

Vergaderjaar 2011–2012

**32 776**

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

**C**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 7 november 2011

#### **Inleiding**

Allereerst wil ik, mede namens de minister van Buitenlandse Zaken, de leden van de fracties van de VVD en de SP dankzeggen voor hun inbreng op het voorliggende wetsvoorstel tot goedkeuring van het op 25 augustus 2010 te Tokio tot stand gekomen Verdrag tussen de Regering van 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. 2010, 84) (hierna «het Verdrag»). Het verheugt mij dat de leden van de fractie van de VVD het belang van het Verdrag onderschrijven en dat de leden van de fractie van de SP met belangstelling kennis hebben genomen van het wetsvoorstel. Per onderwerp zullen de vragen beantwoord worden, waarbij ik de volgorde van het voorlopig verslag zal aanhouden. De leden van de fractie van de VVD hebben mij gevraagd te reageren op het openbare commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs van 7 oktober 2011 op de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsontwerp. Ik zal op verzoek van de leden van de fractie van de VVD de vragen die voorkomen in het commentaar van de NOB beantwoorden.

#### **Vangnetbepaling en grandfathering**

De leden van de fractie van de VVD hebben een aantal vragen gesteld over de zogenoemde «vangnetbepaling», opgenomen in artikel 21, zevende lid, van het Verdrag. De leden van de fractie van de VVD vragen welke inspanningen de Nederlandse bevoegde autoriteit kan leveren voor belastingplichtigen die een beroep doen op de vangnetbepaling en in hoeverre artikel 30, vierde lid, van het Verdrag, de zogenoemde «grandfathering bepaling» voldoende ruimte biedt in relatie tot de vangnetbepaling.

In artikel 30, vierde lid, is bepaald dat personen ervoor kunnen kiezen om onder het regime van het huidige verdrag te blijven vallen gedurende een periode van twaalf maanden vanaf het van toepassing worden van het Verdrag. Deze bepaling is relevant wanneer personen onder het huidige

verdrag gerechtigd zijn tot grotere voordelen dan onder het Verdrag. Een dergelijke keuze zou van belang kunnen zijn wanneer blijkt dat een belastingplichtige die momenteel de verdragsvoordelen geniet onder het huidige verdrag, op basis van artikel 21 – de «limitation on benefits»-bepaling (hierna LOB bepaling) in het Verdrag – niet direct gerechtigd is tot de verdragsvoordelen. Ik zal dit nader toelichten.

In het Verdrag is een LOB bepaling opgenomen. Op grond van artikel 21, het tweede lid tot en met het zesde lid, is een aantal categorieën van gekwalificeerde personen opgenomen of van personen die onder de daar beschreven voorwaarden in aanmerking komen voor de verdragsvoordelen. Als een persoon derhalve kwalificeert op basis van één van de toetsen beschreven in bovengenoemde artikelliden, dan is sprake van verdragsgerechtigdheid voor alle voordelen van het Verdrag. Het zevende lid van artikel 21 biedt aanvullend de mogelijkheid aan een persoon die niet gerechtigd is op grond van één van de voorgaande toetsen om alsnog te kwalificeren en zodoende de verdragsvoordelen deelachtig te worden. Hiertoe kan een verzoek worden ingediend bij de bevoegde autoriteit van het bronland. Er is als het ware dus een extra stap vereist voordat er zekerheid is over al dan niet verdragsgerechtigdheid. Een dergelijke stap zal ook extra tijd kosten, ten opzichte van de situatie dat een persoon direct kwalificeert op basis van één van de toetsen. Uiteraard is de LOB bepaling echter wel zo vormgegeven dat personen met voldoende economische banden met één van de twee verdragsluitende staten in zoveel mogelijk situaties direct in aanmerking komen voor de verdragsvoordelen. Mocht dat echter in een individueel geval niet zo zijn, dan kan – zodra het Verdrag van toepassing is – een persoon een vangnetverzoek indienen op basis van artikel 21, zevende lid, van het Verdrag.

Zowel de Nederlandse autoriteit als de Japanse autoriteit heeft ervaring met dergelijke vangnetverzoeken bij andere belastingverdragen. In het huidige belastingverdrag tussen Japan en de Verenigde Staten en het huidige belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten zijn bijvoorbeeld ook vangnetbepalingen opgenomen. Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat een verzoek voortvarend zal worden behandeld, zowel aan Nederlandse zijde als aan Japanse zijde. Het is dan ook de verwachting dat een beslissing op een vangnetverzoek binnen een redelijke termijn zal worden genomen.

Als er sprake zou zijn van een negatieve beslissing, dan heeft de belastingplichtige in de overgangperiode overigens voldoende tijd om eventuele aanpassingen door te voeren. De belastingplichtige zou tot 1 januari 2013, in geval het Verdrag van toepassing wordt per 1 januari 2012, op verzoek onder het regime van het huidige verdrag kunnen blijven vallen.

In dit verband wijs ik er voorts graag op, en in antwoord op de vraag van de leden van de fractie van de VVD, dat bij een voorgenomen afwijzing van het verzoek de bevoegde autoriteit de andere bevoegde autoriteit – vooraf – in kennis zal stellen van deze voorgenomen afwijzing. Mocht bijvoorbeeld Japan Nederland in kennis stellen van het voornemen de verdragsvoordelen te weigeren op basis van een individueel vangnetverzoek, dan heeft vervolgens de Nederlandse autoriteit de mogelijkheid in overleg te treden met de Japanse autoriteit. Als de Nederlandse autoriteit van mening is dat er sprake is van reële economische activiteiten waarbij het verkrijgen van de verdragsvoordelen niet één van de voornaamste doelstellingen van de structuur is en Nederland daarom van mening is dat het verzoek wel zou moeten worden toegekend, dan zal de Nederlandse autoriteit gemotiveerd richting de Japanse autoriteit reageren en een inspanning leveren om een positief besluit te bewerkstelligen. Ik ga er vanuit dat beide bevoegde autoriteiten op een constructieve manier met een vangnetverzoek zullen omgaan. Hierbij benadruk ik wel dat het uiteindelijke besluit een discretionaire bevoegdheid is en blijft van

de bevoegde autoriteit van het bronland. Overigens kan een belastingplichtige die een vangnetverzoek indient bij de Japanse autoriteit desgewenst ook (vooraf) de Nederlandse autoriteit op de hoogte stellen.

### **Voorkomingsbepaling in relatie tot de Tokumei Kumiai**

De leden van de fractie van de VVD vragen of door Nederland wordt voorzien in een voorkoming van dubbele belastingheffing indien Japan op grond van artikel 9 van het Protocol (de zogenoemde Tokumei Kumiai bepaling) een (bron)belasting heft. Als het antwoord bevestigend luidt, dan vragen de leden van de fractie van de VVD op welke wijze alsdan wordt voorzien in een voorkoming van dubbele belastingheffing. Als het antwoord ontkennend is, dan vragen de leden van de fracties van de VVD wat daarvan de reden is gelet op het doel van belastingverdragen, het vermijden van dubbele belastingheffing. Tot slot vragen de leden van de fractie van de VVD of in laatstgenoemd geval de in Japan betaalde belasting in Nederland als kosten kan worden afgetrokken.

Op basis van artikel 9 van het Verdrag heeft Japan het recht een bronbelasting te heffen op uitdelingen die worden gedaan vanuit een Tokumei Kumiai (hierna «TK»). De achterliggende gedachte van deze bepaling is dat op basis van het nationale Japanse recht, de actieve vennoot de uitdeling aan de stille vennoot in aftrek op de winst mag brengen en Japan op grond van nationale rechtspraak niet in alle gewenste gevallen het recht heeft om belasting te heffen over de (uitgedeelde) winst. Ik verwijs voor een nadere toelichting op de passages hieromtrent in de nota naar aanleiding van het verslag, zoals die door mij aan de Tweede Kamer is gezonden (TK, 2011–12, 32 776, nr. 6, p. 29). Door een bepaling op te nemen in het Verdrag, mag Japan een bronheffing opleggen op deze uitdelingen. Hierdoor wordt het evenwicht in de Japanse heffing hersteld. De leden van de fractie van de VVD hebben terecht opgemerkt dat in de voorkomingsbepaling, artikel 22 van het Verdrag, geen verwijzing is opgenomen naar artikel 9 van het Protocol. Voor mij geldt echter als uitgangspunt dat de Nederlandse inspecteur bij inkomsten uit een TK volgens nationaal belastingrecht zal bepalen hoe hij deze inkomsten kwalificeert en wie de ontvanger is. Daarbij zal hij tevens het Verdrag toepassen en – afhankelijk van de specifieke situatie – de inkomsten onder het aangewezen Verdragsartikel brengen met als gevolg dat ook de regels van de voorkomingsbepaling (artikel 22) van toepassing worden. Derhalve volgt in deze gevallen de voorkoming van dubbele belasting direct uit de Verdragstekst.

Van belang is wel om in het oog te houden dat bij TK structuren diverse varianten denkbaar zijn en het voorshands niet mogelijk is die allemaal te overzien. De praktijk kan bijzonder divers zijn. Het is daarom ook niet mogelijk in zijn algemeenheid aan te geven wanneer er sprake is van een vrijstelling, een verrekening of wanneer er geen voorkoming wordt verleend. Als voorbeeld noem ik een Nederlandse vennoot die vanuit Nederlands perspectief een vaste inrichting heeft in Japan en winst geniet op basis van artikel 7 van het Verdrag. In dit geval zal er, ook al is er geen verwijzing opgenomen naar artikel 9 van het Protocol, sprake zijn van een vrijstelling op basis van artikel 22, vierde lid, van het Verdrag voor de vaste inrichtingswinsten. Door deze vrijstelling te verlenen wordt dubbele belastingheffing voorkomen. Evenzeer zou ik mij kunnen voorstellen dat situaties denkbaar zijn, waar een verrekening voor ingehouden Japanse bronbelasting aan de orde kan zijn. Dat is echter afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Nogmaals, vanwege de bijzonderheden van de TK structuur zijn diverse situaties denkbaar, afhankelijk van de activiteiten van de TK (dat kunnen ondernemingsactiviteiten zijn maar bijvoorbeeld ook beheeractiviteiten van onroerend goed). Niet uit te sluiten is dat situaties denkbaar zijn waarbij het Verdrag nog enige onzekerheid laat of duidt op het achterwege blijven van voorkoming van dubbele belasting.

Voor die situaties ben ik ook in de toekomst vanzelfsprekend bereid duidelijkheid te geven. Indien daartoe aanleiding bestaat kan ik daarover tot de publicatie van een beleidsbesluit overgaan. Het voorkomen van dubbele belasting waar zich dat voordoet, behoort immers tot doel en strekking van elk belastingverdrag.

### **Verdragsgerechtigdheid van vrijgestelde beleggingsinstellingen**

De leden van de fractie van de VVD hebben gevraagd in te gaan op het commentaar van de NOB dat ziet op de verdragsgerechtigdheid ten aanzien van de vrijgestelde beleggingsinstelling (hierna «VBI»). Onder verwijzing naar art. 6.12 van het Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag vraagt de NOB mij te bevestigen dat de vrijgestelde beleggingsinstelling als ingezetene van Nederland zoals omschreven in artikel 4 van het Verdrag dient te worden aangemerkt. Tevens vragen zij artikel 21, vijfde lid, onderdeel a) onder (i) van het Verdrag hierbij te betrekken.

Hierin ligt besloten de vraag of de vrijgestelde beleggingsinstellingen nu wel of juist niet onder het Verdrag zijn gebracht. Allereerst ben ik van mening dat het geen uitgemaakte zaak is of volgens de OESO-normen een VBI voor verdragstoepassing als inwoner wordt aangemerkt. Een groot verschil met bijvoorbeeld de Nederlandse fiscale beleggingsinstelling (hierna «FBI»), die we ook in de vennootschapsbelasting kennen, is dat de VBI geen uitdelingsverplichting kent waarover bij de FBI bovendien dividendbelasting is verschuldigd. In zoverre is een VBI een wezenlijk ander vehikel dan de FBI. In internationaal verband is vanzelfsprekend dat de FBI wel verdragsinwoner is en de verdragsvoordelen krijgt. De VBI is in 2007 in Nederland ingevoerd. Het commentaar van de OESO op «collective investment vehicles» is pas in 2010 in het modelverdrag opgenomen. Deze gegevens brengen met zich mee dat ten tijde van de verdragsonderhandelingen tussen Nederland en Japan niet expliciet op de VBI als zodanig en de gevolgen van de OESO-modelverdrag aanpassingen is ingegaan. Zoals bekend is het Verdrag eind 2009 geparafeerd en is over een groot aantal bepalingen al overeenstemming bereikt vóór de bovengenoemde ontwikkelingen. Het is denkbaar dat Japan terughoudend staat tegenover het toekennen van verdragsvoordelen aan een VBI op basis van het Verdrag.

De NOB verwijst nog naar artikel 21, het vijfde lid, onderdeel a) onder (i) in relatie tot de VBI. Deze bepaling gaat over de activiteitentoets op grond waarvan een lichaam voor verdragsvoordelen kan kwalificeren. Een bedrijf dat bestaat uit het doen of beheren van investeringen voor eigen rekening wordt daarbij in beginsel uitgezonderd van de activiteitentoets. Ik veronderstel dat vanuit het hier relevante Japanse perspectief een VBI doorgaans evenmin door deze «limitation on benefits»-bepaling zal komen, voor zover de VBI overigens al in aanmerking zou kunnen komen voor de verdragsvoordelen waar de LOB bepaling op is gericht.

Daar waar ik aanneem dat Japan de FBI wel als verdragsinwoner zal zien, mag uit het voorgaande derhalve worden afgeleid dat gerede twijfel kan bestaan over de bereidheid aan Japanse zijde om Verdragsvoordelen toe te passen bij bijvoorbeeld dividend of interest betaald vanuit Japan aan een Nederlandse VBI. Ik wijs er overigens op dat deze conclusie in lijn is met de strekking van de motie van de leden van de Tweede Kamer Omtzigt en van Vliet, zoals die is ingediend bij de behandeling van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (TK, 2010–11, 25 087, nr. 13).

### **Uiteindelijke gerechtigdheid**

In het commentaar van de NOB wordt gevraagd wat «exact gelijke voorwaarden/afspraken» zijn in geval een Japanse (kale) moedermaatschappij een dividend ontvangt van een Nederlandse vennootschap die

onder exact gelijke voorwaarden/afspraken het dividend onmiddellijk doorbetaalt aan een moedermaatschappij gevestigd op de British Virgin Islands. Dit voorbeeld is aangehaald in de nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer en is opgenomen vanwege de zogenoemde «back to back»-bepalingen in het Verdrag. De vraag komt met name op gezien het feit dat vennootschapsrecht in het algemeen niet de mogelijkheid biedt aan een vennootschap om zich contractueel of statutair te verbinden tot het doen van dividenduitkeringen, aldus de NOB. De NOB vraagt of hiermee, in navolging van HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217, wordt verondersteld dat zich inderdaad de uitzonderlijke situatie voordoet waarin de Japanse vennootschap zich wel contractueel heeft vast kunnen leggen om niet vrijelijk over de dividenden te beschikken dan wel om bij het innen van de dividenden als zaakwaarnemer of lastgever op te treden.

Allereerst is van belang dat een persoon alleen in aanmerking komt voor een verlaging van de Japanse bronbelasting als de dividend, rente of royalty ontvangende partij in Nederland ook de «uiteindelijk gerechtigde» van die inkomsten is. Dit is een in het OESO-modelverdrag opgenomen regel die ook in het Verdrag is opgenomen. Overigens geldt in de omgekeerde situatie ook dat Nederland alleen bereid is zijn dividendbelasting op grond van het Verdrag te verlagen of achterwege te laten als de Japanse ontvanger de «uiteindelijk gerechtigde» is. In het aangehaalde geval uit de nota naar aanleiding van het verslag zal de Nederlandse Belastingdienst ook de verdragsvoordelen van het Verdrag niet op deze dividendstroom willen toepassen. Het Japanse lichaam vervult immers een verwaarloosbare functie.

De NOB vraagt, zoals hiervoor aangegeven, wat in het voorbeeld moet worden verstaan onder «exact gelijke voorwaarden/afspraken». Naar de aard der zaak is het niet mogelijk dit criterium in een in abstracte termen geformuleerde definitie vast te leggen omdat dit bij uitstek een kwestie is waarbij de feiten en omstandigheden van het concrete geval gewogen moeten worden. Er is immers altijd een grijs gebied waar een reële economische functie van een ontvangend lichaam over gaat in een verwaarloosbare functie, zoals we dat zien bij de zogenoemde «brievenbus vennootschappen». Gezien de tamelijk strikte omschrijving van de relevante leden in het dividend-, interest-, royalty- en overige inkomsten-artikel van het Verdrag ben ik van oordeel dat niet lichtvaardig kan worden geconcludeerd dat sprake is van een «back to back»-situatie waardoor in een voorkomend geval geen sprake zou zijn van uiteindelijke gerechtigdheid onder het Verdrag. Tot slot kan ik richting de NOB nog bevestigen dat zij er terecht op wijzen dat dividenduitkeringen volgens het vennootschapsrecht wel een beslissing van de uitdelende vennootschap zelf vergen.

### **Bestuurders**

Vervolgens heeft de NOB een vraag die ziet op een antwoord dat ik heb gegeven in de nota naar aanleiding van het verslag ten aanzien van bestuurderschap respectievelijk werknemerschap (TK 2011–12, 32 776, nr. 6, p. 23). Naar aanleiding van een vraag die is voorgelegd door de NOB is in de nota naar aanleiding van het verslag uiteengezet dat het bij een Nederlandse bestuurder van een Japanse vennootschap (of andersom) van belang kan zijn in welke mate hij feitelijk «bestuurt» en in welke mate hij als werknemer actief is. In hoofdlijnen kan de fiscale behandeling van bestuurders in het Verdrag (en ook onder het OESO-modelbelastingverdrag) als volgt worden samengevat. Het deel van de beloning dat ziet op het optreden in de hoedanigheid van bestuurder is volledig in het land van de vennootschap belast. Dat geldt dan ongeacht de plaats waar de bestuurder zijn activiteiten verricht. Het deel van zijn of haar beloning dat ziet op het handelen in de hoedanigheid van werknemer is slechts belast

in de staat waar het lichaam is gevestigd voor zover aan de voorwaarden daaromtrent in het artikel over inkomsten uit dienstbetrekking is voldaan. Discussie kan in de praktijk ontstaan over de mate waarin de beloning gerelateerd is aan het bestuurderschap respectievelijk het werknemerschap.

In de relatie met Japan hebben zich tot op heden op dit punt nooit problemen voorgedaan. Zo vaak komt het immers niet voor dat iemand die in Nederland woont een Japanse vennootschap bestuurt en andersom. Dat soort problematiek doet zich eerder voor bij buurlanden. Daarbij komt dat er in feite niets wezenlijks in het Verdrag is gewijzigd ten opzichte van het huidige verdrag tussen Japan en Nederland. In de nota naar aanleiding van het verslag merkte ik op dat Nederland in relatie tot sommige landen een groter deel van de beloning van een individuele bestuurder/werknemer als bestuurdersbeloning ziet dan sommige andere landen. De vraag van de NOB waar de leden van de fractie van de VVD naar verwijzen is of dat verschil kan worden verklaard uit verschillen in arbeids- of civiel recht in de betrokken staten. Dat zal ongetwijfeld een rol kunnen spelen. Ik denk echter dat het meer een fundamenteel verschil is in interpretatie van de fiscale regels zoals die doorgaans in belastingverdragen voorkomen. Ik vertrouw er overigens onveranderd op dat eventuele toekomstige problemen door overleg tussen de staten goed zullen worden opgelost.

### **Kapitaalstromen en werkgelegenheid**

De leden van de fractie van de SP vragen mij aan te geven hoe groot de (bruto) kapitaalstromen van Nederland naar Japan zijn en vice versa. Tevens vragen de leden van de fractie van de SP of ik kan aangeven hoeveel kapitaal er vanuit Japan via Nederland naar derde landen stroomt en welke derde landen dit dan voornamelijk betreft. Daarbij vragen de leden van de SP hoeveel werkgelegenheid er is gemoed met Japanse investeringen in Nederland. Zij vragen ook hoeveel werkgelegenheid er in Nederland is gerelateerd aan de import van Japanse goederen en diensten en de export van goederen en diensten naar Japan en hoeveel werkgelegenheid (in Japan) er omgekeerd is gemoed met Nederlandse investeringen in Japan, met de Japanse import uit Nederland en de Japanse export naar Nederland. Tot slot vragen de leden van de fractie van de SP welke effecten de regering op handels- en investeringsstromen verwacht en welke gelegenheidseffecten zullen optreden als gevolg van het Verdrag.

Op basis van de beschikbare gegevens is vanuit Nederland in 2010 voor circa 6,5 miljard euro in Japan geïnvesteerd. Andersom investeerde men vanuit Japan in Nederland in 2010 voor een bedrag van bijna 12,3 miljard euro. Dat volgt uit cijfers van De Nederlandsche Bank (DNB). Uit gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) blijkt dat Nederland voor een bedrag van circa 3,2 miljard euro exporteerde naar Japan. Andersom bedroeg de Nederlandse importwaarde van goederen vanuit Japan circa 9,2 miljard euro. De beschikbare gegevens geven geen inzicht in de vraag of, en zo ja in hoeverre, deze investeringen worden gebruikt ten behoeve van investeringen elders. Op basis van de beschikbare data is het evenmin mogelijk een uitsplitsing te geven van de werkgelegenheid die gerelateerd is aan de wederzijdse investeringen en de werkgelegenheid die gerelateerd is aan de handelsstromen. Wel is bekend dat de economische activiteiten tussen Japan en Nederland een positieve bijdrage leveren aan de werkgelegenheid. Volgens de beschikbare gegevens bedraagt het aantal banen in Nederland als gevolg van de economische activiteiten met Japan tussen de 26 000 en de 100 000. Het eerste aantal sluit vooral aan op directe werkgelegenheid; het tweede op indirecte werkgelegenheid. Als gevolg van het Verdrag is de verwachting dat de wederzijdse investeringen zullen toenemen. Door de verlaagde bronbelas-

tingen zal het aantrekkelijker zijn voor Nederlandse ondernemingen om te investeren in Japan en vice versa. Het is niet mogelijk deze verwachte toename in cijfers te kwantificeren en vervolgens toe te rekenen aan het Verdrag. Immers de beslissing om in een land te investeren hangt niet alleen af van het fiscale vestigingsklimaat. Andere factoren, zoals een goede infrastructuur, een stabiel arbeidsklimaat, het opleidingsniveau et cetera spelen ook een rol. Op microniveau krijg ik signalen van ondernemingen dat dit verdrag zeker bijdraagt aan het bevorderen van wederzijdse investeringen. Daarbij gaat het niet slechts om een lagere belastingdruk op wederzijdse investeringsstromen. Men wijst er in concreto op dat als gevolg van het toepassen van de deelnemingsvrijstelling zowel in Nederland als Japan onder het huidige verdrag dubbele belasting ontstaat doordat bronbelasting in het land van de ontvangende partij niet kan worden verrekend. Dit Verdrag neemt deze dubbele belasting weg. Ik ben er mede gezien het voorgaande van overtuigd dat het Verdrag een positieve bijdrage zal leveren aan de economische activiteit in Nederland, zodat Nederland zich voor Japanse ondernemingen kan blijven presenteren als «gateway to Europe».

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