

Vergaderjaar 2011–2012

32 776

Goedkeuring van het op 25 augustus 2010 te Tokio tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Japan tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, met Protocol (Trb. 2010, 249 en Trb. 2011, 84)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 23 september 2011

Algemeen

Allereerst wil ik, mede namens de minister van Buitenlandse Zaken, de leden van de fracties van de VVD, de PvdA, het CDA en de SP dank zeggen voor hun inbreng op het voorliggende wetsvoorstel. Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen en opmerkingen van de leden van deze fracties. Het verheugt mij dat de leden van de fractie van de VVD, de PvdA, het CDA en de SP met belangstelling en interesse kennis hebben genomen van het voorliggende Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Japan tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (hierna: het Verdrag of het voorliggende Verdrag). Tevens ben ik verheugd dat de leden van de fractie van het CDA expliciet aangeven dat zij graag zien dat het Verdrag zo snel mogelijk in werking treedt. Het Nederlandse en Japanse bedrijfsleven, alsmede de adviespraktijk hebben diverse malen benadrukt dat tijdige inwerkingtreding van het Verdrag van groot belang is vanwege de aanzienlijke wederzijdse investeringen en de economische stimulans die het Verdrag bewerkstelligt met de verlaging van de bronbelastingtarieven. Ik onderschrijf het belang van het voorliggende Verdrag en de wenselijkheid van het toepassen van het Verdrag per 1 januari 2012.

De leden van de fractie van de SP vragen op welke wijze de Tweede Kamer gedurende het verloop van het traject op de hoogte is gehouden. Jaarlijks wordt het onderhandelingsprogramma voor belastingverdragen gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/belastingen-internationaal. Hierbij wordt aangegeven welke onderhandelingen plaatsvinden, met welke landen gesprekken worden aangegaan en met welke landen gesprekken binnen afzienbare tijd zullen worden gestart of voortgezet. Op deze manier kan iedereen kenbaar maken welke aandachtspunten meegenomen dienen te worden in de verdragsonderhandelingen met een specifiek land. Hiernaast zendt de minister van Buitenlandse Zaken elk kwartaal een overzicht aan de Tweede Kamer van de lopende verdragsonderhandelingen.¹ Met de notitie Fiscaal Verdrags-

¹ Kamerstukken II 2010/11, 23 530.

beleid 2011¹ (hierna: NFV 2011) zijn politiek beleidsmatige uitgangspunten geformuleerd. Deze uitgangspunten zullen bij de onderhandelingen worden gehanteerd en daarmee dient de NFV 2011 als ijkpunt voor toekomstige belastingverdragen. Met de behandeling van deze notitie heeft de Tweede Kamer inbreng geleverd voor wat betreft de gehanteerde uitgangspunten. In de (toekomstige) technische toelichtingen zal vervolgens inzichtelijk worden gemaakt welke afwijkingen ten opzichte van de uitgangspunten zijn opgenomen in een specifiek verdrag.

Mede namens de minister van Buitenlandse Zaken geef ik in deze nota graag een reactie op de vragen van de leden van de fracties in het verslag. Bij de beantwoording van de vragen van de leden van de fracties zal ik de volgorde van het verslag zoveel mogelijk volgen. Tevens zijn in een aantal gevallen vragen die door de verschillende fracties over hetzelfde onderwerp zijn gesteld, samengenomen. De leden van de VVD- en de CDA-fractie vragen mij tevens naar een reactie op het commentaar en op de vragen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) in de brief van 24 juni 2011. De antwoorden op de vragen van de NOB zijn opgenomen bij het desbetreffende onderwerp.

Verloop van de onderhandelingen

Ter inleiding merk ik op dat onderhandelen een proces van geven en nemen is. Nederland hanteert naast de reeds genoemde NFV 2011 als leidraad het OESO-modelverdrag en de reeds door Nederland gesloten belastingverdragen. Elke onderhandelingspartner heeft zo ook een eigen al dan niet gepubliceerde leidraad om onderhandelingen te voeren. Het onderhandelingsproces bepaalt vervolgens uiteindelijk de inhoud van een verdrag inclusief de noodzakelijke compromissen om tot overeenstemming te komen.

De leden van de fractie van de PvdA zijn benieuwd hoe het onderhandelingsresultaat zich verhoudt tot de verdragen die Japan heeft afgesloten met Frankrijk en met het Verenigd Koninkrijk (VK). De NOB vraagt met name aan te geven waar de «limitation on benefits» (hierna: LOB)-bepaling in het Verdrag afwijkt ten opzichte van de LOB-bepaling die Japan met het VK en Frankrijk is overeengekomen. De NOB noemt daarbij ook de LOB-bepaling die Nederland met de Verenigde Staten is overeengekomen.² Met het VK heeft Japan op 2 februari 2006 een nieuw verdrag getekend. Met Frankrijk is op 11 januari 2007 een nieuw Protocol bij het verdrag van 3 maart 1995 overeengekomen. In beide verdragen zijn de bronheffingen op dividenden, interest en royalties verder verlaagd ten opzichte van de eerdere verdragen tussen de betreffende landen, zoals ook het geval is in het voorliggende Verdrag. Verschillen zijn met name gelegen in de periode dat de aandelen in het bezit moeten zijn van de uiteindelijk gerechtigde om aanspraak te kunnen maken op de vrijstelling van bronbelasting op dividenden. In het verdrag tussen Japan en Frankrijk is een direct of indirect aandeel van 25% van het stemrecht in het lichaam gedurende zes maanden voldoende voor een vrijstelling, in het verdrag met het VK is dat een aandeel van 50%. Het laatstgenoemde aandeel geldt ook voor het voorliggende Verdrag. Japan was niet bereid dit aandeel verder te verlagen gezien de concessies van Japan op andere onderdelen in het Verdrag.

De bepalingen die Nederland met Japan is overeengekomen voor het voorkomen van oneigenlijk gebruik van het Verdrag zijn vormgegeven in een uitgebreide LOB-bepaling en zien net als de uitgebreide bepaling in het verdrag van Japan met Frankrijk respectievelijk het VK op de situaties waar er aanspraak wordt gemaakt op een vrijstelling van bronheffing op dividenden, interest, royalties, vermogenswinsten en overige inkomsten. De LOB-bepaling in het verdrag tussen Japan en het VK ziet tevens op artikel 7 («business profits»), dit is niet het geval voor het voorliggende

¹ Kamerstukken II 2010/11, 25 087, bijlage bij nr. 7.

² Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen; Washington, 8 maart 2004. Trb. 2004, nr. 166.

Verdrag. Het grote verschil met de LOB-bepaling in het verdrag tussen Nederland en de VS is gelegen in het feit dat laatstgenoemde LOB-bepaling van toepassing is op *alle* mogelijke voordelen die het verdrag te bieden heeft. De bepaling in het voorliggende Verdrag ziet op bepaalde, reeds hiervoor genoemde, voordelen en is in die zin dus minder vergaand. Wat betreft het nultarief op deelnemingsdividenden komen onder het verdrag met de VS in beginsel alleen lichamen daarvoor in aanmerking die hebben voldaan aan de (indirecte) beurstoets of aan de gelijkwaardig gerechtigde toets. Onder het voorliggende Verdrag komen lichamen ook in aanmerking voor het nultarief op deelnemingsdividenden wanneer zij voldoen aan de aandeelhouderstoets, de activiteitentoets of de hoofdkantorentoets. Als niet wordt voldaan aan één van de bovenstaande toetsen voorzien beide verdragen in de mogelijkheid dat bij de bevoegde autoriteiten een verzoek om toepassing van de vangnetbepaling kan worden ingediend waarbij er wordt getoetst of één van de belangrijkste overwegingen van de handelswijze dan wel het (voort)bestaan van de belastingplichtige het verkrijgen van verdragsvoordelen is. In het Verdrag zal een belastingplichtige minder snel toekomen aan de toepassing van de vangnetbepaling in vergelijking tot het verdrag tussen Nederland en de VS, omdat er meer mogelijkheden zijn onder de LOB-bepaling te kwalificeren.

In het voorliggende Verdrag is een hoofdkantorentoets opgenomen. Deze biedt (regionale) hoofdkantoren van multinationale ondernemingen de mogelijkheid verdragsvoordelen te krijgen als deze hoofdkantoren niet onder één van de andere toetsen verdragsvoordelen kunnen claimen. Deze toets is op uitdrukkelijk verzoek van Nederland opgenomen en is niet terug te vinden in de verdragen van Japan met Frankrijk respectievelijk het Verenigd Koninkrijk.

Tot slot is een belangrijk verschil met de onderhandelingsresultaten van Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk in vergelijking met het onderhandelingsresultaat van het voorliggende Verdrag dat een arbitragebepaling is overeengekomen. Dit geeft een belastingplichtige de mogelijkheid een arbitrageprocedure aan te vragen als de bevoegde autoriteiten niet binnen een periode van twee jaar in onderling overleg tot een oplossing komen. Dit is voor Japan de eerste keer dat een dergelijke arbitragebepaling in een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is opgenomen. Tussen Nederland en Japan is vervolgens een overeenkomst over de uitvoering van arbitrage¹ gesloten met een nadere uitwerking van de bepalingen in het Verdrag en het Protocol bij het Verdrag. Deze overeenkomst is, in de overeengekomen Engelse versie, als bijlage I bij deze nota toegevoegd.² Vervolgens is door de leden van de CDA-fractie gevraagd of de Japanse strafheffing voor buitenlandse dochters tijdens de onderhandelingen met Japan aan bod is gekomen, en zo ja, wat hierover is besproken. In aanvulling daarop vragen de leden van de SP-fractie of Nederland heeft bepleit het referentiepercentage waaronder Japan bijheft te verlagen en of Nederland druk heeft uitgeoefend op Japan om van het CFC-regime af te stappen. De vraag of hier tijdens de onderhandelingen over is gesproken kan ik bevestigend beantwoorden. Eerst zal ik kort samenvatten welke problematiek hier aan de orde was.³ Japan hanteert in zijn nationale recht zogenoemde «controlled foreign corporation (CFC) rules». In essentie houden die CFC-regels het volgende in. Als een Japanse onderneming een belang in een buitenlands lichaam houdt, heft Japan belasting bij tot het eigen hogere winstbelastingtarief op het moment dat het buitenlandse lichaam deze winst realiseert. Dat bijheffen doet Japan alleen als aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het winstbelastingtarief in het land waar de dochteronderneming is gevestigd naar Japanse maatstaven te laag zijn. In het verleden gold dat Japan de grens legde bij een winstbelastingtarief van 25%. Ten tweede heft Japan alleen bij als het de activiteiten van de dochtermaatschappij als niet voldoende actief beschouwt. Inmiddels heeft Japan de nationale regels aangepast. Die

¹ Implementing Arrangement regarding Paragraph 5 of Article 24 of the Convention between the Kingdom of the Netherlands and Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income dated September 1, 2010.

² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

³ Zoals dat ook is gedaan in mijn brief aan uw Kamer van 24 augustus 2010, AFP 2010/0360 over «Toezeggingen inzake fiscaal beleid» (in verband met het Belastingplan 2010 c.a.).

wijzigingen zijn in werking getreden op 1 april 2010. Met name is van belang dat Japan nu heeft vastgelegd dat de CFC-regels niet tot bijheffing leiden zolang het winstbelastingtarief in het land waar de dochteronderneming is gevestigd hoger is dan 20%. In het kader van de onderhandelingen zijn de CFC-regels wel ter sprake gekomen, maar is geconstateerd dat het geen onderwerp is om in het Verdrag op te nemen aangezien het primair Japans nationaal recht betreft. Nederland heeft in het kader van de onderhandelingen dan ook geen druk uitgeoefend op Japan om van het CFC-regime af te stappen. Nederland heeft wel richting Japan aangegeven dat het Japanse referentiepercentage van 25%, waarbij de CFC-regels hun werking kregen, hoog leek. Ook is destijds aan Japan in overweging gegeven om de passiviteitstoets (de criteria waaronder in de Japanse nationale regels een (buitenlandse) deelneming als actief of passief wordt gekwalificeerd) te wijzigen en te verduidelijken. Met de aanpassing van de Japanse nationale regels waarbij de CFC-regels van toepassing zijn bij een grenstarief van 20% (voorheen 25%), heeft deze discussie met het huidige Nederlandse vennootschapstarief haar urgentie verloren.

Het voorkomen van oneigenlijk gebruik van het verdrag

Alle fracties die inbreng hebben geleverd, hebben vragen gesteld over het onderwerp «voorkomen van oneigenlijk gebruik van het Verdrag». Bovendien heeft de NOB een groot aantal vragen gesteld in relatie tot dit onderwerp. Alle vragen worden hieronder van een reactie voorzien. Ter inleiding merk ik op dat in het Verdrag een LOB-bepaling is opgenomen in art. 21 ter bestrijding van verdragsmisbruik. Het artikel geeft aan dat voor het verkrijgen van een aantal specifiek in het Verdrag genoemde verdragsvoordelen vereist is dat de ontvanger een «gekwalificeerde persoon» is of – als de ontvanger dat niet is – die ontvangende rechtspersoon alsnog op grond van de leden 3 en volgende van art. 21 de verdragsvoordelen krijgt toegekend. Daarnaast is in art. 10, lid 9, art. 11, lid 8, art. 12, lid 5 en art. 20, lid 4 de zogenoemde «back to back»-bepaling opgenomen, dit is een heel specifieke anti-misbruikbepaling die voorkomt dat in bepaalde zeer specifieke situaties inwoners van derde landen oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken van het Verdrag. Deze bepaling geeft aan wanneer een inwoner *niet* de uiteindelijke gerechtigde is van respectievelijk dividenden, interest, royalty's en/of overige inkomsten. Alle bepalingen zijn opgenomen op verzoek van Japan. Hierna zal ik bij de beantwoording van de vragen ingaan op het begrip uiteindelijk gerechtigde, (in relatie tot) de vragen van de leden van de fracties en de opmerkingen van de NOB ten aanzien van de LOB-bepaling en de vragen over de «back to back»-bepalingen. Tevens zal ik ingaan op de vragen van de leden van de fracties ten aanzien van de main-purpose test, een anti-misbruikbepaling die niet als zodanig als instrument is opgenomen in het Verdrag.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe de LOB-bepaling zich verhoudt tot de uitwerking van het begrip uiteindelijk gerechtigde. Daarbij vragen deze leden om in de beantwoording de recente publicatie van de OESO getiteld «Clarification of the meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention»¹ te betrekken. De leden van de SP-fractie vragen naar een toelichting op de opmerking in de memorie van toelichting dat geen eenduidige (internationale) omschrijving bestaat van het begrip «uiteindelijk gerechtigde». Ik begin met enige toelichting op het begrip «uiteindelijk gerechtigde». In bilaterale verdragen gebaseerd op het OESO-modelverdrag wordt uiteindelijke gerechtigdheid als voorwaarde genoemd om in aanmerking te komen voor verdragsvoordelen in de bronstaat ter zake van dividend, rente en royalty's. In het Verdrag wordt diezelfde voorwaarde ook gebruikt in het overige inkomsten artikel. In

¹ Een «discussion draft» onder die titel is openbaar gemaakt via de website van de OESO (www.oecd.org) en bood de mogelijkheid aan een ieder om te reageren van 29 april 2011 tot 15 juli 2011.

beginsel geldt als logica dat een term die als zodanig niet in een bilateraal belastingverdrag is gedefinieerd, moet worden uitgelegd conform de regel die in zowel artikel 3, tweede lid, van het OESO-modelverdrag als in artikel 3, tweede lid, van het Verdrag staat. Daarbij speelt vanzelfsprekend het OESO-commentaar een grote rol. Wanneer sprake is van «uiteindelijk gerechtigdheid» (in het Engels «beneficial ownership») wordt – wat Nederland betreft – dan ook primair afgeleid uit het commentaar bij het OESO-modelverdrag, omdat daarin immers toelichting is vastgelegd op dit begrip. Met Japan is het aansluiten bij het commentaar op het OESO-modelverdrag daarenboven ook expliciet overeengekomen getuige art. 2 van de briefwisseling tussen Japan en Nederland van 25 augustus 2010 ten tijde van de ondertekening van het Verdrag. Volgens het OESO-commentaar is vooral geen sprake van «beneficial ownership» als de ontvanger van de inkomstenstroom een «agent», «nominee» of (onder nader omschreven voorwaarden) een «conduit company» is. De toelichting in het commentaar dekt naar de aard der zaak niet alle denkbare situaties. Nu reeds bestaat de indruk dat nationale rechters en belastingdiensten in verschillende landen wereldwijd het begrip verschillend – enger of juist ruimer – interpreteren. In dit kader wordt in Nederland het zogenoemde «market maker» arrest vaak genoemd, HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217. In internationaal verband is ook een aantal uitspraken geweest. Die diversiteit in interpretatie van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» heeft ertoe geleid dat de OESO een poging doet om tot een nadere precisering van dit begrip te komen. De OESO-publicatie waar de leden van de fractie van de VVD naar verwijzen doet een eerste voorstel voor aanpassing van het commentaar op het OESO-modelverdrag ter zake van «uiteindelijk gerechtigdheid». In deze publicatie brengt de OESO onder andere tot uitdrukking dat het concept van uiteindelijk gerechtigde slechts bepaalde vormen van belastingontwijking tegengaat. De reacties van het publiek op het rapport worden nu geïnventariseerd. Van Nederlandse overheidszijde wordt bij de verdere analyse van de vervolgonthwikkelingen uiteraard sterk rekening gehouden met de reacties vanuit het Nederlandse bedrijfsleven, de Nederlandse belastingadviseurs en eventuele andere belanghebbenden. Ook de strekking die is gedistilleerd uit de beleidsmatige discussies met het parlement over de NFV 2011 speelt in die overwegingen een grote rol. Voor het begrip uiteindelijk gerechtigde in relatie tot de «back to back»-bepalingen in het Verdrag merk ik aanvullend op dat deze bepalingen zodanig zijn vormgegeven dat onder de daar specifiek genoemde voorwaarden een ontvanger van een inkomstenstroom niet als «uiteindelijk gerechtigde» voor de toepassing van het Verdrag wordt aangemerkt en derhalve geen recht krijgt op een verlaagde bronbelasting of afwezigheid daarvan. Waar deze «back-to-back»-bepalingen zien op in vergaande mate substance- en risicoloze lichamen, zou anders wellicht met toepassing van andere interpretatiemethoden en de algemene voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid ook het recht op verdragsvoordelen ter discussie kunnen worden gesteld. Voor de LOB-bepaling geldt dat deze in feite los staat van het begrip uiteindelijk gerechtigde. Art. 21 moet worden gezien als een separate regel die weliswaar vaak op dezelfde inkomstenstromen ziet, maar afzonderlijk moet worden toegepast. Het artikel geeft immers aan dat voor het verkrijgen van een aantal specifiek in het Verdrag genoemde verdragsvoordelen vereist is dat de ontvanger een «gekwalficeerde persoon» is of – als hij of zij dat niet is – dat de ontvanger alsnog op grond van de leden 3 en volgende van art. 21 de verdragsvoordelen krijgt toegekend.

Naast de hiervoor reeds behandelde relatie tot de lopende herziening van het OESO-commentaar, heeft de NOB enkele meer specifiek technische vragen gesteld met betrekking tot het begrip uiteindelijk gerechtigde. Uitgangspunt daarbij is logischerwijs voor mij vooralsnog dat het

OESO-commentaar nog niet is gewijzigd. Of dat gaat gebeuren en zo ja of dat zal zijn langs de lijnen van de door de OESO gepubliceerde conceptteksten is onzeker. Daar wil ik dan ook niet op vooruit lopen. Dat betekent dat vooralsnog op basis van het huidige commentaar en (internationale) relevante jurisprudentie in concrete gevallen moet worden beoordeeld wanneer wel of niet sprake is van uiteindelijke gerechtigdheid. Vanuit Nederlands perspectief is daarbij uiteraard ook het eerder in deze nota genoemde en door de NOB aangehaalde arrest HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 van belang. Echter, de andere Staat zal bij de toepassing van het Verdrag bij de interpretatie van het begrip uiteindelijke gerechtigdheid minder waarde hechten aan Nederlandse jurisprudentie. De regels ten aanzien van uiteindelijke gerechtigdheid in de nationale Nederlandse heffingswetten worden door de bestaande Nederlandse belastingverdragen en onder het huidige OESO-commentaar mijns inziens niet terzijde geschoven en vormen naar mijn mening een gepaste specificatie van wat onder het begrip uiteindelijk gerechtigde kan worden verstaan. Ik verwijs ook naar Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b. Met de aanpassingen in verschillende nationale wetten in verband met dividendstripping is toen een uitgebreide motivering gegeven hoe de negatieve omschrijving van uiteindelijk gerechtigde doorwerkt onder de Nederlandse belastingverdragen. Voorts wijst de NOB op art. 8c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). Daar wordt kort samengevat geregeld dat in «doorstroomsituaties» onder omstandigheden betaalde en ontvangen rente en royalty's niet in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de voor de vennootschapsbelasting relevante winst. Wel wordt onder dat artikel een «at arms' length»-dienstverleningsvergoeding als belastbare winst in aanmerking genomen. De door het andere land ingehouden bronbelasting kan dan niet meer worden verrekend. Het begrip «uiteindelijk gerechtigde» wordt in die bepaling niet genoemd. Het spreekt voor zich dat als een Nederlands lichaam, in het verlengde van de regels van voornoemd art. 8c, nauwelijks risico's loopt en wellicht nauwelijks substance bezit, de kans reëel is dat een land waaruit inkomsten in de vorm van rente of royalty's komen op enig moment de uiteindelijke gerechtigdheid in de zin van het relevante belastingverdrag ter discussie kan stellen. Hoe beperkt de rol van het Nederlandse lichaam is, des te groter is de kans dat de Nederlandse autoriteiten met die opvatting van het andere land instemmen of het andere land in ieder geval niet van het tegendeel zullen kunnen overtuigen. Voorts merk ik hier reeds op dat de in art. 8c Wet VPB 1969 geschetste situaties uiteraard dicht aanliggen tegen de gevallen waarvoor Japan bij het wel of niet verlagen van de daar geheven bronbelastingen heeft verzocht om opname van de anti-misbruikbepalingen in art. 11, achtste lid, en art. 12, vijfde lid, van het Verdrag (de «back to back»-bepalingen in het interest en royalty artikel). De bewoordingen zijn niet exact gelijk dus per geval is voor de vennootschapsbelasting art. 8c Wet VPB 1969 bij een Nederlands lichaam de norm en voor het verlenen van verlaagde bronbelasting door Japan zijn dat de genoemde leden van de artikelen 11 en 12 van het Verdrag. Naar deze relatie heeft de NOB ook gevraagd. Tot slot merk ik op dat een lichaam dat wordt geraakt door artikel 8c Wet VPB 1969 in veel gevallen ook niet aan de criteria van de «LOB»-bepaling zal voldoen.

De leden van de PvdA-fractie stellen in het kader van voorkoming van oneigenlijk gebruik twee vragen. Zij geven aan dat de memorie van toelichting lijkt te suggereren dat het voorkomen van «treaty shopping» alleen voor Japan en niet voor Nederland van belang lijkt. Verder vragen deze leden waarom Japan niet als uitgangspunt voor lage bronbelastingpercentages kiest. De leden van de fractie van de SP merken op dat in de toelichting is opgenomen dat Japan alleen bereid was de bronbelastingen te verlagen als er anti-misbruikmaatregelen zouden worden opgenomen

en de leden van deze fractie vragen zich af of Nederland zelf geen anti-misbruikmaatregelen wilde opnemen. Ook Nederland streeft in verdragsonderhandelingen naar het bereiken van een resultaat waarin verdragsmisbruik zo veel als mogelijk wordt voorkomen. Dit kan worden bereikt door bij het verdelen van de heffingsrechten in het belastingverdrag rekening te houden met de specifieke kenmerken van de belastingstelsels van de verdragspartijen en alleen heffingsrechten op te geven als zekere waarborgen bestaan. Voor verdragspartners speelt «treaty shopping» een grotere rol naarmate de verdragspartner een grote waarde hecht aan het heffen van bronbelastingen. Japan kent in de nationale wetgeving bronheffingen en was bereid onder het Verdrag de bronheffingen te verlagen. Japan is een land waarbij de nationale mix van belastingen een ruime hoeveelheid bronbelastingen op dividend, interest en royalty's kent (in tegenstelling tot Nederland dat alleen een bronbelasting op dividend kent). Het tarief in Japan loopt daarbij vaak op tot 20%. Het is de vrije keuze van elk land om te kiezen in welke mate het van bronbelastingen gebruik willen maken. Waar Japan in ruime mate op bronbelastingen rekent en Nederland in aanzienlijk mindere mate, ligt voor de hand dat «treaty shopping» een groter risico is wat betreft geldstromen die vanuit Japan via Nederland door zouden stromen naar een derde land dan andersom (dat wil zeggen vanuit Nederland via Japan naar een derde land). Dat verklaart waarom de memorie van toelichting bevestigt dat Japan sterker hecht aan anti-misbruikbepalingen in de bilaterale relatie tussen de twee landen dan Nederland. Waar een land nationaal relatief veel en/of hoge bronbelastingen kent, ligt het voorts voor de hand dat men enige terughoudendheid zal betrachten met het weggeven van die heffingen in belastingverdragen. Desalniettemin waren beide partijen het erover eens dat voor veel situaties een verlaging van de nationale bronbelastingen door middel van het verdrag een stimulans kan zijn voor wederzijdse investeringen. Dat verklaart waarom in het eindresultaat Japan toch voor een wezenlijk deel van zijn bronbelastingen afziet in de relatie met Nederland.

Als er anti-misbruikbepalingen zijn overeengekomen, is voor Nederland een belangrijke voorwaarde dat belastingplichtigen in bona fide situaties geen last mogen hebben van anti-misbruikbepalingen en derhalve dienen de bepalingen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit te voldoen en moet «overkill» vermeden worden. In het Verdrag is mijns inziens een evenwichtig resultaat bereikt met enerzijds een aanzienlijke verlaging van de bronbelastingtarieven – ter bevordering van de wederzijdse investeringen – en anderzijds de opname van anti-misbruikbepalingen.

Vervolgens vragen de leden van de fractie van de SP hoe groot het geschatte financiële voordeel is voor Nederlandse banken en verzekeraars als gevolg van het automatisch in aanmerking komen voor verdragsvoordelen. Het automatisch in aanmerking komen voor verdragsvoordelen is niet in financiële termen uit te drukken. Er hoeft echter geen twijfel over te bestaan dat het genoemde automatisme rechtszekerheid schept, in combinatie met zo beperkt mogelijke administratieve verplichtingen. Voor het grensoverschrijdend investerende bedrijfsleven zijn dit belangrijke aspecten. Voor de rechtszekerheid heeft het de voorkeur dat alle Nederlandse inwoners direct uit het verdrag kunnen afleiden of ze wel of niet recht hebben op bepaalde verlagingen van bronbelastingen. Dat is dan ook zoveel mogelijk nagestreefd met de keuze voor de LOB-bepaling. In de groep Nederlandse lichamen zien we dan verdelingen in met name de artikelen over dividend, interest en royalty's waaruit zo duidelijk mogelijk volgt welke categorieën Nederlandse lichamen recht hebben op verlaagde bronbelasting in Japan en, voor zover dat het geval is, in welke mate. De volgende vraag van de leden van de SP-fractie ziet op de Nederlandse lichamen die niet door een LOB-test komen. De «LOB»-bepaling beoogt Nederlandse lichamen met te weinig activiteit, die daarbij nagenoeg

slechts een vehikel zijn van buitenlandse partijen die zelf in de relatie met Japan geen wezenlijke verdragsvoordelen zouden kunnen krijgen, uit te sluiten van bepaalde voordelen die in het Verdrag worden toegekend. Hierbij merk ik aanvullend op dat in art. 21, zevende lid, van het Verdrag een zogenoemde vangnetbepaling is opgenomen, waarbij een inwoner alsnog bepaalde verdragsvoordelen kan krijgen op basis van een beslissing van de bevoegde autoriteit van het bronland.

De leden van de CDA-fractie vragen of het klopt dat de lagere bronheffingen uit het Verdrag niet van toepassing zijn in de situatie dat een buitenlandse moeder preferente aandelen houdt in een Nederlandse dochter, die (preferente) aandelen houdt in een Japanse kleindochter, wanneer de kleindochter dividend uitkeert. Daarbij willen die leden weten waarom het in deze situatie gerechtvaardigd is dat Japan haar bronheffing op het dividend niet hoeft te verlagen. De vraag ziet, naar ik veronderstel, op de toepassing van art. 10, lid 9, van het Verdrag, de zogenoemde «back to back»-bepaling ten aanzien van dividenden. Als wordt voldaan aan de letterlijke voorwaarden die in voornoemd lid staan vermeld, dan klopt het dat Japan de bronbelasting op dividend niet hoeft te verlagen als een Nederlands lichaam preferente aandelen of andere soortgelijke belangen houdt in een Japans lichaam, terwijl een derde partij soortgelijke preferente aandelen of andere soortgelijke belangen in het Nederlandse lichaam houdt. Eerder in deze nota is toegelicht waarom Nederland kon instemmen met de zogenoemde «back to back»-bepaling, die overigens tevens is opgenomen in het interest-, royalty- en overige inkomstenartikel. Japan is een dergelijke bepaling ook overeengekomen in het verdrag met de VS. De NOB informeert dan ook of de «technical explanation» bij het belastingverdrag tussen Japan en de VS ten aanzien van de gelijkkluidende back-to-back bepaling eveneens bepalend is voor het Verdrag. Met Japan zijn door Nederland niet formeel hierover afspraken gemaakt. Waar de uitleg in de «technical explanation» in de lijn past van wat Nederland een gewenste interpretatie acht, zal Nederland daar in de toekomst een beroep op doen wanneer een concreet geval zich aandient. Overigens is van Japanse zijde benadrukt dat de «technical explanation» eenzijdig door de Verenigde Staten is opgesteld. Naar aanleiding van de «back-to-back» bepaling in artikel 11, achtste lid, en de LOB-bepaling benoemt de NOB een specifieke situatie. Stel dat een Nederlandse vennootschap met reële aanwezigheid in Nederland, die voldoet aan de LOB-bepaling «cash» inleent binnen de groep uit een derde land om het door te lenen aan een Japans verbonden lichaam onder vergelijkbare voorwaarden. Daarbij wordt verondersteld dat het lichaam in het derde land om civielrechtelijke redenen het geld niet kan uitkeren aan de Nederlandse vennootschap. De NOB veronderstelt vervolgens dat op grond van artikel 11, achtste lid, in de geschetste casus door Japan geen verlaging van de bronbelasting hoeft te worden toegepast. Zou in een dergelijk geval via een onderling overlegprocedure de mogelijkheid bestaan om toch het verlaagde Japanse bronbelasting-tarief te krijgen? De toepassing van de zogenoemde «back-to-back»-bepaling behelst naar de aard van de zaak een weging van feiten en omstandigheden. Het is dan ook niet goed mogelijk aan de hand van een fictieve situatie algemeen geldende uitspraken te doen. Een enkele hoofdlijn wil ik wel schetsen. Eerst zal in de praktijk moeten blijken dat Japan in een dergelijke situatie bij een Nederlandse «substancevolle» vennootschap de verlaagde bronbelasting weigert. Dan moet dus aan alle strikte voorwaarden van de «back-to-back»-bepaling zijn voldaan. Als de belastingplichtige vervolgens zich bij de Nederlandse autoriteiten meldt met een verzoek om onderling overleg, zal dit verzoek uiteraard in overweging worden genomen door de Directie Internationale Fiscale Zaken van het ministerie van Financiën. Dan spelen enkele punten een rol. Het past bij het bevorderen van het Nederlandse vestigingsklimaat dat

Nederland zoveel mogelijk ruimte geeft in de (toepassing van alle) relevante regels om een financieringsfunctie binnen een groep lichamen in Nederland te houden. In zoverre zal het verzoek van belastingplichtige derhalve met een constructieve insteek worden opgepakt. Daarbij is dan wel wenselijk of zelfs noodzakelijk dat in Nederland ook activiteit rondom het begeleiden van de geldstromen en financieringsverhoudingen heeft plaatsgevonden. Uiteindelijk zal de tekst van het Verdrag en de weging van de feiten en omstandigheden van het concrete geval doorslaggevend zijn.

Over de main purpose test is ook een aantal vragen gesteld door de leden van de fractie van de VVD en de SP.

De leden van de VVD-fractie vragen waarom geen «main purpose»-test is gekozen. Daarop kan ik antwoorden dat een «main purpose»-test in zijn algemeenheid zo werkt dat het de fiscale autoriteiten van het land waaruit de betaling komt de ruimte biedt te toetsen of het doel van de structuur of geldstroom zodanig «oneigenlijk» is dat verlaging of afwezigheid van bronbelasting – ondanks de letterlijke tekst van de verdragsbepaling – niet gepast zou zijn. Een dergelijke bepaling brengt inherent onzekerheid met zich over wanneer een (buitenlandse) fiscale autoriteit er een beroep op zal doen. Zeker in de relatie met Japan is mijn stellige indruk geweest dat het relevante bedrijfsleven hecht aan een test die meer zekerheid geeft. De LOB-bepaling biedt die zekerheid. Als een inkomsten ontvangende belastingplichtige in de opsomming van dat artikel wordt genoemd is die persoon zeker van toepassing van de verdragsvoordelen.

De leden van de fractie van de SP vragen waarom de Nederlandse regering de wens van Japan te zwaar vond om zowel een «main purpose»-test als een «beperking van voordelen»-test op te nemen. Bij eerdere vragen hiervoor is al in ruime mate op de problematiek rond de keuze van anti-misbruikbepalingen ingegaan. Voor de Verdragspartijen gold dat anti-misbruikbepalingen hun doel, en dat is het voorkomen dat op ongewenste wijze van het Verdrag wordt gebruik gemaakt, dienen te bereiken. Daarvoor zijn verschillende middelen beschikbaar. De afweging is gemaakt en uiteindelijk zijn een LOB-test alsmede «back to back»-bepalingen overeengekomen. Een «main purpose»-test daarbovenop dient in de relatie met Japan geen enkel extra doel en zou dus alleen maar rechtsonzekerheid en overkill kunnen creëren.

De NOB heeft gevraagd waarom de omvang van de handels- en investeringsstromen meebrengt dat is geopteerd voor een LOB-bepaling en men vraagt wat in dezen het verschil is met belangrijke handelspartners als het VK en Zwitserland waarin door Nederland en die verdragpartners is gekozen voor een «main purpose test». De NOB wijst er in een voetnoot reeds op dat in belangrijke mate op soortgelijke vragen is ingegaan tijdens de parlementaire gedachtewisseling over de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011. Daarnaast verwijs ik dan ook bij deze. Een enkele hoofdlijn kan ik hierbij aanvullend onder de aandacht brengen. De NOB merkt terecht op dat in het recente verdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland en het recente verdrag tussen Zwitserland en Nederland een «main purpose test» het primaire instrument is om verdragsmisbruik tegen te gaan. Bij Japan is, zoals eerder vermeld, uiteindelijk voor de LOB-bepaling als primair instrument gekozen omdat die een forse groep vanuit Japan in Nederland en vice versa investerende ondernemingen expliciet zekerheid geeft over het verkrijgen van verdragsvoordelen. In de relatie met Japan is dat een uitkomst die door de desbetreffende ondernemingen zeer gewenst werd geacht. Japanse ondernemingen hechten, wellicht meer dan ondernemingen uit andere landen, aan dergelijke expliciete zekerheid. Daarbij geldt voorts dat Japan een sterke voorkeur had voor een LOB-bepaling, terwijl een zodanige voorkeur bij andere landen niet of veel minder speelt.

Voorts heeft de NOB de vergelijking gemaakt tussen onder andere de in het Verdrag tussen Japan en Nederland opgenomen LOB-bepaling en «back to back»-bepalingen en (min of meer) vergelijkbare bepalingen in verdragen van Japan met het Verenigd Koninkrijk, Japan met Zwitserland en Japan met de Verenigde Staten. Ook heeft de NOB aandacht besteed aan de LOB-bepaling in het bestaande verdrag tussen de Verenigde Staten en Nederland. Daarbij geeft de NOB tevens aan welke punten in de bepalingen in de genoemde verdragen het meest wezenlijk lijken te verschillen en welke bepalingen juist nagenoeg identiek zijn. Die analyse is welkom en vormt voor mij aanleiding een aantal vragen van de NOB op dit punt te beantwoorden. Vanzelfsprekend zijn de anti-misbruik-bepalingen in andere Japanse verdragen dan die met Nederland, voor zover die al openbaar waren ten tijde van de Nederlandse onderhandelingen met Japan, in die onderhandelingen betrokken. De overeenstemming tussen Japan en derde landen ten aanzien van verdragen, zoals die is bereikt na afloop van de onderhandelingen met Nederland (of zelfs in de eindfase daarvan), hebben uiteraard geen invloed meer kunnen uitoefenen op het resultaat dat Japan en Nederland hebben bereikt. Vooralsnog bereiken mij geen signalen dat in andere recente Japanse verdragen per saldo gunstigere regels zijn opgenomen. In tegendeel, ook de NOB wijst erop dat bijvoorbeeld de LOB-bepaling in het voorliggende Verdrag in enige mate ruimer is dan die in het verdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Japan. Ook is de NOB verheugd dat verbeteringen konden worden bereikt ten opzichte van de LOB-bepaling zoals die geldt tussen de Verenigde Staten en Nederland (met uitzondering van de EU-aspecten, aldus de NOB, waaraan elders in deze nota naar aanleiding van het verslag in ruime mate aandacht wordt besteed). Ik hecht eraan te bevestigen dat zowel de Japanse als Nederlandse autoriteiten zich realiseren dat de in het Verdrag opgenomen bepalingen in een aantal gevallen (in vergaande mate) overeenstemmen met bepalingen die door zowel Japan als Nederland met derde landen zijn overeengekomen. Indien in de relatie met die derde landen bijvoorbeeld door Japan meer duidelijkheid is gegeven over de uitleg van een overeenstemmende bepaling, zal Nederland in eventueel toekomstig onderling overleg – daar waar dat wenselijk en gepast is – zoals reeds eerder is aangegeven het standpunt innemen dat dergelijke uitleg ook leidend is voor de uitleg van de vergelijkbare bepaling in het Verdrag. Zulks kan zich, zoals de NOB constateert, met name voordoen bij (onderdelen van) de LOB-bepaling en de «back to back»-bepalingen, die bijvoorbeeld in de Japans-Amerikaanse relatie al langere tijd van toepassing zijn. Het Japans-Amerikaanse verdrag is immers ondertekend op 6 november 2003 en van toepassing geworden op 1 januari 2005.

Daarnaast stelt de NOB naar aanleiding van art. 10 nog een serie aanvullende vragen over de samenhang tussen de verschillende antimisbruikbepalingen in het Verdrag. Ook aan deze problematiek is elders in deze nota (en in de Memorie van Toelichting) al in ruime mate aandacht gegeven. Ter voldoening van de door de verschillende leden gestelde vraag op de opmerkingen van de NOB te reageren, merk ik het volgende op.

Er is gevraagd naar de relatie tussen «beneficial ownership» en de LOB-bepaling. Om in algemene zin voor bepaalde verdragsvoordelen in aanmerking te komen, is uiteindelijke gerechtigdheid vereist. Zie vooral art. 10, tweede lid, 11, tweede lid en 12, eerste lid. De LOB-bepaling daarentegen geeft alleen voor bepaalde onderdelen van het Verdrag aan dat de daar specifiek genoemde verdragsvoordelen alleen van toepassing zijn als sprake is van een ontvanger die een gekwalificeerd persoon is. Die bepaling komt dus nadat uiteindelijk gerechtigdheid is geconstateerd. Aan beide voorwaarden moet in die specifieke gevallen worden voldaan. Op de gemaakte keuze tussen alle denkbare antimisbruikinstrumenten is reeds eerder ingegaan. De NOB stelt vervolgens terecht dat de formu-

lering voor het niet zijn van uiteindelijk gerechtigde in bijvoorbeeld artikel 10, negende lid, van het Verdrag ook vanuit het perspectief van Nederland als bronland werkt. Denkbaar is derhalve dat de Nederlandse dividendbelasting niet hoeft te worden verlaagd, direct op grond van voornoemd lid, als bijvoorbeeld een dividend door een Nederlands lichaam aan een Japanse (kale) moedermaatschappij wordt betaald die onder exact gelijke voorwaarden/afspraken het dividend onmiddellijk doorbetaalt aan een moedermaatschappij gevestigd op de British Virgin Islands. Voor de goede orde bevestig ik dat in die situatie uiteraard in alle opzichten aan de letterlijke tekst van voornoemd lid moet zijn voldaan en dat bij het voorbeeld de invloed van overige regels uit bijvoorbeeld de Wet op de dividendbelasting 1965 of in het Verdrag zelf buiten beschouwing is gelaten.

De NOB vraagt vervolgens naar de verhouding tussen het eerdergenoemde art. 4, zevende lid, Wet op de dividendbelasting 1965 en art. 16 van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: BVDB 2001) – waarin voor bepaalde situaties uiteindelijke gerechtigdheid wordt ontkend – en art. 10, negende lid, van het Verdrag waarin voor bepaalde «back-to-back»-situaties wordt aangegeven dat de ontvanger geen uiteindelijk gerechtigde is. De vraag is zeer algemeen. In hoofdlijnen kan ik hierop antwoorden dat verlaging van Nederlandse dividendbelasting niet aan de orde is als aan art. 4, zevende lid, Wet op de dividendbelasting 1965 niet wordt voldaan. In mijn optiek doet het Verdrag daar geen afbreuk aan. Art. 16 BVDB 2001 dient een ander uitgangspunt. Daar wordt een regeling getroffen voor voorkoming van dubbele belasting in niet-verdragssituaties bij inkomsten ontvangende binnenlands belastingplichtigen. Die regeling raakt in zoverre in het geheel niet aan het Verdrag. Art. 10, negende lid, van het Verdrag geeft vooral aan – vanuit het perspectief van Nederland als bronstaat – dat er een groep situaties denkbaar is waarin Nederland bij een betaling van dividend aan een Japanse ontvangende rechtspersoon op grond van het nationale Nederlandse recht dividendbelasting zou kunnen heffen, vervolgens echter op grond van art. 10, tweede of derde lid, van het Verdrag toch geen of minder dividendbelasting zou kunnen heffen, maar tot slot op grond van het negende lid toch weer toestemming krijgt die nationale heffing wel te blijven effectueren. Verwezen wordt naar de eerdere opmerkingen over art. 10, negende lid, en het daar genoemde voorbeeld.

De leden van de CDA-fractie vragen of het klopt dat de belastingdruk op investeringen in bepaalde Japanse lichamen, zoals de Tokumei Kumiai's en Tokutei Mokuteki Kaisha's sterk toeneemt. Dat is juist voor zover het de Tokumei Kumiai's betreft. Deze maatregel uit artikel 9 van het Protocol is een reparatie naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak in Japan waarbij Japan onder bestaande verdragen heffingsrecht was kwijtgeraakt. Het betreft rechten waarvan het naar het oordeel van Nederland niet onredelijk is dat Japan dit wil repareren. Nederland kon derhalve instemmen met de zeer sterke wens van Japan om dit te repareren in het Verdrag. In nagenoeg alle recente Japanse verdragen is een bepaling over zogenoemde «TK-structuren» opgenomen. In essentie gaat het om «partnership»-achtige contracten met slapende en actieve partners waarbij de Japanse rechtspraak ertoe kon leiden dat actief in Japan behaalde winst uiteindelijk na aftrek van uitkering van die winst in Japan in feite niet of nauwelijks meer kon worden belast. Elders in deze nota wordt ook nog ingegaan op de «TK-structuren». Nota bene: in tegenstelling tot voornoemde protocolbepaling betreft de CDA-fractie ook de «Tokutei Mokuteki Kaisha»-rechtsvorm in de gestelde vraag. Op basis van de contacten met Japan bestond bij mij de indruk dat dit een wezenlijk andere rechtsvorm betreft dan de «Tokumei Kumiai's».

Ter afsluiting, er is ook een serie vragen gesteld over eventuele invloed van Europees recht op dit Verdrag. Die vragen zien ook in belangrijke

mate op de antimisbruik-bepalingen. Ik heb er echter voor gekozen die vragen later in deze nota te behandelen als afzonderlijk onderwerp.

Arbitrage

Ten aanzien van arbitrage vragen de leden van de fractie van de SP zich af wie de arbitrage uitvoert indien een belastingplichtige daartoe het initiatief neemt en door wie de arbitrage wordt betaald.

In het Verdrag is in het vijfde lid van artikel 24 de mogelijkheid aan de belastingplichtige gegeven een beroep te doen op arbitrage. In artikel 12 van het Protocol wordt een aantal regels verder ingevuld met een uitwerking in de Nadere Overeenkomst met betrekking tot paragraaf 5 van artikel 24 van het Verdrag (hierna: de Overeenkomst) die op 1 september 2010 is gesloten met de Japanse Belastingdienst waarin de procedure rondom toekomstige belastingzaken is uitgewerkt (zie Bijlage I).

Afgesproken is dat een arbitragepanel zal bestaan uit drie arbiters waarbij zowel Nederland als Japan één arbiter benoemt, de derde arbiter wordt vervolgens benoemd door die twee arbiters; deze derde arbiter is tevens voorzitter. Dit panel zal de arbitrage uitvoeren waarbij de uitspraak is gebaseerd op de keuze van de meerderheid. De afspraken over de kostenverdeling zijn neergelegd in onderdeel (v) van subparagraaf b van artikel 12 van het Protocol en de Overeenkomst. Japan en Nederland dragen ieder zelf de kosten voor de eigen arbiter, alsmede de eigen kosten die worden gemaakt tijdens de arbitrageprocedure. Verder worden de kosten voor de derde arbiter en de overige kosten gelijkelijk verdeeld. Tot slot, diegene die om de arbitrageprocedure heeft verzocht zal zijn eigen kosten dragen. Dit zijn bijvoorbeeld reiskosten, kosten van voorbereiding en kosten voor een eventuele presentatie van zienswijzen.

Budgettaire gevolgen

De leden van de fractie van de SP vragen een onderbouwing van de verwachting dat de budgettaire aspecten per saldo neutraal zijn. In het verlengde hiervan vragen de leden van de fractie van de SP welke onderdelen van het verdrag hierbij zijn betrokken en hoe deze onderdelen zich tot elkaar verhouden. Bovendien vragen zij zich af wat de overheid misloopt door de verlaging van de bronheffing op dividenden. Met het sluiten van het Verdrag worden aan de ene kant internationale activiteiten van Nederlandse ondernemingen gestimuleerd en aan de andere kant worden ook investeringen van Japanse bedrijven in Nederland aantrekkelijk gemaakt. Op grond van de begrotingsregels worden de budgettaire gevolgen van fiscale beleidsmaatregelen, waaronder belastingverdragen, berekend en bepaald op grond van de huidige situatie (een «ex ante» berekening). Dit betekent dat de zogenoemde gedragseffecten, dat wil zeggen de transacties als gevolg van het belastingverdrag, buiten beschouwing blijven (de «ex post» effecten).

Het is niet mogelijk de budgettaire gevolgen van een belastingverdrag per onderdeel te kwantificeren, dit geldt ook voor de budgettaire aspecten op het onderdeel van het Verdrag dat betrekking heeft op dividenden, zoals de leden van de fractie van de SP verzoeken. Het Verdrag kent een veelvoud aan meestal per onderdeel beperkte wijzigingen, die afhankelijk van de situatie en van de nationale regels van het verdragsland dat het heffingsrecht krijgt, voordeliger of nadeliger uit kunnen pakken voor een belastingplichtige. Per saldo is de verwachting dat het voorliggende verdrag «ex ante» budgettair neutraal is. «Ex post» zal naar verwachting als gevolg van de beoogde positieve economische effecten het Verdrag wel een opbrengst voor de schatkist opleveren.

Koninkrijkspositie

De leden van de SP-fractie vragen of Japan zich heeft uitgelaten over het wel of niet aangaan van een belastingverdrag met de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) en of er zicht is op uitbreiding van het verdrag naar deze eilanden. In antwoord op de vragen van deze leden merk ik op dat Japan zich niet heeft uitgelaten over een eventuele uitbreiding van het Verdrag tot de BES-eilanden. De laatste inhoudelijke onderhandelingsronde met Japan vond plaats in december 2009. Op 18 december 2009 is bekend gemaakt dat overeenstemming over de inhoud van het Verdrag was bereikt. De overige onderhandelingsrondes vonden ruim voor dat tijdstip plaats. Ten tijde van de onderhandelingen kon slechts in voorspellende zin worden gesproken over de wijzigingen binnen het Koninkrijk en de nieuwe status van de BES-eilanden binnen het land Nederland. Vanzelfsprekend is in zijn algemeenheid wel met Japan overeengekomen dat het Verdrag op grond van artikel 28 kan worden uitgebreid tot de delen van het Koninkrijk der Nederlanden buiten «Europees Nederland». Voor de BES-eilanden is daar gezien de beperkte economische betrekkingen tussen de BES-eilanden en Japan nog geen initiatief toe ontplooid. Voor Aruba, Curaçao en Sint Maarten als fiscaal autonome gebieden bestaat zelf de keuze contact met Japan te zoeken (waarbij Nederland desgevraagd ondersteuning zal bieden). Of Japan vervolgens interesse heeft voor onderhandelingen over een partieel of volledig verdrag met de laatstgenoemde drie landen van ons Koninkrijk is een door Japan te maken keuze.

Overig

De leden van de fractie, van de VVD en de PvdA vragen mij gemotiveerd aan te geven op welke punten het Verdrag afwijkt van de uitgangspunten die staan beschreven in de notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011 en of de notitie nog tot wijzigingen in het Verdrag heeft geleid. De onderhandelingen die hebben geleid tot het Voorliggende Verdrag zijn circa tien jaar geleden gestart. De totstandkoming van het Verdrag is het resultaat van een groot aantal besprekingen. De contouren van het verdragsbeleid zoals neergelegd in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna: NFV 2011) werden gevormd in de periode dat de onderhandelingen tussen Nederland en Japan zich in de eindfase bevonden. Het Verdrag is geparafeerd in december 2009 en in augustus 2010 ondertekend. In deze periode werd ook gewerkt aan afronding van de NFV 2011. Zo is met de NFV 2011 in gedachten – met name in de afrondende fase – met Japan onderhandeld en hebben de onderhandelingen met de diverse landen, waaronder ook Japan, weer inbreng geleverd voor het opstellen van de beleidsmatige uitgangspunten in de NFV 2011. In die zin is er sprake van wederzijdse beïnvloeding. Het is ook zo dat een groot aantal bepalingen (gedeeltelijk) is overeengekomen vóór de totstandkoming van de NFV 2011 aangezien het Verdrag vorm heeft gekregen gedurende de afgelopen tien jaar. In de beginfase heeft dan ook de voorganger van de NFV 2011 als leidraad voor de onderhandelingen gediend. De NFV 2011 beschrijft de kerninzet en de wijze waarop aan deze kerninzet invulling kan worden gegeven. De invulling is tevens afhankelijk van economische omstandigheden en internationale fiscale ontwikkelingen die bijvoorbeeld hun weerslag vinden in aanpassingen van het OESO-modelverdrag. In een aantal van de hierna genoemde onderwerpen komt ook nadrukkelijk aan de orde waar en, zo ja, in welke mate in het kader van het behalen van een onderhandelingsresultaat dat voor beide partijen bevredigend is, afwijkingen van het Nederlandse ideaalbeeld zijn geaccepteerd.

Inwonerschap

Een goed voorbeeld van een onderwerp dat in het NFV 2011 aandacht heeft gekregen, maar in het Verdrag en de onderhandelingen daaraan voorafgaand nauwelijks een rol heeft gespeeld betreft de discussie over het woonplaatsartikel wat betreft het inwonerschap als zodanig en in het bijzonder het vereiste van onderworpenheid. Het Verdrag bevat een woonplaatsartikel dat is gebaseerd op artikel 4 van het OESO-modelverdrag. Voor inwonerschap van één van de staten is dan vereist dat de desbetreffende persoon aan een belasting naar het inkomen is onderworpen. Het OESO-commentaar op artikel 4 van het OESO-modelverdrag sluit aan bij de verschillende vormen van persoonlijke verbondenheid met een staat die in de nationale wetten de basis vormen voor een «comprehensive taxation (full liability to tax)». De Hoge Raad lijkt van oordeel¹ te zijn dat indien een verdrag bepaalde vrijgestelde lichamen uitdrukkelijk als verdragsinwoner aanmerkt, andere vrijgestelde lichamen niet als verdragsinwoner in aanmerking komen. Uit het arrest kan evenwel niet met zekerheid worden afgeleid hoe de Hoge Raad zou oordelen over vrijgestelde lichamen onder een verdrag met een woonplaatsartikel overeenkomstig artikel 4 OESO-modelverdrag, derhalve zonder dat dit bepaalde vrijgestelde lichamen uitdrukkelijk als inwoner bestempelt. Het desbetreffende arrest is gewezen in de periode dat het verdrag met Japan is geparafeerd. Dit arrest heeft dus geen invloed gehad op de bepalingen ten aanzien van verdragsinwonerschap en onderworpenheid. In de NFV 2011 is wél aandacht besteed aan de gevolgen van het arrest. In de discussies omtrent de NFV 2011 is uitgesproken dat (subjectieve) vrijstellingen niet afdoen aan de voor verdragsinwonerschap vereiste onderworpenheid. In artikel 4, eerste lid, onderdeel b en c, van het Verdrag, met een nadere uitwerking in de briefwisseling, is overigens ook expliciet opgenomen dat pensioenfondsen en charitatieve instellingen als verdragsinwoner worden aangemerkt. Deze briefwisseling is, in de overeengekomen Engelse versie, als bijlage II bij deze nota toegevoegd.²

Pensioenen

Verder is in het Verdrag ten aanzien van pensioenen een bepaling overeengekomen die overeenstemt met de Nederlandse praktijk zoals die doorgaans in het eerste decennium van deze eeuw in verdragsonderhandelingen is toegepast. Bij dat onderwerp is derhalve ook nog niet rekening gehouden met het beleid dat uit de discussie met het parlement rondom NFV 2011 voortvloeit. Voor pensioenen, uitkeringen betaald ingevolge een socialezekerheidsstelsel en lijfrenten geldt in beginsel een woonstaathelling volgens het Verdrag. Deze inkomsten mogen echter ook in de bronstaat worden belast, maar alleen als in de woonstaat geen adequate belastingheffing plaatsvindt.

In de NFV 2011 is aangegeven dat Nederland streeft naar het overeenkomen van bronstaathelling voor gefacilieerd opgebouwd pensioen, onafhankelijk van de fiscale behandeling van de pensioenen in de (nieuwe) woonstaat van de pensioengerechtigde.

Europees recht

Naast de bovengenoemde punten die afwijken van de uitgangspunten zoals geformuleerd in de NFV 2011 en daarom op verzoek van de leden van de verschillende fracties hierboven zijn besproken, is van verschillende kanten aandacht gevraagd voor de verhouding tussen het Verdrag en het Europese recht.

De leden van de VVD-fractie vragen of het juist is dat een aantal bepalingen van het Verdrag mogelijk in strijd zou zijn met het Europese recht. De leden vernemen graag de zienswijze van de regering op dit punt

¹ HR 4 december 2009, nr. 07/10383, V-N 2009/63.17.

² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

en verwijzen ook naar de aandacht die de NOB aan dit onderwerp heeft gegeven.

Het is al jarenlang van groot belang om ook ten aanzien van de directe belastingen stil te staan bij de invloed van het Unierecht. Daar wordt dan primair gedacht aan de vier vrijheden zoals die tegenwoordig staan opgenomen in art. 45, 49, 56 en 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en aan de staatssteunregels uit de artikelen 107 en volgende van laatstgenoemd verdrag. De NOB veronderstelt in haar commentaar in het bijzonder dat in een aantal onderdelen van vooral de LOB-bepaling wellicht onvoldoende met de Europese regels rekening zou zijn gehouden. De NOB wijst erop dat zowel Nederland zelf als Frankrijk in hun belastingverdragen met de Verenigde Staten verder zijn gegaan met pogingen meer rekening te houden met EU-aspecten. In de vraag over de werking van het Unierecht zit een theoretische en een praktische dimensie. De praktische dimensie bestaat uit een onderdeel dat ziet op de onderhandelingen als zodanig en een ander onderdeel dat ziet op de feitelijk denkbare gevolgen van eventuele strijdigheid van het Verdrag op onderdelen met het Unierecht.

Bij de theoretische dimensie past om te beginnen de opmerking dat allerminst zeker is of en in welke mate Unierecht invloed heeft op bilaterale belastingverdragen. De invloed van het Unierecht op veel gebieden, inclusief bilaterale belastingverdragen, wordt door de regering zeker niet onderschat en het is daarbij een ontwikkeling die doorlopend in het oog wordt gehouden. Of Unierecht wezenlijke invloed kan hebben op bilaterale belastingverdragen is echter niet zeker. De NOB wijst op de zogenoemde «Open Sky»-arresten van het Hof van Justitie (HvJ EU 5 november 2002 in de arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-466/98 en anderen, alsmede HvJ 14 oktober 2004, C-299/02, Commissie/Nederland en HvJ 27 april 2007, zaak C-523/04, Commissie/Nederland). De relevantie van het arrest van 14 oktober 2004 lijkt mij beperkt voor de voorliggende vraag, aangezien dit arrest ziet op de beoordeling van een nationale regeling in het licht van de Unievrijheden en niet op een wederkerige regeling gesloten met een derde staat. Voorts is voor discussie vatbaar of de andere arresten waar de NOB op wijst van invloed zijn op individuele bilaterale belastingverdragen van EU-lidstaten met derde staten. In deze arresten werden bilaterale luchtvaartovereenkomsten met de Verenigde Staten getoetst aan het EU-recht. Op dit terrein bezit de Unie echter eigen externe bevoegdheden terwijl ten aanzien van het vaststellen van de verdelingscriteria van de heffingsbevoegdheid gericht op de afschaffing van dubbele belasting de lidstaten bij gebreke van Uniemaatregelen volgens vaste rechtspraak van het HvJ¹ nog steeds zelfstandig bevoegd zijn. Daarnaast kan worden gewezen op het arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* dat specifiek is gewezen ten aanzien van een bilateraal belastingverdrag. In dit arrest boog het HvJ zich over het dividendartikel in het belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk van 1980. Krachtens dit dividendartikel kunnen in Nederland gevestigde vennootschappen jegens het Verenigd Koninkrijk aanspraak maken op een belastingkrediet. Kort gezegd zijn van dit voordeel volgens dit artikel uitgesloten vennootschappen die ingezetenen zijn van derde staten maar ook vennootschappen die ingezetenen zijn van Nederland waarover de zeggenschap direct dan wel indirect in handen is van vennootschappen gevestigd buiten Nederland of het Verenigd Koninkrijk. In zijn arrest overweegt het HvJ met verwijzing naar zijn arrest in de D-zaak dat het EU-recht zich niet verzet tegen een dergelijke clause. Volgens het HvJ kan een dergelijk voordeel namelijk niet los worden gekoppeld van de rest van het verdrag aangezien het daarvan integrerend deel uitmaakt en tot het algehele evenwicht bijdraagt. Dit brengt mij tot de conclusie dat uit deze specifieke, in de voetnoot genoemde, fiscale arresten valt af te leiden dat Unierecht slechts een beperkte invloed op bilaterale belastingverdragen heeft. Ook het

¹ O.a. HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96, Gilly, Jur. blz. I-2793; 5 juli 2005, zaak C-376/03, D, Jur. blz. I-85821; en 12 december 2006, zaak C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Jur. blz. I-11673, r.o. 81.

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zelf is naar mijn mening nergens gebaseerd op de veronderstelling dat de regels daarin wezenlijk afbreuk zouden doen aan bilaterale belastingverdragen in zijn algemeenheid en die tussen EU-lidstaten en derden staten in het bijzonder. Vooralsnog ga ik er van uit dat Unierecht slechts beperkte invloed heeft op belastingverdragen en dat ook alle onderdelen van het Verdrag de Europese toets kunnen doorstaan.

Dat brengt mij tot de twee praktische aspecten aan dit discussiepunt. Ten eerste verdient nadrukkelijk bevestiging dat tijdens de onderhandelingen juist ook op een aanzienlijk aantal van de onderdelen die de NOB noemt, door Nederland van Japan meer concessies zijn gevraagd waarbij dan bij voorkeur de verwijzingen in de verdragsvoorwaarden niet alleen een beperkt aantal Europese landen zouden moeten regaderen, maar het hele scala Europese landen. De reactie van Japan (en overigens ook van andere niet-Europese landen indien daarmee wordt onderhandeld) op dat verzoek is echter voorspelbaar. Hoewel begrip tonen bij de diplomatieke verhoudingen tijdens verdragsonderhandelingen past, zal een land als Japan er toch primair op wijzen dat Nederland lid is van de Europese Unie en Japan niet. Daarbij is Nederland fiscaal binnen de Europese Unie autonoom bevoegd tot het sluiten van verdragen in de verhouding tussen in casu Nederland en Japan. Een land als Japan heeft dus weinig boodschap aan Unierecht en zal de mate van zijn tegemoetkomingen in de Verdragstekst beperken tot die toevoegingen waar Japan zich comfortabel bij voelt. Derde staten willen daarbij in hun bilaterale onderhandelingen met EU-lidstaten voorkomen dat zij door heffingsrechten op te geven in het betreffende bilaterale verdrag, per saldo (direct of indirect) heffingsrechten opgeven ten faveure van (onderdanen van) ook andere lidstaten, waar bovendien mogelijk gunstiger regimes gelden. Het is dan ook onjuist om te denken, dat derde staten als Japan bereid zouden zijn dezelfde verdragsvoordelen aan een bredere kring van personen te geven. De enige alternatieven zouden zijn het overeenkomen van een minder gunstig verdrag(svoordeel) voor een bredere kring van voordeelgerechtigden of het niet overeenkomen van een (nieuw) verdrag. Zouden Nederland en overige EU-lidstaten, al dan niet noodgedwongen, kiezen voor één van deze alternatieven, dan is de interne markt daar minder bij gebaat. Los van de EU-rechtelijke aspecten speelt bovendien ook de vraag in hoeverre het uiteindelijk politiek en praktisch wenselijk is dat Nederland tijdens onderhandelingen op allerlei onderdelen min of meer ten behoeve van andere Europese staten concessies aan de verdragspartner vraagt, terwijl er nauwelijks waarborgen bestaan om te zorgen dat andere lidstaten hetzelfde doen ten behoeve van Nederland. Concluderend voor wat dit eerste praktische argument betreft, is het derhalve zo dat niet-Europese landen als uitgangspunt kiezen in onderhandelingen met Nederland, dat zij onderhandelen met een fiscaal autonoom land en dat zij zich als niet-Europees land niets gelegen hoeven te laten liggen aan Europees recht.

Het tweede praktische punt wordt door de NOB, naar het zich laat aanzien, ook onderkend. Het is maar de vraag hoe ernstig de gevolgen van eventuele strijdigheid met Unierecht in concrete gevallen zouden zijn. Waar het specifiek de toepassing van de LOB-bepaling betreft, zou dan kennelijk gedacht moeten worden aan situaties waarbij bijvoorbeeld Japan een Nederlandse ontvanger van Japanse inkomsten geen verdragsvoordelen wil geven omdat die Nederlandse ontvanger niet aan één van de verschillende mogelijk met het Unierecht strijdige voorwaarden voldoet. Die categorie gevallen lijkt echter niet heel groot. Daar komt nog bij dat als de Nederlandse ontvanger niet kwalificeert onder één van de toetsen van het artikel, diezelfde Nederlandse ontvanger mogelijk wel kwalificeert onder één van de andere uitgewerkte toetsen in het artikel. Als zelfs dat niet het geval zou zijn, geldt echter ten slotte nog dat die Nederlandse ontvanger eventueel de verdragsvoordelen toegekend kan

krijgen door middel van de vangnetbepaling van art. 21, zevende lid, van het Verdrag (zoals de NOB ook aangeeft), waarbij ook nog geldt dat Japan voor een eventuele weigering om de vangnetbepaling toe te passen in ieder geval contact zal zoeken met de Nederlandse bevoegde autoriteiten (zie onderdeel 4 van de briefwisseling bij ondertekening van het Verdrag zoals opgenomen in bijlage II). Aan de NOB kan worden toegegeven dat deze praktische benadering misschien niet alle Europeesrechtelijk theoretische onzekerheden opheft; het lijkt wel een remedie te zijn voor het overgrote deel van de gevallen waarin Unierecht eventueel tot bezwaren tegen onderdelen van bepaalde verdragsbepalingen zou kunnen leiden. Tot slot zou ik willen opmerken dat al ten tijde van de totstandkoming van het nu bijna 20 jaar oude belastingverdrag met de Verenigde Staten werd betoogd dat de daarin opgenomen «LOB»-bepaling onverenigbaar zou zijn met het Unierecht. Tot op heden is deze bepaling echter nog geen aanleiding geweest voor een inbreukprocedure of voor schadevergoedingsacties voor de Nederlandse rechter. Evenmin heeft een dergelijke discussie, voor zover mij bekend, in andere Europese landen tot wezenlijke problemen voor de overheid geleid.

Artikelsgewijs

Algemene begripsbepalingen (artikel 3 juncto artikel 1 van het Protocol juncto artikel 1 van de Briefwisseling)

De leden van de fractie van de SP vragen zich af wat wordt bedoeld met de toelichting dat volgens Japanse regelgeving in beperkte mate belasting mag worden geheven over het kapitaal van pensioenfondsen en waarom dat geen afbreuk doet aan het vrijgesteld zijn van belastingen. Het al dan niet opleggen van (lokale) heffingen door een staat, in dit geval de in artikel 1 van het Protocol omschreven Japanse belasting, raakt daarmee niet de beoordeling of het in Japan gevestigde pensioenfonds van belasting is vrijgesteld in de zin van art. 3 van het Verdrag. Van belang is de vraag of sprake is van een vrijstelling van belasting naar het inkomen. Dit is nogmaals expliciet opgenomen in artikel 1 van het Protocol bij het Verdrag. Overigens is de lokale heffing die Japan oplegde inmiddels uitgesteld vanwege de economische situatie en de negatieve gevolgen voor de Japanse pensioenfondsen.

Belastingen waarop het Verdrag van toepassing is (artikel 2)

De NOB maakt in haar brief een opmerking over de vraag of eindheffing en pseudo-eindheffingbestanddelen onder het Verdrag vallen. De NOB erkent overigens dat in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 in onderdeel 2.11.1 aandacht is gegeven aan de relatie tussen eindheffingen etc. en belastingverdragen. In het bijzonder vraagt de NOB naar art. 32bb Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en naar ik veronderstel tevens art. 31, 32ba en 32bc Wet LB 1964. Daarvoor geldt dat in hoeverre in concrete gevallen deze eindheffingen kunnen worden geëffectueerd afhangt van het van toepassing zijnde verdrag. Of de heffing onder het Verdrag aan Nederland of Japan toekomt, is een bijzonder casuïstische vraag die per geval moet worden bekeken. Een rol kan spelen of de vertrekvergoeding al dan niet bestaat uit een bedrag dat is afgestemd op en strekt tot voorziening in het levensonderhoud vanaf het ontslag tot aan de aanvang van het pensioen en in welke mate het land waarheen is geëmigreerd de vergoeding belast (gewezen wordt op de tekst van art. 17 van het Verdrag). Mocht in de toekomst blijken dat in een concreet geval dubbele belastingheffing dreigt, dan zal door middel van een onderling overlegprocedure een oplossing kunnen worden gevonden. Vervolgens vraagt de NOB hoe Japan tegen de vermogensrendementsheffing aankijkt. Met Japan is in het kader van de onderhandelingen

uiteraard aan de orde geweest hoe de wederzijdse belastingstelsels op hoofdlijnen zijn vormgegeven. Daarbij is het Nederlandse inkomstenbelastingstelsel toegelicht en is van Nederlandse zijde uiteengezet hoe de box III heffing is vormgegeven, zoals dat in de Nederlandse verdragsonderhandelingen al sinds de invoering van de Wet IB 2001 gebruikelijk is. Van Japanse zijde is geen signaal gekomen dat men zou aarzelen bij het erkennen van deze heffing als inkomstenbelasting. Bovendien heeft het ministerie evenmin een dergelijk signaal ontvangen met betrekking tot de toepassing van het bestaande belastingverdrag met Japan.

Algemene begripsbepalingen (artikel 3 juncto artikel 1 van het Protocol juncto artikel 1 van de Briefwisseling)

Art. 3, eerste lid, onderdeel I, van het Verdrag geeft een definitie van het begrip «business» waaronder valt «the performance of professional services and of other activities of an independent character». De NOB vraagt of onder de definitie van «business» ook overige werkzaamheden in de zin van art. 3.90 en in het bijzonder de terbeschikkingstellingsregels van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 kunnen vallen. Voor de kwalificatie onder een verdrag van inkomsten zal van geval tot geval moeten worden gekeken naar de bron van inkomsten en de kwaliteit van de ontvanger daarvan. Een algemeen antwoord hierop is daarom niet mogelijk. Als een «freelancer» in het verlengde van dergelijke «freelance»-werkzaamheden ook in enige mate vermogensbestanddelen ter beschikking stelt, is aannemelijk dat het samenhangende geheel van activiteiten als «business» wordt gezien in voornoemde zin. In andere situaties is daarentegen goed denkbaar dat het artikel dat ziet op een specifieke inkomstenbron voorgaat ten aanzien van de specifieke inkomsten op het winst uit ondernemingsartikel (waarin de toewijzingsregels voor «business»-inkomsten zijn opgenomen). Dit volgt uit art. 7, zevende lid, van het Verdrag.

Woonplaats (artikel 4)

De leden van de fractie van de VVD merken op dat in plaats van «plaats van werkelijke leiding» het begrip «place of head or main office» is opgenomen en vragen om een toelichting wat betreft de juridische uitleg in beide landen en de eventuele fiscale gevolgen van dit verschil. Japan heeft bij het OESO-modelverdrag bij alle artikelen die verwijzen naar «place of effective management» een voorbehoud gemaakt. Japan heeft dan ook conform het voorbehoud bij het OESO-modelverdrag tijdens de onderhandelingen aangegeven dat deze term niet wordt gebruikt door Japan en dat het land daarvoor de term «place of head or main office» bezigt. Echter, er wordt geen verschil beoogd ten opzichte van de voor Nederland (en nagenoeg alle andere OESO landen) gebruikelijke terminologie van «werkelijke leiding». Hierbij wordt rekening gehouden met diverse factoren waaronder de vragen in welke staat de raad van bestuur vergadert, waar het senior management haar taken uitvoert, waar het dagelijkse bestuur plaatsvindt, waar het hoofdkantoor is gevestigd en waar de administratie wordt gevoerd.

De NOB vraagt zich af of de invulling die de Hoge Raad in het arrest van 14 oktober 2005, nr. 41050, BNB 2006/97 aan de plaats van werkelijke leiding heeft gegeven met Japan is gecommuniceerd. Het antwoord daarop luidt ontkennend; dit arrest is tijdens de onderhandelingsronde niet expliciet met de Japanse onderhandelaars besproken. Aangezien dit arrest tijdens de onderhandelingen niet is besproken, houdt dit in dat zowel Japan als Nederland bij het eventueel moeten vaststellen van de verdragswoonplaats van een «dual resident» company aan zullen sluiten bij het commentaar op het OESO-modelverdrag bij art. 4, derde lid, van

dat modelverdrag, waarbij van Nederlandse zijde de mening daaromtrent van de Hoge Raad vanzelfsprekend in de argumentatie wordt betrokken. De NOB onderschrijft dat pensioenfondsen als ook religieuze en charitatieve instellingen uitdrukkelijk als inwoner worden aangemerkt in het Verdrag. De NOB geeft aan dat het aanbeveling zou verdienen om tevens aan te geven dat vrijgestelde beleggingsinstellingen en niet-ondernemende verenigingen en stichtingen als inwoners voor het Verdrag worden aangemerkt. Zoals eerder in deze nota aangegeven is het arrest van de Hoge Raad dat aanleiding gaf tot de uitvoerige discussie rondom inwonerschap (zowel in als in het verlengde van de NFV 2011) gewezen rond het tijdstip dat de onderhandelingen over het Verdrag werden afgerond. Om die reden is daarmee in het Verdrag nog geen rekening gehouden. Overigens moet in de praktijk nog blijken of zich problemen in de relatie met Japan zullen voordoen ten aanzien van vrijgestelde beleggingsinstellingen en niet-ondernemende verenigingen en stichtingen, mede in het licht van de vraag of grensoverschrijdende investeringen van dergelijke rechtsvormen in relatie met Japan wel aan de orde zijn, de verdragsvoordelen die daarbij zouden passen en de LOB-bepaling. De NOB vraagt of overleg met Japan heeft plaatsgevonden over de relatie tussen de Nederlandse regeling betreffende het Afgezonderd Particulier Vermogen (APV) en het fiscale stelsel van Japan. De wetgeving omtrent het Afgezonderd Particulier Vermogen is in werking getreden op 1 januari 2010. Gezien het feit dat de onderhandelingen over het Verdrag kort daarvoor werden afgerond, is de APV-regeling derhalve niet uitvoerig onderwerp van overleg geweest met Japan. Wel is met Japan in de loop van de onderhandelingen aan de orde geweest hoe de betrokken staten aankijken tegen mogelijkheden om vermogen af te zonderen in derde staten («belastingparadijzen»). Nationale en verdragsantimisbruikregels zijn met Japan vanzelfsprekend besproken en hebben tot de ook in deze nota besproken antisimisbruikregels in het verdrag geleid.

De NOB vraagt of met Japan een regeling tot stand kan worden gebracht waarin de transparantie van een besloten fonds voor gemene rekening wordt vastgelegd. Nederland streeft er inderdaad naar om een dergelijke regeling met zoveel mogelijk landen tot stand te brengen omdat het extra zekerheid geeft aan de financiële sector in Nederland over de verdragstoepassing ten aanzien van het besloten fonds voor gemene rekening als «asset pooling» vehikel. Waar Nederland naar streeft, is dat het andere land de transparantie van een dergelijk fonds erkent en daarbij bevestigt dat de achterliggende participant wel verdragsvoordelen kan invoeren ten aanzien van de beleggingsinkomsten die worden verkregen. Desgewenst zou dat invoeren van die verdragsvoordelen dan moeten kunnen worden gedaan door een beheerder van het fonds namens die achterliggende participanten. Met een aantal landen heeft Nederland een dergelijke overeenstemming al openbaar gemaakt (Canada, Denemarken, het Verenigd Koninkrijk). Met Japan is deze kwestie besproken. Hoewel noch het Japanse ministerie, noch de Japanse belastingdienst de transparantie van het besloten fonds voor gemene rekening ten principale lijkt te betwisten, wil Japan voornamelijk niet meewerken aan formele vastlegging dat ieder fonds als transparant wordt gezien. Het past niet bij de Japanse werkwijze om vooraf in algemene zin zekerheid te geven over erkenning van transparantie voor de besloten fondsen voor gemene rekening. Zodra Japan toch bereidheid zou tonen dergelijke algemene afspraken te maken, zal Nederland verzoeken om de vastlegging van deze afspraken. Japan heeft aangegeven via de gebruikelijke wegen zoals onderling overleg ernaar te willen streven eventuele problemen bij specifieke gevallen te willen oplossen.

De NOB wijst op de hybride situaties waarvoor een regeling is getroffen in art. 4, vijfde lid, onderdeel d en e van het Verdrag. Juist daar kan de NOB

zich een variant voorstellen waarbij een bepaalde mate van verdragsge-rechtigdheid gepast zou zijn (en misschien niet door het verdrag expliciet zou worden gegund) als een dooruitdeling van een bepaalde grensover-schrijdende inkomstenstroom in hetzelfde jaar of een later jaar plaats-vindt. Het is mijns inziens een gegeven dat een verdrag niet alle denkbare gevallen kan dekken waar kwalificatieverschillen aan de orde zouden kunnen komen. In het Verdrag met Japan is een in verhouding tot veel andere verdragen aanzienlijke hoeveelheid aanvullende regels opgeno-men. Dat neemt (inderdaad) niet weg dat nog andere varianten denkbaar zijn, waarbij onzekerheid over het toekennen van verdragsvoordelen zou kunnen ontstaan. Het is de vanzelfsprekende intentie van Japan en Nederland om verdragsvoordelen, het voorkomen van dubbele belasting in het bijzonder, toe te kennen waar mogelijk en gepast. Als er situaties zijn waar zich dubbele belasting voordoet ondanks het Verdrag is het passende instrument om daarvoor een oplossing te vinden opgenomen in de onderlinge overlegprocedure van artikel 24. Een extra waarborg dat oplossingen zullen worden gevonden, is daarnaast nog voorzien in het Verdrag voor die gevallen waarin op grond van het vijfde lid van laatstgenoemd artikel arbitrage mogelijk is. Waar zich in de praktijk in de toekomst dus een probleem voordoet in lijn van hetgeen de NOB suggereert, veronderstel ik dat een passende oplossing die recht doet aan doel en strekking van het Verdrag ook tot stand kan worden gebracht. Waar het eventueel in de toekomst een bredere groep gevallen zou betreffen, is aanvullend een generieke regeling denkbaar. Vooralsnog lijkt dat op basis van de huidige signalen uit de praktijk echter niet aan de orde.

Inkomsten uit onroerende zaken (artikel 6 en artikel 2 van het Protocol)

De NOB constateert dat in art. 2 van het Protocol is vastgelegd dat rechten tot exploitatie en exploratie van natuurlijke rijkdommen in de zeebodem als onroerende zaak worden beschouwd. De NOB vraagt zich af waarom, in overeenstemming met de letterlijke bepalingen in de regels voor de buitenlandse belastingplicht in de inkomsten- en de vennootschapsbe-lasting, de definitie in het Protocol niet mede omvat de opwekking van energie uit het water, de stromen en de winden of rechten waaraan deze zijn onderworpen. De NOB heeft gelijk dat de categorie van met name vergunninghouders ten aanzien van in Nederland aanwezige natuurlijke rijkdommen in de Protocoltekst in enige mate anders is omschreven dan in de wettekst van in het bijzonder artikel 7.2, zesde lid, Wet IB 2001 en artikel 17a, eerste lid, onderdeel a, onderdeel 2, Wet op de Vennoot-schapsbelasting (Wet VPB 1969). Ik wijs er wel op dat de passage waar de NOB op doelt de frase omvat «waaronder ook wordt gerekend de opwekking van energie uit het water» etc. Om die reden ben ik van mening dat de verdragsteksten en de teksten in de nationale wet niet materieel van elkaar afwijken. Hoewel nader uitschrijven in een Verdrag altijd een optie is, moet worden bedacht dat het andere onderhandelende land vaak met enige aarzeling zal kijken naar iedere verdere uitwerking gebaseerd op eenzijdig opnemen van nationale wetteksten in een verdrag, voor zover dat afwijkt van de tekst van het OESO-modelverdrag.

Vervoer per schip en via de lucht (artikel 8)

De leden van de fractie van de VVD vragen aandacht voor de formulering in art. 8 waarin wordt aangegeven dat voordelen uit de exploitatie van schepen of luchtvaartuigen in internationaal verkeer door een onder-neming van een verdragsluitende staat slechts in die staat belastbaar zijn. Japan en Nederland hebben tijdens de onderhandelingen gekozen om de tekst te gebruiken die als alternatief wordt aangeboden in het commen-taar bij het OESO-modelverdrag. Beide landen konden zich daarin vinden.

In het commentaar bij het Verdrag verzoeken de leden van verschillende fracties om een reactie op de opmerkingen van de NOB, die onder verwijzing naar het OESO-modelverdrag en art. 3, eerste lid, onderheel h, van het Verdrag om een nadere toelichting vraagt. Scheep- en luchtvaartwinst wordt in praktisch elk verdrag afzonderlijk geregeld. In afwijking van andere winst is in het internationaal verkeer behaalde scheep- en luchtvaartwinst in het algemeen slechts belastbaar in de staat waar zich de plaats van de werkelijke leiding van de onderneming bevindt, ook al wordt elders winst behaald met behulp van een vaste inrichting. Sommige verdragen geven het uitsluitende heffingsrecht niet aan de staat van de werkelijke leiding maar aan de woon- of vestigingsstaat van de ondernemer. Zoals hiervoor aangegeven is in het Verdrag gekozen voor toewijzing op basis van de woonstaat van de ondernemer. Een dergelijke formulering is tevens opgenomen in het verdrag met de VS en het verdrag met het VK. Met deze bepaling is voor het grootste deel van de denkbare gevallen geen afwijkende betekenis of toewijzing beoogd.

Dividenden (artikel 10 juncto artikel 5 van het Protocol)

De leden van de CDA-fractie vragen of in Japan dividendinkomsten geheel worden vrijgesteld of dat het slechts om 95% gaat. De regel in art. 22, tweede lid, van het Verdrag, waarin Japan de door dat land toegepaste wijze van voorkoming nader specificeert, beoogt inderdaad in al de daar specifiek omschreven gevallen vrijstelling te geven tot het percentage dat volgens Japans nationaal recht gebruikelijk is en dan wel vanaf een bezitspercentage van 10%. Dat betekent dus niet dat voor de volledige 100%, maar (slechts) voor 95% van de opbrengst in deelnemingsverhoudingen vrijstelling wordt gegeven door Japan. In aanvulling op Japans nationaal recht wordt door deze bepaling vrijstelling gegeven tot de genoemde 95% in situaties waarbij het bezit van aandelen tussen de 10 en 25% bedraagt. Het bezitspercentage van 25% wordt immers, voor zover ik heb begrepen, in het Japanse nationale recht als ondergrens gehanteerd. De NOB constateert dat een pensioenfonds in aanmerking komt voor een vrijstelling van bronbelasting op dividend en op interest. Ook constateert de NOB dat een pensioenfonds in art. 21 van het Verdrag als gekwalificeerd persoon wordt aangemerkt. De NOB vraagt vervolgens of kan worden verduidelijkt of de vrijstelling van bronbelasting en de kwalificatie in art. 21 slechts van toepassing zijn op een dergelijk pensioenfonds zelf of ook voor (inkomsten uit) aandelenbelangen en schuldvorderingen en andere verdragsvoordelen indien en voor zover deze worden gehouden door of gerealiseerd via een entiteit waarin het pensioenfonds direct of indirect een 100% belang heeft. De exacte casus waaraan de NOB hier denkt, wordt mij op basis van de vraagstelling niet helemaal helder. Vanuit dat perspectief past mij slechts aan te geven dat in beginsel uiteraard de tekst van het Verdrag leidend is. Wanneer vervolgens een casus aan de orde komt waar vrijstelling van bronbelasting lijkt te passen bij doel en strekking van het Verdrag maar niet letterlijk uit de tekst volgt, is een beroep op onderling overleg volgens art. 24, eerste lid, wellicht nog mogelijk als naar de mening van de belastingplichtige sprake zou zijn van belastingheffing die niet in overeenstemming is met de bepalingen van dit Verdrag. Ik maak uit de vraag van de NOB wel op dat men het oog heeft op situaties waarbij een pensioenfonds participeert in een afzonderlijke rechtspersoon die niet een pensioenfonds is volgens de Verdragsdefinities. Uitgangspunt voor de situaties waarin de bronstaat bronbelasting achterwege moet laten op grond van art. 10, derde lid, onderdeel b, en art. 11, derde lid, onderdeel d, is dat de ontvanger zelf een pensioenfonds is.

In artikel 11, derde lid, onderdeel c, wordt een vrijstelling van bronbelasting gegeven aan onder andere «securities companies». In de Memorie van Toelichting is dat vertaald als «effectenmakelaar». De NOB verzoekt of enige verduidelijking mogelijk is. Tijdens de onderhandelingen zocht Nederland, in overeenstemming met het Nederlandse beleid, naar zo ruim mogelijke vrijstellingen van bronbelasting op interest. Japan was bereid die te geven voor onder andere ook de genoemde «securities companies». Dat aanbod van Japan is door Nederland vervolgens aanvaard. Daarbij is reeds aan de orde gesteld wat beide landen onder een «securities company» verstaan. Van Japanse zijde is benadrukt dat Japan indachtig de interpretatieregel van artikel 3, tweede lid, van het Verdrag uitgaat van het Japanse begrip. Daarbij heeft Japan desgevraagd aangegeven te denken aan zogenoemde «brokers», hetgeen in de Memorie van Toelichting is vertaald als effectenmakelaars. Er is tijdens de onderhandelingen niet verder ingegaan op een nadere definitie van «brokers».

De NOB vraagt naar aanleiding van de tekst van art. 11, achtste lid (de «back-to-back»-bepaling), of een nadere uitleg mogelijk is over de begrippen «benefits» en «equivalent debt-claim». Voor een goed begrip moet in het oog worden gehouden dat Japan deze bepaling wenste. Japan beoogde daarmee duidelijke doorstroomsituaties te treffen. Voor die situaties wil Japan de verlaging van de bronbelasting in Japan (en dat is een «benefit») niet geven. Als een poging zou worden gedaan vast te leggen exact in welke situaties de lening in en de lening uit bij de Nederlandse ontvanger zodanig op elkaar lijken dat van ongeoorloofde doorstroom sprake is, ontstaan voor zowel Japan als Nederland risico's. Japan zou vrezen zich te zeer te beperken en daardoor de neiging kunnen hebben heel snel ongeoorloofde doorstroom te veronderstellen. Nederland zou als gevolg daarvan het risico lopen dat te vaak ongeoorloofde doorstroom wordt verondersteld, ook voor situaties waarin in Nederland wel degelijk wezenlijke betrokkenheid bij alle financieringsstromen aantoonbaar is. Om die redenen is er van afgezien gedetailleerde afspraken te maken en is tijdens de onderhandelingen geen specifiekere uitwerking van art. 11, achtste lid, overeengekomen (bijvoorbeeld niet over de door de NOB genoemde varianten met verschil tussen de ingeleende en uitgeleende bedragen, verschillen in rentepercentages, verschil in valuta en verschil in looptijd). In voorkomende gevallen is de mijns inziens voldoende stellig en voldoende beperkt geformuleerde verdragstekst doorslaggevend. Met het voorgaande is ook de vraag beantwoord hoe Japan dit punt ziet, waarbij ik er ten overvloede – zoals ook de NOB in andere vragen constateerde – op wijs dat Japan een vergelijkbare bepaling in de relatie met de Verenigde Staten reeds hanteert. Hetgeen hiervoor is opgemerkt, geldt mutatis mutandis ook voor vergelijkbare vragen die de NOB heeft gesteld ten aanzien van de «back-to-back»-bepaling in artikel 12, vijfde lid, over royaltystromen.

Vermogenswinsten (Artikel 13 juncto artikel 5 van het Protocol)

De NOB heeft enkele vragen gesteld over het vervreemdingswinst («capital gains») artikel, dat wil zeggen artikel 13 van het Verdrag. Twee van de vragen van de NOB zien op artikel 13, tweede lid. In dat artikellid wordt bij de vervreemding van aandelen in een lichaam waarvan de bezittingen voor een percentage van 50% uit onroerende zaken bestaan heffingsrecht aan de staat gegund waar dat onroerend goed zich bevindt. De NOB constateert terecht, onder verwijzing naar de NFV 2011, dat Nederland terughoudend staat tegenover het toekennen van heffingsrecht in dergelijke situaties aan de staat waar het onroerend goed van het lichaam zich bevindt. Andere landen hechten daar, mede vanwege artikel

13, vierde lid, van het OESO-modelverdrag wel veel waarde aan. Nederland ontkomt dus niet aan een dergelijke bepaling als het een verdrag wenst te sluiten. Bij verdragsonderhandelingen probeert Nederland de heffingsmogelijkheden voor de «situsstaat» zoveel mogelijk te beperken. De NOB constateert ook terecht dat op dat punt door Nederland met bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk in het recent in werking getreden verdrag een ander resultaat is bereikt dan met Japan in het Verdrag. Die variatie zal in toekomstige Nederlandse verdragen vaker zichtbaar zijn. Bij het verdrag met Japan signaleert de NOB dat Nederland tijdens de onderhandelingen Japan wel heeft kunnen overtuigen om in afwijking van het OESO-modelverdrag een uitzondering van situsstaat-heffing op te nemen voor vervreemding van aandelen in beursgenoteerde lichamen. Het is echter niet gelukt het relevante percentage aan onroerend goed te verhogen tot een aandeel boven de 50%.

De andere vraag van de NOB over artikel 13 ziet op het vijfde lid. Dat lid bepaalt dat voordelen verkregen door een inwoner van een verdragsluitende staat uit de vervreemding van schepen of luchtvaartuigen die door die inwoner in internationaal verkeer worden geëxploiteerd of van goederen, anders dan onroerende zaken, die worden gebruikt bij de exploitatie van deze schepen of luchtvaartuigen slechts belastbaar zijn in die eerder genoemde verdragsluitende staat. De NOB constateert terecht dat de formulering in enige mate afwijkt van de formulering in het OESO-modelverdrag die aansluit bij «place of effective management of the enterprise». Voor een nadere toelichting verwijs ik naar de vragen die in deze nota reeds zijn beantwoord ten aanzien van artikel 8 van het Verdrag. Daar is dezelfde formulering van de verdragstekst met betrekking tot scheep- en luchtvaart aan de orde als hier en is ook de relatie met artikel 3, eerste lid, onderdeel h, van het Verdrag benoemd. De tekst zoals die in het Verdrag is gekozen, is vanzelfsprekend leidend, maar de NOB suggereert, als ik het goed begrijp, terecht dat in veel gevallen de formulering over «een inwoner van een verdragsluitende staat» weliswaar afwijkt van de OESO-modelverdragtekst, maar dat met de Verdragstekst toch vaak het heffingsrecht aan dezelfde staat zal worden toegekend als het geval zou zijn indien OESO-conforme tekst in het Verdrag was gebruikt, waarbij de feitelijke leiding van de onderneming als criterium van belang zou zijn.

Inkomsten uit dienstbetrekking (artikel 14)

Ook naar aanleiding van artikel 14, derde lid, vraagt de NOB enige toelichting op het tekstuele verschil ten opzichte van het OESO-modelverdrag bij (in dit geval) het toewijzen van heffingsrecht over de beloningen verkregen ter zake van een dienstbetrekking door scheep- en luchtvaartpersoneel. Ik verwijs daarvoor naar de beantwoording die ik in deze nota verstrek ten aanzien van de vergelijkbare afwijkingen in artikel 8 en 13, vijfde lid, van het Verdrag.

Directeursbeloningen (artikel 15)

Artikel 15 geeft samengevat aan dat bestuurdersbeloningen verkregen door een inwoner van een verdragsluitende staat, in zijn hoedanigheid van bestuurder van een lichaam in de andere verdragsluitende staat, in die andere staat mogen worden belast. In artikel 7 van het Protocol wordt aangevuld dat het hier zowel om (dagelijks) bestuurders gaat als om commissarissen. De woorden «in zijn hoedanigheid van» brengen met zich dat de heffingsrechten over werkzaamheden als (regulier) werknemer – en niet als bestuurder – niet worden gerekend door artikel 15, maar door artikel 14. Dat laatste artikel is het algemene artikel over inkomsten uit dienstbetrekking. De NOB vraagt enige toelichting op dit onderscheid tussen werknemers- en bestuurdersactiviteiten. Om te beginnen wil ik

benadrukken dat de Nederlandse Belastingdienst niet, zoals de NOB suggereert, een zogenoemd attractiebeginsel hanteert. Het is derhalve niet zo dat de Nederlandse Belastingdienst voor de toepassing van OESO-conforme verdragen het standpunt inneemt dat bij (bijvoorbeeld) een in het buitenland wonende natuurlijke persoon die is aangesteld als bestuurder van een Nederlands lichaam, per definitie het gehele inkomen voor de toepassing van het in die verhouding relevante verdrag als bestuurdersbeloning wordt gezien. In een concreet geval kan het wel zo zijn dat de hele beloning voor een bepaalde natuurlijke persoon een bestuurdersbeloning is, maar dat is niet vanzelfsprekend het geval en moet blijken uit de relevante feiten en omstandigheden. Terecht constateert de NOB vervolgens (impliciet) dat internationaal tussen de autoriteiten van landen verschil van inzicht kan bestaan in concrete gevallen over de vraag welk deel van de beloning van een natuurlijke persoon bestuurders- en welk deel werknemersbeloning is. Er zijn landen die aan het bestuurdersartikel een beperkte reikwijdte toekennen, dat wil zeggen dat zij hetgeen in de hoedanigheid van bestuurder wordt ontvangen als heel beperkt inschatten. Het grootste deel van het salaris van een dergelijke persoon zullen die landen derhalve als inkomsten uit dienstbetrekking/als werknemer zien. Er zijn daarentegen ook landen die het werken in de hoedanigheid van bestuurder ruimer opvatten. Die discussie komt, zoals de NOB terecht constateert, bijvoorbeeld aan de orde bij (grensoverschrijdende) directeur groot-aandeelhouders, maar ook bij dagelijkse bestuurders van de grootste multinationals en elke variant daartussenin. Met name in vergelijking met enige Angelsaksische landen kan worden geconstateerd dat Nederland in ruimere mate beloningen als bestuurdersbeloning ziet en dus het bestuurders-artikel toepast. Hoe Japan in deze discussie staat, is tijdens de onderhandelingen niet expliciet aan de orde gesteld. Dat leek ook niet nodig nu een vergelijkbare formulering in het bestaande verdrag met Japan wordt gebruikt en dit niet tot discussie heeft geleid in de praktijk. Verondersteld mag dus worden dat in de relatie met Japan slechts in beperkte mate sprake is van natuurlijke personen die in het ene land wonen en bestuurder zijn voor een lichaam in het andere land en/of dat de Japanse en Nederlandse opvattingen hier niet in sterke mate uiteenlopen.

Pensioenen en lijfrenten (artikel 17, artikel 8 van het Protocol en artikel 3 van de Briefwisseling)

De leden van de fractie van het CDA vragen een toelichting op artikel 17 waar een woonstaatheffing is overeengekomen met de mogelijkheid voor de bronstaat om te heffen in geval de woonstaat het pensioeninkomen niet adequaat in de heffing betreft. De verduidelijking ziet met name op de toelichting die is opgenomen bij deze bepaling. In de memorie van toelichting bij het Verdrag is «substantially similar» vertaald met «in belangrijke mate», hetgeen onbedoeld voor verwarring zorgt. De Engelse verdragstekst is leidend. In het Verdrag is opgenomen dat sprake is van een adequate heffing als (i) inkomsten zijn onderworpen aan een belastingtarief dat nagenoeg vergelijkbaar («substantially similar») is met het belastingtarief voor inkomsten uit dienstbetrekking en (ii) ten minste 90 per cent van de desbetreffende betalingen in de belastinggrondslag worden begrepen. Om op het concrete voorbeeld van de leden van de CDA-fractie in te gaan: bij een naar Japan geëmigreerde Nederlander met een in Nederland opgebouwd pensioen geldt het volgende. Nederland kan over het pensioen heffen als het in Japan niet wordt belast volgens een belastingtarief dat «substantially similar» is aan het tarief dat Japan toepast op inkomen uit arbeid of als minder dan negentig procent van het pensioen in Japan in de belastinggrondslag wordt meegenomen. Dat

volgt, voor de goede orde, in het bijzonder uit onderdeel 3 van de briefwisseling ten tijde van het ondertekenen van het Verdrag. Met de in het Verdrag opgenomen regeling blijft het uitgangspunt van een uitsluitende woonstaatheffing, dat voor Japan zeer belangrijk is, intact zolang de woonstaat het pensioeninkomen adequaat in de heffing betreft, hetgeen ten tijde van de laatste onderhandelingsronde zeker het geval leek te zijn. Overigens kan ik aan de leden van de CDA-fractie ook bevestigen dat in die gevallen waarin op grond van de tekst van het Verdrag de bronstaat mag heffen, die bronstaat in geen enkel opzicht wordt belemmerd door de woonstaat. Het is dan aan de woonstaat om voorkoming van dubbele belasting te verlenen.

De NOB heeft twee vragen gesteld in relatie tot artikel 17. Ten eerste is het de NOB opgevallen dat de formulering iets anders is dan in andere verdragen zoals die de afgelopen jaren zijn gesloten en met name wijst de NOB op (ook in dit artikel) het gebruik van de formulering «uiteindelijk gerechtigd» zijn tot pensioen en lijfrenten. Het is inderdaad niet voor de hand liggend dat een ander dan de daartoe uiteindelijk gerechtigde een pensioen of lijfrente ontvangt. Het is echter ook niet geheel ondenkbaar dat een ander dan de uiteindelijk gerechtigde pensioen ontvangt, dat hij of zij vervolgens onmiddellijk doorbetaalt aan een ander die wel uiteindelijk gerechtigde is. Dan zou de Verdragstoewijzingsregel van artikel 17 alleen van toepassing zijn als de pensioenbetalende partij in de ene Verdragsluitende staat inwoner is en de uiteindelijk gerechtigde in de andere Verdragsluitende staat. Japan hechtte echter uit een oogpunt van consistentie aan ook in dit artikel het gebruik van «uiteindelijk gerechtigdheid» als criterium en Nederland kon daarmee instemmen, mede omdat het praktisch belang beperkt of zelfs afwezig lijkt te zullen zijn.

Ten tweede merkt de NOB op dat geen definitie is gegeven over wanneer (bijvoorbeeld) een pensioen wordt geacht afkomstig te zijn uit een van de staten. De NOB merkt op dat een dergelijke definitie wel is opgenomen in artikel 18, vierde lid, van het belastingverdrag tussen België en Nederland. De NOB constateert dat in verdragen sommige onderdelen juist wel of juist niet verder worden uitgewerkt. In de relatie met een land als België blijkt soms op grond van praktijkervaringen (of als gevolg van onderling overlegprocedures) dat extra uitwerking (in het bijzonder ook ten opzichte van het OESO-modelverdrag) gewenst kan zijn. Bij Japan speelden wezenlijke praktijkervaringen bijvoorbeeld op het punt van de grensoverschrijdende pensioenen in dit geval minder een rol vanwege de grotere geografische afstand tussen de staten.

Beperking van voordelen (artikel 21, artikelen 10 en 11 van het Protocol en artikel 4 van de briefwisseling)

De leden van de CDA-fractie vragen waarom een aantal Europese aandelenbeurzen niet genoemd zijn in het kader van de beurstoets van de beperking van voordelen. Aanvullend vraagt de fractie om er op aan te dringen dat ook de beurzen van Boedapest, Praag, Warschau en Athene worden erkend in het kader van artikel 21, achtste lid, onderdeel c, sub iv, van het Verdrag.

Voor een deel is deze vraag hiervoor beantwoord onder het onderdeel «overig» bij de discussie over eventuele strijdigheid van het Verdrag met Unierecht. Bij het opstellen van de kwalificerende beurzen in het voornoemde artikellid heeft Nederland (inderdaad) erop aangedrongen zoveel mogelijk actieve Europese beurzen mee te nemen. Japan stond daar meer terughoudend tegenover, maar had geen bezwaar tegen het opnemen van een bepaling (zoals hiervoor door de CDA-fractie genoemd) die de mogelijkheid biedt meer beurzen als kwalificerend aan te wijzen. Het belang zit er overigens in – samengevat – dat beursgenoteerde lichamen door de LOB-bepaling als gerechtigd tot verdragsvoordelen worden aangemerkt. Daar is, naast de beursnotering bij een in het

Verdrag genoemde beurs, ook voor nodig dat de voornaamste plaats van leiding en bestuur van het lichaam zich in de verdragssluitende staat bevindt waarvan het inwoner is. Het belang van de door de CDA-fractie gewenste uitbreiding van kwalificerende beurzen is dus relatief. Dat neemt niet weg dat het verzoek in beginsel mijn steun heeft. Zeker indien een concreet geval aan mij wordt voorgelegd zal ik met voortvarendheid aan de Japanse bevoegde autoriteiten het verzoek voorleggen om de desbetreffende beurs te erkennen in de zin van het in de vraag genoemde Verdragsartikel.

Vervolgens heeft de NOB nog een serie van veertien vragen gesteld die specifiek zien op (onderdelen van) de «LOB»-bepaling. Een belangrijk deel daarvan is hiervoor al beantwoord. In aanvulling daarop merk ik ter beantwoording van die vragen nog het volgende op.

Het is juist dat onderdelen van bijvoorbeeld artikel 21, tweede lid, onderdeel d, van het Verdrag afwijken van hetgeen staat vermeld in de «LOB»-bepaling die Japan met het Verenigd Koninkrijk is overeengekomen. Per saldo lijkt mij echter dat het Nederlandse resultaat de vergelijking met het Japanse verdrag met het Verenigd Koninkrijk goed kan doorstaan. Als voorbeeld kan dienen de extra voorwaarde waar de NOB naar verwijst in artikel 21, tweede lid, onderdeel d, (i) (aa) van het Verdrag ten opzichte van de regels in het verdrag tussen Japan en het Verenigd Koninkrijk. Tussen de onderdelen (aa) en (bb) staat immers het woord «of», zodat (slechts) aan één van de twee voorwaarden behoeft te worden voldaan.

De NOB vraagt naar aanleiding van de formulering «making or managing van investments for the resident's own account» in de activiteitentoets van artikel 21, vijfde lid, om nadere toelichting. In het bijzonder vraagt de NOB in hoeverre een specifiek genoemd Nederlands arrest behulpzaam is bij het nader preciseren van deze formulering. In de Memorie van Toelichting is aangegeven dat bij die formulering met name kan worden gedacht aan het voor eigen rekening beleggen of het beheren van beleggingen. Ik blijf graag bij de formulering die in de Memorie van Toelichting is gekozen. Ook hier geldt dat niet iedere verdragsformulering in het kader van verdragsonderhandelingen volledig valt uit te werken. Dat is niet mogelijk uit doelmatigheidsoverwegingen. Het is ook feitelijk niet mogelijk om iedere denkbare huidige en toekomstige praktijksituatie tot op de komma uit te schrijven. Met een zekere mate van abstractie in de formuleringen zal dus moeten worden geleefd. In mijns inziens behoorlijk grondige hoofdlijnen is duidelijk wat Japan en Nederland verstaan onder «making or managing van investments». Als zich een probleem in de toekomst zou voordoen, ligt voor de hand dat zowel Japan als Nederland in de discussie daaromtrent ieder een beroep zullen doen op relevante uitspraken in hun eigen jurisprudentie (naast andere denkbare bronnen). In zoverre heeft de Nederlandse jurisprudentie in brede zin dus ook op de voorgelegde vraag van de NOB invloed, zonder dat de Nederlandse jurisprudentie eenzijdig allesbepalend kan zijn. In het licht van doel en strekking zoals de verdragssluitende partijen die hebben beoogd, vermoed ik dat Japan invulling van «making or managing van investments» wel in enige mate meer vanuit een positieve benadering en onderzoek naar de daadwerkelijke activiteiten van het lichaam zal willen benaderen dan alleen op basis van het citaat dat de NOB weergeeft. Dat luidt «activiteiten [die] niet uitsluitend [zijn] gericht op het passief houden van aandelen ... [en] niet enkel ter verkrijging van de waardeinstijging en het rendement, die daarvan bij normaal vermogensbeheer konden worden verwacht» en is afkomstig uit HR 9 november 1994, nr. 29 675, BNB 1995/20. Vervolgens vraagt de NOB naar de relatie tussen de meermaals herhaalde formulering over «making or managing investments» en de passages over «collective investment vehicles» in het commentaar bij artikel 1 van het OESO-modelverdrag. Het gaat het bestek van deze nota mijns inziens te

buiten om in algemene zin in te gaan op alle aspecten die kunnen spelen rondom de verdragstoepassing bij beleggingsvehikels. Wel is na de verzending van de Memorie van Toelichting uiteraard in ruime mate aan dit onderwerp aandacht besteed in de NFV 2011 en de discussies naar aanleiding daarvan. Ik verwijs daar dan ook graag naar. Japan en Nederland voelen zich voor concrete situaties op dit punt gebonden aan het OESO-modelverdrag en het commentaar daarop (uiteraard voor zover zij daar geen «reservations» of «observations» bij hebben laten aantekenen).

De NOB heeft ook een serie vragen gesteld over welke feitelijke constellatie voldoende is als de zogenoemde «active trade or business»-toets wordt toegepast. De essentie van artikel 21, paragraaf 5, van het Verdrag is te bewerkstelligen dat de daar genoemde Verdragsvoordelen worden gegeven als in het woonland van de inkomstenontvanger door die ontvanger werkelijk ondernemingsactiviteiten worden ontplooid. Er moet sprake zijn in het woonland van «carrying on business». Daarbij geldt één aanvullende voorwaarde: als de ontvanger ook in het bronland activiteiten ontplooit, eist het artikellid in onderdeel b dat de activiteiten in het woonland wezenlijk («substantial») zijn ten opzichte van die in het bronland. Zoals de NOB ook aangeeft, een vergelijkbare bepaling is in het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten. Wat landen als de Verenigde Staten en Japan met een dergelijke voorwaarde aangeven, is dat zij aarzeling hebben verdragsvoordelen te geven aan een Nederlands lichaam dat inkomsten uit de andere verdragsstaat ontvangt als dat lichaam in feite in die staat veel activiteit ontplooit in vergelijking met de activiteiten in Nederland. Hoewel Nederland terughoudend staat tegenover dergelijke beperkingen om verdragsvoordelen te geven aan (ervan uit gaand dat dit vaststaat) inwoners van Nederland, is voor een dergelijke voorwaarde wel enig begrip op te brengen. Het is vervolgens verleidelijk, zoals de NOB ook suggereert, om allerlei denkbare fictieve situaties uit te schrijven en aan te geven welke situatie nog juist kwalificeert voor verdragsvoordelen en welke (net) niet meer. Dat is in de onderhandelingsrondes echter niet gedaan. Niet alles kan tot op detailniveau tijdens onderhandelingen worden uitgewerkt. Daarbij spelen doelmatigheidsoverwegingen een rol als de wens een goed evenwicht te vinden tussen het belang van de rechtszekerheid aan de ene kant en de noodzaak een criterium te formuleren dat bruikbaar is voor situaties die niet alle vooraf kunnen worden voorzien.

De categorie lichamen die met de aanvullende voorwaarde uit artikel 21, vijfde lid, onderdeel b, wordt bedoeld, dat wil zeggen Nederlandse lichamen met veel meer activiteiten in Japan dan in Nederland (of vice versa) moet mijns inziens niet worden overschat. Ik merk in dit verband tot slot nog op dat ik ervan uitga dat Japan in een voorkomend geval eerst alle voorwaarden van onderdeel a zal toetsen (inclusief de vraag of het uit Japan afkomstige inkomen door de inwoner van Nederland is verkregen in verband met of voortvloeiend uit het bedrijf in Nederland) en daarna aanvullend onderdeel b zal toetsen in die gevallen waarin de inwoner van Nederland zelf ook activiteiten in Japan ontplooit.

Ook bij de hoofdkantorentoets van artikel 21, zesde lid, van het Verdrag heeft de NOB enkele vragen. Daarin is vastgelegd dat een aan bepaalde in het Verdrag uitgeschreven voorwaarden voldoende lichaam dat een hoofdkantoorfunctie vervult (ook) in aanmerking komt voor de Verdragsvoordelen. In de laatste vraag die de NOB stelt op dit punt onderkent men dat deze extra voor verdragsvoordelen kwalificerende groep geen vanzelfsprekendheid is. Van Nederlandse zijde wordt het dan ook als een (bescheiden) succes ervaren dat Japan deze groep lichamen direct al in het Verdrag heeft willen benoemen. Anders zou die groep wellicht via de vangnetbepaling van het zevende lid aan Verdragsvoordelen kunnen toekomen, maar dat is toch een extra stap ten opzichte van rechtstreeks op grond van de Verdragstekst voor de verdragsvoordelen in aanmerking

komen. Japan heeft deze toets geaccepteerd en ik heb er dan vanzelfsprekend ook vertrouwen in dat Japan de toets zonder noemenswaardige extra aarzeling zal toepassen, zo kan ik de NOB desgevraagd bevestigen. Ten aanzien van de meer technische vragen van de NOB over deze toets merk ik het volgende op. Het is waar dat een groep die operaties heeft in bijvoorbeeld 100 landen (dus juist heel veel) wellicht in geen enkel land 5% van het bruto-inkomen van de groep genereert. Dat lijkt inderdaad tekstueel aan toepassing van de toets in de weg te kunnen staan. Als de inkomsten echter wel voldoende gespreid zijn en overigens aan alle van belang zijnde voorwaarden is voldaan, lijkt mij echter niet verdedigbaar op basis van doel en strekking dat een dergelijk omvangrijk hoofdkantoor niet voor de verdragsvoordelen zou kwalificeren, desnoods door middel van de eerdergenoemde vangnetbepaling. Vergelijkbare discussies speelden ooit rondom het inmiddels afgeschafte art. 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Ook daar zijn bij mijn weten in de praktijk geen onopgeloste problemen ontstaan naar aanleiding van dergelijke criteria. De voorwaarden van onderdeel b van de hoofdkantorentoets beogen met bijvoorbeeld het noemen van vijf groepslichamen een minimumomvang van te bedienen groepslichamen vast te leggen; meer maakt de positie om Verdragsvoordelen te claimen uiteraard alleen maar sterker. De NOB vraagt zich verder af of met «group» de groep van ondernemingen wordt bedoeld die qua beheer en toezicht onder het hoofdkantoor vallen of dat ook kan worden gekeken naar alle ondernemingen van de groep inclusief de ondernemingen die buiten beheer en toezicht door het hier bedoelde hoofdkantoor vallen. Dergelijke punten zijn, net als eerdere meer gedetailleerde vragen van de NOB, om de vaker toegelichte redenen niet tot op de komma uitgewerkt. Het niet uitwerken van een onderdeel als hiervoor genoemd, is in zekere zin voordelig omdat het de flexibiliteit in de toepassing ten goede komt. Als in een concreet geval een belastingplichtige slechts ten aanzien van een zeer beperkt aantal groepslichamen fungeert als hoofdkantoor en het beheer van de overige lichamen die men tot een groep wil rekenen door een andere vennootschap wordt gevoerd, dan zal die belastingplichtige rekening moeten houden met een kritische houding van de Japanse (of Nederlandse) autoriteiten. Hoe dan ook blijft de letterlijke tekst van de voorwaarde met inachtneming van doel en strekking leidend. In de hoofdkantorentoets heeft de NOB voorts geconstateerd dat een hoofdkantoor niet voor de in het artikellid genoemde verdragsvoordelen kwalificeert als, geparafraseerd, een speciaal belastingregime op dat hoofdkantoorlichaam van toepassing zou zijn. Dit blijkt ook uit artikel 21, zesde lid, onderdeel (b) (vi). De NOB veronderstelt dat Japan en Nederland momenteel geen bijzonder fiscaal regime in de hier bedoelde zin kennen voor hoofdkantoren. Ik kan dat bevestigen. Nederland kent niet een zodanig regime en bij mijn weten en voor zover in de onderhandelingen aan de orde geweest, is dat in Japan evenmin het geval. In het hoofd mag echter worden gehouden dat bijvoorbeeld ten tijde van de onderhandelingen in Nederland in overweging is genomen een rentebox-regime in te voeren. Ook Japan is dat ter ore gekomen. Uiteindelijk is een rentebox niet ingevoerd. Mocht dat echter wel het geval zijn geweest, dan mag – enigszins afhankelijk van de vormgeving daarvan – wel worden verondersteld dat Japan die mogelijk als een speciaal regime zou willen zien. Om de bepaling in deze zin enigszins meer houdbaarheid voor potentiële ontwikkelingen in het nationaal recht van één van de landen in de toekomst te geven, is tijdens de onderhandelingen de genoemde voorwaarde in het Verdrag opgenomen.

Kopjes (artikel 29)

In artikel 29 is vastgelegd dat de kopjes van de artikelen uitsluitend zijn ingevoegd ter wille van de verwijzing en niet van invloed zijn op de uitleg

van het Verdrag. De NOB wijst op een arrest (HR 28 februari 2003, nr. 37224, BNB 2004/13), waarin de Hoge Raad wel degelijk gewicht toekende aan de titel van een verdragsartikel in een verdrag. De NOB ontvangt daarom graag enige nadere toelichting. In feite komt het erop neer dat dergelijke jurisprudentie juist de reden voor Japan was om in eerste instantie geen kopjes boven de artikelen te willen hebben. Het heeft de sterke Japanse voorkeur dat uitsluitend de tekst van de bepalingen zelf (exclusief de kopjes) van belang is voor het toewijzen van heffingsbevoegdheid aan de Verdragsluitende staten en voor de overige regels die in het Verdrag zijn neergelegd. Nederland ging daarentegen de onderhandelingen in met een wens om juist wel kopjes te hanteren, zoals dat overigens ook in het OESO-modelverdrag gebruikelijk is. Het leek Nederland dat dit het Verdrag voor de gebruiker ook overzichtelijker maakt. In de loop van de onderhandelingen is de keuze gemaakt tussen de delegaties om wel kopjes te hanteren, maar uitdrukkelijk vast te leggen dat de kopjes als zodanig geen invloed mogen hebben op de uitlegging van de regels in de artikelen. Die regel uit artikel 29 geldt dus specifiek voor dit Verdrag; het zegt niets over andere Nederlandse verdragen waar een dergelijk artikel 29 niet in staat.

Protocol artikel 9

In deze nota is reeds aandacht besteed aan de Japanse «Tokumei Kumiai» rechtsvorm. In artikel 9 van het Protocol is vastgelegd dat Japan op basis van de daar opgenomen tekst het recht bevestigt krijgt om bronbelasting te heffen in de relatie met Nederland over grensoverschrijdende inkomsten uit een Japanse «Tokumei Kumiai» rechtsvorm. In de memorie van toelichting heb ik reeds aangegeven dat dit een Japanse wens in alle recente verdragsonderhandelingen is, waar Japan bijzonder sterk aan hecht. De NOB informeert of in enige mate nadere toelichting kan worden gegeven op de exacte vormgeving en omstandigheden rondom deze rechtsvorm. Daar het primair een Japanse rechtsvorm, Japanse jurisprudentie en Japanse regelgeving betreft voel ik mij genooddaakt met enige voorzichtigheid die toelichting te verstrekken. Dat neemt niet weg dat in het kader van de verdragsonderhandelingen logischerwijs om een grondige toelichting op de intentie van de Japanse overheid met deze protocolbepaling is gevraagd. Vanuit Japanse zijde wordt een relatie gelegd met artikel 10, vijfde lid. Ook dat betreft een situatie waarin in Japan met lokale activiteiten door middel van wat Japan omschrijft als een «special purpose vehicle» winst wordt gemaakt, die wordt uitgekeerd naar een buitenlandse ontvanger met een status vergelijkbaar met in het bijzonder een aandeelhouder of een stille vennoot. In die gevallen kan Nederland ermee leven dat Japan onder de in artikel 10, vijfde lid, dan wel Protocol artikel 9, genoemde voorwaarden, een ruim bronbelasting heffingsrecht behoudt. Het voornoemde lid van artikel 10 sluit aan bij situaties waarin dividend aftrekbaar is, van Japanse zijde is voorts uitgelegd dat bij een «Tokumei Kumiai»-contract op grond van Japans nationaal recht sprake is van aftrekbaarheid bij een actieve partner in die rechtsvorm van uitkeringen aan de passieve partner in de rechtsvorm. Het «TK»-contract zou dan doorgaans regelen dat een stille partner slechts geld inbrengt en een actieve partner werkelijk een Japanse onderneming uitoefent. In extreme situaties waarin nagenoeg alle winst zou worden uitgekeerd zou effectief door Japan over werkelijk daar gerealiseerde winsten dus niet meer kunnen worden geheven als gevolg van voornoemde aftrekbaarheid. De resterende winst tendeert dan immers naar nihil. Binnen Japan is, zo is door mij begrepen, een bronbelasting met een tarief van 20% ten tijde van de onderhandelingen van toepassing op die uitkeringen. Met de protocolbepaling stelt Japan zeker dat die bronbelasting ook bij uitkering aan een in Nederland gevestigde stille/passieve partner moet worden ingehouden. Naar ik heb begrepen betrof

het in de meest relevante Japanse rechterlijke uitspraak op dit punt een situatie waarbij de stille partner een inwoner van de Verenigde Staten was en waar de Japanse rechter van mening was dat het overige inkomsten-artikel van toepassing was, zodat het heffingsrecht uitsluitend aan de woonstaat toekwam (daar waar de Japanse overheid onder andere had verdedigd dat de inwoner van de Verenigde Staten van een vaste inrichting in Japan gebruik maakte, zoals dat bij een partnerschap met twee actieve partners zeker het geval zou zijn). De NOB stelde tot slot nog twee andere vragen hierbij. In de eerste plaats informeerde men waarom Japan niet zijn nationale regels aanpast en wel het Verdrag. Dit lijkt mij in eerste aanleg een vraag voor de Japanse autoriteiten, maar secundair ik kan mij voorstellen dat daar waar het in een rechterlijke uitspraak specifiek misliep (vanuit Japans perspectief) op de verdragstoepassing, het voor de hand ligt de oplossing ook in verdragsonderhandelingen te zoeken. Ten tweede informeert de NOB naar de passage in de memorie van toelichting waarin is aangegeven dat de protocolbepaling expliciet op Japanse rechtsvormen is toegeschreven.

De reden daarvoor is, in iets andere bewoordingen dan in de memorie van toelichting, dat van Nederlandse zijde het niet wenselijk werd geacht in het Verdrag te werken met meer algemene terminologie die de indruk zou kunnen wekken dat met protocolbepaling 9 ook een afzonderlijke regel is beoogd voor Nederlandse rechtsvormen die wellicht vergelijkbaar zouden kunnen zijn in sommige opzichten met een «Tokumei Kumiai»-contract (waarbij dan bijvoorbeeld aan commanditaire vennootschappen zou kunnen worden gedacht of stille maatschappen).

Ik veronderstel dat hiermee ook een antwoord is gegeven op de NOB-vraag over een, mijns inziens derhalve niet aanwezige, relatie tussen de «TK»-protocolbepaling en de verdragskwalificatie van commanditaire vennoten in een Nederlandse commanditaire vennootschap.

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