zake van royalty's) in aanmerking nemende. Omdat de uitkomst van artikel I, tweede lid, van het Protocol overeen komt met die in het belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika (artikel 24, vierde lid, juncto artikel XIV van het Memorandum van Overeenstemming 2004; *Trb.* 1993, 77 en 184; 2004, 166), wordt tevens verwezen naar de memorie van toelichting bij dat belastingverdrag (Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3, blz. 29–32). Ook in de belastingver-

dragen met België 2001 (*Trb.* 2001, 136) en Indonesië 2002 (*Trb.* 2002, 33) komt deze bepaling voor.

De eerste situatie die kan worden onderscheiden is de volgende: Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de verdragsluitende jurisdicties en toevloeit aan een entiteit die in de andere jurisdictie is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van de andere jurisdictie wordt die entiteit als fiscaal transparant aangemerkt, dat wil zeggen het inkomensbestanddeel wordt niet fiscaal toegerekend aan die entiteit. Het inkomensbestanddeel wordt gezien als inkomen van de deelnemers in die entiteit. Indien de deelnemers in die entiteit inwoner zijn van de andere jurisdictie en voor dat inkomen in die jurisdictie in de belastingheffing worden betrokken, dient de jurisdictie waaruit het inkomensbestanddeel afkomstig is (het «bronland») het verdrag toe te passen als ware het bestanddeel rechtstreeks aan de deelnemer in die entiteit uitgekeerd. Daarbij is niet van belang hoe het bronland die entiteit kwalificeert. Ook al zou die entiteit volgens de nationale wetgeving van het bronland als niet-fiscaal transparant worden aangemerkt, dan dient het bronland uit te gaan van de verdragsgerechtigdheid van de deelnemers.

Voorbeeld: Natuurlijk persoon Z woont in Nederland. Z is participant in entiteit Y welke is opgericht en gevestigd in Nederland. Via die entiteit verkrijgt Z royalty's uit Hongkong. Volgens de fiscale wetgeving van Nederland is Y fiscaal transparant, maar volgens de fiscale wetgeving van Hongkong is Y niet fiscaal transparant. Z wordt in Nederland voor zijn wereldinkomen in de belastingheffing betrokken. Voor verdragsdoel-einden is Z inwoner van Nederland en niet Y. Y is immers niet «aan belasting onderworpen» in de zin van artikel 4 van het Verdrag. Zonder artikel I, tweede lid, van het Protocol zou echter verschil van mening kunnen bestaan of Z wel ontvanger is van de inkomsten voor de verdragstoepassing. Het derde lid leidt ertoe dat de natuurlijke persoon Z als de ontvanger van de royalty's wordt aangemerkt. Hongkong mag over de royalty's een bronheffing inhouden die wordt beperkt tot het verdragspercentage van 3% (artikel 12, tweede lid). In dit voorbeeld volgt dus Hongkong als bronland, bij het vaststellen van de verdragsgerechtigdheid, de kwalificatie van de entiteit door Nederland.

Tweede situatie: Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit één van de verdragsluitende jurisdicties (het «bronland») en toevloeit aan een entiteit die in de andere jurisdictie is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van de andere jurisdictie wordt die entiteit als niet fiscaal transparant aangemerkt (de entiteit wordt zelf in de belastingheffing betrokken). Volgens de nationale wetgeving van het bronland is de entiteit fiscaal transparant. In dit geval kan door de entiteit zelf een beroep worden gedaan op verdragstoepassing, omdat de entiteit in het «woonland» inwoner is als bedoeld in artikel 4 van het Verdrag. Ook hier is de kwalificatie van de entiteit door het bronland niet van belang, behalve dan dat voor het bronland niet de entiteit maar de participanten belastingplichtig zijn voor de eigen heffingsrechten.

Voorbeeld: Als voorbeeld 1 maar in dit geval is entiteit Y volgens de nationale wetgeving van Nederland niet fiscaal transparant en is Y volgens de nationale wetgeving van Hongkong wel fiscaal transparant. De entiteit Y wordt in de winstbelasting van Nederland betrokken. Y wordt aangemerkt als inwoner van Nederland en Y is de uiteindelijke gerechtigde van de royalty's, zodat Hongkong het verdragsartikel voor royalty's moet toepassen. Ook in dit voorbeeld volgt dus Hongkong als bronland de kwalificatie van de entiteit door Nederland bij het vaststellen van de verdragsgerechtigdheid.

Derde situatie: Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de verdragsluitende jurisdicties en toevloeit aan een entiteit die in een derde land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van de andere jurisdictie wordt die entiteit als niet fiscaal transparant aange-

merkt. De entiteit wordt zelf in de belastingheffing betrokken. Op het inkomensbestanddeel hoeft het belastingverdrag niet te worden toegepast.

Voorbeeld: Natuurlijk persoon Z woont in Nederland. Z is participant in entiteit Y welke is opgericht en gevestigd in een derde land. Via de entiteit verkrijgt Z royalty's uit Hongkong. Volgens de fiscale wetgeving van Nederland is Y niet fiscaal transparant; volgens de fiscale wetgeving van Hongkong wel. De royalty's die afkomstig zijn uit Hongkong worden bij de natuurlijke persoon Z in Nederland niet in de belastingheffing betrokken. Ook de entiteit wordt niet in Nederland voor de royalty's in de heffing betrokken, omdat entiteit Y naar het recht van Nederland niet in Nederland is gevestigd. Z noch de entiteit zijn met andere woorden inwoner in de zin van het Verdrag. Er is geen sprake van inkomen dat aan een inwoner van Nederland kan worden toegerekend, zodat dit inkomen fiscaal niet wordt geacht in Nederland te zijn ontvangen. Hongkong hoeft als gevolg van de overeengekomen bepaling geen vermindering van zijn bronheffing op royalty's te verlenen.

Inwoner (artikel 4, juncto artikel III van het Protocol)

In het eerste lid is bepaald wie voor toepassing van het Verdrag geacht wordt inwoner te zijn van een van de verdragsluitende partijen. Vaak wordt hier aangesloten bij de definitie uit artikel 4, eerste lid, van het OESO-modelverdrag 2008. Volgens laatstgenoemde definitie wordt voor het bepalen van de woonplaats verwezen naar de criteria op basis waarvan een persoon volgens de nationale wet van de betrokken staten onbeperkt belastingplichtig is, dat wil in beginsel zeggen: belastingplichtig voor zijn wereldinkomen. Zoals eerder toegelicht, hanteert Hongkong echter een territoriaal belastingstelsel, hetgeen betekent dat het criterium van onbeperkte belastingplicht voor Hongkong niet kon worden gehanteerd. Op voorstel van Hongkong is de definitie van inwoner voor toepassing van het Verdrag daarom gesplitst in een definitie voor Nederland en een definitie voor Hongkong.

De definitie van «inwoner van een verdragsluitende partij» voor wat betreft Nederland is opgenomen in het eerste lid, onderdeel a, in verbinding met het tweede lid, onderdelen a en c.

Ingevolge de definitie, opgenomen in het eerste lid, onderdeel a, is iedere persoon die op basis van de Nederlandse wetgeving in Nederland aan belastingheffing is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid (oprichting naar het recht van Nederland omvattend), inwoner van Nederland voor toepassing van het Verdrag. Deze definitie geldt zowel voor natuurlijke personen als lichamen en komt overeen met de definitie uit artikel 4, eerste lid, OESO-modelverdrag 2008.

Voor Hongkong is de definitie van inwoner gesplitst in een definitie voor natuurlijke personen en voor lichamen, waarbij is aangesloten bij de wijze waarop inwonerschap in Hongkong is vormgegeven. De definitie van inwoner voor natuurlijke personen in Hongkong is opgenomen in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, onder i en ii, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen een «permanente» of een «tijdelijke» inwoner van Hongkong. Dit onderscheid vloeit voort uit de nationale regels omtrent inwonerschap in Hongkong.

Permanent inwoner is een natuurlijk persoon die «gewoonlijk verblijft» («ordinarily resides») in Hongkong. Het criterium «gewoonlijk verblijven» is niet wettelijk gedefinieerd in Hongkong, maar heeft invulling gekregen in de jurisprudentie aldaar¹. Het criterium is vergelijkbaar met de toets van het middelpunt van de levensbelangen («centre of vital interests») die in artikel 4, tweede lid, onderdeel a, van het OESO-modelverdrag 2008 wordt gehanteerd en die eveneens wordt gehanteerd in de zogenoemde «tie-breaker» (de «beslissingsregel») voor natuurlijke personen in het

¹ Onder andere *Inland Revenue Board of Review Decision no. D57/02*, 10 september 2002.

onderhavige Verdrag (artikel 4, derde lid, onderdeel a). Relevant is waar de persoon in kwestie woont, leeft en deelneemt aan het dagelijkse leven. Fysieke aanwezigheid in Hongkong is hierbij ook van belang. Indien een persoon enige tijd niet in Hongkong aanwezig is, hoeft dat echter niet te betekenen dat hij niet meer «gewoonlijk verblijft» in Hongkong. Is de fysieke afwezigheid daarentegen langdurig en zijn de dagelijkse banden met Hongkong verbroken, dan zal dat zeer waarschijnlijk leiden tot het niet langer «gewoonlijk verblijven» in Hongkong. Eén en ander komt in grote lijnen overeen met de invulling van inwonerschap ingevolge artikel 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Nederlandse fiscale rechtspraak. Indien een natuurlijk persoon zekerheid wenst ten aanzien van de vraag of hij «gewoonlijk verblijft» in Hongkong, kan in Hongkong een woonplaatsverklaring worden gevraagd.

Tijdelijk inwoner van Hongkong is een natuurlijk persoon die meer dan 180 dagen gedurende een belastingjaar dan wel meer dan 300 dagen gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren, waarvan er één het desbetreffende belastingjaar is, in Hongkong verblijft. Zie artikel 4, eerste lid, onderdeel b, onderdeel ii, van het Verdrag.

Het inwonerschap voor vennootschappen en andere lichamen in Hongkong is geregeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, onder iii respectievelijk onder iv, van het Verdrag. Volgens de nationale wet van Hongkong is een lichaam inwoner van Hongkong indien het naar het recht van Hongkong is opgericht. Ingevolge het territoriale stelsel van Hongkong zijn deze lichamen in Hongkong alleen belast indien zij inkomsten uit Hongkong genieten. Tegelijkertijd worden lichamen die niet naar het recht van Hongkong zijn opgericht, in Hongkong in de belastingheffing betrokken indien deze inkomsten uit Hongkong genieten.

Hongkong wenste daarom zowel lichamen die zijn opgericht naar het recht van Hongkong, als andere lichamen, verdragstoegang te geven door ze als inwoner aan te merken voor toepassing van het Verdrag. Nederland wilde echter niet onverkort alle verdragsvoordelen toekennen aan deze lichamen. Het zou immers relatief eenvoudig zijn om toegang te krijgen tot het Verdrag, enkel door een lichaam naar het recht van Hongkong op te richten. Op die manier zou een derde, niet zijnde een inwoner van een van de verdragsluitende partijen, zich door middel van een tussengeschoven lichaam in Hongkong toegang kunnen verschaffen tot het Verdrag zonder dat enige belastingheffing in Nederland of Hongkong plaatsvindt (winstbelasting noch dividendbelasting). Dit zou oneigenlijk gebruik van het Verdrag kunnen uitlokken. In het bijzonder zou Nederland op deze wijze eenvoudig kunnen worden belet belasting te heffen over uitgaande dividenden. Daarom zijn op voorstel van Nederland waarborgen in het Verdrag opgenomen om onbedoeld gebruik van het Verdrag in voornoemde zin te voorkomen. In dit verband wordt gewezen op artikel 10, derde lid: de eerste genoemde LOB. Een andere waarborg tegen oneigenlijk gebruik vormt artikel 27 inzake de nationaalrechtelijke anti-misbruik bepalingen en -maatregelen.

Daarenboven is voor het inwonerschap van een lichaam dat buiten Hongkong is opgericht, de voorwaarde toegevoegd dat het lichaam «gewoonlijk wordt geleid of beheerst» («normally managed or controlled») in Hongkong. Daarmee krijgen alleen die lichamen toegang tot het Verdrag, die voldoende economische binding met Hongkong hebben. Het begrip «gewoonlijk geleid» («normally managed») is vergelijkbaar met de term «effectief geleid» («effective management») zoals die term in het OESO-commentaar op artikel 4, par. 24, wordt gehanteerd en heeft derhalve onder meer betrekking op (het uitoefenen van) de zeggenschap over de dagelijkse bedrijfsvoering en de implementatie van de besluiten van het (top)management. De term «beheerst» («controlled»), daarentegen, ziet op (het uitoefenen van) de zeggenschap over het lichaam voor wat betreft de onderneming als geheel en betreft in

plaats van de dagelijkse bedrijfsvoering veeleer de belangrijkste beleidsbeslissingen, strategische beslissingen en financiële beslissingen. Teneinde zeker te stellen dat, voor wat betreft Nederland, de Regering van Nederland, een staatkundig onderdeel of plaatselijk publiekrechtelijk lichaam daarvan, en, voor wat betreft Hongkong, de Regering van de Speciale Administratieve Regio Hongkong, alsmede een pensioenfonds, aanspraak kunnen maken op de voordelen van het Verdrag, is in het tweede lid uitdrukkelijk bepaald dat dergelijke overheden, lichamen en pensioenfondsen zijn aan te merken als inwoners voor de toepassing van het Verdrag. Onder een pensioenfonds wordt in dit verband verstaan een pensioenfonds dat als zodanig is erkend door en onder toezicht staat van de verdragsluitende partij waarin het is gevestigd en waarvan het inkomen in het algemeen van belastingheffing is vrijgesteld (artikel 4, tweede lid, onderdeel c). Omdat Hongkong in zijn nationale wet de term «pension scheme» (pensioenregeling) hanteert in plaats van «pension fund» (pensioenfonds), is deze term toegevoegd aan onderdeel c van het tweede lid.

Het derde lid bevat, in overeenstemming met het OESO-model-verdrag 2008, de zogenoemde «tie-breaker»-regel voor situaties waarin een natuurlijke persoon op grond van de bepalingen van het eerste lid inwoner van beide verdragsluitende partijen is. In een dergelijke situatie wordt de betrokken natuurlijke persoon geacht inwoner te zijn van de verdragsluitende partij waar hij een duurzaam tehuis tot zijn beschikking heeft, dan wel, indien hij in beide jurisdicties een dergelijk tehuis heeft, in de verdragsluitende partij waar het middelpunt van zijn levensbelangen is gelegen (onderdeel a). Indien dit middelpunt niet is te bepalen of indien de desbetreffende persoon in geen van beide jurisdicties over een duurzaam tehuis beschikt, wordt hij geacht inwoner te zijn in de verdragsluitende partij waar hij gewoonlijk verblijft (onderdeel b). Verblijft hij gewoonlijk in (geen van) beide jurisdicties, dan wordt hij, in het geval van Nederland, geacht inwoner te zijn van de verdragsluitende partij waarvan hij onderdaan is. Hongkong kent het begrip «onderdaan» echter niet, daar Hongkong geen zelfstandige staat is. Voor Hongkong wordt derhalve aangesloten bij de jurisdictie waarin de natuurlijke persoon is gerechtigd te verblijven («the right of abode»), dat wil zeggen: het recht op verblijf of het in het bezit zijn van een verblijfsvergunning (onderdeel c). Biedt het bepaalde in onderdeel c ook geen uitsluitel, dan regelen de bevoegde autoriteiten in onderlinge overeenstemming van welke verdragsluitende partij deze persoon wordt geacht inwoner te zijn (onderdeel d).

Het vierde lid bevat ten slotte de «tie-breaker»-regel voor situaties waarin een andere dan een natuurlijke persoon op grond van de bepalingen van het eerste lid inwoner van beide verdragsluitende partijen is (de zogenoemde «corporate tie-breaker» – de «vestigingsplaats beslissingsregel»). De bevoegde autoriteiten zullen dan met elkaar in overleg treden om de woonplaats te bepalen. In artikel III, tweede lid, van het Protocol is een overzicht opgenomen, in willekeurige volgorde, van de factoren die bij het bepalen van de woonplaats in aanmerking zullen worden genomen:

- (i) de plaats waar het senior management wordt uitgeoefend;
- (ii) de plaats waar de bestuursvergaderingen plaatsvinden;
- (iii) de plaats waar het hoofdkantoor is gevestigd;
- (iv) de mate en aard van economische verbondenheid van het lichaam met elk van beide jurisdicties;
- (v) de vraag of het feit dat het lichaam wordt geacht inwoner te zijn van een van de verdragsluitende partijen en niet van de andere verdragsluitende partij, het risico met zich brengt dat misbruik wordt gemaakt van het Verdrag dan wel dat de nationale wetgeving van een van beide verdragsluitende partijen niet naar behoren of onjuist wordt toegepast.

Bovenstaande opsomming is niet limitatief en elk geval zal afzonderlijk moeten worden bekeken. Factor (v) zal met name relevant zijn in

misbruiksituaties. Gedacht kan worden aan de verplaatsing van een lichaam uit Nederland naar Hongkong om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan.

Als geen overeenstemming wordt bereikt over de woonplaats van een lichaam, kan een dergelijk lichaam slechts in beperkte mate aanspraak maken op de voordelen van het Verdrag, te weten enkel de voordelen die zijn neergelegd in artikel 23 (non-discriminatie) en artikel 24 (regeling voor onderling overleg). Tevens kunnen de bevoegde autoriteiten in onderling overleg vaststellen hoe de rest van het Verdrag in een dergelijk geval zal worden toegepast. Op die wijze kan eventuele dubbele belasting alsnog worden weggenomen.

Nederland heeft eerder belastingverdragen gesloten waarin een op onderling overleg gebaseerde «corporate tie-breaker» is opgenomen, waaronder die met Barbados (*Trb.* 2006, 269), Belarus (*Trb.* 1996, 119), Canada (*Trb.* 1986, 65), China, Estland (*Trb.* 1997, 98), de Filipijnen (*Trb.* 1989, 57), Indonesië, Letland (*Trb.* 1994, 83 en 166), Litouwen (*Trb.* 1999, 149), Nigeria (*Trb.* 1992, 12), Thailand (*Trb.* 1975, 113), Turkije (*Trb.* 1986, 67), de Verenigde Staten van Amerika en het Verenigd Koninkrijk 2008 (*Trb.* 2008, 201).

Artikel III, eerste lid, van het Protocol is opgenomen om zeker te stellen dat natuurlijke personen die, naar de feiten en omstandigheden beoordeeld, wonen aan boord van een schip en niet beschikken over een werkelijke woonplaats «aan de wal» in een van de verdragsluitende partijen, onder de personen vallen op wie het Verdrag van toepassing is. Bepaald is dat deze personen geacht worden hun woonplaats te hebben in de verdragsluitende partij waarin het desbetreffende schip zijn thuishaven heeft.

Vaste inrichting (artikel 5 juncto artikel IV van het Protocol)

Het artikel betreffende de vaste inrichting komt in grote lijnen overeen met de bepaling uit het OESO-modelverdrag 2008 en met het Nederlandse verdragsbeleid. Wel zijn enkele zaken overeengekomen die hier inhoudelijk van afwijken, zoals in het navolgende zal worden toegelicht. In het eerste lid is overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008 vastgelegd dat de uitdrukking «vaste inrichting» voor de toepassing van het Verdrag betekent een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend.

In het tweede lid is vervolgens bepaald dat de uitdrukking «vaste inrichting» in het bijzonder omvat een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor, een fabriek, een werkplaats, en een mijn, olie- of gasbron, (steen)groeve of enige andere plaats waar natuurlijke rijkdommen worden gewonnen. Ook het tweede lid is hiermee vormgegeven overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008.

Ingevolge het derde lid omvat de uitdrukking «vaste inrichting», in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, tevens de uitvoering van bouwwerken, constructie- en installatieprojecten. Op verzoek van Hongkong zijn aan deze opsomming montage- en baggerprojecten toegevoegd, voor wat betreft de montageprojecten in overeenstemming met de bepaling voor vaste inrichtingen in het VN-modelverdrag 2001¹. Tevens is op verzoek van Hongkong in het derde lid voor de uitvoering van bouwwerken, constructie-, montage- en installatiewerkzaamheden, alsmede voor baggerwerkzaamheden, een termijn opgenomen van zes maanden. Deze termijn is in overeenstemming met de bepaling voor vaste inrichtingen in het VN-modelverdrag. Gezien de kenmerken van het belastingstelsel van Hongkong heeft Nederland met deze wens van Hongkong ingestemd, zoals ook is toegelicht in paragraaf 3.2. Overeenkomstige bepalingen, waarbij de termijn verschilt van de termijn in het OESO-modelverdrag

¹ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2001, zie <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan002084.pdf>.

2008, zijn door Nederland tevens overeengekomen in de verdragsrelatie met onder meer China, Jordanië (*Trb.* 2007, 22), Koeweit (*Trb.* 2001, 126), Korea (*Trb.* 1979, 13), Maleisië (*Trb.* 1988, 27), Mexico (*Trb.* 1993, 160), Pakistan (*Trb.* 1982, 63), Portugal (*Trb.* 1999, 180), Singapore (*Trb.* 1971, 95) en Turkije.

In het kader van een algeheel compromis zijn in afwijking van het Nederlandse verdragsbeleid dienstverleningsactiviteiten op verzoek van Hongkong in het vierde lid aangemerkt als een vaste inrichting wanneer zij meer dan 183 dagen in een periode van twaalf maanden bestrijken. Artikel 5, vierde lid, komt geheel overeen met de bepaling die, toentertijd als voorstel en nu definitief, is opgenomen in het OESO-commentaar op artikel 5, par. 42.23. Nederland heeft eerder ingestemd met het aanmerken van dienstverleningsactiviteiten als een vaste inrichting, bijvoorbeeld in de verdragen met Kazachstan (*Trb.* 1996, 150), Moldavië (*Trb.* 2000, 78) en Azerbeidzjan (*Trb.* 2008, 202).

In het vijfde lid zijn, overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008, zes situaties omschreven waarin geen vaste inrichting aanwezig wordt geacht. Het gemeenschappelijke kenmerk van deze situaties is dat het daarbij gaat om het aanhouden of gebruiken van een vaste bedrijfsinrichting waarin uitsluitend activiteiten van voorbereidende aard of met het karakter van hulpwerkzaamheid worden verricht.

Wanneer een voor een onderneming werkzame persoon, anders dan een onafhankelijke vertegenwoordiger in de zin van het zesde lid, gemachtigd is namens die onderneming in een verdragsluitende partij overeenkomsten af te sluiten en dat recht aldaar gewoonlijk uitoefent, wordt die onderneming volgens het zesde lid overeenkomstig het

OESO-modelverdrag 2008, geacht in die jurisdictie een vaste inrichting te hebben voor alle werkzaamheden die deze persoon voor haar verricht, behoudens indien deze werkzaamheden kwalificeren als activiteiten van voorbereidende aard of het karakter hebben van hulpwerkzaamheden in de zin van het vijfde lid.

In het zevende lid is overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008 bepaald dat een onderneming niet wordt geacht een vaste inrichting in een verdragsluitende partij te bezitten op grond van de enkele omstandigheid dat zij aldaar zaken doet door middel van een makelaar, een algemeen commissionair of enige andere onafhankelijke vertegenwoordiger, op voorwaarde dat deze personen handelen in de normale uitoefening van hun bedrijf.

Het achtste lid bepaalt in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008 dat de enkele omstandigheid dat een vennootschap die inwoner is van een verdragsluitende partij, een dochtervennootschap of een moedervernootschap heeft die in de andere verdragsluitende partij is gevestigd, dan wel in die andere partij door middel van een vaste inrichting of anderszins zaken doet, niet meebrengt dat een van deze vennootschappen een vaste inrichting vormt van de andere vennootschap.

In artikel IV van het Protocol is een bepaling opgenomen krachtens welke het bezit van exploratie- en exploitatierechten, met inbegrip van belangen bij dergelijke rechten, fictief worden aangemerkt als een vaste inrichting die in die jurisdictie is gevestigd. Hiermee wordt zeker gesteld dat inkomsten die uit dergelijke rechten worden verkregen en winst die wordt behaald met de vervreemding van dergelijke rechten, ter belastingheffing toekomen aan de bronstaat. Een vergelijkbare bepaling is door Nederland overeengekomen in de verdragsrelatie met onder andere Macedonië (*Trb.* 1998, 238), Litouwen (*Trb.* 1999, 149), Polen (*Trb.* 2002, 86) en Slovenië (*Trb.* 2004, 252).

Inkomsten uit onroerende zaken (artikel 6 juncto artikel IV van het Protocol)

Dit artikel volgt nagenoeg het OESO-modelverdrag 2008 en het Nederlandse verdragsbeleid.

In het eerste lid is overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008 bepaald dat inkomsten die een inwoner van een verdragsluitende partij verkrijgt uit onroerende zaken (inkomsten uit landbouw- of bosbouwbedrijven daaronder begrepen), die in de andere verdragsluitende jurisdictie zijn gelegen in die andere partij mogen worden belast.

In het tweede lid is vastgelegd dat de uitdrukking «onroerende zaken» de betekenis heeft die daaraan wordt toegekend door het recht van de verdragsluitende partij waar de onroerende zaken zijn gelegen. Het tweede lid bepaalt verder dat de uitdrukking ook de zaken omvat die bij de onroerende zaken behoren, zoals levende en dode have van land- en bosbouwbedrijven, rechten waarop de bepalingen van het privaatrecht betreffende de grondeigendom van toepassing zijn, vruchtgebruik van onroerende zaken en rechten op veranderlijke of vaste vergoedingen ter zake van de exploitatie of het recht tot de exploratie of exploitatie van minerale aardlagen, (steen)groeven, bronnen en andere natuurlijke rijkdommen, maar niet schepen en vliegtuigen. In het voorgaande zijn enkele geringe afwijkingen te onderkennen ten opzichte van het OESO-modelverdrag 2008 en het Nederlandse verdragsbeleid. In de eerste plaats is in artikel 6, tweede lid, tweede volzin, de zinsnede «het recht tot exploratie» (van bijvoorbeeld minerale aardlagen) toegevoegd. In de tweede plaats is, eveneens op verzoek van Hongkong, na «minerale aardlagen» de term «(steen)groeven» toegevoegd.

Het derde lid bepaalt, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, dat de bepalingen van het eerste lid van toepassing zijn op inkomsten verkregen uit de rechtstreekse exploitatie, het verhuren of verpachten en elke andere vorm van exploitatie van onroerende zaken.

In het vierde lid is ten slotte, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, bepaald dat de bepalingen van het eerste en derde lid ook van toepassing zijn op inkomsten uit onroerende zaken van een onderneming.

Winst uit onderneming (artikel 7 junctis artikel IV en V van het Protocol)

Artikel 7 is grotendeels in overeenstemming met het Nederlandse verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag 2008.

Indien een onderneming van een verdragsluitende partij haar bedrijf uitoefent door middel van een in de andere verdragsluitende partij gevestigde vaste inrichting, mag de winst van die onderneming, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, worden belast in die andere partij voor zover deze winst aan de vaste inrichting kan worden toegerekend (eerste lid).

In het tweede lid is daartoe bepaald dat deze toerekening dient te geschieden volgens het zogenoemde «arm's length»-beginsel (het «zakelijkheidsbeginsel»)¹. Aan de vaste inrichting wordt derhalve dat deel van de winst van de onderneming toegerekend dat zij geacht zou kunnen worden te behalen indien zij een onafhankelijke onderneming zou zijn die onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden dezelfde of soortgelijke werkzaamheden zou uitoefenen en geheel onafhankelijk zou handelen van de onderneming waarvan zij een vaste inrichting is. Voor de winsttoerekening aan de vaste inrichting is hiermee derhalve – in overeenstemming met het OESO-modelverdrag – de directe methode of ondernemingsplitsing het uitgangspunt. In dit verband is op verzoek van Hongkong in het tweede lid, aan het einde, de zinsnede «of met andere ondernemingen waarmee zij handelt» toegevoegd. Blijkens deze zinsnede mag de

¹ Het arm's length beginsel houdt in dat gelieerde ondernemingen geacht worden de verrekenprijzen voor hun onderlinge leveringen van goederen en diensten te bepalen alsof de ondernemingen volledig onafhankelijk van elkaar zijn. Zie verder hierover de toelichting bij artikel 9.

zelfstandigheidsfictie ook worden getoetst bij transacties tussen de vaste inrichting van een onderneming en andere ondernemingen.

De leden 3 tot en met 5 zijn in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008 en met het Nederlandse verdragsbeleid.

Op verzoek van Hongkong is in het zesde lid een bepaling opgenomen dat een verdragsluitende partij diens nationale wetgeving voor het vaststellen van de belastingschuld van een persoon mag toepassen indien de hem ter beschikking staande gegevens ontoereikend zijn om de winst of de voordelen van een onderneming te kunnen bepalen die in die verdragsluitende partij volgens artikel 7 mogen worden belast. Het resultaat van die winsttoerekening moet daarbij echter in overeenstemming zijn met de in artikel 7 neergelegde beginselen van winsttoerekening. Deze bepaling is nagenoeg gelijklopend aan de bepaling die is opgenomen in het verdrag dat Nederland heeft gesloten met Australië (*Trb.* 1976, 41).

De leden 7 en 8 zijn in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008 en met het Nederlandse verdragsbeleid.

Hongkong kon tot genoegen van Nederland instemmen met een door Nederland voorgestelde bepaling in artikel V, eerste lid, van het Protocol omtrent bedrijfsklare projecten («turnkey»-bepaling). Bij projecten die kant en klaar worden opgeleverd (zogenoemde «bedrijfsklare projecten») kan zich het probleem voordoen dat landen de volledige contractsom voor projecten die uiteindelijk aldaar worden opgeleverd tot uitgangspunt nemen bij de belastingheffing, terwijl een deel van de werkzaamheden van het project niet in dat land heeft plaatsgevonden. Om discussies hierover te vermijden, streeft Nederland naar opname van een bepaling in belastingverdragen waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de winst van het project dient te worden verdeeld naar de mate waarin de werkzaamheden in Nederland zijn verricht dan wel in de andere partij (hier derhalve Hongkong).

Voorts is op Nederlands voorstel in artikel V, tweede lid, van het Protocol de bepaling opgenomen dat op vergoedingen voor technische diensten of voor diensten van raadgevende of toezichhoudende aard de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn. Daarmee wordt bereikt dat deze vergoedingen in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als royalty's in de zin van artikel 12. Hongkong (of Nederland) kan daardoor over de betaling van dergelijke vergoedingen aan een inwoner van Nederland (of Hongkong) slechts belasting heffen als deze vergoedingen zijn toe te rekenen aan een in Hongkong (of Nederland) gelegen vaste inrichting van deze persoon.

Zee- en luchtvaart (artikel 8 juncto artikel VI van het Protocol)

Artikel 8 bepaalt dat de winst behaald met de exploitatie van schepen en luchtvaartuigen in internationaal verkeer ter belastingheffing is toegewezen aan de verdragsluitende partij waar de onderneming is gevestigd. Het bepaalde in artikel 8, eerste lid, geldt mede voor winst verkregen uit de exploitatie van schepen en vliegtuigen in internationaal verkeer door middel van participatie in een poolovereenkomst of deelname in een gemeenschappelijke onderneming of internationaal opererend agentschap (artikel 8, tweede lid). Deze bepaling is in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008 en het Nederlandse verdragsbeleid.

In artikel VI, eerste lid, van het Protocol is geregeld dat het op 2 november 2000 te Hongkong ondertekende Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio van de Volksrepubliek China Hongkong tot het vermijden van dubbele belasting van inkomsten, winsten, vermogenswinsten of vermogen van een onderneming die schepen exploiteert in het internationale verkeer (*Trb.* 2001, 195; hierna te noemen: «het Scheepvaartverdrag») wordt beëindigd op het moment dat het Verdrag in werking treedt. Echter, de bepalingen van het Scheepvaartverdrag blijven van toepassing op belastingjaren en -perioden die zijn

geëindigd, voordat de bepalingen van het Verdrag van toepassing worden.

Voorts is in artikel VI, tweede lid, van het Protocol geregeld dat de op 17 september 1986 in 's-Gravenhage ondertekende Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Hongkong inzake luchtdiensten (*Trb.* 1986, 163, zoals gewijzigd door het op 9 en 16 december 1996 bij notawisseling tot stand gekomen verdrag, *Trb.* 1997, 23; hierna te noemen: «de Luchtvaartovereenkomst») geen toepassing vindt zo lang het Verdrag van kracht is. Echter, ook hier geldt dat artikel 8a van de Luchtvaartovereenkomst, zijnde de fiscale bepaling in die overeenkomst, van toepassing blijft op belastingjaren en -perioden die zijn geëindigd voordat de bepalingen van het Verdrag van toepassing worden.

Gelieerde ondernemingen (artikel 9)

Ook artikel 9 stemt overeen met het Nederlandse verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag 2008. Dit artikel bevat het zogenoemde «arm's length»-beginsel voor grensoverschrijdende transacties tussen verbonden ondernemingen. Op basis van dit «arm's length»-beginsel zouden in de transacties tussen verbonden ondernemingen normaliter geen voorwaarden worden overeengekomen die afwijken van de voorwaarden die onafhankelijke derden in de gegeven omstandigheden overeengekomen zouden zijn. Bij de bepaling of dit het geval is, gelden als leidraad de door de OESO opgestelde «Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations» (zie www.oecd.org) en de administratieve praktijken van de verdragsluitende Partijen. Deze «guidelines» vormen een uitwerking van het «arm's length»-beginsel dat is neergelegd in artikel 9 van het OESO-modelverdrag en dat nader wordt toegelicht in het OESO-commentaar op dat artikel. Op grond van het gestelde in artikel I, onderdeel 1, van het Protocol bij het Verdrag vormt het OESO-commentaar een belangrijke richtlijn bij de uitlegging van de bepalingen van het Verdrag. Deze «guidelines» zijn derhalve evenzeer relevant voor de uitleg van het onderhavige Verdrag.

Het eerste lid bevat in dit verband de bepaling dat ingeval tussen verbonden ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen voorwaarden worden overeengekomen die afwijken van die welke tussen onafhankelijke ondernemingen zouden worden overeengekomen, de winst die één van de verbonden ondernemingen zonder deze voorwaarden zou hebben behaald, maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, in de winst van die onderneming mag worden begrepen en dienovereenkomstig mag worden belast.

Voor het geval een transactie tussen verbonden ondernemingen leidt tot belastingheffing over een winstcorrectie in de zin van het eerste lid, regelt het tweede lid dat de andere verdragsluitende partij in beginsel op passende wijze het bedrag aan belasting dat aldaar over het bedrag van die winstcorrectie is geheven, zal herzien.

Hongkong kon tot genoegen van Nederland instemmen met het opnemen in artikel 9, eerste lid, van een zogenoemde «cost sharing»-bepaling (bepaling inzake het arm's length karakter van overeenkomsten voor de verdeling van concernkosten) conform het Nederlandse verdragsbeleid. De achtergrond van deze bepaling is de volgende. Nederlandse moedermaatschappijen kunnen fungeren als centrum voor dienstverlening, zowel voor hun (binnenlandse en buitenlandse) dochtervennootschappen als voor eventuele zustervennootschappen. De met deze dienstverlening samenhangende kosten dienen op «arm's length» basis aan de gelieerde vennootschappen te worden doorberekend. In dat kader is aan artikel 9, eerste lid, een bepaling toegevoegd om eventuele onduidelijkheid weg te nemen. Hierin is uitdrukkelijk vastgelegd dat deelname aan «cost sharing» op zichzelf geen aanleiding is om te veronderstellen dat de betrokken gelieerde vennootschappen niet op «arm's length» basis zouden

handelen. Uiteraard staat het de verdragsluitende partijen vrij om te beoordelen of de in het kader van de «cost sharing»-overeenkomst afgesproken kostenvergoeding op «arm's length» basis is vastgesteld. Nederland streeft er naar een dergelijke bepaling in al haar verdragen op te nemen. Een dergelijke bepaling is onder andere opgenomen in de verdragen met Hongarije (*Trb.* 1986, 72), Zimbabwe (*Trb.* 1989, 95), Noorwegen (*Trb.* 1990, 35), Zweden (*Trb.* 1991, 108 en *Trb.* 1992, 20) en Letland.

Dividenden (artikel 10 junctis artikel VII, VIII en IX van het Protocol)

Ingevolge het eerste lid mogen dividenden die betaald worden door een lichaam dat inwoner is van een van beide partijen aan een inwoner van de andere verdragsluitende partij, in die andere partij worden belast. Deze dividenden mogen blijkens het tweede lid ook in de belastingheffing worden betrokken door de partij waarvan het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, waarbij echter de heffing 10% van het brutobedrag van de dividenden niet mag overschrijden.

Het derde lid wijst het recht op belastingheffing onder voorwaarden uitsluitend toe aan de woonstaat van de ontvanger van de dividenden. Het voorwaardelijke bestaat daarin dat alleen de in het derde lid opgenomen categorieën aandeelhouders aanspraak kunnen maken op een uitsluitende woonstaatheffing ter zake van de ontvangen dividenden en derhalve recht hebben op een vrijstelling van bronbelasting op deze dividenden. Deze categorieën aandeelhouders zijn zodanig vastgesteld dat alleen recht bestaat op de vrijstelling van bronbelasting op dividenden indien de aandeelhouder een substantiële economische band heeft met de partij waarvan deze inwoner is, of indien het (zeer) onwaarschijnlijk is dat gebruik wordt gemaakt van het Verdrag om dividendbelasting te vermijden. In onderdeel 3.2 is reeds nader ingegaan op de algemene achtergrond voor opname van deze zogenoemde «limitations on benefits»-bepaling, de LOB.

Onderdeel a, onder i, noemt (dividendontvangende) lichamen die ten minste 10% van het kapitaal bezitten van het lichaam dat de dividenden betaalt en waarbij de aandelen van het eerstgenoemde (dividendontvangende) lichaam regelmatig worden verhandeld aan een erkende beurs. Vanwege de beursverhandeling zijn de aandelen over het algemeen wijd verspreid over een grote groep aandeelhouders die regelmatig van samenstelling wijzigt, zodat het zeer onwaarschijnlijk is dat door middel van dit lichaam gebruik wordt gemaakt van het Verdrag om dividendbelasting te vermijden.

Onderdeel a, onder ii, noemt (dividendontvangende) lichamen die ten minste 10% van het kapitaal houden van het lichaam dat de dividenden betaalt en waarbij ten minste 50% van de aandelen van het eerstgenoemde (dividendontvangende) lichaam in handen is van een lichaam waarvan de aandelen regelmatig worden verhandeld aan een erkende beurs. De laatstgenoemde lichamen moeten inwoner zijn van Nederland of Hongkong, of van een land dat lid is van de Europese Unie. Voor lichamen die inwoner zijn van de Europese Unie geldt daarbij tevens dat zij gerechtigd moeten zijn tot een vrijstelling van bronbelasting op dividenden op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting of een multilaterale overeenkomst¹, waaraan zowel het land van inwonerschap van dat lichaam is gebonden, als de partij die de vrijstelling zou moeten geven. Hiermee wordt voorkomen dat beurslichamen uit derde landen eenvoudig gebruik kunnen maken van het Verdrag door een tussenhoudstervennootschap in Hongkong of Nederland op te richten. Welke de erkende beurzen zijn, is geregeld in artikel VII, derde lid, van het Protocol. In ieder geval vallen hieronder de aandelenbeurs van Hongkong en de beurzen van de lidstaten van de Europese Unie. Ook kunnen de

¹ Gedacht kan worden aan verplichtingen uit hoofde van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, waaronder de Moeder-dochterrichtlijn (Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lidstaten (90/435/EEG) zoals gewijzigd door Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003, alsmede de Richtlijnen inzake de toetreding van nieuwe Lidstaten), op grond waarvan Nederland gebonden is in EU-verband een vrijstelling van bronbelasting op dividenden te verlenen in de door deze Richtlijn bestreken gevallen.

bevoegde autoriteiten bij onderlinge overeenstemming andere beurzen als erkend aanmerken. In alle gevallen geldt dat de handel op de desbetreffende aandelenbeurs niet mag zijn beperkt tot een specifieke groep aandeelhouders. Zou dat wel het geval zijn, dan zou voor deze beurzen minder aannemelijk zijn dat de aandelen wijd verspreid zijn over een grote groep aandeelhouders die regelmatig wijzigt. Alsdan kan niet worden uitgesloten dat gebruik wordt gemaakt van het Verdrag om dividendbelasting te vermijden.

Op grond van onderdeel a, onder iii, zijn gereguleerde banken en verzekeraars, gevestigd in een van de verdragsluitende partijen en welke ten minste 10% van het kapitaal bezitten van het lichaam dat de dividenden betaalt, gerechtigd tot de vrijstelling van bronbelasting op dividenden.

Hoofdkantoren van multinationale ondernemingen die ten minste 10% bezitten van het kapitaal van het lichaam dat de dividenden betaalt, zijn gerechtigd tot de vrijstelling van bronbelasting op dividenden op grond van onderdeel a, onder iv. Om te waarborgen dat het gaat om hoofdkantoren die daadwerkelijk een coördinerende taak hebben, wordt een aantal spreidingseisen gesteld, die zijn opgenomen in artikel VII, eerste lid, van het Protocol. Zo moet de multinationale groep een onderneming drijven in ten minste vijf landen en moeten de ondernemingen in elk van die landen ten minste 10% van het bruto-inkomen van de groep genereren. Ook mogen de activiteiten maximaal 50% van het bruto-inkomen genereren in het land waar het lichaam is gevestigd dat de dividenden uitkeert. Doel van deze spreidingseisen is te voorkomen dat een hoofdkantoor wordt opgericht met als voornaamste doel de voordelen van artikel 10, derde lid, deelachtig te worden.

Op grond van de onderdelen b, c en d, zijn de verdragsluitende partijen en hun lagere overheden, alsmede overheidsinstellingen die als zodanig door de bevoegde autoriteiten zijn erkend, en pensioenfondsen die in het Verdrag zijn gedefinieerd, gerechtigd tot een vrijstelling van bronheffing op dividenden. In artikel VII, vierde lid, van het Protocol is op verzoek van Hongkong in ieder geval de Hong Kong Monetary Authority aangemerkt als «instelling» in de zin van onderdeel c. De Hong Kong Monetary Authority (hierna «HKMA») is een overheidsinstelling belast met het handhaven van de monetaire, financiële en bancaire stabiliteit in Hongkong (zie ook www.info.gov.hk/hkma/index.htm voor een toelichting op de taken en functies van de HKMA). Tevens wenste Hongkong uitdrukkelijk de mogelijkheid vast te leggen dat financiële instellingen aangewezen door de overheid van Hongkong en in onderling overleg door beide bevoegde autoriteiten goedgekeurd, kunnen worden aangemerkt als instelling in de zin van onderdeel c van het derde lid. Hoewel onderdeel c aan de bevoegde autoriteiten reeds de mogelijkheid biedt om lichamen als overheidsinstellingen aan te merken, zag Nederland er geen bezwaar in Hongkong in deze wens tegemoet te komen (zie artikel VII, vierde lid, onderdeel b, van het Protocol).

Tot slot biedt onderdeel e de mogelijkheid voor een lichaam dat niet gerechtigd is tot de vrijstelling van bronbelasting op dividenden op basis van de voorgaande bepalingen om hiertoe alsnog gerechtigd te worden op basis van een beslissing van de bevoegde autoriteit van de partij die de vrijstelling zou moeten geven. De bevoegde autoriteit zal deze beslissing nemen aan de hand van de vraag of één van de belangrijkste overwegingen voor het (voort)bestaan van het lichaam is de vrijstelling van bronbelasting op dividenden deelachtig te worden. In artikel VII, tweede lid, van het Protocol zijn enkele factoren opgesomd die hierbij in aanmerking worden genomen. Deze opsomming is niet limitatief. Voordat een bevoegde autoriteit negatief beslist op een verzoek tot toepassing van de vrijstelling van bronbelasting op dividenden, dient de andere bevoegde autoriteit te worden geraadpleegd. Hiermee wordt een zorgvuldige toepassing van deze bepaling gewaarborgd.

Ingevolge het vierde lid zullen de bevoegde autoriteiten van de verdragssluitende partijen in onderlinge overeenstemming uitvoeringsvoorschriften vaststellen voor de wijze van toepassing van de beperking van de heffing van bronheffing, zoals neergelegd in het tweede en derde lid. In het vijfde lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, vastgelegd dat de bepalingen van het tweede en derde lid de belastingheffing over de winst waaruit de dividenden worden betaald, onverlet laten.

In het zesde lid is de gebruikelijke definitie van dividenden opgenomen. Deze definitie komt overeen met de definitie in het OESO-modelverdrag. Inkomsten die worden genoten bij de inkoop van aandelen of de (gedeeltelijke) liquidatie van een vennootschap worden voor toepassing van het Verdrag uitdrukkelijk als dividend aangemerkt en niet als vermogenswinst, zo is bepaald in artikel IX van het Protocol. De wens om deze bepaling op te nemen is reeds lange tijd Nederlands verdragsbeleid en is mede noodzakelijk vanwege het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123. Onder de geschetste omstandigheden in de casus die in dat arrest aan de orde was, heeft de Hoge Raad toen geoordeeld dat de inkoop van aandelen van een natuurlijke persoon als aanmerkelijkbelanghouder onder het vermogenswinstartikel van het desbetreffende belastingverdrag viel en niet onder het dividendartikel. Voor de relatie met Hongkong is nu door middel van deze protocolbepaling vastgelegd dat inkoop van aandelen of (gedeeltelijke) liquidatie voor de toepassing van dit Verdrag geldt als dividend. In het zevende lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, bepaald dat niet de bepalingen van het eerste, tweede, derde en negende lid, van artikel 10, maar de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn met betrekking tot dividenden die worden betaald op aandelen die behoren tot het vermogen van een vaste inrichting waarover de uiteindelijke gerechtigde tot dividenden beschikt in de verdragssluitende partij waarvan de vennootschap die dividenden betaalt, inwoner is. Ingeval een lichaam dat inwoner is van een verdragssluitende partij winst of inkomen verkrijgt uit de andere verdragssluitende partij, sluit het achtste lid, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, uit dat die andere partij belasting heft over dividenden die door de vennootschap worden betaald aan een inwoner van die andere partij of op aandelen die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting die in die andere partij is gevestigd. Tevens sluit het achtste lid een extraterritoriale belastingheffing uit over door het lichaam niet uitgedeelde winsten. In het negende lid is op verzoek van Nederland een bepaling opgenomen voor dividenden ontvangen door aanmerkelijkbelanghouders. Deze bepaling moet in samenhang worden gezien met artikel 13, zesde lid, inzake vermogenswinsten op aanmerkelijkbelangaandelen. Beide aanmerkelijkbelangbepalingen in het Verdrag wijken op onderdelen af van de gebruikelijke bepaling die Nederland sinds eind jaren '90 in zijn belastingverdragen opneemt. In de gebruikelijke bepalingen geeft het zogenoemde «aanmerkelijkbelangvoorbehoud» Nederland nog tot tien jaar na emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder een heffingsrecht over dividenden respectievelijk vermogenswinsten uit aanmerkelijk belang, beperkt tot de waardeaan groei van een aanmerkelijk belang tot het moment van emigratie. In de regel is daarbij, indien bij emigratie een conserverende aanslag is opgelegd, het heffingsrecht vervolgens bovendien beperkt tot het nog openstaande bedrag van deze aanslag. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud heeft als achtergrond de wens van Nederland om het ontgaan van belasting over het inkomen uit aanmerkelijkbelangaandelen tegen te gaan. Dividenden maken naar Nederlands nationaal recht als «reguliere voordelen» ook deel uit van het inkomen uit aanmerkelijk belang. Indien een aanmerkelijkbelanghouder na emigratie reguliere voordelen geniet, wordt deze daarvoor – onder verrekening van de geheven dividendbelasting – als buitenlands belastingplichtige belast.

Teneinde dubbele Nederlandse heffing over dezelfde winstreserves te voorkomen, wordt de over reguliere voordelen geheven belasting afgeboekt op de bij emigratie opgelegde conserverende aanslag. In verdragsrelaties streeft Nederland naar opname in het dividendartikel van een speciale bepaling voor aanmerkelijkbelangdividend die Nederland toestaat zijn nationale tarief van 25% toe te passen, in plaats van het in het desbetreffende verdrag overeengekomen tarief voor portfoliodividenden van, in casu, 10%.

In het voorliggende Verdrag zijn beide aanmerkelijkbelangbepalingen (artikel 10, negende lid, en artikel 13, zesde lid) wederkerig geformuleerd. Voorts strekt de werkingssfeer van deze bepalingen zich uit tot natuurlijke personen die inwoner zijn van Hongkong (respectievelijk Nederland) en een aanmerkelijk belang houden in een in Nederland (respectievelijk in Hongkong) gevestigd lichaam, ongeacht of deze personen uit Nederland (respectievelijk Hongkong) zijn geëmigreerd. Dientengevolge is de reikwijdte van deze bepalingen ook niet beperkt tot de waardeaan groei van een aanmerkelijk belang tot het moment van emigratie, noch tot de gebruikelijke termijn van belastingheffing door Nederland tot en met tien jaar na emigratie van de natuurlijke persoon aanmerkelijkbelanghouder uit Nederland naar Hongkong (dan wel uit Hongkong naar Nederland). Nederland heeft deze benadering voorgesteld vanwege het territoriale karakter van het belastingstelsel in Hongkong: dividenden en vermogenswinsten genoten door inwoners van Hongkong op aandelen in lichamen die in het buitenland gevestigde zijn, worden in Hongkong niet belast. Om die reden heeft Nederland tijdens de onderhandelingen ingezet op een onbeperkte mogelijkheid tot effectuering van zijn nationale heffingsbepalingen ten aanzien van inkomen uit aanmerkelijk belang – zowel reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen – genoten door natuurlijke personen die in Hongkong wonen. Hongkong heeft het Nederlandse voorstel aanvaard.

Ingeval bij de betaling van de dividenden geen rekening is gehouden met de bepalingen van het tweede en derde lid, kan de uiteindelijke gerechtigde tot de dividenden de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende partij waaruit de dividenden afkomstig zijn, verzoeken teruggaaf te verlenen van de te veel geheven belasting. In artikel VIII van het Protocol is bepaald dat dergelijke verzoeken ingediend moeten worden binnen drie jaar na afloop van het kalenderjaar waarin de belasting is geheven.

Interest (artikel 11 juncto artikel VIII van het Protocol)

In lijn met het Nederlandse verdragsbeleid is voor interest een uitsluitende woonstaatheffing overeengekomen (eerste lid). Nederland noch Hongkong kennen overigens een bronbelasting op interest in hun respectievelijke nationale wetgevingen.

Het artikel komt overeen met het interestartikel uit het OESO-modelverdrag 2008, met uitzondering – uiteraard – van de artikelleden in artikel 11 van het OESO-modelverdrag die zien op de bronheffing op interest. Het derde lid bevat de omschrijving van de uitdrukking «interest», zoals deze wordt gehanteerd in artikel 11. Deze omschrijving is gelijk aan de omschrijving die in artikel 11, derde lid, van het OESO-modelverdrag 2008 wordt gegeven.

In het vierde lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, bepaald dat niet de bepalingen van het eerste lid van artikel 11, maar de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn met betrekking tot interest die wordt betaald op schuldvorderingen die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting waarover de uiteindelijke gerechtigde tot die interest beschikt in de verdragsluitende partij van waaruit de interest wordt betaald.

Ten slotte is in het vijfde lid, eveneens in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, bepaald dat de bepalingen van artikel 11

slechts van toepassing zijn voor zover de op een schuldvordering betaalde interest overeenkomt met de interest die tussen onafhankelijke partijen overeengekomen zou zijn, alsmede dat het bovenmatige gedeelte van die interest in voorkomend geval, rekening houdende met de overige bepalingen van het Verdrag, belastbaar is overeenkomstig de nationale wetgeving van ieder van de verdragsluitende partijen. Indien blijkt dat er sprake is van bovenmatig betaalde interest, kan ofwel de hoogte van de in rekening gebrachte rente worden aangepast, ofwel het bovenmatige gedeelte van de rente worden geherkwalificeerd tot kapitaalstorting. De mogelijkheid tot herkwalificatie tot kapitaalstorting van het bovenmatige gedeelte van de rente volgt uit het weglaten in het vijfde lid van de zinsnede uit het OESO-modelverdrag «gelet op de schuldvordering ter zake waarvan (de rente) wordt betaald» («having regard to the debt claim for which it is paid»), in plaats waarvan ter nadere verduidelijking de woorden «ongeacht de gronden» («for whatever reasons») zijn opgenomen. Deze aanpassingen zijn in lijn met het OESO-commentaar bij artikel 11, zesde lid, van het OESO-modelverdrag 2008 (paragraaf 35). Gevolg van een gedeeltelijke herkwalificatie van de rente tot kapitaalstorting kan zijn dat voor dat gedeelte geen aftrek mogelijk is. Hierbij dienen de verdragsluitende partijen overigens wel rekening te houden met de andere bepalingen van het Verdrag. Indien de partijen in voorkomend geval op basis van hun respectievelijke nationale wetgevingen verschillende bepalingen van het Verdrag zouden wensen toe te passen, zal getracht worden dat via een onderlinge overlegprocedure op te lossen.

Royalty's (artikel 12 juncto artikel VIII van het Protocol)

In afwijking van het Nederlandse verdragsbeleid is in het tweede lid een bronheffing op royalty's opgenomen van 3%. Zoals eerder vermeld in paragraaf 3.2 kent Hongkong in de nationale wet een bronheffing van effectief 4,95% (2008). Tevens is de definitie van royalty's, opgenomen in het derde lid, op verzoek van Hongkong verruimd ten opzichte van de definitie in het OESO-modelverdrag 2008, die Nederland gewoon is te gebruiken. De definitie is onder meer uitgebreid tot vergoedingen voor het gebruik van apparatuur. In het kader van een algeheel compromis heeft Nederland met deze wensen van Hongkong ingestemd. Ingeval bij de betaling van de royalty's geen rekening is gehouden met de bepaling van het tweede lid, kan de gerechtigde tot de royalty's de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende partij waaruit de royalty's afkomstig zijn, verzoeken teruggaaf te verlenen van de te veel geheven belasting. In artikel VIII van het Protocol is bepaald dat dergelijke verzoeken ingediend moeten worden binnen drie jaar na afloop van het kalenderjaar waarin de belasting is geheven.

Vermogenswinsten (artikel 13 junctis artikel IV en IX van het Protocol)

Hoewel de bepaling inzake vermogenswinsten in grote lijnen overeenkomt met het Nederlandse verdragsbeleid en de desbetreffende bepaling in het OESO-modelverdrag, zijn er toch enkele afwijkingen te onderkennen, die in het navolgende worden toegelicht. Op voorstel van Hongkong is in het vierde lid bepaald dat vermogenswinsten behaald door een inwoner van een van de verdragsluitende partijen met de verkoop van aandelen in zogeheten «onroerendzaaklichamen» ter heffing zijn toegewezen aan de partij waarin de onroerende za(a)k(en) is of zijn gelegen (de «situsstaat»). Opname van een dergelijke bepaling maakt geen deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid. Desondanks is Nederland al eerder een vergelijkbare bepaling overeenge-

komen in andere belastingverdragen (onder meer Albanië (*Trb.* 2004, 281), Canada, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk 2008).

De reikwijdte van de bepaling is echter op aandringen van Nederland ingeperkt. Zo is de bepaling slechts van toepassing op aandelenbelangen van ten minste 5%. Voorts is bepaald dat pas sprake is van een onroerend-zaaklichaam, indien ten minste 50% van de waarde van de aandelen wordt bepaald door de onderliggende onroerende za(a)k(en). Tevens zijn van de werkingssfeer van de bepaling uitgesloten: aandelen in beursgenoteerde lichamen (onderdeel a) en aandelen in lichamen waarvan de waarde van de bezittingen voor meer dan 50% direct of indirect wordt bepaald door het onroerend goed waarin de aandeelhouder zijn bedrijf uitoefent (onderdeel c). De werkingssfeer van de bepaling is verder beperkt door overeen te komen dat deze niet van toepassing is indien de aandelen worden verkocht in het kader van een reorganisatie, fusie of splitsing (onderdeel b).

In het zesde lid is op verzoek van Nederland een bepaling voor aanmerkelijkbelanghouders (aanmerkelijkbelangvoorbehoud) opgenomen. Voor Nederland is van belang dat op basis van deze bepaling natuurlijke personen die inwoner zijn van Hongkong kunnen worden belast voor de winst door hen behaald met de vervreemding van aanmerkelijkbelangaandelen in een lichaam dat in Nederland is gevestigd. Net als artikel 10, negende lid, en zoals bij de toelichting op die bepaling uitvoeriger is uiteengezet, grijpt deze bepaling niet aan bij de emigratie van de natuurlijke persoon aanmerkelijkbelanghouder, zodat de reikwijdte van deze bepaling ook niet is beperkt tot de waardeangroei van een aanmerkelijk belang tot het moment van emigratie, noch – derhalve – tot de gebruikelijke termijn van belastingheffing door Nederland tot en met tien jaar na emigratie van de natuurlijke persoon aanmerkelijkbelanghouder uit Nederland (naar Hongkong). Voor een nadere toelichting op de achtergrond van deze keuze wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 10, negende lid.

Inkomsten uit dienstbetrekking (artikel 14)

De verdeling van heffingsbevoegdheden met betrekking tot inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid is in artikel 14, eerste en tweede lid, geregeld overeenkomstig de internationaal – en ook in het Nederlands verdragsbeleid gehanteerde – gebruikelijke uitgangspunten. Het eerste lid voorziet in een heffingsrecht over deze inkomsten van de staat waar de niet-zelfstandige werkzaamheden worden verricht. Het tweede lid voorziet daarentegen in een exclusief heffingsrecht voor de woonstaat als wordt voldaan aan drie (cumulatieve) voorwaarden:

- a) het verblijf van de werknemer in de werkstaat is in totaal niet langer dan 183 dagen in een 12-maandsperiode die begint of eindigt in het betrokken belastingjaar; en
- b) de beloning wordt betaald door of namens een werkgever die geen inwoner is van de werkstaat; en
- c) de beloning komt niet ten laste van een vaste inrichting van de werkgever in de werkstaat.

Als aan één van de drie voorwaarden niet wordt voldaan, komt het heffingsrecht dus op grond van het eerste lid toe aan de werkstaat. Het doel van deze bepaling is om de fiscale positie van werknemers die voor een beperkte periode werkzaam zijn in verschillende landen of werknemers die voor een beperkte periode worden uitgezonden, niet te veranderen en de werknemer en werkgever extra administratieve lasten te besparen. Deze bepaling stemt in grote lijnen overeen met de ter zake gebruikelijke bepaling, die Nederland pleegt overeen te komen.

In het derde lid is overeengekomen dat werknemers die hun dienstbetrekking uitoefenen aan boord van een schip of vliegtuig in internationaal

verkeer voor hun salaris mogen worden belast in de partij waar de onderneming is gevestigd.

Directeursbeloningen (artikel 15 juncto artikel X van het Protocol)

Deze bepaling stemt in grote lijnen overeen met de ter zake gebruikelijke bepaling, die Nederland pleegt overeen te komen.

In artikel X van het Protocol wordt zoals voor Nederland gebruikelijk toegelicht dat waar een lichaam inwoner is van Nederland onder «lid van de raad van beheer» zowel de bestuurder als de commissaris wordt verstaan en wordt tevens toegelicht wat in dat verband onder deze begrippen dient te worden verstaan.

Artiesten en sportbeoefenaars (artikel 16)

De belastingheffing van inkomsten van artiesten en sportbeoefenaars is in beginsel, net als in het OESO-modelverdrag 2008 en in vrijwel alle Nederlandse belastingverdragen, toegewezen aan de jurisdictie waar deze sporters en artiesten hun activiteiten ontplooiën.

Op de werkstaatheffing is in het derde lid een uitzondering gemaakt: inkomsten van een artiest of sporter zijn ter heffing toegewezen aan de partij waarin de artiest of sportbeoefenaar woonachtig is als diens bezoek aan de andere jurisdictie voor een wezenlijk deel wordt gefinancierd uit overheidsfondsen van de partij waarin de artiest of sportbeoefenaar woonachtig is. Vergelijkbare bepalingen komen voor in tal van Nederlandse belastingverdragen, zoals met Argentinië (*Trb.* 1997, 63), Turkije alsmede met Macedonië, Letland en vele andere Oost-Europese landen. Ook wanneer artiesten en sportbeoefenaars persoonlijke werkzaamheden in die hoedanigheid verrichten, maar de beloning daarvoor niet aan henzelf toekomt, maar aan een andere persoon, mag op grond van het tweede lid de beloning worden belast in de werkstaat.

Op verzoek van Hongkong, en in afwijking in zoverre van het Nederlandse verdragsbeleid, is de woonstaatheffing van het derde lid niet tevens uitgebreid tot het geval dat de activiteiten plaatsvinden in het kader van een cultureel uitwisselingsprogramma tussen de regeringen van beide staten.

Pensoenen, lijfrenten, sociale zekerheidsuitkeringen, alimentatie en betalingen ten behoeve van levensonderhoud (artikel 17)

Mede gelet op het territoriale belastingstelsel van Hongkong wijst het eerste lid, in afwijking van het OESO-modelverdrag 2008, voor pensioenen en soortgelijke beloningen alsmede lijfrenten het heffingsrecht toe aan de bronstaat. In het eerste lid is voorts neergelegd dat voor afkoopsommen van pensioenen en lijfrenten deze toewijzing van het heffingsrecht eveneens wordt gevolgd (bronstaatheffing). Welke verdragsluitende Partij in dit verband als bronstaat is aan te merken, is bepaald in het derde lid, zoals in het navolgende nog zal worden toegelicht.

Op verzoek van Hongkong is aan het eerste lid toegevoegd de zinsnede «ter zake van een vroegere dienstbetrekking» («in consideration of past employment or self-employment»). Deze zinsnede slaat alleen terug op «pensioenen en andere soortgelijke beloningen» («pensions and other similar remuneration»), zodat deze voorwaarde niet wordt gesteld voor «lijfrenten» («annuities»). Daarmee brengt de toevoeging van deze zinsnede geen materiële afwijking mee ten opzichte van hetgeen in de Nederlandse belastingverdragen gangbaar is.

Voor uitkeringen die zijn betaald krachtens de bepalingen van een sociaalzekerheidsstelsel van een verdragsluitende staat, is bepaald dat de

heffing is toegewezen aan de partij van het sociaalzekerheidsstelsel krachtens welke de uitkering wordt betaald (artikel 17, tweede lid). In samenhang met het derde lid dient te worden bepaald welke partij ter zake van pensioenen en soortgelijke beloningen alsmede lijfrenten als bronstaat wordt aangemerkt en die derhalve ter zake heffingsbevoegd is op grond van het eerste lid. Voor Nederland wordt een pensioen- of lijfrente-uitkering of soortgelijke beloning geacht afkomstig te zijn uit Nederland voor zover de bijdragen en (premie)betalingen kwalificeerden voor een belastingvermindering in Nederland. Voor Hongkong gaat het erom of de uitkering vloeit uit een pensioenregeling die als zodanig voor fiscale doeleinden wordt erkend of is gereguleerd in overeenstemming met de wetgeving van Hongkong. Indien een pensioen wordt overgedragen van een pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij in de ene partij naar een pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij in de andere partij worden in dit verband de heffingsrechten van de oorspronkelijke bronstaat in generlei opzicht beperkt (laatste volzin van het derde lid). In het vierde lid is de voor Nederland gebruikelijke definitie van het begrip «lijfrente» neergelegd.

Alleen voor Hongkong bevat artikel 17, vijfde lid, onderdeel a, voor de toepassing van artikel 17 een definitie van pensioenregeling, zijnde een regeling waaraan natuurlijke personen kunnen deelnemen om zich van pensioenvoordelen te verzekeren. In artikel 17, vijfde lid, onderdeel b, is gedefinieerd dat voor Hongkong een pensioenregeling wordt erkend voor fiscale doeleinden («recognised for tax purposes»), indien de bijdragen aan de regeling kwalificeren voor belastingvermindering. Deze definities zijn van belang voor de toepassing van artikel 17, derde lid, onderdeel b, waarin is uitgewerkt wanneer Hongkong ter zake van pensioenen, soortgelijke beloningen en lijfrenten als «bronland» is aan te merken.

In artikel 17, zesde lid, is een afzonderlijke regeling opgenomen voor, samengevat, ontvangen alimentatie- en onderhoudsbetalings. Het betreft hier periodieke betalingen uit hoofde van een echtscheidingsovereenkomst of -vonnis, alsmede betalingen voor het levensonderhoud van een kind, afkoopsommen van vorengenoemde uitkeringen hieronder begrepen.

Indien ter zake van de alimentatie- of onderhoudsuitkeringen de schuldenaar niet is gerechtigd tot een fiscale aftrek in zijn woonstaat, is de alimentatie-/onderhoudsuitkering in geen van beide jurisdicties – Hongkong, noch Nederland – belastbaar. Indien de schuldenaar van de door hem te betalen alimentatie- of onderhoudsuitkeringen wél gerechtigd is tot een aftrek van het belastbare inkomen, is de belastingheffing over de alimentatie- en onderhoudsbetalings toegewezen aan de jurisdictie waar de ontvanger van de alimentatie- of onderhoudsbetalings woont én aan de jurisdictie waar de schuldenaar van deze betalingen woont en alwaar hij gerechtigd is (geweest) tot de desbetreffende fiscale aftrek. Daarbij wordt dubbele belastingheffing voorkomen doordat de jurisdictie van inwonerschap van de ontvanger de in de andere jurisdictie ter zake van de alimentatie- of onderhoudsuitkering verschuldigde belasting verrekent met de in eerstbedoelde jurisdictie verschuldigde belasting.

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken: Een alimentatiegerechtigde die inwoner is van Nederland ontvangt alimentatie-uitkeringen van een debiteur, woonachtig in Hongkong, die ter zake van de alimentatiebetaling recht had op een fiscale aftrek in Hongkong. Nederland betreft de uitkering in de heffing van inkomstenbelasting. Hongkong is ook gerechtigd ter zake van de alimentatiebetaling belasting te heffen. Nederland voorkomt dan dubbele belastingheffing, doordat ingevolge artikel 21 de over de uitkering in Hongkong verschuldigde inkomstenbelasting mag worden verrekend in lijn met de regels van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. In de situatie andersom zal

Hongkong als jurisdictie waar de ontvanger zijn woonplaats heeft, verrekening geven.
Andere verdragen waarin een afzonderlijke regeling voor alimentatie is opgenomen, zijn: Argentinië, België, Brazilië (*Trb.* 1990, 67), Canada en de Verenigde Staten.

Overheidsfuncties (artikel 18)

Het bepaalde in artikel 18 inzake overheidsfuncties is grotendeels in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag 2008. Dit betekent dat overheidssalarissen en overheidspensioenen mogen worden belast in de jurisdictie van waaruit ze worden betaald (ook wel «kasstaat» genoemd). Wel zijn in vergelijking met de voor Nederland gebruikelijke bepaling en het OESO-modelverdrag enkele verschillen in terminologie te onderkennen. Zo is in artikel 18, eerste lid, onderdeel a, de zinsnede «betaald door de regering van een verdragsluitende partij» opgenomen. Hiermee is echter geen inhoudelijke afwijking beoogd ten opzichte van de gebruikelijke formulering, «betaald door een verdragsluitende staat». In artikel 18, eerste lid, onderdeel a, wordt de term «zijn slechts belastbaar» («shall be taxable only») gebruikt. Dit is in overeenstemming met het OESO-modelverdrag 2008, maar wijkt qua formulering af van de voor Nederland gebruikelijke term «mogen worden belast» («may be taxed»). In verbinding met artikel 21, eerste en tweede lid, van het Verdrag heeft de afwijkende terminologie echter geen materieel effect. Zoals immers volgt uit artikel 21, eerste en tweede lid, past Nederland op inwoners bij de voorkoming van dubbele belasting de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud toe, hetgeen overeenstemt met het Nederlandse verdragsbeleid ter zake.
Voor Hongkong wordt in artikel 18, eerste lid, onderdeel b, de term «gerechtigd aldaar (in Hongkong) te verblijven» («having the right to abode») gebruikt, omdat op Hongkong de term «onderdaan» («national») geen toepassing vindt, nu Hongkong niet als zelfstandige staat wordt aangemerkt.

Studenten (artikel 19)

Overeenkomstig het OESO-modelverdrag 2008 is in artikel 19 neergelegd dat als een student die inwoner is van een verdragsluitende partij een opleiding volgt in de andere partij, deze andere partij de inkomsten die de student ontvangt ter vergoeding van zijn studie- en verblijfskosten niet mag belasten als de vergoeding van buiten de andere partij komt.

Overige inkomsten (artikel 20)

In lijn met het OESO-modelverdrag 2008 is in artikel 20, eerste lid, bepaald dat het heffingsrecht over inkomensbestanddelen, ongeacht de afkomst ervan, die niet in de artikelen 6 tot en met 19 van het Verdrag worden behandeld, exclusief toekomt aan de partij waar de uiteindelijk gerechtigde tot de inkomsten woonachtig is.
Op verzoek van Hongkong is aan artikel 20 een derde lid toegevoegd, welke bepaling in grote lijnen vergelijkbaar is met de tegenhanger van deze bepaling in het VN-modelverdrag 2001. Dit derde lid voorziet in een bronstaatheffing ter zake van niet elders in het Verdrag benoemde inkomsten, die worden genoten door een inwoner van de ene partij uit bronnen in de andere partij. Als voorbeelden van inkomsten die onder deze bronstaatheffing zouden kunnen ressorteren, heeft Hongkong genoemd: (schade)vergoedingen in verband met arbeidsongeschiktheid, loterijprijzen, beurzen, subsidies en inkomsten uit financiële derivaten. Omdat het aantal soorten van inkomen die onder deze bepaling zouden kunnen vallen, gering moet worden geacht en omdat Hongkong een

richting heeft aangeduid ten aanzien van de inkomsten die mogelijk wél onder de bepaling kunnen vallen, heeft Nederland met deze bepaling ingestemd.

Andere verdragen waarin Nederland ter zake van «overige inkomsten» een – zij het beperkte – bronstaatheffing is overeengekomen, zijn de verdragen met Canada, Mexico (*Trb.* 1996, 160) en Maleisië.

Methoden voor het vermijden van dubbele belasting (artikel 21)

Nederland verleent ter vermijding van dubbele belasting ten aanzien van de inkomsten die in Hongkong mogen worden belast in beginsel vermindering volgens de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud (eerste en tweede lid). Voor een aantal andere inkomensbestanddelen verleent Nederland echter een vermindering ter vermijding van dubbele belasting volgens de verrekeningsmethode met evenredigheidslimiet (derde lid). Het derde lid geldt ook voor artikel 15 (directeursbeloningen) ontvangen van in Hongkong gevestigde lichamen door inwoners van Nederland. Op grond van het Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664M (*Stcrt.* 2008, 151), kan, op verzoek, desondanks de vrijstellingsmethode worden toegepast, mits en voor zover wordt aangetoond dat de beloningen in Hongkong in de belastingheffing zijn betrokken en in vergelijking met de arbeidsinkomsten van overige daar werkzame buitenlandse werknemers niet gunstiger zijn behandeld.

In overeenstemming met het Nederlandse verdragsbeleid hanteert Nederland bij het voorkomen van dubbele belasting over passief inkomen dat is toe te rekenen aan een vaste inrichting de verrekeningsmethode in plaats van de vrijstellingsmethode, indien – bij het ontbreken van een verdragsrelatie – ook op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 die methode toepassing zou vinden bij het voorkomen van dubbele belasting over dat inkomen (vierde lid). Dit is de zogenoemde «zwarte gatenbepaling».

Hongkong hanteert, zoals het vijfde lid aangeeft, als methode ter voorkoming van dubbele belasting de verrekeningsmethode.

Werkzaamheden buitengaats (artikel 22 juncto artikel IV van het Protocol)

Op verzoek van Nederland is artikel 22 inzake werkzaamheden buitengaats opgenomen. Deze bepaling is voor Nederland van belang voor werkzaamheden op het Nederlandse deel van het continentale plat in de Noordzee. Op grond van deze bepaling mag Nederland via een uitbreiding van het begrip vaste inrichting het heffingsrecht uitoefenen over winst behaald met werkzaamheden buitengaats die verband houden met de opsporing en winning van natuurlijke rijkdommen, indien deze werkzaamheden in een twaalfmaandsperiode 30 dagen of langer in beslag nemen (vergelijk het derde lid).

In het eerste lid is neergelegd dat de bepalingen van artikel 22 toepassing vinden niettegenstaande enige andere bepaling van het Verdrag. Dit moet niet worden opgevat in de zin dat de andere bepalingen van het Verdrag hun zin en betekenis zouden verliezen indien het gaat om de belastingheffing ter zake van werkzaamheden buitengaats. Voor zover die andere bepalingen niet in strijd zijn met hetgeen in artikel 22 is bepaald, blijven zij onverkort van kracht; artikel 22 heeft derhalve in zoverre slechts een aanvullende betekenis.

Het tweede lid bevat de definitie van de uitdrukking «werkzaamheden buitengaats». Daaronder worden verstaan alle werkzaamheden die buitengaats worden verricht in verband met de exploratie en exploitatie van het continentale plat waarover Hongkong respectievelijk Nederland jurisdictie heeft, alsmede van hun natuurlijke rijkdommen.

In het derde lid is bepaald dat de werkzaamheden buitengaats die een onderneming op het continentale plat van de andere verdragsluitende partij verricht, worden geacht te geschieden met behulp van een in die andere partij gevestigde vaste inrichting, zodat de daarmee behaalde winst volgens de bepalingen van artikel 7 aldaar mag worden belast. Op praktische gronden wordt echter geen vaste inrichting aanwezig geacht indien die werkzaamheden in een tijdvak van 12 maanden al dan niet aansluitend niet meer dan 30 dagen duren.

Ingevolge het vierde lid wordt de uitdrukking «werkzaamheden buitengaats» voor de toepassing van het derde lid geacht niet te omvatten:

- a. (een combinatie van) hulp- en nevenwerkzaamheden als bedoeld in artikel 5, vijfde lid;
- b. werkzaamheden die worden verricht met schepen die primair zijn ontworpen voor het verrichten van sleep- of ankerwerkzaamheden en andere activiteiten, verricht door dergelijke schepen; en
- c. het vervoer van voorraden en personeel door schepen of luchtvaartuigen in internationaal verkeer.

Deze uitzonderingen, die zijn ontleend aan het belastingverdrag met Zweden, dienen aldus te worden verstaan dat geen vaste inrichting aanwezig wordt geacht indien buitengaats uitsluitend dergelijke werkzaamheden worden verricht. Worden echter dergelijke werkzaamheden door de onderneming of, in gelieerde verhoudingen, door de verbonden vennootschappen verricht naast de «hoofdwerkzaamheden», dan worden zij in de hoofdwerkzaamheden «meebetrokken». Voorts laat het vierde lid, net als het eerste lid, de toepassing van de andere bepalingen van het Verdrag onverlet.

Daarnaast is in het vijfde lid bepaald dat salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen die een werknemer verkrijgt in verband met een dienstbetrekking uit hoofde waarvan werkzaamheden buitengaats worden verricht door middel van een vaste inrichting in de andere verdragsluitende jurisdictie, deze mogen worden belast in de jurisdictie waarin de vaste inrichting is gevestigd, voor zover de werknemer zijn werkzaamheden in laatstgenoemde jurisdictie uitoefent.

Krachtens het zesde lid verleent Nederland voor winsten en inkomsten die op grond van het onderhavige artikel in Hongkong mogen worden belast, aan zijn inwoners aftrek ter voorkoming van dubbele belasting volgens de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud, mits schriftelijk bewijs wordt overgelegd van betaling van belasting in de andere jurisdictie ter zake van de winst of de inkomsten.

Non-discriminatie (artikel 23)

Hongkong kon grotendeels instemmen met het non-discriminatieartikel, zoals voorgesteld door Nederland. Op enkele punten wijkt het artikel af van het Nederlandse verdragsbeleid. Zo is in het artikel geen bepaling opgenomen die voorziet in een gelijke fiscale behandeling in de werkstaat voor (pensioen)premies die natuurlijke personen betalen bij een voortgezette deelname aan een fiscaal erkende pensioenregeling in de andere jurisdictie. Hongkong kon een dergelijke bepaling niet aanvaarden, omdat opname van deze bepaling zich niet goed zou verdragen met de pensioenwetgeving in Hongkong. Daarnaast wordt in het artikel in afwijking van het Nederlandse verdragsbeleid niet geregeld dat het non-discriminatieartikel niet beperkt blijft tot de belastingen die in artikel 2 worden opgesomd.

Regeling voor onderling overleg (artikel 24)

Dit artikel stemt vrijwel overeen met het bepaalde in het OESO-modelverdrag 2008.

In het vijfde lid is de mogelijkheid geschapen om geschillen over de toepassing of interpretatie van het Verdrag, die niet binnen een tijdvak van twee jaar in onderling overleg door de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende partijen kunnen worden opgelost, te beslechten via een arbitrageprocedure. In het voorliggende Verdrag is daarbij de arbitragebepaling opgenomen zoals opgesteld door de OESO in 2007 (zie het rapport *«Improving the Resolution of Tax Treaty Disputes»*, Committee on Fiscal Affairs, OESO, februari 2007). Deze bepaling geeft een belastingplichtige die op basis van het eerste lid een verzoek tot onderling overleg heeft ingediend, de mogelijkheid om een arbitrageprocedure te starten indien de bevoegde autoriteiten niet binnen een periode van twee jaar in onderling overleg tot een oplossing komen. Door het initiatief tot arbitrage bij de belastingplichtige te leggen, is een stimulans gecreëerd voor de betrokken staten om de overlegprocedure tijdig tot een goed einde te brengen. De uitkomst van de arbitrageprocedure is bindend voor de verdragsluitende staten, tenzij de beslissing door de betrokken persoon wordt verworpen.

Uitwisseling van informatie (artikel 25 juncto artikel XI van het Protocol)

Het eerste lid van deze bepaling wijkt op het onderdeel van de werkingssfeer af van de informatie-uitwisselingsbepaling in het OESO-modelverdrag 2008 en wijkt daarmee in zoverre ook af van het Nederlandse verdragsbeleid. De informatie-uitwisselingsbepaling ziet namelijk niet op nationale belastingen van elke soort of benaming, maar alleen op de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is. Hongkong kon niet akkoord gaan informatie-uitwisseling voor alle belastingen, omdat de (gewijzigde) nationale regels in Hongkong betreffende informatie-uitwisseling daarin niet voorzien. Mogelijk worden deze regels in de toekomst nog verruimd. Hoewel met deze beperktere werkingssfeer zoals gezegd wordt afgeweken van de tekst van het OESO-modelverdrag 2008, voorziet het bijbehorende OESO-commentaar wel in de mogelijkheid om de werkingssfeer van informatie-uitwisseling te beperken (paragraaf 10.1 van het commentaar bij artikel 26). De werkingssfeer is derhalve wel in lijn met de internationale standaard. In andere recente belastingverdragen die Hongkong inmiddels heeft gesloten, is dezelfde werkingssfeer voor informatie-uitwisseling opgenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de belastingverdragen die Hongkong sloot met het Verenigd Koninkrijk (2010), Frankrijk (2010) en Japan (2010).

Hongkong was wel bereid ermee in te stemmen, dat het product of de uitkomst die voortvloeit uit de informatie die onder het Verdrag is verkregen, mag worden gebruikt voor het vaststellen en heffen van successierechten, schenkingsrechten, belasting toegevoegde waarde, kansspelbelasting, eventuele andere belastingen zoals tussen de bevoegde autoriteiten wordt overeengekomen, alsmede voor de uitvoering van de inkomensafhankelijke regelingen (toeslagen). Dit is neergelegd in een notawisseling bij het Verdrag (*«Exchange of Notes»*; Trb. 2010, 198). Bij «product of uitkomst» valt te denken aan een aanslag inkomstenbelasting die de Nederlandse belastingdienst heeft opgelegd, waarbij gebruik is gemaakt van gegevens uit Hongkong ter bepaling van het belastbare inkomen. De informatie op deze aanslag mag vervolgens wel worden gebruikt bij het vaststellen en heffen van bijvoorbeeld omzetbelasting.

In dezelfde notawisseling is eveneens vastgelegd, dat indien op enig tijdstip na de inwerkingtreding van het Verdrag ingevolge een verdrag of overeenkomst tussen Hongkong en een derde staat die lid is van het «Global Forum on Transparency and Exchange of Information», Hongkong ermee instemt informatie uit te wisselen over belastingen niet zijnde belastingen waarop het Verdrag van toepassing is, Hongkong met spoed

zal streven naar onderhandelingen met Nederland teneinde de reikwijdte van de informatie-uitwisselingsbepaling in het Verdrag zodanig uit te breiden dat die bepaling (artikel 25) eveneens van toepassing wordt op die andere belastingen.

Het tweede lid regelt hoe de partij die inlichtingen ontvangt van de andere partij met deze inlichtingen dient om te gaan en ziet daarmee tevens op de geheimhoudingsverplichting en het gebruik van de inlichtingen. In aanvulling op de tekst van het OESO-modelverdrag 2008 is een laatste zin toegevoegd op grond waarvan informatie niet wordt bekendgemaakt aan een andere jurisdictie zonder toestemming van de verdragsluitende partij die de informatie oorspronkelijk had verstrekt.

De algemene grenzen van de verplichting tot de uitwisseling van inlichtingen (de weigeringsgronden) zijn neergelegd in het derde lid, waarvan de formulering in overeenstemming is met het OESO-modelverdrag 2008.

Het vierde lid bepaalt dat de partij waaraan inlichtingen worden gevraagd, zijn nationale informatievergarende maatregelen dient in te zetten, ook al heeft die partij de inlichtingen niet nodig voor de eigen belastingheffing. Er hoeft met andere woorden geen sprake te zijn van een belang «domestic tax interest». Zie voor een meer uitgebreide toelichting over dit begrip de paragrafen 2 en 3.3. Wel blijven de gronden voor weigering van inlichtingen, zoals vermeld in het derde lid, van toepassing.

In het vijfde lid is bepaald dat het enkele feit dat informatie in het bezit is van bijvoorbeeld een bank, een financiële instelling of een zaakwaarnemer, geen reden mag zijn voor een verdragsluitende partij om de informatie niet te verstrekken aan de partij die om de informatie heeft verzocht.

In artikel XI van het Protocol is op verzoek van Hongkong vastgelegd dat de verdragsluitende partijen niet verplicht zijn om de uitwisseling van inlichtingen op automatische of spontane basis te laten plaatsvinden.

Leden van regeringsmissies (artikel 26)

Dit artikel komt inhoudelijk overeen met het OESO-modelverdrag 2008 en het Nederlandse verdragsbeleid. Aan enkele tekstuele afwijkingen van het OESO-modelverdrag in het artikel zijn geen inhoudelijke gevolgen verbonden.

Overige bepalingen (artikel 27)

Met artikel 27 heeft Nederland zich primair het heffingsrecht voorbehouden om de bepalingen van artikel 17, derde lid, onderdeel b, en artikel 17a, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te kunnen toepassen. Nederland heeft zich ter zake van de inkomsten waarop deze bepalingen zien het heffingsrecht voorbehouden, in verband met de wens oneigenlijk gebruik van het Verdrag te kunnen bestrijden. Oneigenlijk gebruik zou denkbaar zijn als gevolg van de territoriale heffing in Hongkong in combinatie met de volledige verdragstoepassing van in Hongkong opgerichte lichamen. Immers, er zijn bijvoorbeeld structuren denkbaar die erop gericht zijn inkomsten uit een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap (vermogenwinsten, dividenden of rente op de tot een aanmerkelijk belang behorende schuldverordeningen) vrij van Nederlandse belastingheffing te genieten onder toepassing van het Verdrag, door tussenschakeling van een lichaam opgericht in Hongkong louter om de desbetreffende aandelen in de Nederlandse vennootschap te houden.

Daarnaast heeft artikel 27 wat Nederland betreft betrekking op de toepassing van het Nederlandse algemene leerstuk van *fraus legis* (wetsontduiking) onder het Verdrag. De noodzakelijke vereisten voor

toepassing van dit leerstuk zoals die uit de Nederlandse jurisprudentie volgen, zijn de volgende:

1. de belastingplichtige verricht een rechtshandeling of een complex van met elkaar samenhangende rechtshandelingen met als gevolg dat belasting die bij het achterwege blijven van die rechtshandeling(en) zou zijn geheven, geheel of gedeeltelijk niet kan worden geheven;
2. de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de rechtshandeling is verijdeling van de belastingheffing, en
3. de gekozen wijze van belastingverijdeling is strijdig met doel en strekking van de wet.

Door middel van *fraus legis* kunnen (rechts)handelingen worden genegeerd of worden vervangen door andere (rechts)handelingen. Door opname van een bepaling als het onderhavige artikel 27 wordt zeker gesteld dat Nederland een (her)kwalificatie onder het nationaalrechtelijke leerstuk van *fraus legis* mag toepassen onder het onderhavige Verdrag. Hongkong heeft tijdens de onderhandelingen bevestigd dat voor de toepassing van artikel 27 onder «het recht en maatregelen inzake het ontgaan van belasting» («*laws and measures concerning tax avoidance*») voor wat betreft Hongkong worden begrepen: sections 5B(2), 9(1A), 9A, 15(1)(j), 15(1)(k), 15(1)(l), 16(2), 16(2A), 16(2B), 16(2C), 16(2D), 16(2E), 16(2F), 16E(2A), 16E(2B), 18D(2A), 20, 21A(1)(a), 22B, 38B, 39E, 61, 61A en 61B van de «Inland Revenue Ordinance, Chapter 112 of the Laws of Hong Kong».

Uitbreiding van de territoriale reikwijdte (artikel 28)

Artikel 28 voorziet in de mogelijkheid om, onder voorwaarden, het Verdrag uit te breiden tot de delen van het Koninkrijk der Nederlanden die niet in Europa zijn gelegen. Indien hiertoe wordt overgegaan, dient hiertoe een afzonderlijk verdrag met Hongkong te worden gesloten, dat door het Koninkrijk zou worden aangegaan ten behoeve van de Caribische delen van het Koninkrijk. In paragraaf 6 is hier reeds op ingegaan.

Inwerkingtreding (artikel 29 juncto artikel VI van het Protocol)

Het Verdrag treedt in werking vijf dagen na de laatste der data waarop de regeringen van Nederland en Hongkong elkaar schriftelijk hebben medegedeeld dat de in hun onderscheiden jurisdicties (grond)wettelijk vereiste formaliteiten zijn vervuld.

In artikel 29, tweede lid, is opgenomen dat het Verdrag toepassing vindt voor Nederland op belastingjaren en -tijdvakken die aanvangen op of na 1 januari 2011 en voor Hongkong op elk belastingjaar beginnend op of na 1 april 2011. De datum van 1 april hangt samen met het gegeven dat in Hongkong belastingjaren niet het kalenderjaar volgen, maar aanvangen per 1 april van het jaar.

Hongkong heeft kort voor 1 januari 2011 echter te kennen gegeven het Verdrag niet met terugwerkende kracht tot en met 1 april 2011 te kunnen toepassen, omdat dat in strijd is met zijn nationale wet. De strijdigheid houdt verband met het feit dat Hongkong geen informatie kan uitwisselen met betrekking tot tijdvakken die liggen vóór inwerkingtreding van het verdrag op basis waarvan de informatie wordt opgevraagd. Nederland en Hongkong hebben daarom via een notawisseling een interpretatieve verklaring opgesteld, waarin staat dat de bepalingen van het Verdrag van toepassing zullen zijn voor aanslagjaren of belastingjaren of -periodes die beginnen op of na 1 januari respectievelijk 1 april 2011 (*Trb.* 2011, ...). Hiermee beogen beide partijen te verduidelijken dat het Verdrag pas na inwerkingtreding van het Verdrag kan worden toegepast, oftewel dat de

bepalingen van het Verdrag niet van toepassing zullen zijn op periodes of tijdvakken vóór inwerkingtreding van het Verdrag.
In artikel VI van het Protocol zijn overgangsregelingen opgenomen voor de winst behaald met de exploitatie van schepen en luchtvaartuigen in het internationaal verkeer. Zie voor een nadere toelichting de toelichting bij artikel 8.

Beëindiging (artikel 30)

Het Verdrag wordt in beginsel voor onbepaalde tijd aangegaan. Na verloop van vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van het Verdrag kan zij echter door elk van beide partijen door een schriftelijke kennisgeving worden beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden vóór het verstrijken van een kalenderjaar. In dat geval houdt het Verdrag voor Nederland, ter zake van de Nederlandse belasting, op van toepassing te zijn voor belastingjaren die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de kennisgeving van de beëindiging is gedaan. Voor Hongkong houdt het Verdrag, ter zake van de belasting van Hongkong, op van toepassing te zijn voor belastingjaren die aanvangen op of na 1 april van het kalenderjaar dat volgt op het jaar waarin de kennisgeving van de beëindiging is gedaan.

De staatssecretaris van Financiën,
F. H. H. Weekers

De minister van Buitenlandse Zaken,
U. Rosenthal