

Vergaderjaar 2010–2011

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING**1. Inleiding**

Al meer dan 400 jaar bestaan tussen Nederland en Japan intensieve handelsbetrekkingen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Japan één van de eerste landen buiten Europa was waarmee Nederland een belastingverdrag sloot. Dit op 3 maart 1970 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag (hierna «het Verdrag van 1970»)¹ is inmiddels meer dan 40 jaar van toepassing en is sinds het sluiten ervan slechts eenmaal op een klein aantal punten aangepast.²

Het thans nieuw overeengekomen 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, met Protocol (hierna: het Verdrag) vervangt het eerdergenoemde Verdrag van 1970, zoals gewijzigd (laatstelijk *Trb.* 1992, 182). Sinds 1970 hebben zich verscheidene ontwikkelingen voorgedaan op internationaal terrein en in de nationale belastingwetgeving van beide landen. Naast een modernisering ten opzichte van het huidige belastingverdrag bevat het Verdrag een evenwichtige benadering tussen een verdere verlaging van de bronbelastingen en bepalingen die het ontgaan van belasting tegengaan.

2. Aanleiding voor en verloop van de onderhandelingen

Ten tijde van het sluiten van het huidige belastingverdrag heeft een briefwisseling tussen Nederland en Japan plaatsgevonden (zie *Trb.* 1970, 67, blz. 89). Hierin is onder andere vastgelegd dat als Japan met een land dat lid is van de OESO een lager percentage aan bronbelasting over dividenden, interest of royalty's overeenkomt, beide landen de desbetreffende bepalingen van het huidige belastingverdrag zouden herzien met het oogmerk eenzelfde behandeling overeen te komen. Eind jaren '90 is Japan met onder andere Frankrijk overeengekomen dat onder voorwaarden geen bronbelasting meer wordt geheven over dividenden. Dit is voor Nederland aanleiding geweest om op basis van de genoemde briefwisseling Japan om eenzelfde behandeling te vragen. Met dat doel heeft in 2001 een eerste verkennende bespreking plaatsgevonden. Daarin

¹ Overeenkomst tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van Japan tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, gesloten te 's-Gravenhage op 3 maart 1970 (*Trb.* 1970, 67).

² Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van Japan tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, gesloten te 's-Gravenhage op 4 maart 1992 (*Trb.* 1992, 68 en 182).

bleek Japan niet zonder meer bereid te zijn eenzelfde tekst overeen te komen als met Frankrijk, omdat dit niet automatisch eenzelfde behandeling zou waarborgen. Japan stelde dat de fiscale behandeling van dividenden in Frankrijk anders was dan in Nederland en dat een eventuele nieuwe regeling met Nederland afgestemd zou moeten worden op de behandeling van dividenden in Nederland. Daarbij was Japan met name bevreesd dat personen uit derde landen gebruik zouden gaan maken van het belastingverdrag tussen Nederland en Japan om de Japanse bronbelasting te ontwijken. De verkennende bespreking maakte duidelijk dat onderhandelingen over een nieuw dividendartikel moeizaam zouden worden. Ook omdat voor Nederland op andere punten geen verbetering ten opzichte van het huidige belastingverdrag verwezenlijkt zou kunnen worden, heeft de verkennende bespreking niet geleid tot formele onderhandelingen.

Een aantal jaren later sloot Japan een nieuw belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika. Daarin werd niet alleen de bronbelasting op dividenden onder voorwaarden tot nihil verlaagd, maar ook de bronbelasting op royalty's en bepaalde categorieën interest. Dit was aanleiding om opnieuw met Japan in gesprek te gaan om te bezien of Japan bereid was de bronbelastingpercentages ook in de relatie met Nederland verder te verlagen. In 2004 is een eerste formele onderhandelingsronde gehouden. Het werd duidelijk dat Japan alleen bereid was de bronbelastingpercentages te verlagen als er ook bepalingen zouden worden overeengekomen die oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag tegengaan. Met dit uitgangspunt heeft Nederland ingestemd. Daarnaast werd afgesproken dat vanwege de vele andere wensen van Nederland en Japan, het huidige belastingverdrag geheel zou worden herzien. In totaal hebben in 2004, 2005 en 2009 drie formele onderhandelingsrondes plaatsgevonden. Tussen 2005 en 2009 hebben echter ook nog zes technische besprekingen tussen vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën van Nederland en Japan plaatsgevonden met een informeel karakter omdat in Japan alleen sprake kan zijn van een formele onderhandelingsronde als ook het Japanse ministerie van Buitenlandse Zaken is vertegenwoordigd.

Uiteindelijk is in december 2009 ambtelijke overeenstemming bereikt tussen Nederland en Japan over de inhoud van een nieuw integraal verdrag ter vermijding van dubbele belasting. Dit is het onderhavige Verdrag. Bij dat Verdrag is gevoegd een Protocol waarin een aantal begrippen uit het Verdrag nader worden uitgewerkt. In een briefwisseling tussen de Regeringen van beide landen, die op dezelfde datum tot stand kwam als het Verdrag en het Protocol, worden nog een aantal aanvullende bijzonderheden vastgelegd. Deze briefwisseling is bij deze toelichting gevoegd.

In de hiernavolgende onderdelen 3 en 4 wordt afzonderlijk ingegaan op twee hoofdpunten van het Verdrag. Een artikelsgewijze toelichting wordt gegeven in onderdeel 7.

3. Het voorkomen van oneigenlijk gebruik van het Verdrag

De verdeling van de heffingsbevoegdheden in een belastingverdrag heeft tot gevolg dat landen een deel van hun nationale heffingsrechten opgeven. Landen zijn over het algemeen alleen hiertoe bereid als gewaarborgd is dat niet op oneigenlijke wijze van het belastingverdrag gebruik wordt gemaakt doordat bijvoorbeeld personen zich via gekunstelde rechtshandelingen toegang verschaffen tot een bepaald verdragsvoordeel, terwijl dit niet voor hen bedoeld is. Wat Nederland betreft wordt, afhankelijk van de risico's op dergelijk oneigenlijk gebruik, bepaald in welke gevallen specifieke bepalingen in een belastingverdrag nodig zijn.

Steeds meer landen hebben als vast beleid specifieke bepalingen in hun belastingverdragen op te nemen om oneigenlijk gebruik te voorkomen. Dit geldt ook voor Japan. Japan is met name bevreesd voor het klassieke «*treaty shopping*», waarbij een inwoner van een derde land zich via doorstroomstructuren toegang verschafft tot een voordeel onder een belastingverdrag met een ander land, zoals het onderhavige Verdrag. Daarbij zou volgens Japan een correcte toepassing van de aanspraak op verdragsvoordelen niet voldoende gewaarborgd zijn door de gebruikelijke voorwaarden die aan inwoners worden gesteld en door het eisen van «uiteindelijke gerechtigdheid». Voor Nederland bestond er geen noodzaak specifieke bepalingen in het Verdrag op te nemen teneinde oneigenlijk gebruik van het Verdrag tegen te gaan, gezien het feit dat beide verdragspartijen een belastingstelsel hebben dat goed op het stelsel van de andere partij aansluit en waarbinnen inkomensbestanddelen op een internationaal gebruikelijke manier in de heffing worden betrokken. Het risico op oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag met de gebruikelijke regels leek daarom beperkt.

In de loop van de onderhandelingen werd duidelijk dat Japan alleen bereid was in bepaalde gevallen af te zien van het heffen van bronbelasting als via specifieke bepalingen in het Verdrag gewaarborgd zou zijn dat geen oneigenlijk gebruik kan plaatsvinden. Dit Japanse beleid is terug te vinden in de belastingverdragen die Japan de laatste jaren heeft gesloten met het Verenigd Koninkrijk en Australië en het wijzigingsprotocol bij het belastingverdrag met Frankrijk. Bij het aanvaarden door Nederland van specifieke bepalingen om oneigenlijk gebruik van het Verdrag tegen te gaan, was Japan bereid de bronbelastingpercentages voor deelnemingsdividenden (nu 5%), interest ontvangen door banken (nu 10%) en royalty's (nu 10%) te verlagen tot nihil. Omdat dit een aanzienlijke verbetering zou betekenen ten opzichte van de huidige situatie, is Nederland uiteindelijk akkoord gegaan met het opnemen van een bepaling in het Verdrag over «beperking van voordelen» («*limitation on benefits*») die in reikwijdte beperkt is omdat de bepaling ziet op enkele verdragsvoordelen (zie de toelichting op artikel 21) en niet op het verkrijgen van alle verdragsvoordelen.

Aanvankelijk stelde Japan voor in de artikelen over dividenden, interest en royalty's zowel een «*main purpose*» test op te nemen als een bepaling over «beperking van voordelen». Beide bepalingen hebben hetzelfde doel, namelijk het voorkomen van «*treaty shopping*». Het grote verschil is het uitgangspunt. De «*main purpose*» test is gericht tegen de transacties tussen verschillende entiteiten. Bij een dergelijke test wordt per transactie bekeken of het voornaamste doel daarvan is om toegang te krijgen tot een bepaald verdragsvoordeel. Hiermee kan weliswaar maatwerk worden toegepast door de belastingautoriteiten, maar wordt meer onzekerheid geschapen voor belastingplichtigen. De bepaling over «beperking van voordelen» gaat uit van een entiteitgerichte benadering. Via een aantal objectieve toetsingscriteria wordt bepaald of personen recht hebben op verdragsvoordelen. Dit biedt rechtszekerheid voor belastingplichtigen, maar heeft het risico van overkill in zich. Immers, om alle personen, waarvan de verdragspartijen vinden dat zij recht hebben op verdragsvoordelen, te laten voldoen aan de toetsingscriteria, is een zeer uitgebreide bepaling nodig, die bovendien waarborgt dat geen «*treaty shopping*» kan plaatsvinden. Sowiezo geldt dat een bepaling over «beperking van voordelen» uitgebreider en technischer wordt naarmate er meer rechtszekerheid wordt geboden.

Voor Nederland is het inzetten van zowel een «*main purpose*» test als een bepaling over «beperking van voordelen» te zwaar. «*Treaty shopping*» kan wat Nederland betreft worden voorkomen door elk van beide benaderingen op zichzelf. In de relatie met Japan heeft de bepaling over «beperking van voordelen» de voorkeur. Dit heeft te maken met de omvang van de handels- en investeringsstromen tussen Japan naar

Nederland die bij een transactiegerichte benadering meer onzekerheid zou opleveren. Uiteindelijk is Nederland erin geslaagd Japan ervan te overtuigen dat het niet noodzakelijk is naast een bepaling over «beperking van voordelen» ook een «*main purpose*» test in het Verdrag op te nemen. Wel is op verzoek van Japan in de artikelen over dividenden, interest, royalty's en overige inkomsten een nadere uitwerking opgenomen van het begrip «uiteindelijk gerechtigde». Deze nadere uitwerking wijkt overigens niet af van de Nederlandse uitleg van dit begrip.

Op basis van de bepaling over «beperking van voordelen» wordt via een aantal objectieve toetsen bepaald of een persoon een substantiële economische band heeft met het land waar hij inwoner van is of dat anderszins sprake is van een omstandigheid waarin het zeer onwaarschijnlijk is dat op oneigenlijke wijze van het Verdrag gebruik wordt gemaakt. De bepaling in het Verdrag geldt alleen voor de toepassing van het 0%-bronbelastingtarief over deelnemingsdividenden en interest en voor de artikelen betreffende royalty's, overige inkomsten en vermogenswinsten. Deze beperking in de reikwijdte kan worden verklaard doordat in de genoemde bepalingen het recht tot het heffen van een bronbelasting geheel wordt opgegeven, waardoor «*treaty shopping*» waarschijnlijker is dan wanneer nog een beperkte bronbelasting mag worden geheven; het te behalen voordeel bij een 0%-bronbelastingtarief is immers groter. Daarnaast gaat het in de genoemde bepalingen overwegend om passieve inkomensstromen die zich relatief gemakkelijk lenen voor structuren waarbij sprake is van «*treaty shopping*».

De objectieve toetsen in de bepaling zijn gebaseerd op de belastingverdragen die zowel Japan als Nederland met de Verenigde Staten van Amerika hebben¹. Daarbij heeft Nederland ingezet op aanpassingen die overkill vermijden en die passen bij het open, internationaal georiënteerde karakter van de Nederlandse economie, zonder dat dit de bedoeling van de bepaling zou aantasten. Het resultaat is een bepaling die – hoewel vrij uitgebreid en technisch van aard – daarin naar mijn mening goed is geslaagd en die duidelijke verbeteringen laat zien ten opzichte van de bepaling over «beperking van voordelen» in het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika. Als belangrijkste punten kunnen worden genoemd:

- Banken en verzekeraars die onder de toezichtregelgeving vallen van het land waarin ze inwoner zijn, kwalificeren automatisch.
- Lichamen kunnen ook kwalificeren onder de beurstoets als het lichaam niet in Nederland of Japan aan de beurs genoteerd is, maar aan één van de genoemde beurzen in een ander land. In dat laatste geval wordt wel vereist dat de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd zich in Nederland of Japan bevindt.
- Lichamen kwalificeren onder de gelijkwaardige gerechtigdentoets als ten minste 75 per cent van de aandeelhouders gelijkwaardige gerechtigde is (in plaats van 90 per cent).

Een nadere technische toelichting op deze bepaling wordt gegeven bij de toelichting op artikel 21.

Nederland en Japan hebben beide ervaring met een bepaling over «beperking van voordelen». Dat geeft aanleiding om te veronderstellen dat de administratieve lasten rondom de toepassing van de «bepaling over «beperking van voordelen» beperkt zullen blijven.

4. Arbitrage

Opname van de mogelijkheid tot arbitrage in onderlinge overlegprocedures maakt al jaren deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid. Arbitrage vormt het sluitstuk van de overlegprocedure, die in belastingverdragen wordt opgenomen om de bevoegde autoriteiten de mogelijkheid te geven in overleg te treden als een situatie van belastingheffing is ontstaan die niet in overeenstemming is met de regels van het

¹ Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Washington, 18 december 1992), zoals gewijzigd (laatstelijk *Trb.* 2005, 4).

belastingverdrag. Daarbij gaat het vrijwel altijd om een belastingplichtige die, ondanks het bestaan van het belastingverdrag, wordt geconfronteerd met dubbele belasting. Via een overlegprocedure kunnen de bevoegde autoriteiten deze situatie alsnog ongedaan maken. In de praktijk blijkt dat dergelijke overlegprocedures soms erg lang duren, omdat de bevoegde autoriteiten het niet met elkaar eens kunnen worden. De mogelijkheid van arbitrage voorkomt dat een overlegprocedure blijft voortduren terwijl de belastingplichtige in onzekerheid verkeert. Het stimuleert de bevoegde autoriteiten binnen een termijn van twee jaar tot een oplossing te komen. Daarna kan belastingplichtige verzoeken het geschil voor te leggen aan een arbitragecommissie. De bevoegde autoriteiten zullen dit willen voorkomen, omdat het een tijdrovende en kostbare aangelegenheid kan zijn.

Tot het laatste moment in de onderhandelingen was Japan nog niet bereid in te stemmen met opname van een dergelijke arbitragebepaling. Het was immers vast Japans beleid om de bevoegdheid te beslissen over belastingaangelegenheden niet uit handen te geven. Herhaaldelijk aandringen van Nederlandse zijde heeft er uiteindelijk toe geleid dat Japan zijn beleid heeft aangepast. Zodoende is Nederland het eerste land waarmee Japan een arbitragebepaling in het belastingverdrag heeft overeengekomen.

De bepaling betreffende arbitrage die in het Verdrag is opgenomen (zie artikel 24, vijfde lid), is gelijk aan de overeenkomstige bepaling die in 2008 is opgenomen in het OESO-modelbelastingverdrag (hierna: het OESO-modelverdrag)¹. Daarmee verschilt de bepaling van arbitragebepalingen die Nederland vóór die tijd in belastingverdragen pleegde overeen te komen.² Het belangrijkste verschil is dat de arbitrage in de oudere belastingverdragen door één van de bevoegde autoriteiten moest worden in gang gezet. In de arbitragebepaling die nu in het Verdrag is opgenomen, neemt de belastingplichtige het initiatief tot de arbitrage, waarmee zijn belang beter wordt gediend.

Naast de arbitragebepaling in het Verdrag zelf, is ook een regeling overeengekomen tussen de bevoegde autoriteiten die de procedurele regels voor de arbitrage vaststelt. De overeengekomen regeling is gebaseerd op de modelregeling zoals opgenomen in het commentaar bij artikel 25 van het OESO-modelverdrag 2008³. Anders dan in het op 26 september 2008 te Londen tot stand gekomen belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (*Trb.* 2008, 201), waarmee ook een dergelijke regeling is overeengekomen (*Trb.* 2009, 23), kan de regeling met Japan worden geduid als een beleidsafspraken en niet als een uitvoeringsverdrag. Dit vindt zijn oorzaak voornamelijk in het feit dat in artikel 12 van het Protocol ook al de belangrijkste regels zijn neergelegd. Bepalingen in de arbitrageregeling waar belastingplichtigen rechten aan kunnen ontnemen, vinden hun rechtsbasis in artikel 24 van het Verdrag en artikel 12 van het Protocol. Deze arbitrageregeling behoeft daarom niet de goedkeuring van de Staten-Generaal. Wel is de tekst van de regeling ter informatie bij deze toelichting gevoegd.

Het overeenkomen van een arbitrageregeling tussen de bevoegde autoriteiten was een belangrijke voorwaarde voor Japan om te kunnen instemmen met het opnemen van een arbitragebepaling in het Verdrag.

5. Budgettaire aspecten

De budgettaire aspecten van het Verdrag zullen naar verwachting per saldo neutraal zijn. Veel bepalingen zijn slechts op technische punten aangepast, hetgeen geen budgettaire gevolgen heeft. Voor het Nederlandse bedrijfsleven zal het Verdrag bij toenemende activiteiten en investeringen in Japan naar verwachting positief uitwerken. De grenzen van de heffingsbevoegdheden van beide landen zijn duidelijk vastgelegd en er is een goede grondslag gelegd voor overleg en geschillenbe-

¹ *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* volgens de versie van juli 2008, te vinden op www.oecd.org/dataoecd/43/57/42219418.pdf.

² Zie bijvoorbeeld de belastingverdragen met Albanië (*Trb.* 2004, 281), Slovenië (*Trb.* 2004, 252) en Koeweit (*Trb.* 2001, 126).

³ Dat commentaar bevindt zich achter de tekst van het OESO-modelverdrag van 2008.

slechting in die situaties waarin toepassing van het Verdrag desalniettemin tot problemen zou kunnen leiden.

6. Koninkrijkspositie

Het Verdrag wordt, wat het Koninkrijk der Nederlanden betreft, aangegaan voor Nederland. In artikel 28 is evenwel bepaald dat het Verdrag onder voorwaarden kan worden uitgebreid tot de delen van het Koninkrijk der Nederlanden die niet in Europa zijn gelegen. Met deze formulering is beoogd rekening te houden met de gewijzigde situatie na de staatkundige hervorming van het Koninkrijk, waarbij de huidige eilandgebieden Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: «het Caribische deel van Nederland») een onderdeel van het land Nederland zijn geworden. Dit rijksdeel krijgt met de Belastingwet BES een eigen fiscaal stelsel. Gezien het feit dat de onderhandelingen zijn gestart en afgerond voordat de staatkundige hervorming (inclusief het fiscale stelsel voor het Caribische deel van Nederland) afgerond zijn, zal het Verdrag, ook na die hervormingen, alleen voor het in Europa gelegen deel van Nederland gelden.

Indien tot uitbreiding wordt overgegaan, behoeft dit een afzonderlijk verdrag dat door het Koninkrijk ten behoeve van een of meer van de Caribische delen van het Koninkrijk met Japan wordt aangegaan.

7. Artikelsgewijze toelichting

In de toelichting hierna wordt in het bijzonder toegelicht op welke punten de met Japan overeengekomen tekst inhoudelijk afwijkt van het OESO-modelverdrag van 2008. Nederland is immers een actieve lidstaat binnen de OESO. Op een aantal ondergeschikte, taalkundige punten wijkt de met Japan overeengekomen tekst ook af van het OESO-modelverdrag. Veelal liggen daaraan Japanse overwegingen in relatie tot het vertalen van de tekst in het Japans ten grondslag. Op dergelijke kleine afwijkingen van het OESO-modelverdrag wordt in de memorie van toelichting niet ingegaan.

Titel en Preambule

Evenals het Verdrag van 1970 geldt dit Verdrag voor belastingen naar het inkomen. Dat is anders dan het OESO-modelverdrag van 2008. Dat modelverdrag ziet immers op zowel inkomen als kapitaal. Omdat Nederland noch Japan specifieke belastingen op kapitaal als zodanig kent, behoeven dergelijke belastingen niet in de titel en het Verdrag te worden genoemd. Voor zover verschillen tussen de andere artikelen in het Verdrag en het OESO-modelverdrag voortvloeien uit dit onderscheid, zal dat hierna niet nader worden toegelicht.

Personen op wie het Verdrag van toepassing is (artikel 1)

Het eerste artikel is exact conform het OESO-modelverdrag. Nadere toelichting kan derhalve achterwege blijven.

Belastingen waarop het Verdrag van toepassing is (artikel 2)

De eerste drie leden van artikel 2 stemmen in essentie overeen met het OESO-modelverdrag. Van enig materieel belang is dat aan het eind van het derde lid is toegevoegd dat beide Verdragsluitende Staten elkaar binnen een redelijke termijn op de hoogte stellen van relevante wijzigingen in hun nationale regelgeving.

De opsomming van de Japanse en Nederlandse belastingen in het derde lid verschilt vrijwel niet van het Verdrag van 1970. Toegevoegd aan

Nederlandse zijde is het aandeel van de Regering in de nettowinsten behaald met de exploitatie van natuurlijke rijkdommen geheven krachtens de Mijnbouwwet. Met het specifiek benoemen van deze wet is zeker gesteld dat er ook in dit geval sprake is van een heffingsbevoegdheid en een beroep kan worden gedaan op de bepaling ter voorkoming van dubbele belasting. Deze toevoeging is al jarenlang gebruikelijk in de Nederlandse belastingverdragen.

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

De definities van de beide Staten zijn opgenomen in artikel 3, eerste lid, onderdeel a en b, van het Verdrag. De Verdragsluitende Staten hebben beoogd het Verdrag slechts te laten gelden tussen Japan en het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk der Nederlanden. De mogelijkheid bestaat dat op grond van artikel 28 het Verdrag wordt uitgebreid tot delen van het Koninkrijk der Nederlanden die niet in Europa zijn gelegen. De gekozen formulering is zodanig vormgegeven dat deze ook zijn werking behoudt na de inwerkingtreding van de voorgenomen staatkundige hervormingen binnen het Koninkrijk.

In artikel 3, eerste lid, onderdeel c en d, zijn definities opgenomen van «(de) Verdragsluitende Sta(a)t(en)» en van het begrip «belasting».

De definitie van «internationaal verkeer» in artikel 3, eerste lid, onderdeel i, bevat niet het criterium «de plaats van de werkelijke leiding», zoals die in het OESO-modelverdrag is opgenomen. Deze afwijking hangt samen met artikel 4, waarbij voor de toewijzing van heffingsrechten evenmin de plaats van werkelijke leiding als criterium is opgenomen. Zie verder bij de toelichting op artikel 4.

De definities van «bevoegde autoriteiten» en van «onderdanen» in artikel 3, eerste lid, onderdeel j en k, zijn voor beide Verdragsluitende Staten op een bij hun nationale regels passende wijze ingevuld.

In artikel 3, eerste lid, onderdeel l, is het begrip «bedrijf(suitoefening)» gedefinieerd op de ook in het OESO-modelverdrag gebruikelijke wijze.

In artikel 3, eerste lid, onderdeel m, is het begrip «pensioenfonds» gedefinieerd. Dat begrip is immers van belang voor met name artikel 4, artikel 10 en artikel 21. Japan hechtte er tijdens de onderhandelingen belang aan te omschrijven wat onder een pensioenfonds wordt verstaan. Daarom is in artikel 1 van het Protocol ook nog een verwijzing opgenomen naar Japanse regelgeving op grond waarvan toch in beperkte mate belasting wordt geheven over het kapitaal van pensioenfondsen. Die heffing doet geen afbreuk aan het vrijgesteld zijn van belasting, zoals dat volgens artikel 3, eerste lid, onderdeel m, van het Verdrag is vereist. Daarnaast is een verwijzing naar relevante Japanse en Nederlandse nationale regelgeving opgenomen in artikel 1, onderdelen a en b, van de Briefwisseling. Teneinde de lijst actueel te houden is aangegeven dat identieke of vergelijkbare pensioenfondsen opgericht naar aanleiding van wetgeving tot stand gekomen na de datum van ondertekening van het Verdrag, ook onder de werking van het Verdrag vallen.

Woonplaats (artikel 4)

In het OESO-modelverdrag is in het eerste lid opgenomen dat onder het inwonersbegrip onder andere «plaats van de werkelijke leiding» wordt begrepen. Dit begrip hanteert Japan niet. Japan is gewend de formulering «*place of head or main office*» (zetel van het hoofdkantoor) te gebruiken. Die terminologie is in artikel 4, eerste lid, van het Verdrag gebruikt. Voor wat betreft de materiële betekenis is inhoudelijk hetzelfde bedoeld als bij het begrip «plaats van de werkelijke leiding» uit het OESO-modelverdrag. Verder zijn de pensioenfondsen als verdragsinwoner aangemerkt en op

verzoek van Japan zijn de religieuze, charitatieve et cetera instellingen als verdragsinwoner aangemerkt.

Voor de zogenoemde vestigingsplaats beslissingsregel («*corporate tiebreaker*»-regel) in het derde lid is wederom aangesloten bij de formulering plaats van het hoofdkantoor («*place of head or main office*»). Dat wijkt af van het huidige verdrag. In het Verdrag uit 1970 stellen de bevoegde autoriteiten in onderlinge overeenstemming vast van welk land een persoon geacht wordt inwoner te zijn indien volgens het nationale recht van beide landen sprake is van inwonerschap.

Het vierde lid van artikel 4 bevat een zogenoemde overmakingsbepaling («*remittance*»-bepaling). Een vergelijkbare bepaling was ook reeds opgenomen in het Verdrag van 1970. Hiermee wordt bewerkstelligd dat Nederland geen verdragsvoordelen hoeft te geven in die gevallen waarin bij voorbeeld een Nederlander voor beperkte tijd naar Japan verhuist en in Japan op grond van nationale regels (nog) niet voor zijn gehele wereldinkomen daadwerkelijk wordt belast. Japan kent een regeling waarbij in die situatie buitenlandse inkomsten niet in de heffing worden betrokken. Een dergelijk systeem komt wereldwijd vaker voor. In bijvoorbeeld de bestaande Nederlandse belastingverdragen met onder andere Groot-Brittannië, Ghana, Israël en Maleisië staat een vergelijkbare bepaling.

In artikel 4, vijfde lid, onderdeel a tot en met e, zijn vijf varianten opgenomen waarin een potentieel kwalificatieverschil van een rechtsvorm tussen de Japanse en Nederlandse regels al bij voorbaat wordt opgelost. Ook in bijvoorbeeld de belastingverdragen met de Verenigde Staten en het nieuwe verdrag met Groot-Brittannië zijn op Nederlands verzoek en op in hoofdlijnen vergelijkbare wijze een aantal varianten uitgeschreven. Met het uitschrijven van deze varianten wordt beoogd belanghebbenden zoveel mogelijk zekerheid te geven dat, ook waar zich een kwalificatieverschil voordoet, dubbele belasting (maar ook niet heffen van belasting) wordt voorkomen. Nederland stelt in verdragsonderhandelingen het opnemen van zo veel mogelijk voorbeelden over verdragstoepassing op «*partnerships*» voor omdat Nederland niet integraal in heeft kunnen stemmen met de OESO toelichting daarover zoals die is opgenomen in het commentaar op het OESO-modelverdrag bij artikel 1 (onderdelen 2 tot en met 6 en onderdeel 27.1).

Hieronder worden de vijf varianten zoals die in artikel 4, vijfde lid, onderdeel a tot en met e zijn genoemd, beknopt samengevat.

In onderdeel a wordt de situatie beschreven waarin de partners van een entiteit en de entiteit zich in staat A bevinden. Het relevante inkomen komt uit staat B. Voor zover staat A de entiteit als transparant beschouwt en dienovereenkomstig belasting heft, zullen de verdragsvoordelen van het verdrag tussen staat A en staat B door beide staten moeten worden toegepast gebaseerd op de veronderstelling dat de partners direct het inkomen uit staat B ontvangen. Of staat B de entiteit kwalificeert als transparant of als niet-transparant doet dus niet ter zake.

In onderdeel b wordt de situatie beschreven waarin een entiteit zich in staat A bevindt. Staat A kwalificeert de entiteit als niet-transparant. Het relevante inkomen komt uit staat B. Hier is geregeld dat door beide staten het verdrag tussen staat A en staat B wordt toegepast gebaseerd op de veronderstelling dat de entiteit zelf inkomen uit staat B ontvangt. De wijze waarop staat B de entiteit kwalificeert als transparant of als niet-transparant doet dus niet ter zake.

Onderdeel c behandelt een situatie waarin sprake is van een derde staat. De entiteit bevindt zich in dit geval in staat C. De partners bevinden zich in staat A. Zowel staat C als staat A beschouwen de entiteit als transparant. Het relevante inkomen komt uit staat B. In feite geldt hier hetzelfde als bij onderdeel a. Omdat staat A de entiteit als transparant beschouwt en dienovereenkomstig belasting heft, zullen de verdragsvoordelen door

staat B en staat A (de Verdragsluitende Staten) moeten worden toegepast gebaseerd op de veronderstelling dat de partners direct het inkomen uit staat B ontvangen. Of staat B de entiteit kwalificeert als transparant of als niet-transparant doet dus niet ter zake. Aan dit onderdeel is één extra voorwaarde toegevoegd. Staat C en staat B moeten wel een verdrag hebben gesloten dat ruimte biedt voor effectieve uitwisseling van informatie. Daarvan is bijvoorbeeld ook sprake als die twee staten een informatie-uitwisselingsverdrag hebben gesloten.

Onderdeel d ziet ook op een geval waarbij een derde staat C is betrokken waarin de entiteit zich bevindt. In staat A bevinden zich de partners. Staat A beschouwt de entiteit als niet-transparant. De inkomsten komen uit staat B. In deze gevallen geldt per definitie dat het verdrag tussen staat A en staat B geen toepassing vindt op de desbetreffende inkomstenstroom. Niet relevant is hoe staat B de entiteit kwalificeert. Immers als staat B de entiteit als transparant kwalificeert is feitelijk sprake van inkomsten die wel uit staat B vertrekken, maar volgens de kwalificatie van staat A daar niet aankomen. Staat A zal juist vanwege die laatste constatering nooit aanleiding zien het verdrag tussen staat B en staat A van toepassing te verklaren op deze inkomstenstroom. Als staat B daarentegen de entiteit als niet-transparant kwalificeert zou een eventueel belastingverdrag tussen staat B en staat C de geëigende weg zijn om eventuele dubbele belasting te voorkomen.

Onderdeel e, ten slotte, behandelt een situatie waarin een entiteit in staat B inkomen ontvangt (waarbij de oorsprong daarvan niet relevant is). Het land waar de partners zich bevinden, staat A, beschouwt de entiteit als niet-transparant. In dat geval vindt het verdrag tussen staat A en staat B geen toepassing. Deze conclusie geldt ongeacht hoe staat B de entiteit kwalificeert. Staat A ziet het inkomen immers nog niet. Indien staat B de entiteit als niet-transparant kwalificeert zal staat B zelf het inkomen dat ontvangen wordt in de heffing kunnen betrekken. Indien staat B de entiteit als transparant kwalificeert kan slechts via een eventueel verdrag tussen staat A en staat C eventuele dubbele heffing worden voorkomen.

Vaste inrichting (artikel 5)

Dit artikel geeft regels over wanneer sprake is van een vaste inrichting van een onderneming. Het komt geheel overeen met de desbetreffende bepaling uit het OESO-modelverdrag en is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid.

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

Dit artikel legt het internationaal aanvaarde beginsel vast dat inkomsten uit onroerende zaken mogen worden belast door de Staat waar deze onroerende zaken zijn gelegen. Het artikel volgt daarin het OESO-modelverdrag en is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid. Overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 7.2, zesde lid, en 7.7, derde lid, Wet Inkomstenbelasting 2001 en artikel 17a, eerste lid, onderdeel a, onder 2° Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, is in artikel 2 van het Protocol uitdrukkelijk vastgelegd dat rechten tot exploratie en exploitatie van natuurlijke rijkdommen in de zeebodem als onroerende zaak worden aangemerkt. Hiertoe behoren ook rechten met betrekking tot belangen in en voordelen uit vermogensbestanddelen voortkomend uit deze exploratie of exploitatie. Japan en Nederland zijn het erover eens dat inkomsten die uit de bedoelde rechten worden verworven en winst die met de vervreemding van dergelijke rechten wordt behaald, ter belastingheffing toekomen aan het land waartoe de natuurlijke rijkdommen behoren die worden geëxploreerd of geëxploiteerd.

Winst uit onderneming (artikel 7 en artikel 3 van het Protocol)

Artikel 7 is geheel gelijk aan de overeenkomstige bepaling in het OESO-modelverdrag en in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid. In artikel 3 van het Protocol is vastgelegd dat bij onderzoeks-, leverings-, installatie- en constructiewerkzaamheden alleen de winst aan de vaste inrichting wordt toegerekend die voortvloeit uit de activiteiten die daadwerkelijk via deze vaste inrichting zijn verricht. Opname van een dergelijke bepaling maakt al jaren deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid om een correcte winstverdeling tussen het «hoofdhuis» en de vaste inrichting ten aanzien van zogenoemde bedrijfsklare projecten («*turn-key*»-projecten) te waarborgen. De bepaling stelt zeker dat bij bedrijfsklare projecten niet de volledige contractsom aan de vaste inrichting wordt toegerekend terwijl bijvoorbeeld een groot deel van de voorbereidende werkzaamheden in het «hoofdhuis» hebben plaatsgevonden en niet via de vaste inrichting.

Vervoer per schip en via de lucht (artikel 8)

De winst behaald met de exploitatie van schepen en vliegtuigen in internationaal verkeer is ter belastingheffing toegewezen aan de verdragsluitende Staat waar de onderneming is gevestigd. Van belang daarbij is dat artikel 3, eerste lid, onderdeel h, bepaalt dat met de formulering «onderneming van een Verdragsluitende Staat» wordt bedoeld een «onderneming die wordt uitgeoefend door een inwoner van een Verdragsluitende Staat».

In het tweede lid van dit artikel is geregeld dat Nederlandse ondernemingen die schepen of vliegtuigen exploiteren in internationaal verkeer ook zijn vrijgesteld van de Japanse ondernemingsbelasting («*enterprise tax*»). Deze belasting wordt niet als een belasting naar het inkomen gezien en valt dan ook niet onder de reikwijdte van het Verdrag volgens artikel 2. Daarom is in artikel 8 deze separate bepaling nodig. Indien Nederland een met de Japanse ondernemingsbelasting vergelijkbare belasting zou invoeren, hetgeen overigens onwaarschijnlijk is, zullen Japanse ondernemingen die schepen of vliegtuigen exploiteren in internationaal verkeer hiervan vrijgesteld zijn.

Gelieerde ondernemingen (artikel 9 en artikel 4 van het Protocol)

In het eerste lid van artikel 9 is vastgelegd dat de Verdragsluitende Staten het zakelijkheidsbeginsel («*arm's length*»-beginsel) kunnen toepassen bij grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde ondernemingen. Dit beginsel houdt in dat bij transacties tussen gelieerde ondernemingen geen voorwaarden zouden moeten gelden die afwijken van de voorwaarden die onafhankelijke derden in de gegeven omstandigheden overeengekomen zouden zijn. Voor de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel gelden als leidraad de door de OESO opgestelde «*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*» en de administratieve praktijken van de Verdragsluitende Staten¹.

Als op basis van het zakelijkheidsbeginsel in de ene Verdragsluitende Staat een correctie heeft plaatsgevonden («*initiële correctie*») die heeft geleid tot het in de belastingheffing betrekken van een gedeelte van de winst dat ook in de andere Verdragsluitende Staat in de belastinggrondslag is opgenomen, zal op grond van het tweede lid van artikel 9 de andere Verdragsluitende Staat op passende wijze de belastingheffing over het desbetreffende gedeelte van de winst aanpassen («*corresponderende correctie*»). Op verzoek van Japan is opgenomen dat de bevoegde autoriteiten het eens moeten zijn over de initiële correctie voordat de andere Verdragsluitende Staat een corresponderende correctie aanbrengt. Dit heeft als achtergrond dat Japan als uitgangspunt hanteert dat het

¹ Zie www.oecd.org/ctp/guidelines.

alleen een corresponderende correctie aanbrengt na overleg en overeenstemming met de bevoegde autoriteit van de andere Verdragsluitende Staat. Een dergelijke uitdrukkelijke overeenstemming is echter voor Nederland niet noodzakelijk. Nederland zal in de praktijk alleen zonder overleg een corresponderende correctie aanbrengen als de initiële correctie naar de mening van Nederland terecht is. In andere gevallen zal een onderlinge overlegprocedure worden gestart. Dit is in overeenstemming met het Nederlandse verdragsbeleid.

Op verzoek van Japan is in het derde lid van artikel 9 bepaald dat geen winstcorrecties als bedoeld in het eerste lid van artikel 9 meer mogen plaatsvinden na zeven jaar vanaf het einde van het belastingjaar waarop de correctie betrekking zou hebben, tenzij sprake is van fraude of moedwillig verzuim. Van Nederlandse zijde is hiermee ingestemd. Gezien de termijnen in de Nederlandse fiscale wetgeving, kan de bepaling Nederland beperken in haar nationale mogelijkheden voor het opleggen van navorderingsaanslagen; anderzijds verhoogt het voor belastingplichtigen de rechtszekerheid. Ook de belastingverdragen met Canada (*Trb.* 1986, 65) en Argentinië (*Trb.* 1997, 63) bevatten een dergelijke bepaling.

In artikel 4 van het Protocol is op Nederlands verzoek ter verduidelijking vastgelegd dat de enkele omstandigheid dat gelieerde ondernemingen algemene overeenkomsten sluiten voor de toerekening van bepaalde kosten, op zichzelf geen strijdigheid met het zakelijkheidsbeginsel oplevert. Uiteraard mag de kostenverdeling zelf wel worden getoetst aan het zakelijkheidsbeginsel.

Dividenden (artikel 10 juncto artikel 5 van het Protocol)

Ingevolge artikel 10, eerste lid mogen dividenden die betaald worden door een vennootschap die inwoner is van een van beide staten aan een inwoner van de andere staat, in die andere staat worden belast. Die verdeling van heffingsrechten is OESO-conform.

Artikel 10, tweede lid, onderdeel a, voorziet vervolgens, zoals ook in het OESO-modelverdrag, in een aantal mogelijkheden voor het heffen van belasting op dividenden door de staat waarvan de vennootschap die de dividenden betaalt inwoner is. De groepen die hieronder vallen zijn beperkter dan in zowel het OESO-modelverdrag als het Verdrag uit 1970. In geval van dividenden op deelnemingen van tenminste tien procent is de heffing die aan het bronland is toegestaan maximaal vijf procent van het brutobedrag van de dividenden. Bij een belang groter dan vijftig procent daalt het door het bronland te heffen percentage zelfs tot nihil. Voor de zogenoemde portfoliodividenden, dat wil zeggen in de overige gevallen, bedraagt de bronheffing tien procent. Japan is in het kader van het totale resultaat van de verdragsonderhandelingen akkoord gegaan met de door Nederland voorgestelde lagere percentages. Daarbij speelt een rol dat er, ook voor dit artikel van belang, een artikel over beperking van voordelen (*«limitation of benefits»*, zie artikel 21) in het Verdrag is opgenomen. Nederland heeft overigens ook kunnen bereiken dat dividenden ontvangen door pensioenfondsen zijn vrijgesteld van bronheffing. Zie artikel 10, derde lid, onderdeel b. Verder kan worden opgemerkt dat in het Verdrag op verzoek van Japan, meer waarde wordt gehecht aan stemrecht dan in het OESO-modelverdrag voor het aanwezig achten van een belang in een lichaam dat kwalificeert voor een laag belastingtarief voor het bronland. Deze formulering is op Japans verzoek opgenomen.

Een bijzonderheid in dit Verdrag is nog dat in de Briefwisseling het begrip uiteindelijk gerechtigde, zoals dat onder andere in artikel 10, tweede lid, van het Verdrag voorkomt, nader is uitgewerkt. Japan en Nederland bevestigen in onderdeel 2 dat de OESO-uitleg van dit begrip leidend is. De term «uiteindelijk gerechtigde» (*beneficial owner*) mag op dit ogenblik in

internationaal verband op kritische aandacht rekenen bij bijvoorbeeld de belastingautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk, Canada, India, Indonesië, China en Korea. Om die reden is deze bevestiging positief vanuit Nederlands perspectief.

Overigens kan worden geconstateerd dat het commentaar bij het OESO-modelverdrag geen eenduidige omschrijving bevat van het begrip uiteindelijk gerechtigde. Toch zijn er wel duidelijke hoofdlijnen in het commentaar te herkennen. Zo wordt daarin in het bijzonder benadrukt dat bijvoorbeeld gevolmachtigden of agenten die inkomsten slechts ontvangen ten behoeve van een andere persoon geen uiteindelijk gerechtigde zijn. Ook zogenoemde «conduit companies» («kale» doorstroomlichamen) kunnen niet als uiteindelijk gerechtigde worden gezien als het lichaam, ondanks dat het de formele eigenaar is, in de praktijk beperkte bevoegdheden heeft en ten aanzien van de inkomsten puur waarnemend of beherend optreedt, aldus paragraaf 12 e.v. van het OESO-commentaar bij artikel 10 OESO-modelverdrag. Het begrip uiteindelijk gerechtigde is in de internationale jurisprudentie van de afgelopen jaren verder ingevuld.¹ In de Nederlandse jurisprudentie wordt met enige regelmaat in dit verband gewezen op Hoge Raad 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217. Deze casus betrof een situatie waarbij dividendbewijzen waren «afgescheiden» van de aandelen in een Nederlandse vennootschap. De eigenaar van de dividendbewijzen werd daarin wel als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend gezien. Op dit ogenblik wordt in de OESO onderzocht of het commentaar op het modelverdrag een meer heldere richting aan de internationale praktijk kan geven, waarmee de invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde in alle betrokken landen meer vergelijkbaar wordt ingevuld. Daarbij wordt zowel aan meer permanente situaties (herstructurering van een concern) als aan meer tijdelijke of incidentele situaties (waaronder «dividendstripping») gedacht. Dergelijke ontwikkelingen hebben derhalve bij het formuleren van de verdragstekst met Japan een rol gespeeld. Beide landen hechten als actieve lidstaten van de OESO aan een dynamische interpretatie van het OESO-commentaar. Op verzoek van Japan is over de toepassing («*mode of application*») van de beperkte bronheffingen niets opgenomen, aangezien dit in de nationale wetgeving van beide landen door middel van uitvoeringsvoorschriften en formuleren voldoende is geregeld. Artikel 10, vijfde lid, is op Japans verzoek opgenomen. Japan kent in een beperkte categorie gevallen bij bepaalde beleggingsvehikels de mogelijkheid om dividend ten laste van de winst te brengen. Juist in die gevallen wil Japan de ruimte houden om belasting te kunnen inhouden over uitgedeeld dividend. Nederland kon daarmee instemmen. De bepaling is overigens wederkerig geformuleerd.

Wat onder het dividendartikel valt, is opgenomen in artikel 10, zesde lid. Inkomsten die worden genoten bij inkoop van aandelen of bij gehele of gedeeltelijke liquidatie van een lichaam, worden voor de toepassing van het Verdrag uitdrukkelijk als dividend aangemerkt en niet als vermogenswinst. Dat is geregeld in artikel 5 van het Protocol. De wens om deze bepaling op te nemen, is al gedurende lange tijd Nederlands verdragsbeleid en is mede vanwege het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123, V-N 2004/2.9, noodzakelijk gebleken. Onder de in die casus geschetste omstandigheden heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de inkoop van aandelen van een natuurlijk persoon aanmerkelijkbelanghouder onder het vermogenswinstartikel viel en niet onder het dividendartikel.

Artikel 10, negende lid, is een meer bijzondere bepaling. Japan hechtte gedurende de onderhandelingen eraan een nauwkeurige bepaling op te nemen die ziet op een beperkte groep zogenoemde doorstroomsituaties («*back to back*»-situaties). Het gaat om de situatie waarin een dividend door een Japans lichaam wordt uitgekeerd aan een Nederlands lichaam en dat Nederlandse lichaam vervolgens, in feite zonder enige betrok-

¹ O.a. Federal Court of Appeal, 26 February 2009, Case 2009 FCA 57, Prevost Car Inc. Indofood International Finance Ltd. v. J.P. Morgan Chase Bank N.A., Ondon Branch (2006) EWCA Civ. 158 (2 March 2006).

kenheid en toegevoegde waarde, dat zelfde dividend vervolgens dooruitdeelt aan een moedermaatschappij buiten Nederland. In een dergelijk geval regelt dit lid dat Japan geen verdragsvoordelen op grond van het Verdrag behoeft toe te kennen, omdat het Nederlandse lichaam dan niet als uiteindelijk gerechtigde wordt beschouwd. De bepaling heeft overigens uitsluitend effect als in het eventuele belastingverdrag tussen Japan en het land van de moedermaatschappij een voor belastingplichtigen nadeliger regeling voor heffing door het bronland (Japan) over dividenden is opgenomen. De bepaling werkt wederzijds. Mochten de bevoegde autoriteiten van Japan en Nederland het niet eens zijn over de vraag of aan de voorwaarden van dit lid is voldaan, dan staat overigens op verzoek van de belastingplichtige de mogelijkheid open van een onderlinge overlegprocedure, inclusief eventueel de mogelijkheid van arbitrage. Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat de tekst van dit lid materieel overeenstemt met de tekst uit het belastingverdrag dat in werking is tussen Japan en de Verenigde Staten.¹

In artikel 10, tiende lid, is een speciale bepaling voor aanmerkelijkbelangdividend opgenomen. Sinds 1997 streeft Nederland naar het opnemen van een dergelijke bepaling die Nederland toestaat zijn nationale tarief toe te passen. Het buiten toepassing stellen van het tarief voor portfoliodividend van 10% betekent dat Nederland bij uitkering van aanmerkelijkbelangdividend zijn nationale tarief voor inkomen uit aanmerkelijk belang van 25% kan toepassen. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud geeft nog tot tien jaar na emigratie een heffingsrecht over vervreemdingsvoordelen uit aanmerkelijk belang, maar beperkt dat vervolgens, indien bij emigratie een conserverende aanslag is opgelegd, tot het nog op die aanslag openstaande bedrag.

Interest (artikel 11 juncto artikel 6 van het Protocol)

Het eerste en tweede lid van het interest-artikel zijn nagenoeg conform het OESO-modelverdrag. Woonstaatheffing over interest vormt het uitgangspunt. Wel mag de bronstaat 10% bronbelasting inhouden. Nederland streeft, omdat het geen bronheffing op interest kent en de bezwaren die verbonden zijn aan bronheffing op basis van bruto (en niet netto) interest, in zijn algemeenheid uitsluitend woonstaatheffing na. Bronheffingen werken naar Nederlandse opvattingen als een belemmering voor investeringen. Japan hield in de onderhandelingen echter sterk vast aan bronstaatheffing. Dit is één van de belangrijkste punten tijdens de onderhandelingen gebleken. Japan is uiteindelijk wel bereid gebleken een aantal uitzonderingen op de bronstaatheffing te accepteren. Voordat die nader worden toegelicht wordt hier nog op twee punten gewezen. De uitzonderingen waarover met Japan overeenstemming kon worden gevonden zijn opgenomen vanaf het derde lid. In dat lid wordt benoemd dat de bronstaat geen belasting mag heffen bij grensoverschrijdende interest betaald aan overheidsinstellingen, de centrale bank, banken, verzekeringsmaatschappijen, zogenoemde effectenmakelaars («*securities companies*»), andere financiële instellingen zoals gespecificeerd in het derde lid, onderdeel c (iv), pensioenfondsen en in geval van leverancierskrediet. In het protocol is toegelicht hoe de begrippen centrale bank en door de overheid gehouden instellingen moeten worden geïnterpreteerd.

In het vierde lid is de definitie van interest opgenomen. Ten opzichte van het OESO-modelverdrag vallen enkele punten op. In het verdrag tussen Nederland en Japan wordt eveneens als interest benoemd inkomen dat op dezelfde manier als interest wordt behandeld in het land waaruit die geldstroom afkomstig is. Japan hechtte aan deze toevoeging. Gedacht kan worden aan situaties waarin naar de vorm sprake lijkt te zijn van een andere inkomstenbron dan interest, maar materieel sprake is van een rentedragende lening. Verder wordt in het voorliggende Verdrag

¹ Convention between the Government of the United States of America and the Government of Japan for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income (gesloten op 6 november 2003).

toegevoegd dat inkomen dat al in artikel 10 (het dividendartikel) is benoemd niet ook nog eens als interest kan worden behandeld volgens artikel 11. Ook dit verzoek kwam van Japan, maar bevat een vanuit Nederlands perspectief welkome toevoeging. Inkomsten zouden immers slechts onder één artikel moeten vallen. Gedacht kan hier worden aan leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen. Ten slotte is, in afwijking van het OESO-modelverdrag, niet vermeld dat boetes vanwege late betaling niet als interest zullen worden gezien voor de toepassing van het Verdrag. Desgevraagd blijkt dat Japan – in een heel uitzonderlijke groep gevallen – nationaalrechtelijk dergelijke boetes wel als interest kan behandelen en met deze afwijking de mogelijkheid wil houden dergelijke gevallen als zodanig in de heffing te betrekken. Ten opzichte van het OESO-modelverdrag wijkt het zesde lid alleen af in die zin dat rekening is gehouden met situaties waarin een vaste inrichting in een derde staat feitelijk de interest verschuldigd is. Het OESO-modelverdrag geeft aan dat als bijvoorbeeld een vaste inrichting in Japan van een lichaam (dat waar dan ook is gevestigd) interest betaalt aan een Nederlandse ontvanger, die interest geacht wordt uit Japan afkomstig te zijn voor de verdragstoepassing. Dit geldt derhalve ongeacht de vestigingsplaats van het betalende lichaam. Aan het Verdrag tussen Japan en Nederland is toegevoegd dat als de buiten Japan of Nederland aanwezige vaste inrichting van een lichaam (dat waar dan ook kan zijn gevestigd) interest betaalt, die interest niet geacht wordt uit Japan of Nederland afkomstig te zijn voor de toepassing van het Verdrag. Het gevolg daarvan is dat interest die feitelijk wordt betaald door een vaste inrichting buiten Japan of Nederland nimmer aan heffingsbeperkingen op grond van dit Verdrag wordt onderworpen. Stel dat sprake is van een lichaam dat inwoner van Japan is en dat lichaam werkt met een vaste inrichting in land X. Feitelijk betaalt die vaste inrichting vervolgens interest aan een Nederlandse ontvanger. In dat geval bewerkstelligt de toevoeging ten opzichte van het OESO-model aan het zesde lid dat Japan geen toestemming krijgt om zijn bronheffing in te houden. Voor Nederland ligt deze logica in andere verdragsverhoudingen overigens ook voor de hand. In die zin is deze bepaling ten overvloede.

Het zevende lid is conform het OESO-modelverdrag en ziet op interestbetalingen waarvan de hoogte van die betalingen niet «*at arm's length*» is. Het achtste lid heeft voor interestbetalingen precies hetzelfde doel dat artikel 10, negende lid heeft voor dividenduitkeringen. Verwezen wordt hier ook naar de toelichting aldaar. In sprekende doorstromingsituaties zal de onmiddellijke interestontvanger niet als uiteindelijk gerechtigde kwalificeren en wordt het land waarin de interestbetalende partij is gevestigd dus niet beperkt in het uitoefenen van zijn nationale heffingsrechten. Voor de goede orde wijs ik erop dat, zoals bij artikel 10, tweede lid, al is toegelicht, in de Briefwisseling voor het begrip «uiteindelijk gerechtigde» is verwezen naar de OESO-interpretatie van dat begrip. Dat is ook van belang voor meerdere leden van dit artikel.

Royalty's (artikel 12)

Voor royalty's is in het eerste lid van artikel 12 een uitsluitende woonstaathetgeving overeengekomen. Dit is conform het OESO-modelverdrag. In het tweede lid worden op verzoek van Japan onder de term royalty's mede begrepen tapes voor radio- en televisie-uitzendingen. Nederland kon daar in het kader van de onderhandelingen mee instemmen omdat het een beperkte tegemoetkoming was.

Het derde en vierde lid van dit artikel komen vervolgens weer volledig overeen met de bepalingen in het OESO-modelverdrag.

Artikel 12, vijfde lid, heeft voor royaltybetalingen weer precies hetzelfde doel dat artikel 10, negende lid, heeft voor dividenduitkeringen en artikel 11, achtste lid, voor interestbetalingen. Verwezen wordt hier dan ook naar

de toelichting bij met name artikel 10, negende lid. In sprekende doorstroom-situaties zal de onmiddellijke royaltyontvanger niet als uiteindelijk gerechtigde kwalificeren en wordt het land waarin de royaltybetalende partij is gevestigd dus niet beperkt in het uitoefenen van zijn nationale heffingsrechten. Voor de goede orde wijs ik erop dat, zoals bij artikel 10, tweede lid, al is toegelicht, in de Briefwisseling voor het begrip uiteindelijk gerechtigde is verwezen naar de OESO-interpretatie van dat begrip. Dat is ook van belang voor meerdere leden van dit artikel.

Vermogenswinsten (Artikel 13 juncto artikel 5 van het Protocol)

Het eerste lid van artikel 13 is OESO-conform. Vervreemdingswinst op onroerende zaken mag in het woonland van de vervreemder worden belast.

Artikel 13, tweede lid, behandelt samengevat de vervreemding van aandelen in een lichaam waarvan het vermogen geheel of ten dele bestaat uit onroerende zaken in één van de twee Verdragsluitende Staten. Dit artikel is de pendant van het vierde lid van artikel 13 uit het OESO-modelverdrag. Daarin wordt voor vervreemding van dergelijk aandelen heffingsrecht toegekend aan het land waarin de onroerende zaken zich bevinden. Nederland is in zijn verdragsonderhandelingen terughoudend met het toestaan van heffingsrecht voor het land waarin de onroerende zaken zich bevinden. Nederland wenst voor vervreemding van aandelen – met uitzondering van het later te benoemen zevende lid – zo veel mogelijk vast te houden aan heffing uitsluitend door de woonstaat van de vervreemder. Desalniettemin is in het kader van de onderhandelingen ook met Japan enige mate van heffing voor de «bronstaat» toegestaan. Conform het OESO-modelverdrag is opgenomen dat als onroerende zaken meer dan 50% van de waarde van de aandelen uitmaken, de bronstaat mag heffen. Daarnaast hechte Japan aan enige extra specificatie in het artikel. Nederland heeft vervolgens nog een uitzondering bedongen voor kleine pakketten aandelen in lichamen die beursgenoteerd zijn. Japan was niet bereid andere uitzonderingen, waaronder een uitzondering voor bedrijfsgebonden onroerende zaken, op te nemen.

Het derde lid van artikel 13 is nadrukkelijk op verzoek van Japan opgenomen. Daarbij heeft Japan de volgende situatie voor ogen. Indien een Japanse bank financiële overheidssteun heeft ontvangen en een Nederlands lichaam de aandelen in dat Japanse lichaam vervreemdt, dan wil Japan graag heffingsrecht behouden over de vervreemdingswinst die de Nederlandse aandeelhouder realiseert. De bepaling werkt wel twee kanten op en is op verzoek van Nederland aan een aantal strakke voorwaarden onderhevig. Daartoe behoort dat de «bronstaat» slechts gedurende een periode van vijf jaar na het financiële ondersteunen door de overheid van die staat het heffingsrecht over vervreemdingswinst behoudt. Ook is in onderdeel b een aanvulling opgenomen die bestaande situaties uitzondert van dit nieuwe heffingsrecht ten opzichte van het huidige verdrag tussen Japan en Nederland. Dit punt is door Nederland in het kader van een totaalcompromis geaccepteerd, waarbij Japan oorspronkelijk overigens op veel verdergaande «bronstaat» heffingsrechten op vervreemding van aandelen in den brede had ingezet. Het vierde lid van artikel 13 is vergelijkbaar met artikel 13, tweede lid, van het OESO-modelverdrag.

Het vijfde lid van artikel 13 behandelt de vervreemding van schepen en luchtvaartuigen die in het internationale verkeer worden gebruikt. In tegenstelling tot het OESO-modelverdrag worden binnenschepen niet meegenomen omdat zich in de relatie met Japan geen binnenvaart voordoet. Daarnaast is in afwijking van het OESO-modelverdrag niet gekozen voor het aansluiten bij het toewijzen van het heffingsrecht bij de staat waar de plaats van werkelijke leiding (*place of effective*

management) van de onderneming zich bevindt. Er is gekozen voor de staat waarvan de vervreemder inwoner is. In de meeste gevallen zal dit verschil geen gevolgen hebben. De terminologie sluit aan op artikel 8, eerste lid. Zolang de onderneming van bijvoorbeeld KLM in Nederland wordt uitgeoefend blijft derhalve het Nederlandse relevante heffingsrecht volgens artikel 8 en artikel 13, vijfde lid, voor Nederland behouden. Het zesde lid van artikel 13 wijst de heffingsrechten over alle resterende vervreemdingswinsten conform het OESO-modelverdrag toe aan de woonstaat van de vervreemder.

In het zevende lid van artikel 13 heeft Nederland, zoals gebruikelijk, een bepaling opgenomen die bewerkstelligt dat Nederland na emigratie van een natuurlijke persoon die aandeelhouder is van een Nederlands lichaam nog een aantal jaren het heffingsrecht behoudt. In casu behoudt Nederland zich het recht voor om gedurende tien jaar na emigratie de vervreemdingswinst te kunnen belasten. Dit zogenoemde aanmerkelijkbelangvoorbehoud voor vervreemdingswinst (zie overigens ook de samenhangende bepaling voor dividenden in artikel 10, tiende lid) is in het Verdrag toegeschreven in de tweede volzin op het huidige Nederlandse systeem van conserverende aanslagen en is van toepassing bij een bezitspercentage van 5%.

Zoals al toegelicht bij artikel 10, vijfde lid, is in artikel 5 van het protocol vastgelegd dat inkomsten die worden genoten bij inkoop van aandelen of bij gehele of gedeeltelijke liquidatie van een lichaam voor de toepassing van het Verdrag als dividend worden aangemerkt en niet als vermogenswinst.

Inkomsten uit dienstbetrekking (artikel 14)

Artikel 14, dat bepaalt welk land heffingsbevoegd is ten aanzien van grensoverschrijdende arbeid in dienstbetrekking, is gelijklopend aan het OESO-modelverdrag.

Het derde lid van artikel 14 betreft de toekenning van heffingsrechten van arbeidsinkomsten in relatie tot schepen en vliegtuigen in internationaal verkeer, overeenkomstig de toekenning als bepaald in artikel 8 en artikel 13, vijfde lid.

Directeursbeloningen (artikel 15 juncto artikel 7 Protocol)

Het artikel over bestuurdersbeloningen is nagenoeg exact conform het OESO-modelverdrag. Op Nederlands verzoek is in tegenstelling tot artikel 16 van het OESO-modelverdrag het woord vergelijkbaar («*similar*») voor de andere beloningen die een bestuurder kan ontvangen, achterwege gebleven. Dat woord lijkt overbodig en suggereert een onnodige beperking. De bedoeling is dat alle bestuurdersbeloningen in welke vorm dan ook (geld of in natura) onder dit artikel vallen. Het schrappen van het woord vergelijkbaar maakt die bedoeling nog duidelijker. In het protocol is, volgens de lijn die Nederland al in veel verdragen heeft gevolgd, bevestigd dat het directeursartikel zowel op (uitvoerende) bestuurders ziet als op (toezichhoudende) commissarissen.

Artiesten en sportbeoefenaars (artikel 16)

Artikel 16 regelt de verdeling van heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende activiteiten van artiesten en sporters. Het eerste lid is materieel conform artikel 17 van het OESO-modelverdrag. Een heffingsrecht wordt toegekend aan de staat waar de activiteit wordt uitgeoefend. Ook het tweede lid, dat handelt over situaties waarbij de beloning voor de artistieke of sportieve prestatie toekomt aan een lichaam is in lijn met het OESO-modelverdrag. Ook daar gaat het heffingsrecht naar het land waar de activiteit plaatsvindt. Op verzoek van Japan is een specificatie

aangebracht in het tweede lid. Dan gaat het om de ten opzichte van het OESO-modelverdrag aanvullende woorden «die inwoner is van de andere Verdragsluitende Staat» (*who is a resident of the other Contracting State*). Het tweede lid ziet nu uitdrukkelijk alleen op inkomsten uit bijvoorbeeld Japan, vanwege artiesten- of sportersactiviteiten, die toekomen aan een Nederlands persoon die de inkomsten ontvangt in plaats van de artiest of sporter zelf. Als bijvoorbeeld een Koreaans lichaam de desbetreffende inkomsten ontvangt, terwijl een Nederlandse natuurlijke persoon de activiteiten in Japan heeft verricht, is op die inkomstenstroom van Japan naar Korea alleen het verdrag tussen die twee landen van toepassing. Deze beperking ten opzichte van het OESO-modelverdrag is door Nederland aanvaard. Het belang lijkt beperkt te zijn. Wel gaat aan dit voorbeeld de vraag vooraf of daadwerkelijk een lichaam in een ander land dan het land waar de artiest of sporter woont de inkomsten ten eigen behoeve ontvangt. Een benadering waarbij de inhoud bepalender is dan de vorm («*substance over form*»-benadering) kan tot een andere conclusie leiden. Waar het, aldus de belastingplichtige, een lichaam buiten Nederland betreft van bijvoorbeeld een artiest die in Nederland woont, zal de inspecteur vermoedelijk ook de feitelijke vestigingsplaats van het lichaam onderzoeken.

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

In het OESO-modelverdrag wordt voor private pensioenen woonstaathet- heffing als hoofdregel gehanteerd. Voor publieke pensioenen is bronstaathet- heffing het uitgangspunt. Nederland heeft – evenals een aanzienlijk aantal andere landen – al meerdere verdragen gesloten waarin van deze hoofdregels wordt afgeweken. In het commentaar bij het OESO-modelverdrag wordt ook onderkend dat er landen zijn die vooral vanwege het faciliteren van pensioenopbouw in hun land hechten aan ten minste enig heffingsrecht in de fase waarin het pensioen wordt genoten. De afspraken waartoe Japan en Nederland zijn gekomen passen in die lijn van afwijkingen van het OESO-modelverdrag. Voor pensioenen (eerste lid), uitkeringen betaald ingevolge een socialeze- kerheidsstelsel (eerste lid) en lijfrenten (tweede lid) geldt in beginsel een woonstaathet- heffing. Deze inkomsten mogen echter ook in de bronstaat worden belast, maar alleen als in de woonstaat geen adequate belasting- heffing plaatsvindt. Een bepaling met een dergelijk uitgangspunt is in meerdere Nederlandse belastingverdragen terug te vinden¹ en heeft als doel pensioenemigratie te voorkomen. Hiervan is sprake als belasting- plichtigen emigreren met als belangrijke drijfveer dat hun pensioenin- komen in het woonland onder een gunstig belastingregime zal vallen, terwijl het pensioenvermogen in Nederland fiscaal gefaciliteerd is opgebouwd. De bepaling neemt de eventuele fiscale «mismatch» tussen de opbouw van het pensioenvermogen en de belastingheffing over de pensioeninkomsten weg. Het uitgangspunt van een uitsluitende woonstaathet- heffing, dat voor Japan zeer belangrijk is, blijft echter intact zolang de woonstaat het pensioeninkomen adequaat in de heffing betreft. Een leidraad om te bepalen of er sprake is van adequate heffing, wordt gegeven in artikel 3 van de Briefwisseling. Pensioenen, uitkeringen betaald ingevolge een socialeze- kerheidsstelsel en lijfrenten worden in elk geval geacht adequaat te worden belast als (i) de inkomsten zijn onder- worpen aan een belastingtarief dat in belangrijke mate gelijk is aan het belastingtarief voor inkomsten uit dienstbetrekking en (ii) ten minste 90 per cent van de desbetreffende betalingen in de belastinggrondslag worden begrepen. Daarbij is verder nog bepaald dat hieraan ook geacht wordt te zijn voldaan als in Japan de algemene pensioenaf trek («*public pension deduction*») wordt toegekend. Deze aftrek wordt toegekend over de meeste pensioenen, uitkeringen betaald ingevolge een socialeze- ker-

¹ Bijvoorbeeld de belastingverdragen met het Verenigd Koninkrijk (Trb. 2008, 201), Ghana (Trb. 2008, 109), Slovenië (Trb. 2004, 252) en België (Trb. 2001, 136).

heidsstelsel en lijfrenten en houdt in dat, buiten een voetvrijstelling, tot 25% van het pensioeninkomen niet in de belastinggrondslag wordt begrepen. Hoe hoger het pensioeninkomen is, hoe lager het percentage van de aftrek. Nederland kon ermee instemmen dat ook in dat geval geacht wordt sprake te zijn van een adequate belastingheffing, omdat voor inkomsten uit dienstbetrekking een vergelijkbare vorm van aftrek geldt die zelfs nog hoger is dan de algemene pensioenaf trek. Bovendien wordt het inkomen dat vervolgens wel in de belastinggrondslag is opgenomen, tegen de reguliere belastingtarieven belast.

In het derde lid van artikel 17 is bepaald dat afkoopsommen van pensioen en lijfrenten in alle gevallen zowel door de bronstaat als door de woonstaat mogen worden belast. Een soortgelijke bepaling maakt deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid en is onderdeel van het voorkomen van pensioenemigratie. Omdat afkoop als zodanig in de Pensioenwet is verboden, kan het verleidelijk zijn voor belastingplichtigen om al dan niet tijdelijk te emigreren om hun in Nederland fiscaal gefaciliteerd opgebouwde pensioenrechten, veelal tegen een laag belastingtarief, af te kopen. Door deze bepaling in het Verdrag kan Nederland in dat geval alsnog belasting heffen inzake de afkoop van de pensioenrechten, waarmee een belangrijke drijfveer voor deze vorm van pensioenemigratie wordt weggenomen.

In artikel 8 van het Protocol is nog vastgelegd dat bij het bepalen of een pensioen onder artikel 17 of artikel 18 (overheidsfuncties) valt, leidend is welk karakter dat pensioen had tijdens de opbouwfase. Dit onderscheid is van belang omdat verschillende regimes gelden voor overheidspensioenen (artikel 18) en andere pensioenen (artikel 17).

Overheidsfuncties (artikel 18)

Dit artikel komt vrijwel geheel overeen met de desbetreffende bepaling uit het OESO-modelverdrag. Echter, de zinsnede uit het huidige belastingverdrag met Japan dat alleen beloningen voor diensten verricht «*in de uitoefening van overheidsfuncties*» onder het eerste lid vallen, is gehandhaafd. Deze zinsnede vindt zijn oorsprong in het OESO-modelverdrag 1963, maar werd later van overbodig geacht en uit het OESO-modelverdrag gehaald. De bepaling verschilt dan ook niet inhoudelijk van het OESO-modelverdrag en het Nederlandse verdragsbeleid. Op verzoek van Japan is de zinsnede toch gehandhaafd, om de voor Japan benodigde zekerheid te waarborgen dat hetzelfde bedoeld wordt als onder het huidige verdrag.

Studenten (artikel 19)

Vergoedingen voor het onderhoud, de studie of de opleiding van een uit de andere Verdragsluitende Staat komende student of een persoon die voor een beroep of bedrijf in opleiding is, zijn niet belastbaar in de Verdragsluitende Staat waar de opleiding wordt genoten, mits deze vergoedingen worden betaald vanuit bronnen buiten laatstgenoemde Verdragsluitende Staat. Deze regeling is gelijk aan de overeenkomstige regeling in het OESO-modelverdrag en is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid. Op verzoek van Japan is echter in de tweede volzin een uitzondering gemaakt voor personen die voor een beroep of bedrijf in opleiding zijn. De vergoedingen die deze personen ontvangen, zijn maximaal een jaar niet belastbaar in de Verdragsluitende Staat waar de opleiding wordt genoten. Dit heeft als achtergrond dat dergelijke personen veelal ook werkzaamheden verrichten voor het bedrijf waarvoor men in opleiding is. Het is dan lastig onderscheid te maken tussen de opleidingstoelage en een vergoeding voor de werkzaamheden. Overigens blijft het recht op een belastingvrijstelling van een jaar ook bestaan als de

persoon die voor een beroep of bedrijf in opleiding is langer dan een jaar verblijft in de Verdragsluitende Staat waar de opleiding wordt genoten.

Overige inkomsten (artikel 20)

Het zogenoemde restartikel volgt in het eerste en tweede lid de logica van het OESO-modelverdrag. Heffing wordt overgelaten aan de woonstaat. Wel is toekenning van het heffingsrecht aan slechts de woonstaat, conform de terminologie die in het bijzonder ook in het dividend, interest en royaltyartikel wordt genoemd, afhankelijk gesteld van het zijn van uiteindelijk gerechtigde. Beide landen veronderstellen dat slechts zelden sprake is van overige inkomsten. Nagenoeg alle denkbare «grensoverschrijdende» inkomsten worden gedekt door de eerdere artikelen van het Verdrag. Daarbij geldt vanzelfsprekend wel de logica zoals die in het commentaar bij artikel 21 van het OESO-modelverdrag wordt genoemd, waarin staat dat inkomen uit derde staten onder het bereik van dit artikel kan vallen. Japan denkt bij overige inkomsten tussen Japan en Nederland aan alimentatie-uitkeringen en eventueel in uitzonderlijke gevallen aan loterij-inkomsten of een heel exceptionele categorie van financieel inkomen («*financial income*») die volgens Japans nationaal recht als «overig inkomen» wordt behandeld.

Volgens een redenering analoog aan die over het opnemen van de eis van uiteindelijk gerechtigdheid is in het derde lid een bepaling opgenomen dat eventueel tussen gelieerde partijen overeengekomen overige inkomsten voor de toepassing van dit artikel altijd worden herleid tot de hoeveelheid overig inkomsten die tussen onafhankelijke partijen zou zijn betaald. Een vergelijkbare bepaling staat in artikel 11, zevende lid, en 12, vierde lid, van het Verdrag.

Ten slotte is analoog aan artikel 10, 11 en 12 in het vierde lid van het overige inkomstenartikel een zogenoemde doorstroombepaling («*back to back*»-bepaling) opgenomen. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de tekst daarover hiervoor bij artikel 10, negende lid.

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

Als een persoon aanspraak wil maken op de verdragsvoordelen die worden verleend op basis van lid 3 van artikel 10 (deelnemingsdividenden), lid 3 van artikel 11 (interest ontvangen onder bepaalde omstandigheden), artikel 12 (royalty's), artikel 13 (vermogenswinsten) of artikel 20 (overige inkomsten), kan dat in beginsel alleen als deze onder het tweede lid van artikel 21 als «gekwalificeerd persoon» wordt aangemerkt.

Personen die niet kunnen worden aangemerkt als gekwalificeerd persoon, kunnen toch aanspraak maken op de genoemde verdragsvoordelen als zij met betrekking tot een specifiek inkomensbestanddeel voldoen aan de voorwaarden van het derde, vijfde of zesde lid van artikel 21. Als op basis van het tweede tot en met het zesde lid geen aanspraak bestaat op de genoemde verdragsvoordelen, is het ten slotte mogelijk dat de bevoegde autoriteit van de bronstaat op verzoek van belastingplichtige bepaalt dat deze aanspraak heeft op één of meer verdragsvoordelen, als dit naar zijn oordeel gerechtvaardigd is. Mocht dit naar zijn oordeel niet het geval zijn, dan zal de bevoegde autoriteit de andere Verdragsluitende Staat daarvan op de hoogte stellen. Daarnaast moet uiteraard worden voldaan aan de andere voorwaarden van het Verdrag om toegang te krijgen tot de verdragsvoordelen, zoals inwonerschap onder artikel 4 en de specifieke voorwaarden genoemd in de bepalingen waar dit verdragsvoordeel is neergelegd.

In het tweede lid van artikel 21 wordt geregeld wie als gekwalificeerd persoon kan worden aangemerkt. Deze personen kwalificeren automatisch voor de in lid 1 van artikel 21 genoemde verdragsvoordelen. Er zijn zes categorieën van gekwalificeerde personen. Onderdeel a) noemt de natuurlijke personen die woonachtig zijn in Nederland of Japan, die altijd worden geacht een substantiële economische band met hun woonland te hebben. Dit geldt ook voor de in onderdeel b) genoemde personen, de regeringen van Nederland en Japan inclusief de staatkundige onderdelen en de plaatselijke publiekrechtelijke lichamen daarvan, personen die daar direct of indirect door worden gehouden (overheidslichamen) en de centrale banken van Nederland en Japan. De overige vier categorieën worden apart besproken.

1. Beurstoets

Een lichaam wordt op basis van onderdeel c) als gekwalificeerd persoon aangemerkt als de voornaamste aandelensoort van dat lichaam is genoteerd aan een erkende effectenbeurs en deze ook regelmatig wordt verhandeld op één of meer van deze erkende effectenbeurzen. Aandelen maken deel uit van de voornaamste aandelensoort als deze aandelensoort de meerderheid van het stemrecht in het lichaam vertegenwoordigt, aldus het achtste lid, onderdeel a). Het stemrechtscriterium sluit aan bij het criterium in artikel 10 (dividenden) en is op verzoek van Japan opgenomen. Dit criterium past bij het antimisbruik-karakter van de bepaling over «beperking van voordelen» (*limitation on benefits*), omdat – in tegenstelling tot personen met aandelen die slechts recht geven op dividend – juist de personen met het stemrecht invloed kunnen uitoefenen op het beleid van het lichaam. Indien niet één enkele aandelensoort de meerderheid van het stemrecht in een lichaam vertegenwoordigt, moeten meerdere aandelensoorten bij elkaar worden geteld totdat de vereiste meerderheid is bereikt. Al deze aandelensoorten moeten dan vervolgens zijn genoteerd aan een erkende effectenbeurs en regelmatig worden verhandeld op één of meer van deze erkende effectenbeurzen om aan de beurstoets van onderdeel c) te voldoen.

Wanneer sprake is van regelmatige verhandeling van de aandelen, is bepaald in artikel 10 van het Protocol. In dat artikel is geregeld dat in het jaar voorafgaand aan het jaar waarin aanspraak zou kunnen worden gemaakt op verdragsvoordelen ten minste zes per cent van de in dat jaar gemiddeld geplaatste aandelen (van de betreffende soort) moet zijn verhandeld op één of meer van de erkende effectenbeurzen.

De voor de beurstoets erkende effectenbeurzen zijn opgesomd in het achtste lid, onderdeel c). In elk geval vallen hieronder alle effectenbeurzen die zijn ingesteld onder de Japanse «*Financial Instruments and Exchange Law*». Voor wat betreft de Nederlandse effectenbeurzen wordt gesproken over in Nederland gevestigde «gereguleerde markten» die opereren onder een vergunning als bedoeld in het eerste lid van artikel 5:26 van de Wet Financieel Toezicht en die onder toezicht staan van de Autoriteit Financiële Markten. Met het gebruik van de term «gereguleerde markt» wordt aangesloten bij de terminologie die de Wet Financieel Toezicht (in navolging van de Europese Unie¹) hanteert. Verder wordt een aantal effectenbeurzen opgesomd die óf in de buurt van Nederland of Japan liggen óf waar veel lichamen een beursnotering hebben. Tot slot kunnen de bevoegde autoriteiten overeenkomen om niet genoemde effectenbeurzen voor de toepassing van de beurstoets te erkennen. Een beursnotering op elke willekeurige erkende effectenbeurs is voldoende om te kwalificeren onder de beurstoets. Vanwege de beursnotering zijn de aandelen over het algemeen verspreid over een grote groep aandeelhouders die regelmatig wijzigt, zodat oneigenlijk gebruik van het Verdrag zeer onwaarschijnlijk is. Als echter de aandelen niet aan een

¹ Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad. PB L 145 van 30.4.2004, blz. 1–44.

erkende effectenbeurs in Nederland of Japan zijn genoteerd, wordt als extra voorwaarde gesteld dat de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd zich in Nederland of Japan bevindt. In dat geval wordt de economische band met het land van vestiging voldoende substantieel geacht om te kunnen aannemen dat het verkrijgen van verdragsvoordelen niet één van de voornaamste doelen van het lichaam is.

Waar de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd, zich bevindt, wordt bepaald aan de hand van de criteria genoemd in artikel 11 van het Protocol. Het gaat dan om de plaats waar meer van de strategische, financiële en operationele beleidsbeslissingen worden genomen en worden voorbereid dan op elke andere plaats. Een lichaam met beursnotering in een ander land dan het land van vestiging zal vaak een verplaatst hoofdkantoor betreffen. Om een meer dan minimale aanwezigheid en daarmee een substantiële economische band met het land van vestiging te waarborgen, wordt ook de voorbereiding van de beleidsbeslissingen meegenomen bij de bepaling van de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd.

2. Pensioenfondsen en instellingen met een goed doel

Op basis van onderdeel d), onder (i), zijn ook pensioenfondsen en *instellingen met een goed doel*, zoals beschreven in de onderdelen b) en c) van het eerste lid van artikel 4, gekwalificeerde personen. Voor de *instellingen met een goed doel* geldt dat het ideële doel voldoende rechtvaardiging biedt om aanspraak te kunnen maken op verdragsvoordelen. Voor pensioenfondsen gelden echter extra voorwaarden om de substantiële economische band met het land van vestiging te waarborgen. Een pensioenfonds wordt alleen als gekwalificeerd persoon aangemerkt als óf meer dan 50 percent van de gerechtigden, leden of deelnemers in het pensioenfonds inwoner is van het land waarin het pensioenfonds is gevestigd óf meer dan 75 per cent van de pensioenbijdragen wordt verkregen van andere gekwalificeerde personen. Deze voorwaarden zijn op verzoek van Japan opgenomen, omdat Japan geen verdragsvoordelen wil verlenen aan pensioenfondsen die voornamelijk pensioenuitkeringen doen aan personen uit derde landen of anderszins een minder substantiële band met het land van vestiging hebben. De beperkende voorwaarden hebben niet de Nederlandse voorkeur. Het stellen van extra voorwaarden voor pensioenfondsen bleek echter een hard punt voor Japan, zodat Nederland uiteindelijk toch hiermee heeft ingestemd, mede in aanmerking nemende dat Japan geen lid is van de EU.

3. Banken, verzekeringsmaatschappijen en effectenmakelaars

Onderdeel d), onder (ii), regelt dat banken, verzekeringsmaatschappijen en effectenmakelaars die zijn opgericht in het land van vestiging en aldaar onder de toezichtregels vallen, als gekwalificeerd persoon worden aangemerkt. Banken en verzekeringsmaatschappijen zijn op voorstel van Nederland als aparte categorie opgenomen omdat het in Nederland voorkomt dat deze ondernemingen niet worden uitgeoefend via vennootschappen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, waardoor het niet mogelijk is te kwalificeren onder één van de andere toetsen van het tweede lid. In het algemeen zullen banken en verzekeringsmaatschappijen wel kwalificeren onder de activiteitentoets (vierde lid), maar dit is een toets per inkomensbestanddeel. Aangezien banken en verzekeringsmaatschappijen vaak veel transacties uitvoeren, betekent dit een aanzienlijke administratieve last om aanspraak te kunnen maken op verdragsvoordelen. Deze last wordt grotendeels weggenomen door deze ondernemingen in het tweede lid op te nemen.

Op verzoek van Japan zijn ook «*securities companies*» opgenomen. Dit is in Japan een gebruikelijke term om ondernemingen aan te duiden die

optreden als effectenmakelaar («*broker*»). Deze ondernemingen houden ook vaak effecten aan op eigen rekening, waarvoor de aanspraak op verdragsvoordelen relevant is. De substantiële economische band met het land van vestiging is, evenals bij de banken en verzekeringsmaatschappijen, gewaarborgd door de voorwaarde dat deze ondernemingen onder de toezichtregels van het land van vestiging moeten vallen.

4. Aandeelhouderstoets

In onderdeel e) is de aandeelhouderstoets neergelegd. Een persoon kan onder deze toets als gekwalificeerd persoon worden aangemerkt als ten minste 50 percent van de aandelen die het stemrecht in deze persoon vertegenwoordigen, direct of indirect, in handen is van andere gekwalificeerde personen. Daarbij tellen gekwalificeerde personen op grond van onderdeel e) zelf niet mee, omdat dit verwateringsconstructies in de hand zou kunnen werken.

Het vierde lid van artikel 21 bepaalt nog dat alleen recht bestaat op verdragsvoordelen op basis van de aandeelhouderstoets als gedurende een bepaalde periode aan de voorwaarden van deze toets is voldaan. De bepaling waarborgt de bestendigheid van de benodigde substantiële economische band met het land van inwonerschap. De bepaling valt in twee onderdelen uiteen, afhankelijk van de wijze van belastingheffing. Als het een belasting betreft die bij de betaling van het inkomensbestanddeel wordt geheven, moet in de twaalf maanden voorafgaand aan deze betaling aan de voorwaarden van de aandeelhouderstoets worden voldaan. In andere gevallen geldt dat op ten minste de helft van het aantal dagen van het belastingjaar waarin het inkomensbestanddeel is ontvangen, aan de voorwaarden van de aandeelhouderstoets moet zijn voldaan. Op de overige toetsen (behalve bij de gelijkwaardige gerechtigden) is de eis voor voldoen aan de voorwaarden gedurende een bepaalde periode niet van toepassing, omdat de daarin gestelde voorwaarden op zichzelf al de bestendigheid waarborgen.

Gelijkwaardige gerechtigden (artikel 21, derde en vierde lid)

Als een lichaam niet kan worden aangemerkt als gekwalificeerd persoon onder één van de toetsen van het tweede lid, biedt het derde lid van artikel 21 de mogelijkheid om toch aanspraak te maken op verdragsvoordelen voor een specifiek inkomensbestanddeel. Dit is mogelijk als ten minste 75 percent van de aandelen die het stemrecht vertegenwoordigen in het lichaam dat verdragsvoordelen claimt, direct of indirect, in handen is van zeven of minder personen die gelijkwaardige gerechtigden zijn. Wie gelijkwaardige gerechtigden zijn, is bepaald in onderdeel d) van het achtste lid van artikel 21. Er zijn grofweg twee categorieën gelijkwaardige gerechtigden te onderscheiden.

In de eerste plaats zijn er de inwoners van andere landen waarmee de staat die het verdragsvoordeel moet verlenen, een belastingverdrag heeft gesloten. Deze inwoners zijn gelijkwaardige gerechtigde als wordt voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:

1. Het desbetreffende belastingverdrag bevat bepalingen die effectieve uitwisseling van inlichtingen mogelijk maken. Deze voorwaarde is op verzoek van Japan opgenomen en is bedoeld om effectief te kunnen controleren of de inwoner aan alle voorwaarden voldoet om als gelijkwaardige gerechtigde te kunnen worden aangemerkt.
2. De inwoners kunnen worden aangemerkt als gekwalificeerd persoon onder de bepaling over «beperking van voordelen» in het desbetreffende belastingverdrag. Indien dat belastingverdrag geen bepaling over «beperking van voordelen» bevat, wordt het tweede lid van artikel 21 van het Verdrag toegepast als ware het opgenomen in het belastingverdrag tussen het land van inwonerschap van de potentiële gelijkwaardige gerechtigde en de staat die het verdragsvoordeel

moet verlenen. Om als gelijkwaardige gerechtigde te worden aangemerkt, moet men dan onder die bepaling gekwalificeerd persoon zijn. Uiteraard moet het tweede lid van artikel 21 van het Verdrag in dat geval zo worden gelezen dat één van de Verdragsluitende Staten het land van inwonerschap van de potentiële gelijkwaardige gerechtigde is. Voor toepassing van de beurstoets geldt dan dat de beurs van dat land geacht moet worden genoemd te zijn onder (i) of (ii) van onderdeel c) van het achtste lid van artikel 21 van het Verdrag, mits het een door de Verdragsluitende Staten erkende effectenbeurs is. Als dat laatste niet het geval is, bestaat uiteraard de mogelijkheid via de «vangnetbepaling» van het zevende lid van artikel 21 van het Verdrag om verdragsvoordelen te verzoeken.

3. De inwoners hebben op grond van het desbetreffende belastingverdrag met betrekking tot het specifieke inkomensbestanddeel recht op eenzelfde bronbelastingtarief of een lager bronbelastingtarief dan het bronbelastingtarief onder het Verdrag.

In de tweede plaats kan een persoon ook gelijkwaardige gerechtigde zijn op grond van onderdeel a), b), c) of d) van het tweede lid van artikel 21 van het Verdrag. Het betreft hier als het ware toepassing van de aandeelhouderstoets om te bepalen of iemand gelijkwaardige gerechtigde is. Hierdoor kunnen ook lichamen met een combinatie van binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders onder het derde lid van artikel 21 aanspraak maken op verdragsvoordelen met betrekking tot een specifiek inkomensbestanddeel.

Evenals bij de aandeelhouderstoets geldt op grond van het vierde lid van artikel 21 ook voor de toepassing van het derde lid van artikel 21 dat alleen recht bestaat op verdragsvoordelen op basis van dit lid als gedurende een bepaalde periode aan de voorwaarden van deze toets is voldaan. Voor nadere uitleg zij verwezen naar de toelichting bij de aandeelhouderstoets.

Activiteitentoets (artikel 21, vijfde lid)

Op grond van de activiteitentoets van het vijfde lid van artikel 21 kan een inwoner van een Verdragsluitende Staat die geen gekwalificeerd persoon is, toch gerechtigd zijn tot de verdragsvoordelen met betrekking tot een specifiek inkomensbestanddeel. Een inwoner voldoet aan de activiteitentoets als aan twee voorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats moet de inwoner een onderneming drijven in het land van inwonerschap; er moeten activiteiten worden verricht. Het voor eigen rekening beleggen of het beheren van dergelijke beleggingen wordt onder de activiteitentoets uitgezonderd van het drijven van een onderneming, omdat dit niet wordt gezien als het actief uitoefenen van een onderneming. In de tweede plaats moet het inkomensbestanddeel dat wordt ontvangen, samenhangen met of bijkomstig zijn aan de onderneming. Hiermee wordt bijvoorbeeld voorkomen dat inkomensstromen binnen een concern worden omgeleid om gebruik te kunnen maken van de voordelen van het Verdrag, terwijl deze niets te maken hebben met de gedreven onderneming.

In onderdeel b) van het vijfde lid van artikel 21 wordt de aanvullende voorwaarde gesteld dat, als het ontvangen inkomensbestanddeel samenhangt met (ondernemings)activiteiten die de ontvanger van het inkomensbestanddeel of een aan hem gelieerde onderneming in het bronland uitoefent, de activiteiten in het land van inwonerschap van de ontvanger van het inkomensbestanddeel wezenlijk moeten zijn ten opzichte van de activiteiten in het bronland. Deze voorwaarde strekt ertoe te voorkomen dat marginale activiteiten worden opgezet om op grond van de activiteitentoets aanspraak te kunnen maken op een verdragsvoordeel met betrekking tot een specifiek inkomensbestanddeel. Of sprake is van wezenlijke activiteiten wordt bepaald aan de hand van alle feiten en omstandigheden.

Voor de toepassing van de activiteitentoets en de bepaling of een persoon een onderneming drijft, worden de activiteiten die worden verricht door een samenwerkingsverband («*partnership*») waarin de persoon als «partner» deelneemt en de activiteiten die door een met de persoon verbonden persoon worden verricht, geacht te worden verricht door de eerstgenoemde persoon. Deze nadere invulling van de hoofdregel moet er voor zorgen dat de activiteiten worden toegerekend aan de persoon die in de belastingheffing wordt betrokken. Wanneer sprake is van verbondenheid in deze context, wordt bepaald in de tweede en derde volzin van onderdeel c) van het vijfde lid van artikel 21. Belangrijk daarbij is dat er sprake moet zijn van controle, hetgeen in elk geval zo is als een persoon ten minste 50 per cent van de stemrechten heeft; dan kan immers geen meerderheidsbeslissing genomen worden zonder medewerking van die persoon.

Hoofdkantorentoets (artikel 21, zesde lid)

Het zesde lid van artikel 21 bevat de zogenoemde hoofdkantorentoets. Deze toets is op uitdrukkelijk verzoek van Nederland opgenomen en biedt (regionale) hoofdkantoren van multinationale ondernemingen de mogelijkheid verdragsvoordelen te krijgen met betrekking tot specifieke inkomensbestanddelen, als deze hoofdkantoren niet onder één van de andere toetsen verdragsvoordelen kunnen claimen. Wanneer sprake is van een (regionaal) hoofdkantoor, wordt geregeld in onderdeel b) van het zesde lid. De volgende voorwaarden worden gesteld:

- Het hoofdkantoor verricht een wezenlijk deel van het toezicht op en het beheer van de multinationale groep of voorziet in de financiering van de groep. Met de toevoeging van de laatste activiteit wordt bewerkstelligd dat een houdstermaatschappij zonder toezicht- of beheertaken die ook als financieringsmaatschappij functioneert, verdragsvoordelen kan krijgen onder de hoofdkantorentoets. Het hoofdkantoor moet wel onafhankelijk zijn in de uitoefening van de genoemde toezicht- en beheer functies.
- Om te waarborgen dat het gaat om een hoofdkantoor dat daadwerkelijk een coördinerende taak heeft, wordt een aantal spreidingseisen gesteld. Zo moet de multinationale groep een onderneming drijven in ten minste vijf landen en moeten de ondernemingen in elk van die vijf landen ten minste vijf per cent van het bruto-inkomen van de groep genereren. Ook mogen de activiteiten in geen enkel land anders dan de het land waar het hoofdkantoor is gevestigd, 50 per cent of meer van het bruto-inkomen van de groep genereren. Anders is het twijfelachtig of zakelijke redenen ten grondslag liggen aan de vestiging van het hoofdkantoor in een land anders dan het land waar ten minste de helft van het inkomen van de groep wordt gegenereerd. Om diezelfde reden wordt de voorwaarde gesteld dat niet meer dan 50 per cent van het bruto-inkomen van het hoofdkantoor uit de andere Verdragsluitende Staat afkomstig is. Een andere reden om laatstgenoemde voorwaarde te stellen, is om te voorkomen dat een hoofdkantoor wordt opgericht met als voornaamste doel de voordelen van het Verdrag deelachtig te worden.
- Het hoofdkantoor moet voor de belastingheffing aan dezelfde regels zijn onderworpen als personen die onder de activiteitentoets verdragsvoordelen kunnen claimen. Dat wil zeggen dat deze hoofdkantoren niet onder een speciaal regime mogen vallen, maar dat hun inkomsten moeten worden belast op dezelfde wijze als winst uit onderneming. Bovendien moeten de door het hoofdkantoor ontvangen inkomsten samenhangen met of bijkomstig zijn aan de ondernemingsactiviteiten die door de afzonderlijke ondernemingen van de multinationale groep worden gedreven.

Voor drie van de voorwaarden om als hoofdkantoor te worden aangemerkt, wordt het bruto-inkomen als uitgangspunt gebruikt. Volgens onderdeel c) van het zesde lid wordt een hoofdkantoor ook geacht aan de vereisten met betrekking tot het bruto-inkomen te voldoen als dit bereikt kan worden door het gemiddelde te nemen van de drie jaren voorafgaand aan het belastingjaar waarin verdragsvoordelen onder de hoofdkantoren-toets worden geclaimd. Hiermee kunnen fluctuaties in het inkomen worden opgevangen. Wat onder het bruto-inkomen wordt verstaan, is vastgelegd in onderdeel f) van het achtste lid van artikel 21.

Vangnetbepaling (artikel 21, zevende lid)

Het zevende lid van artikel 21 biedt de mogelijkheid voor een inwoner van één van de Verdragsluitende Staten die niet gerechtigd is tot bepaalde verdragsvoordelen op grond van één van de voorgaande toetsen, alsnog deze verdragsvoordelen deelachtig te worden op basis van een beslissing van de bevoegde autoriteit van het bronland. Een bevoegde autoriteit zal deze beslissing nemen aan de hand van de vraag of één van de belangrijkste overwegingen voor het (voort)bestaan van de inwoner en zijn handelwijze is om de verdragsvoordelen deelachtig te worden. In artikel 4 van de Briefwisseling is afgesproken dat, voordat een bevoegde autoriteit negatief beslist op een verzoek onder deze zogenoemde vangnetbepaling, de andere bevoegde autoriteit hiervan in kennis wordt gesteld.

Vermijding van dubbele belasting (artikel 22)

In artikel 22 is de vermijding van dubbele belasting door beide staten geregeld.

De eerste twee leden omschrijven de manier waarop Japan zijn voorkoming vormgeeft. Japan hanteert in zijn belastingverdragen als uitgangspunt de verrekeningsmethode. Voor zover een Japanse natuurlijke persoon of een Japans lichaam inkomsten uit Nederland verkrijgt waarbij de heffing volgens het Verdrag aan Nederland is toegewezen, brengt Japan op de Japanse belastingheffing de Nederlandse heffing in mindering. Volgens de tweede volzin van het eerste lid blijft die verrekening wel beperkt tot de Japanse heffing over dat deel van het (wereld-) inkomen van de Japanse ontvanger. In het tweede lid heeft Japan een tegemoetkoming geaccepteerd die verder gaat dan in de Japanse belastingverdragen gebruikelijk is. In feite is hier sprake van de Japanse pendant van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Als een Japanse moedermaatschappij met een belang van meer dan tien procent in een Nederlandse dochtermaatschappij dividend ontvangt van die Nederlandse dochtermaatschappij zal Japan die inkomsten integraal buiten de Japanse heffing laten.

In de leden 3 tot en met 6 is de in belastingverdragen gebruikelijke wijze van voorkoming van dubbele belasting van Nederlandse zijde opgenomen. Het derde lid bevestigt dat Nederland bij zijn inwoners in beginsel inkomsten waarvoor de heffing aan Japan toekomt in de belastinggrondslag mee kan nemen. Vervolgens bepaalt het vierde lid voor een aantal specifiek benoemde inkomsten dat Nederland vrijstelling toestaat conform de nationale regels, zoals momenteel opgenomen in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. De inkomsten die in het vierde lid worden benoemd, betreffen met name de zogenoemde actieve inkomsten (winst uit onderneming, inkomsten uit arbeid) en inkomsten uit onroerende zaken. In het vijfde lid is vervolgens een aantal inkomstenbronnen opgenomen waarvoor Nederland (slechts) verrekening van de in Japan – binnen de grenzen van het Verdrag – geheven belasting biedt. Daar gaat het met name om zogenoemde passieve inkomsten (dividend en interest) en om de inkomsten van bestuurders en artiesten en sportbeoefenaars. In het zesde lid neemt Nederland een uitzonderingsre-

geling op voor zogenoemde passieve vaste inrichtingen in Japan. Conform de regels van het eerder genoemde Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 wenst Nederland in geval van passieve winst uit buitenlandse onderneming slechts verrekening te geven, in tegenstelling tot de vrijstelling van buitenlandse winst van reguliere vaste inrichtingen. Ook in de relatie met Japan is daarom voor deze categorie vaste inrichtingsopbrengsten verrekening voorgeschreven.

Het zevende lid is op verzoek van Japan opgenomen, omdat Japan op grond van zijn nationale wet slechts een verrekening van in het buitenland geheven belasting kan geven indien de desbetreffende inkomsten afkomstig zijn uit een buitenlandse bron. Met deze bepaling wordt zeker gesteld dat aan deze voorwaarde is voldaan. Ook een land als het Verenigd Koninkrijk hecht in zijn verdragen aan een dergelijk lid.

Non-discriminatie (artikel 23)

Het non-discriminatie artikel in belastingverdragen bevat, als invulling van het uitgangspunt dat in de titel van dit artikel tot uitdrukking komt, een aantal regels over specifieke situaties.

De bepaling uit het eerste lid van artikel 23 stemt overeen met het OESO-modelverdrag.

In het OESO-modelverdrag is in het tweede lid vervolgens een bepaling opgenomen waarbij discriminatie op belastinggebied ten aanzien van zogenoemde «*stateless persons*» (personen zonder nationaliteit) niet wordt toegestaan. Japan is één van de landen die terughoudend staat tegenover deze bepaling. Om die reden is Nederland akkoord gegaan met het achterwege laten van dit lid.

Het tweede lid over het niet discrimineren van vaste inrichtingen is conform het OESO-modelverdrag.

Het derde lid geeft een eveneens OESO-conforme regel over het toestaan van aftrekposten. Op verzoek van Japan is uit consistentie-overwegingen eventuele aftrek van betaling van overige inkomsten aan dit artikellid toegevoegd. Het desbetreffende lid van het OESO-model bevat ook een vergelijkbare regel voor het in aanmerking nemen van bepaalde schulden in het kader van een vermogensbelasting. Omdat het onderhavige Verdrag met Japan niet ziet op belastingen op kapitaal («*taxes on capital*»), aangezien geen van beide landen een dergelijke belasting hanteert, is die toevoeging achterwege gelaten.

Het vierde en vijfde lid van dit Verdrag komen materieel overeen met de leden vijf en zes van artikel 24 van het OESO-modelverdrag.

Regeling voor onderling overleg (artikel 24 en artikel 12 van het Protocol)

Artikel 24 stemt grotendeels overeen met de desbetreffende bepaling in het OESO-modelverdrag. In afwijking hiervan is aan het derde lid van artikel 24 een opsomming toegevoegd van situaties waarbij in onderling overleg naar een oplossing kan worden gezocht. Deze niet-limitatieve opsomming is op Japans voorstel opgenomen en beoogt meer duidelijkheid te verschaffen over situaties waarin onderling overleg mogelijk is. Een dergelijke opsomming is eerder overeengekomen in het Nederlandse belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika (*Trb.* 1993, 77). Het vijfde lid van artikel 24 geeft een belastingplichtige die op basis van het eerste lid van dit artikel een verzoek tot onderling overleg heeft ingediend, de mogelijkheid om een arbitrageprocedure aan te vragen als de bevoegde autoriteiten niet binnen een periode van twee jaar in onderling overleg tot een oplossing komen. De uitkomst is bindend voor de Verdragsluitende Staten, tenzij de beslissing door de betrokken persoon wordt verworpen. In onderdeel 4 van deze toelichting is reeds op de achtergrond en strekking van deze bepaling ingegaan.

In artikel 12 van het Protocol wordt een aantal regels voor de arbitrageprocedure nader ingevuld. De overige regels zijn door de bevoegde autoriteiten in onderlinge overeenstemming vastgelegd. De onderlinge overeenstemming is als bijlage bij deze toelichting gevoegd. Onderdeel a) legt vast dat een arbitrageprocedure binnen twee jaar na de aanvraag daartoe, moet hebben geleid tot tenuitvoerlegging van de beslissing. De termijnen die zijn gesteld in de onderlinge overeenstemming, sluiten hierbij aan. Van de termijn van twee jaar kan worden afgeweken als een persoon die direct met de procedure te maken heeft, de procedure frustreert of als er overeenstemming is over verlenging van de termijn tussen de bevoegde autoriteiten en die persoon. De betrokken persoon zal op de hoogte worden gehouden van de voortgang van de arbitrageprocedure op de momenten zoals vastgelegd in de onderlinge overeenstemming.

Onderdeel b) regelt een aantal zaken omtrent de arbiters. Afsproken is dat het arbitragepanel uit drie arbiters zal bestaan. Beide landen wijzen één arbiter aan en de twee aangewezen arbiters wijzen de derde arbiter aan, die als voorzitter zal functioneren. Deze arbiters moeten uiteraard geheel onafhankelijk tegenover de zaak staan en zich houden aan de regels omtrent vertrouwelijkheid zoals die ook bij de uitwisseling van informatie onder het belastingverdrag gelden. De kosten voor de twee door de bevoegde autoriteiten aangewezen arbiters, worden door de respectievelijke bevoegde autoriteiten gedragen. De kosten voor de derde arbiter en overige kosten worden gedeeld door de twee bevoegde autoriteiten.

In onderdeel c) is vastgelegd dat de bevoegde autoriteiten alle benodigde informatie onverwijld aan de arbiters zullen verstrekken.

Onderdeel d) regelt dat een arbitragebeslissing geen precedent schept. In het geval door de rechter van één van de Verdragsluitende Staten is vastgesteld dat de regels voor de arbitrageprocedure zijn geschonden met gevolgen voor de beslissing, zal de beslissing geacht worden niet te zijn gegeven.

Het is ook mogelijk dat gedurende de arbitrageprocedure de bevoegde autoriteiten alsnog overeenstemming bereiken over de openstaande onderwerpen. Op basis van onderdeel e) zal in dat geval de zaak worden afgedaan onder artikel 24 van het Verdrag en zal geen arbitragebeslissing worden gegeven.

In onderdeel f) is een overgangsregeling overeengekomen voor onderlinge overlegprocedures onder het huidige belastingverdrag. Deze procedures komen ook in aanmerking voor arbitrage, tenzij de bevoegde autoriteiten vanwege bijzondere omstandigheden anders beslissen. Als de bevoegde autoriteiten al informatie hebben uitgewisseld in een lopende onderlinge overlegprocedure, kan arbitrage pas worden aangevraagd vanaf twee jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag.

Uitwisseling van inlichtingen (artikel 25 en artikel 13 van het Protocol)

Deze bepaling biedt beide Verdragsluitende Staten de mogelijkheid om op verzoek, automatisch en spontaan inlichtingen uit te wisselen ten behoeve van de toepassing of de tenuitvoerlegging van de nationale belastingwet. De bepaling is gelijk aan de desbetreffende bepaling in het OESO-modelverdrag (artikel 26) en is daarmee in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid en de internationale standaard zoals wordt gestimuleerd en gewaarborgd in het kader van het *Global Forum for Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (zie www.oecd.org/tax/transparency).

Op verzoek van Japan is in artikel 13 van het Protocol vastgelegd dat een Verdragsluitende Staat mag weigeren inlichtingen te verstrekken die betrekking hebben op communicatie tussen advocaten en hun cliënten welke volgens de nationale wet niet openbaar mag worden gemaakt. De

bepaling is voor Japan nodig om er zeker van te zijn dat inlichtingen die betrekking hebben op dergelijke vertrouwelijke communicatie niet in strijd met de nationale wet hoeven te worden verstrekt. In § 19.3 en § 19.4 van het commentaar bij artikel 26 van het OESO-modelverdrag wordt de mogelijkheid tot het opnemen van een soortgelijke bepaling genoemd. In dat kader moet ook artikel 13 van het Protocol worden gezien. Japan is deze bepaling in alle recente belastingverdragen en protocollen overeengekomen. Het vorenstaande in aanmerking nemende, heeft Nederland de bepaling aanvaard. Bovendien is een soortgelijke bepaling tevens opgenomen in de standaard informatie-uitwisselingsverdragen van Nederland.

Bijstand bij de invordering van belastingen (artikel 26)

Het artikel dat bijstand bij de invordering van belastingen mogelijk maakt, is nauwelijks gewijzigd ten opzichte van het desbetreffende artikel in het huidige belastingverdrag met Japan. De werkingssfeer van de regeling is daardoor beperkt tot gevallen waarin verdragsvoordelen zijn genoten door personen die daar geen recht op hebben. Japan bleek tijdens de onderhandelingen niet bereid de reikwijdte van het artikel uit te breiden naar andere situaties, bijvoorbeeld wanneer een naar Japan geëmigreerd persoon een openstaande belastingschuld aan de Nederlandse overheid heeft. Het Japanse standpunt is gebaseerd op de veronderstelling dat het invorderen van belastingen voor een buitenlandse overheid meestal meer tijd en geld kost dan dat het oplevert. Het Japanse systeem is ook niet ingericht om belastingschulden aan buitenlandse overheden in te vorderen in andere situaties dan nu in het Verdrag is geregeld. Japan is daarom nog in geen enkel belastingverdrag een bepaling overeengekomen die voorziet in bijstand bij invordering van belastingen met een reikwijdte als in de desbetreffende bepaling in het OESO-modelverdrag. Met name daarom heeft Nederland in het licht van een totaalcompromis ingestemd met het artikel zoals nu in het Verdrag is opgenomen. In het tweede lid is nog neergelegd dat de Verdragsluitende Staten niet gehouden zijn maatregelen te nemen die zij zelf bij de invordering van belastingen niet zouden nemen.

Diplomatieke en consulaire ambtenaren (artikel 27)

Dit artikel is geheel conform het OESO-modelverdrag.

Uitbreiding tot andere gebieden (artikel 28)

Voor toelichting op dit artikel wordt verwezen naar onderdeel 6 (Koninkrijkspositie) in deze memorie van toelichting.

Titels (artikel 29)

Het is gebruikelijk om in belastingverdragen de artikelen een naam te geven door middel van een titel, zodat onmiddellijk duidelijk is welk onderwerp door het artikel wordt bestreken. Japan was alleen bereid titels boven de artikelen te zetten als zou worden vastgelegd dat deze titels niet de interpretatie van het Verdrag beïnvloeden en slechts dienen om verwijzing naar de artikelen te vergemakkelijken. Nederland kon hiermee instemmen omdat de titels ook wat Nederland betreft geen invloed hebben op de in de artikelen zelf gemaakte afspraken. In het onderhavige artikel is zodoende gevolg gegeven aan de Japanse wens.

Inwerkingtreding (artikel 30)

Het Verdrag treedt in werking dertig dagen nadat Nederland en Japan via diplomatieke notawisseling elkaar hebben medegedeeld dat het Verdrag in hun onderscheiden staten is goedgekeurd volgens de (grond)wettelijke procedures.

Op grond van het tweede lid vindt het Verdrag vervolgens met betrekking tot bronbelastingen toepassing op bedragen die belastbaar zijn op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het Verdrag in werking is getreden. Met betrekking tot andere belastingen, al dan niet naar het inkomen, vindt het Verdrag toepassing op belastingjaren (en -tijdvakken) die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het Verdrag in werking is getreden. Een splitsing tussen belastingen naar het inkomen en andere belastingen is gemaakt om ook de Japanse «*enterprise tax*» (zie voor nadere uitleg de toelichting bij artikel 8) te kunnen inbegrijpen.

Het derde lid bepaalt dat het thans geldende Verdrag van 1970, met bijbehorend Protocol en Wijzigingsprotocol (*Trb.* 1992, 68 en *Trb.* 1992, 182), niet meer van toepassing is vanaf het moment dat het Verdrag ingevolge het tweede lid van toepassing is geworden.

Het vierde lid bevat een overgangsbepaling voor personen die onder het huidige verdrag gerechtigd zijn tot grotere voordelen dan onder het Verdrag. Deze personen kunnen ervoor kiezen onder het regime van het huidige verdrag te blijven vallen gedurende een periode van twaalf maanden vanaf het van toepassing worden van het Verdrag. Een dergelijke keuze kan bijvoorbeeld worden gemaakt als een persoon onder het Verdrag niet gerechtigd is tot één van de verdragsvoordelen waarvoor artikel 21 van het Verdrag geldt, omdat niet aan de voorwaarden van dat artikel wordt voldaan. Met de overgangstermijn van twaalf maanden wordt enige tijd gegund aan het bedrijfsleven om, mocht dat noodzakelijk zijn, het «*business model*» aan te passen. Als de keuze wordt gemaakt onder deze bepaling, geldt deze voor de gehele periode van twaalf maanden.

In het vijfde lid is nog vastgelegd dat het huidige verdrag zal zijn beëindigd op de laatste datum dat het van toepassing is in overeenstemming met de eerdere leden van dit artikel.

Beëindiging (artikel 31)

Het Verdrag wordt in beginsel voor onbepaalde tijd aangegaan. Na verloop van een periode van vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van het Verdrag kan het echter door elk van beide Verdragsluitende Staten, langs diplomatieke weg, worden beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden vóór het verstrijken van een kalenderjaar. In dat geval houdt het Verdrag met betrekking tot bronbelastingen op van toepassing te zijn voor bedragen die belastbaar zijn op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de kennisgeving van beëindiging is gedaan. Met betrekking tot andere belastingen, al dan niet naar het inkomen, houdt het Verdrag op van toepassing te zijn voor belastingjaren (en -tijdvakken) die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de kennisgeving van beëindiging is gedaan. Net als in het artikel dat de inwerkingtreding regelt, is ook hier een splitsing tussen belastingen naar het inkomen en andere belastingen gemaakt om de Japanse «*enterprise tax*» (zie voor nadere uitleg de toelichting bij artikel 8) mee te nemen.

Tokumei Kumiai (Protocol artikel 9)

Een punt dat Japan inmiddels al jarenlang in zijn verdragsonderhandelingen aan de orde stelt is het behoud van een Japans heffingsrecht over inkomsten die een (stille) participant verkrijgt uit een specifieke Japanse rechtsvorm, de *Tokumei Kumiai*. Japan is met betrekking tot deze rechtsvorm tegen lokale jurisprudentie aangelopen die onder omstandigheden het algehele recht om belasting te heffen over daadwerkelijk in Japan met een lokale onderneming behaalde winst illusoir zou maken. Nederland is met deze bepaling akkoord gegaan. Wel heeft Nederland aandacht gegeven aan ongewenste en onbedoelde uitstraling naar situaties waarbij Nederlandse heffingsbelangen gemoeid zouden kunnen zijn. Om die reden is de bepaling eenzijdig geformuleerd en specifiek gericht op het «*Tokumei Kumiai*»-contract.

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

De minister van Buitenlandse Zaken,
U. Rosenthal

BRIEFWISSELING

Tokyo, August 25, 2010

His Excellency Mr. Koichi Takemasa
State Secretary for Foreign Affairs of Japan

I have the honour to acknowledge the receipt of Your Excellency's Note of today's date which reads as follows:

«I have the honour to refer to the Convention between Japan and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income signed today (hereinafter referred to as «the Convention») and to confirm, on behalf of the Government of Japan, the following understanding reached between the two Governments:

1. With reference to subparagraph m) of paragraph 1 of Article 3 of the Convention, it is understood that the term «pension fund» includes the following and any identical or substantially similar funds which are established pursuant to legislation introduced after the date of signature of the Convention:
 - a) funds established as the pension or retirement benefits systems implemented under the following laws in Japan:
 - (i) National Pension Law (Law No. 141 of 1959);
 - (ii) Employees' Pension Insurance Law (Law No. 115 of 1954);
 - (iii) The Law Concerning Mutual Aid Association for National Public Officials (Law No. 128 of 1958);
 - (iv) The Law Concerning Mutual Aid Association for Local Public Officials and Personnel of Similar Status (Law No. 152 of 1962);
 - (v) The Law Concerning Mutual Aid for Private School Personnel (Law No. 245 of 1953);
 - (vi) Coal-Mining Pension Fund Law (Law No. 135 of 1967);
 - (vii) Defined-Benefit Corporate Pension Law (Law No. 50 of 2001);
 - (viii) Defined-Contribution Pension Law (Law No. 88 of 2001);
 - (ix) Farmers' Pension Fund Law (Law No. 127 of 2002);
 - (x) Corporate Tax Law (Law No. 34 of 1965);
 - (xi) Small and Medium Enterprises Retirement Allowance Mutual Aid Law (Law No. 160 of 1959);
 - (xii) Small Enterprise Mutual Relief Projects Law (Law No. 102 of 1965); and
 - (xiii) Cabinet Order of Income Tax Law (Cabinet Order No. 96 of 1965); and
 - b) pension institutions regulated under the following laws in the Netherlands:
 - (i) Pension Act (Pensioenwet);
 - (ii) Obligatory Occupational Pension Schemes Act (Wet verplichte beroepspensioenregeling);
 - (iii) Industry-wide pension fund (mandatory scheme membership) Act 2000 (Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000);
 - (iv) Act on the Notary Office (Wet op het notarisambt); and
 - (v) Act on Financial Supervision (Wet op het financieel toezicht).
2. With reference to Articles 10, 11, 12 and 20 of the Convention, it is understood that, in determining the status of a resident of a Contracting State as a beneficial owner by applying the provisions of those Articles, the other Contracting State shall take into consideration the principle with respect to the interpretation of the term «beneficial owner» as set out in the commentary on the Model Tax

Convention on Income and on Capital of the Organisation for Economic Cooperation and Development.

3. With reference to paragraphs 1 and 2 of Article 17 of the Convention, it is understood that pensions and other similar remuneration, including social security payments, and annuities will be considered to be adequately subject to tax in case:
 - a) the payments are subject to a tax rate that is substantially similar to the tax rate applicable to income from employment, and
 - b) at least 90 per cent of the payments are included in the basis upon which tax is imposed.

It is further understood that the amount of those payments equal to the amount of the public pension deduction granted under the Income Tax Law (Law No. 33 of 1965) of Japan will be regarded as being included in the basis upon which tax is imposed and subject to a tax rate that is substantially similar to the tax rate applicable to income from employment.

4. With reference to paragraph 7 of Article 21 of the Convention, the competent authority of a Contracting State will notify to the competent authority of the other Contracting State before denying benefits of the Convention.
5. With reference to Article 22 of the Convention, it is understood that, subject to the provisions of the laws of the Netherlands regarding the exemption from the company tax of dividends received in relation to a qualifying shareholding (the participation exemption), a company which is a resident of the Netherlands and which derives dividends from a company which is a resident of Japan shall be entitled, for the purpose of Netherlands tax, to the same relief which would be granted to the company if the company paying the dividends were a resident of the Netherlands.

If the foregoing understanding is acceptable to the Government of the Netherlands, I have the honour to suggest that the present note and Your Excellency's reply to that effect should be regarded as constituting an arrangement between the two Governments in this matter, which shall enter into force at the same time as the Convention.»

The foregoing understanding being acceptable to the Government of the Netherlands, I have the honour to confirm that Your Excellency's Note and this reply shall be regarded as constituting an arrangement between the two Governments in this matter, which shall enter into force at the same time as the entry into force of the Convention.

I avail myself of this opportunity to extend to Your Excellency the assurance of my highest consideration.

Ph. De Heer
Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary
of the Kingdom of the Netherlands to Japan