

ANTIMISBRUIKBEPALINGEN IN HET NIEUWE BELASTINGVERDRAG MET JAPAN

ONDUIDELIJKHEDEN EN RELATIE MET HET EUROPESE RECHT NOPEN TOT HEROVERWEGING

MR. D.A. HOFLAND EN PROF. MR. F.P.G. PÖTGENS *

1 Inleiding

Op 25 augustus 2010 hebben Nederland en Japan een belastingverdrag (hierna: het verdrag) gesloten dat het huidige uit 1970 daterende verdrag moet vervangen.¹ Gezien de economische betrekkingen tussen Nederland en Japan² is dit een belangrijk verdrag dat uitdrukkelijke parlementaire goedkeuring zal dienen te ondergaan.³ Het meest opvallende onderdeel van het verdrag is art. 21 dat in een zogenoemde limitation-on-benefitsbepaling

(hierna: LOB-bepaling) voorziet. Daarnaast bevat het verdrag een aantal afwijkende beneficial-ownershipbepalingen.⁴

'Nederland hanteert een specifiek verdragsbeleid en het verdrag bevat op ten minste twee onderdelen afwijkingen van dit beleid'

* D.A. Hofland is werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam. F.P.G. Pötgens is hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en tevens werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam.

1 De tekst van het verdrag is opgenomen in V-N 2010/44.4.

2 In 2008 bedroeg de Nederlandse uitvoer naar Japan € 2,9 mld. terwijl de Nederlandse invoer uit Japan in 2008 € 9,3 mld. omvatte (zie de website van het agentschap NL van het Ministerie van Economische Zaken; www.evd.nl/zoeken/show-bouwsteen.asp?bstnum=3092&location=).

3 Volgens www.belastingdienst.nl/zakelijk/nieuwsbrief/nieuwsberichten/2010-08-25-01_japan.html wordt het nieuwe belastingverdrag zowel in Nederland als in Japan voorgelegd aan het parlement. De verwachting is dat de parlementaire behandeling doorloopt in 2011, zodat het nieuwe verdrag per 2012 in werking treedt.

4 Art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid en art. 12, vijfde lid.

5 Het huidige Nederlandse verdragsbeleid is neergelegd in Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid (1987), Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 2; Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)beleid (1996), Kamerstukken II 1996/97, 25 087, en Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht (1998), V-N 1998, blz. 22. Thans wordt overigens een nieuwe Nota verdragsbeleid geconcipieerd; zie www.minfin.nl/Actueel/Nieuwsberichten/2009/08/Ministerie_-_van_Financiën_start_consultatie_fiscaal_verdragsbeleid.

De opzet van dit artikel is als volgt. Ten eerste constateren wij dat het verdrag op een aantal onderdelen afwijkt van het Nederlandse verdragsbeleid en stellen vervolgens de vraag welke criteria Nederland hanteert om dergelijke afwijkingen te rechtvaardigen. Daarna bespreken wij – aan de hand van een concreet voorbeeld – de inhoud van de beneficial-ownershipbepalingen en van de LOB-bepaling en toetsen wij deze bepalingen, voor zover relevant, aan 1. het Nederlandse nationale recht, 2. het OESO-modelverdrag en het commentaar daarop, en 3. aan het Europese recht. Deze toetsing leidt tot de aanbeveling dat het parlementaire goedkeuringsproces wordt benut om duidelijkheid te scheppen inzake een groot aantal vraagpunten. Deze vraagpunten worden in de conclusie geformuleerd.

2 Welke criteria hanteert Nederland bij afwijking van zijn verdragsbeleid?

Nederland hanteert een specifiek verdragsbeleid⁵ en het verdrag bevat op ten minste twee onderdelen afwijkin-

gen van dit beleid. Het eerste onderdeel is de LOB-bepaling. Na het belastingverdrag met de Verenigde Staten (hierna: VS)⁶ is het verdrag Nederland-Japan het tweede belangrijke Nederlandse verdrag dat een dergelijke bepaling bevat. Het opnemen van een dergelijke bepaling is in strijd (of in ieder geval niet in overeenstemming) met dit beleid.⁷ Hoewel het geen officieel verdragsbeleid is, pleegt Nederland in plaats daarvan veelvuldig een 'main purpose test' in verdragen op te nemen teneinde de verdragsvoordelen van het dividend-, interest- en royaltyartikel te ontzeggen indien een structuur wordt opgezet met als enige of overwegende reden aanspraak te maken op de betreffende voordelen.⁸ Verder had de afweging kunnen worden gemaakt of de bestrijding van misbruik kan worden beperkt tot de uitbreiding van het beneficial-ownerbegrip (art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid, art. 12, vijfde lid, en art. 20, vierde lid, van het verdrag). De LOB-

bepaling is kennelijk wel in overeenstemming met het verdragsbeleid van Japan; naast het verdrag met Nederland, bevatten de verdragen van Japan met het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK), de VS, Frankrijk en Australië eveneens LOB-bepalingen.⁹

De tweede afwijking van het Nederlandse verdragsbeleid in het verdrag is art. 13, tweede lid.¹⁰ Dit artikel bepaalt – behoudens uitzonderingen – dat de vervreemdingswinst behaald met de verkoop van aandelen in een vennootschap of de belangen in een trust of partnership waarvan de waarde voor meer dan 50% bestaat uit onroerende zaken die zijn gelegen in de andere ver-

.....

'Dit beleid is terecht nu deze bepaling op een aantal onderdelen duidelijk onevenwichtig is'

.....

6 De limitation-on-benefitsbepaling uit het verdrag Nederland-VS (art. 26) is overigens bekritiseerd in de literatuur. Dit laatste mede vanwege de vele onduidelijkheden die de diverse toetsen van art. 26 inhouden. Zie, bijvoorbeeld, M.J. Ellis, 'Art. 26: een grote sprong voorwaarts in het duister', *WFR* 1993/459.

7 Vergelijk L.G. Zuliani, *Koers van het Nederlandse verdragsbeleid, in Nederland, financieel centrum?*, blz. 14, Amsterdam: Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2008, en A. de Graaf, 'Designing an anti-treaty shopping provision: an alternative approach', *EC Tax Review* 2008/1, blz. 13. Zie ook de notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht (1998)', *V-N* 1998, blz. 22, punt 3.2.2.1. Vergelijk in dit kader eveneens I.J.J. Burgers, 'Standaardverdrag en Notitie Internationaal Fiscaal verdragsbeleid aan vernieuwing toe', *NtFR* 2008/1455, blz. 3.

8 Zie F.G.F. Peters en A. Roelofsen, 'Netherlands', in: *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions (IFA cahiers de droit fiscal international, nr. 95a)*, blz. 573, *SDU* 2010. Nederland heeft een main purpose test opgenomen in de belastingverdragen met Egypte (art. 10, vierde lid); Jordanië (art. 10, derde lid); Kroatië (art. 10, negende lid); Letland (art. 10, achtste lid); Macedonië (punt 5 van het Protocol); Malta (Protocol 1995, punt 4, eerste lid); Marokko (art. 10, tweede lid, onderdeel a); Roemenië (art. 10, zevende lid); Suriname (art. 10, tweede lid, onderdeel a); Tunesië (art. 10, derde lid) en Zwitserland (art. 9, tweede lid, onderdeel a, onder i^o).

9 Overigens kan worden aangetekend dat de reikwijdte van de LOB-bepaling uit de verdragen met Nederland, Australië, Frankrijk en het VK verschilt van die uit het verdrag met de VS. De reikwijdte van de LOB-bepaling uit de eerste categorie van verdragen is aanmerkelijk beperkter dan de reikwijdte van de LOB-bepaling die in het verdrag tussen Japan en de VS is opgenomen; zie ook Zuliani, a.w., blz. 14, en Y. Hegawa, 'Japan', in: *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions (IFA cahiers de droit fiscal international, nr. 95a)*, blz. 466, *SDU* 2010.

dragsstaat, in die andere verdragsstaat (de bronstaat) mag worden belast. Overigens moet in dit verband worden opgemerkt dat art. 13, tweede lid, van het verdrag niet uniek is in het Nederlandse verdragen-netwerk; er zijn meer (recente) verdragen die een op art. 13, vierde lid, OESO-modelverdrag gebaseerde bepaling bevatten, zoals art. 13, vierde lid, van het nieuwe belastingverdrag met het VK (uit 2008),¹¹ dat evenwel uitgaat van een kwantitatief criterium van 75% (in plaats van 50%). Gedurende de parlementaire behandeling van het belastingverdrag met het VK is aangegeven dat art. 13, vierde lid, OESO-modelachtige bepalingen niet tot het Nederlandse verdragsbeleid behoren en alleen in enkele gevallen en zo mogelijk onder stringentere voorwaarden dan de in het OESO-modelverdrag opgenomen bepaling door Nederland in een verdrag worden geaccepteerd.¹²

10 Vergelijk Zuliani, a.w., blz. 11.

11 Het verdrag met het VK (2008) is aangeboden aan de Eerste Kamer met het verzoek het voor het einde van 2010 te aanvaarden zodat het per 1 januari 2011 in werking zou kunnen treden (brief Staatssecretaris van Financiën van 11 november 2010, Kamerstukken I 2010/11, 32 145, nr. A).

12 Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr. 6, blz. 26. Zie tevens H. Vermeulen, 'REITS in het Verdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk 2008', *NtFR* 2010/2202, onderdeel 3.2.1.

Dit beleid is terecht nu deze bepaling op een aantal onderdelen duidelijk onevenwichtig is.¹³ Ten aanzien van art. 13, tweede lid, van het verdrag zal dan ook moeten worden toegelicht tijdens de parlementaire behandeling (naast de vraag waarom het verdrag überhaupt een dergelijke bepaling bevat) waarom niet stringentere voorwaarden met betrekking tot het kwantitatieve criterium zijn opgenomen, zoals in het verdrag dat Nederland met het VK heeft gesloten.

De vraag komt verder op wat de criteria zijn op grond waarvan Nederland afwijkt van zijn beleid. Anders en enigszins prikkelend geformuleerd, wat heeft het voor zijn een verdragsbeleid te vormen als geen ander argument voor een afwijking kan worden aangevoerd dan dat de andere verdragsluitende daarop nu eenmaal stond en/of dat in ruil voor de afwijking een bijzonder voordeel is bedongen zoals een vrijstelling van dividendbelasting op deelnemingsdividenden? Uiteraard is aan het sluiten van een belastingverdrag een zeker pragmatisme niet vreemd en is het uiteindelijke onderhandelingsresultaat een kwestie van geven en nemen.¹⁴ Toch menen wij dat de criteria voor afwijkingen van wat als Nederlands verdragsbeleid of Nederlandse verdragspraktijk wordt beschouwd, helder moeten worden geformuleerd. Dit zou naar onze mening dienen te worden aangegeven bij de parlementaire behandeling van het verdrag en zou tevens dienen te worden uiteengezet in de Nota verdragsbeleid die naar verwachting begin 2011 wordt gepubliceerd.

13 Art. 13, tweede lid (evenals art. 13, vierde lid, OESO-modelverdrag) bevat een aantal inconsistenties (indien de onroerende zaken in een derde staat of de woonstaat zijn gelegen en toerekenbaar zijn aan het ondernemingsvermogen van een vaste inrichting van de persoon die de vermogenswinst verkrijgt) en onduidelijkheden (met name met betrekking tot het gehanteerde waardebegrip). Voor meer bijzonderheden verwijzen wij naar S. Simmontacchi, 'Capital Gains (Article 13 OECD Model Convention)', in: *Source versus Residence*, blz. 129 e.v., *Kluwer Law International 2008*, en S. Simmontacchi, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention with Special Regard to Immovable Property*, *Kluwer Law International 2007*.

14 Vergelijk ook M.J. Ellis, 'Het Nederlandse Standaardverdrag', *MBB 1988*, blz. 100 e.v.

15 In 1992 heeft de OESO door middel van een aanbeveling bij het OESO-modelverdrag aangegeven dat het verdrag niet enkel ziet op het voorkomen van dubbele belasting maar ook op het ontgaan van belasting; zie ook M.H.J. Haarsma, R. Post en R.G. Prokisch, 'Het Nederlandse verdragsbeleid: verleden en toekomst (deel 1)', *Forfaitair 2010/205*, onderdeel 4. In navolging daarvan ziet het verdrag (blijkens zijn aanhef) ook op 'the prevention of fiscal evasion'. Sinds 2003 bepaalt par. 7 van het commentaar op art. 1 dat '(i)t is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and tax evasion'. Hierin zouden deze maatregelen dus kunnen kaderen.

3 Voorbeeld

De verscheidene antimisbruikbepalingen¹⁵ uit het verdrag zullen wij, waar nuttig, illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld (hierna: het voorbeeld). BV X is een naar Nederlands recht opgerichte en feitelijk vanuit Nederland geleide vennootschap die in het kader van een door haar actief gedreven onderneming een Japanse deelneming houdt, te weten 60% van de preferente aandelen in Z KK (Kabushiki Kaisha),¹⁶ een vennootschap opgericht naar Japans recht en feitelijk aldaar gevestigd. 100% van de gewone aandelen van BV X is in handen van Y GmbH (opgericht naar Duits recht en feitelijk in Duitsland gevestigd).

4 Beneficial ownership en de uitbreiding daarvan

4.1 Algemeen

Met betrekking tot de vrijstelling in de bronstaat van dividenden (art. 10, derde lid), van interesten (art. 11, derde lid) en van royalty's (art. 12), alsmede met betrekking tot inkomsten bestreken door het restartikel (art. 20) bevatten de desbetreffende artikelen naast het LOB-artikel beneficial-ownerbepalingen die kennelijk misbruik beogen te voorkomen.

.....

'Een subjectief oogmerk om een dergelijk voordeel te genieten lijkt – op grond van een letterlijke lezing – niet vereist'

.....

Wat betreft de analyse van de uitbreiding van *beneficial owner* beperken we ons tot dividenden. De vrijstelling van belasting op dividenden geheven door de bronstaat (art. 10, derde lid) is van toepassing indien de vennootschap die het dividend ontvangt (in de zes maanden voorafgaande aan de dividendbetaling) *beneficial owner* is en ten minste 50% van de *voting power* in de dividendbetalende vennootschap houdt. Volgens punt 2 van de notawisseling bij het verdrag moet *beneficial owner* wor-

16 Dit is een aandelenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

den opgevat conform de betekenis die het commentaar op het OESO-modelverdrag daaraan toekent.¹⁷ Hierbij past de opmerking dat deze verwijzing naar het commentaar op het OESO-modelverdrag weinig lijkt toe te voegen. Immers, het commentaar geeft geen eenduidige uitleg aan het begrip 'beneficial owner';¹⁸ hooguit kan hiermee worden geanticipeerd op toekomstige duidelijkheden die in het commentaar kunnen worden vervat.¹⁹ In het bij-

zonder zou het aanbeveling hebben verdiend dat de verdragsluitende partijen hadden aangegeven wat in dit verband de betekenis is van HR 16 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217. In dit arrest legde de Hoge Raad het begrip 'beneficial owner' zodanig uit dat daarvan slechts sprake kon zijn indien de desbetreffende persoon de bevoegdheid heeft om enerzijds het dividend te incasseren en anderzijds vrijelijk over het dividend te beschikken.²⁰

17 V-N 2010/44.5.

18 Uit de internationale jurisprudentie blijkt overigens dat uit het commentaar op het OESO-modelverdrag (par. 12-12.2 van het commentaar op art. 10 van het OESO-modelverdrag) een verschillende betekenis van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' wordt afgeleid; zie F.P.G. Pötgens, "Uiteindelijk gerechtigde" onder Nederlandse belastingverdragen; nationaal recht of context?, in: Sillevius en De Vries-bundel, blz. 167 e.v., Deventer: Kluwer 2010. Zo leidt de Engelse civiele rechter in de Indofood-zaak (Court of Appeal 2 maart 2006, EWCA Civ 15, Indofood International Finance Ltd vs. J.P. Morgan Chase Bank, London Branch, International Tax Law Reports 2006, nr. 8, blz. 653 e.v.) uit het commentaar op het OESO-modelverdrag af dat een economische interpretatie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' moet worden gevolgd terwijl de Canadese rechter in de Prévost-zaak (Canadian Federal Court of Appeal 26 februari 2009, 2009 FCA 57, The Queen vs. Prévost Car Inc) in dezelfde passages uit het commentaar een veel beperktere uitleg van dat begrip leest. Voor een bespreking van de Indofood-zaak, zie A. Russo, M. Russo en R. Russo, 'The 2006 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Tax Treaty Interpretation', European Taxation 2006, nr. 11, blz. 541; R. Krishna Mitra, 'Beneficial Ownership: U.K. Court of Appeal in the Case of Infofood International Finance', International Tax Review 2006, nr. 6, blz. 29; M. McGowan, 'Indofood Court Expands Interpretation of Beneficial Ownership', Tax Notes International 26 juni 2006, blz. 1092; L. Verdoner, R. Offermans en S. Huibregtse, 'A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 2', European Taxation 2010, nr. 10, blz. 466-469, en L.A. Sheppard, 'Indofood and Bank of Scotland: Who Is the Beneficial Owner?', Tax Notes International 5 februari 2007, blz. 407. Voor mogelijke Nederlandse fiscale consequenties van de Indofood-zaak, zie W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?', WFR 2008/1343 e.v., en J.W. Rompen, 'Indofood, de uiteindelijk gerechtigde en art. 8c Wet VPB 1969', WFR 2009/274 e.v. (met naschrift van W.R. Munting). Voor een bespreking van de Prévost-zaak kan worden verwezen naar A.M. Jimenez, 'Beneficial Ownership: Current Trends', World Tax Journal februari 2010, blz. 47, en L. Verdoner, R. Offermans en S. Huibregtse, 'A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 1', European Taxation 2010, nr. 9, blz. 422.

19 Eén van de doelstellingen van de OESO is in de nabije toekomst de invulling van het begrip 'beneficial owner' nader onder handen te nemen. Zie F. Vanistendael, 'IFA 64th Congress in Rome, Seminar E – IFA/OECD: red card 17?', TNS Online 1 september 2010.

4.2 Uitbreiding begrip 'beneficial owner'

Art. 10, negende lid, bepaalt dat geen sprake is van 'beneficial ownership', in het volgende specifieke geval:

- een Nederlandse vennootschap wordt 'tussengeschoven' door een inwoner van een derde staat zodanig dat de Nederlandse vennootschap preferente aandelen 'or other similiar instruments' houdt in de Japanse vennootschap die het dividend uitkeert; en
- de inwoner van de derde staat houdt vergelijkbare financiële instrumenten in de Nederlandse vennootschap, terwijl hij onder het verdrag tussen die derde staat en Japan een minder gunstig belastingtarief op dividenden kan claimen.²¹

Een subjectief oogmerk om een dergelijk voordeel te genieten lijkt – op grond van een letterlijke lezing – niet vereist.

De vraag komt op wat overigens de exacte betekenis van deze bepaling is. Een vrijwel identieke bepaling is opgenomen in art. 10, elfde lid, verdrag Japan-VS (uit 2003). Uit de Technical Explanation²² bij dit verdrag blijkt dat zij een vrij beperkte reikwijdte heeft; een inwoner van een verdragsluitende staat is alsdan geen beneficial owner van dividenden 'in respect of preferred stock in certain 'back-to-back' preferred stock arrangements'.²³ De

20 BNB 1994/217 volgt derhalve een visie die vergelijkbaar is met die van de Canadese Federal Court of Appeal in de Prévost-zaak, zij het dat Nederland destijds in zijn nationale recht geen definitie van uiteindelijk gerechtigde had opgenomen (ook geen negatieve omschrijving, zoals sinds 1 januari 2002 onder meer in art. 4, zevende lid, Wet DB 1965 is neergelegd). De Hoge Raad heeft het betreffende begrip derhalve autonoom geïnterpreteerd waarbij hij bleef binnen de contouren van het destijds geldende commentaar op het OESO-modelverdrag dat 'agents' en 'nominees' uitsloot van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde'.

21 Art. 10, negende lid, belastingverdrag VK-Japan bevat een main purpose test en daarenboven voorziet art. 10, achtste lid, van dat verdrag in eenzelfde bepaling als art. 10, negende lid, van het verdrag.

22 Opgesteld door de US Department of Treasury.

23 Technical Explanation, blz. 48, en De Graaf, a.w., blz. 17.

Technical Explanation merkt verder op dat deze 'limited anti-conduit rules' een aanmerkelijk beperktere strekking hebben dan de Amerikaanse nationaalrechtelijke varianten;²⁴ zij zijn dan ook hierin opgenomen op verzoek van Japan (verondersteld mag dan ook worden dat art. 10, negende lid, van het verdrag hierin evenzeer is opgenomen op verzoek van Japan).²⁵ De Technical Explanation tekent verder aan dat vanuit Japans perspectief de intentie van deze bepaling is te voorkomen dat Japan de verdragsvoordelen moet toekennen aan inwoners van derde staten in bepaalde beperkte omstandigheden ('in certain limited circumstances'); deze bepaling vormt, aldus de Technical Explanation, voor Japan een noodzakelijke aanvulling op de LOB-bepaling en het Japanse nationale recht.²⁶

Het beperkte karakter van de uitbreiding van het beneficial ownership blijkt ook uit het voorbeeld dat in de Technical Explanation wordt gegeven. Getransponeerd naar het voorbeeld (onderdeel 3) zou dit betekenen dat X BV als beneficial owner moet worden aangemerkt voor de dividenden die worden uitgekeerd op de preferente aandelen die zij in Z KK houdt omdat Y GmbH gewone aandelen houdt in X BV. X BV zou niet de beneficial owner zijn van de betreffende dividenden indien Y GmbH preferente aandelen in X BV zou houden (art. 10, negende lid, slot, verdrag Nederland-Japan verwijst naar 'equivalent preferred shares or other similar interests in the first-mentioned resident', dat wil zeggen X BV).²⁷ Art. 11, achtste lid (interest), art. 12, vijfde lid (royalties), en art. 20 (restartikel) bevatten vergelijkbare uitbreidingen van beneficial ownership.

Er rijzen verschillende vragen omtrent de uitbreiding van het beneficial ownership waarin het verdrag voorziet: geldt de hiervoor omschreven beperkte benadering, zoals die voortvloeit uit de Technical Explanation bij het belastingverdrag tussen Japan en de VS, ook voor de beneficial-ownershipbepalingen in het verdrag; wat is de relatie tussen de bepalingen waarin de uitbreiding van het beneficial ownership is vervat en het LOB-artikel en had in dezen niet een veel principiëlere keuze moeten worden gemaakt tussen de diverse antimisbruikbepalingen. Daarnaast komt de vraag op naar de verhouding tussen art. 10, negende lid, van het verdrag en de Nederlandse antidividendstrippingmaatregelen (zoals art. 4, zevende lid, Wet DB 1965), en de verhouding tussen art. 11, achtste lid (interest), art. 12, vijfde lid (royalties) en art. 16 Bvdb

2001, in het bijzonder de betekenis die dit laatste artikel geeft aan het begrip uiteindelijk gerechtigde.

5 De LOB-bepaling (art. 21)

5.1 Reikwijdte

De reikwijdte van de LOB-bepaling (art. 21, eerste lid, van het verdrag) is beperkt in die zin dat zij alleen repercussies heeft voor art. 10, derde lid (dividenden), art. 11, derde lid (interessen), art. 12 (royalty's), art. 13 (verreemdingswinsten) en art. 20 (overige inkomsten).

5.2 Qualified persons

Art. 21, tweede lid, van het verdrag merkt als qualified persons aan:

1. natuurlijke personen;
2. de staat, staatskundige onderdelen, enzovoort;
3. vennootschappen die aan de beurstoets voldoen (onderdeel 5.3);
4. bepaalde pensioenfondsen (zie ook onderdeel 5.4) en charitatieve instellingen;
5. banken, verzekeringsinstellingen en securities companies, alsmede personen die inwoner van één van beide staten zijn (andere dan natuurlijke personen) waarin een natuurlijke persoon (ad sub 1), de staat (ad sub 2), vennootschappen die aan de beurstoets voldoen (ad sub 3), pensioenfondsen, enzovoort (ad sub 4) direct of indirect meer dan 50% van de voting power bezitten.

5.3 Art. 21, tweede lid, onderdeel b (beurstoets)

Volgens art. 21, tweede lid, onderdeel b, van het verdrag is een vennootschap een qualified person indien voldaan wordt aan de beurstoets ('a company, if the principal class of its shares is listed or registered on a recognised stock exchange and is regularly traded on one or more recognised stock exchanges, provided that, if the shares are listed or registered on a recognised stock exchange specified in clause (iii) or (iv) of subparagraph c of paragraph 8, the primary place of management and control of the company is in the Contracting State of which it is a resident'). Art. 21, achtste lid, onderdeel c, onder iii^o, noemt een aantal erkende beurzen (waaronder tevens een aantal EU-aandelenbeurzen) terwijl art. 28, achtste lid, onderdeel c, onder iv^o, de mogelijkheid schept dat de bevoegde autoriteiten ook andere beurzen erkennen.

24 Onder andere section 7701, eerste lid, Internal Revenue Code en Internal Revenue Service Regulation, section 1.881-3 (zie Technical Explanation, blz. 48).

25 Technical Explanation, blz. 48.

26 Technical Explanation, blz. 48.

27 Zie Technical Explanation, blz. 48 en 49.

5.4 Art. 21, tweede lid, onderdeel d (pensioenfondsen)

Een pensioenfonds is inwoner voor het verdrag op basis van art. 4, eerste lid, onderdeel b. Daarenboven moet het pensioenfonds als een qualified person worden aangemerkt in de zin van art. 21, tweede lid, onderdeel d. Hieraan is voldaan indien meer dan 50% van de gerechtigden of deelnemers in het pensioenfonds inwoner zijn van Japan of Nederland of meer dan 75% van de bijdragen die worden betaald, afkomstig zijn van inwoners van Japan of Nederland die als qualified persons kunnen worden aangemerkt.

5.5 Art. 21, derde lid (derivative-benefitstoets)

Een vennootschap die niet op grond van de andere onderdelen van de LOB-bepaling kwalificeert, kan alsnog als qualified person worden aangemerkt indien het stemrecht op zijn aandelen (direct of indirect) voor minimaal 75% wordt gehouden door zeven of minder personen die zijn aan te merken als 'equivalent beneficiaries'. Volgens art. 21, achtste lid, onderdeel d, wordt onder een equivalent beneficiary verstaan (wij beperken ons tot de belangrijkste voorwaarden) een kwalificerende inwoner van een derde staat die een belastingverdrag heeft gesloten met het land van waaruit de voordelen van het verdrag worden geclaimd (Nederland of Japan) en op grond van welk belastingverdrag de inwoner van de derde staat recht zou hebben op eenzelfde (of voordeliger) tarief op inkomsten die vallen onder art. 10, derde lid (dividenden), art. 11, derde lid (interessen), art. 12 (royalty's), art. 13 (vervreemdingswinsten) of art. 20 (restartikel).

5.6 Art. 21, vijfde lid (activiteitentoets)

Ondanks het feit dat een inwoner van een verdragsluitende staat niet kwalificeert als een qualified person staat art. 21 niet aan het invoeren van verdragsbescherming in de weg indien de belastingplichtige een bedrijf ('business') uitoefent in één van de verdragsstaten en de inkomsten waarvoor verdragsbescherming wordt geclaimd toerekenbaar zijn aan dit bedrijf. Echter, volgens art. 21, vijfde lid, onderdeel a, onder i°, wordt in ieder geval niet als een kwalificerende werkzaamheid aangemerkt de 'business of making or managing investments for the resident's own account, unless the business is banking, insurance or securities business carried on by a bank, insurance company or securities company'.

De vraag komt op hoe deze uitsluiting zich verhoudt tot par. 6.8 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag indien de Nederlandse vennootschap, zoals in het voorbeeld (onderdeel 3), als een Collective Investment

Vehicle zou kwalificeren.²⁸ Het commentaar streeft ernaar entiteiten die als Collective Investment Vehicles zijn aan te merken de verdragsvoordelen te doen toekomen (en dus tevens als beneficial owner aan te merken),²⁹ terwijl zij op basis van de activiteitentoets zijn uitgesloten.³⁰ Japan en Nederland waren betrokken bij het opstellen van de respectieve rapporten³¹ die zijn uitmond in de insertie van de uiteindelijke resultaten daarvan in het commentaar op het OESO-modelverdrag en beide landen hebben daarop evenmin een voorbehoud gemaakt.

5.7 Hoofdkantoortoets (art. 21, zesde lid)

Art. 21, zesde lid, van het verdrag bevat een hoofdkantoortoets. De eisen zijn zeer specifiek (art. 21, zesde lid, onderdeel b, onder iii° en iv°). Om als een hoofdkantoor te kunnen worden aangemerkt, moet het bedrijf dat wordt uitgeoefend in een bepaald land minder dan 50% van de brutowinst van de groep genereren waarbij niet meer dan 50% van de bruto-winst van de groep uit de andere verdragsluitende staat mag worden verkregen. Sommigen van de gestelde eisen om als hoofdkantoor te

28 Deze paragrafen zijn in 2010 in het commentaar opgenomen als gevolg van het OESO-rapport *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* van 23 april 2010. Zie voor een bespreking van dit rapport, E. Barret, 'OECD-Aspects of the 2010 Update Other than Those Relating to Article 7 of the OECD Model Tax Convention', 2011, nr. 1, onderdeel 2 (digitaal gepubliceerd) en G.K. Fibbe, 'Changes to the OECD Commentary on Collective Investment Vehicles Proposed by the OECD Committee on Fiscal Affairs', *Bulletin for International Taxation* 2010, nr. 3, blz. 138 e.v.

29 Par. 6.14 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag.

30 Staten die van mening zijn dat een Collective Investment Vehicle desalniettemin geen persoon, of inwoner (bijvoorbeeld omdat de Collective Investment Vehicle subjectief is vrijgesteld) of beneficial owner is, wordt aangeraden specifieke bepalingen op te nemen teneinde te waarborgen dat de Collective Investment Vehicles de verdragsvoordelen deelachtig kunnen worden; zie par. 6.17 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag.

31 Afgevaardigden van de Ministeries van Financiën van Japan en Nederland maakten onderdeel uit van *The Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors* (hierna: ICG; deze groep bevatte ook afgevaardigden van de 'financial industry') die in 2006 is ingesteld door de 'Committee on Fiscal Affairs' (hierna: CFA) als gevolg van een Round Table die de OESO op 1 en 2 februari van dat jaar in Parijs hield. Onder voorzitterschap van de Amerikaanse Patricia Brown zijn diverse rapporten en discussion drafts verschenen van de ICG (zie www.oecd.org).

kunnen kwalificeren, ogen ronduit rigide (zoals art. 21, zesde lid, onderdeel b, onder ii^o, van het verdrag dat inhoudt dat de groep bestaat uit vennootschappen die inwoner zijn van ten minste vijf landen en in ieder van die landen hun bedrijf uitoefenen waarbij in ieder van die landen ten minste 5% van de omzet van de groep wordt behaald). Het verdrag tussen Nederland en de VS bevat een vergelijkbare bepaling (art. 26, derde lid), en de indruk bestaat dat er weinig of geen gevallen zijn waarin Nederlandse vennootschappen die een 'headquarters-functie' vervullen op grond van deze bepaling verdrags-gerechtigd (kunnen) claimen.

5.8 Vangnetbepaling (art. 21, zevende lid)

Art. 21, zevende lid, bevat een 'vangnetbepaling' die de bevoegde autoriteiten de mogelijkheid geeft om – ondanks dat een persoon geen qualified person is – toch de verdragsvoordelen toe te kennen.

6 Europese recht

6.1 Algemeen

Wij toetsen dan ook art. 21 van het verdrag hierna in beginsel en in eerste instantie aan de door art. 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging (er wordt in art. 21 regelmatig verwezen naar minimaal 50% van de voting power).³² In voorkomende gevallen kan uiteraard ook een toetsing aan het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU), het vrije verkeer van diensten (art. 56 VWEU) en

het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU) aan de orde zijn.

Wat betreft de verenigbaarheid van art. 21 met het Europese recht (de non-discriminatiebeginselen zoals neergelegd in het VWEU) dient een aantal uitgangspunten in aanmerking te worden genomen.³³ Uit de arresten van het HvJ EG inzake Gilly,³⁴ D³⁵ en de Class IV ACT³⁶ blijkt dat de lidstaten een zekere soevereiniteit hebben bij het sluiten van belastingverdragen en bij de verdeling van heffingsrechten.³⁷ Deze arresten betroffen overigens belastingverdragen tussen lidstaten van de EU.

Echter, ook indien een lidstaat, zoals Nederland, een belastingverdrag sluit met een niet-lidstaat, zoals Japan, dienen de non-discriminatiebepalingen uit het VWEU gerespecteerd te worden. Het HvJ EG heeft in de zogenoemde Open Sky-arresten³⁸ geoordeeld dat de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) eraan in de weg staat dat EU-lidstaten een verdrag sluiten met landen die niet tot de EU behoren indien geen rekening wordt gehouden met bepaalde EU-connecties. Getransponeerd naar art. 21 van het verdrag, impliceert dit dat vennootschappen die inwoner zijn van Nederland niet kunnen worden uitgesloten van verdragsvoordelen met betrekking tot inkomsten en vermogenswinsten van Japanse oorsprong omdat zij geheel of gedeeltelijk in handen zijn van inwoners van

³⁴ HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96.

³⁵ HvJ EG 5 juli 2005, zaak C-376/03.

³⁶ HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374.

³⁷ Volgens HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services); HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund), en HvJ EG 12 februari 2009, zaak C-67/08 (Block), kunnen de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer niet aldus worden begrepen dat een lidstaat bij de huidige stand van het EU-recht verplicht is zijn belastingverdrag zodanig af te stemmen op die van een andere lidstaat, dat daarmee gewaarborgd wordt dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen.

³⁸ HvJ EG 5 november 2002 zaak C-466/98 (Commissie vs. Verenigd Koninkrijk), zaak C-467/98 (Commissie vs. Denemarken), zaak C-468/98 (Commissie vs. Zweden), zaak C-469/98 (Commissie vs. Finland), zaak C-471/98 (Commissie vs. België), zaak C-472/98 (Commissie vs. Luxemburg), zaak C-475/98 (Commissie vs. Oostenrijk) en zaak C-476/98 (Commissie vs. Duitsland), alsmede HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-299/02 (Commissie vs. Nederland) en HvJ EG 27 april 2007, zaak C-523/04 (Commissie vs. Nederland (Open Sky)). Zie voor een bespreking van deze arresten, H.T.P.M. van den Hurk, 'De bevoegdheid van lidstaten om belastingverdragen te sluiten aan de ketting?', MBB 2003, blz. 155 e.v.

³² Zie ook HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars). Art. 49 VWEU is van toepassing indien de aandeelhouder een zodanige invloed heeft op de besluiten van de vennootschap dat hij de activiteiten ervan kan bepalen.

³³ Als opmerking geldt dat het Europese recht niet alleen prevaleert boven het Nederlandse nationale recht maar ook boven de door Nederland gesloten belastingverdragen. Vergelijk ook HvJ EG 27 september 1988, zaak 235/87 (Matteucci); HvJ EG 22 september 1988, zaak 286/86 (Deserbais), en HvJ EG 19 januari 2006, zaak C-265/05 (Bouanich). Zie ook M. Helminen, EU Tax Law – Direct Taxation, blz. 24, IBFD 2009. Nederland moet geen verdragen sluiten of bestaande verdragen toepassen die niet in overeenstemming zijn met het Europese recht (HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (Avoir Fiscal)), hetgeen ook opgeld doet voor belastingverdragen die Nederland met een derde staat sluit of heeft gesloten. Een en ander vloeit voort uit het beginsel van de gemeenschapstrouw (art. 4 VEU); zie ook Helminen, a.w., blz. 28, en E.C.C.M. Kemmeren, 'Limitation-on-benefits in het belastingverdrag Nederland-VS 2005 en het EG-recht: het dienen van twee heren', in: JUVAT-bundel 2005, blz. 38 en 39, Wolf Legal Publishers 2006.

andere EU-lidstaten.³⁹ Nederland heeft dan ook de verantwoordelijkheid als verdragsluitende lidstaat te voorkomen dat de diverse toetsen die in art. 21 zijn opgenomen niet in strijd zijn met het EU-recht en meer in het bijzonder met de vrijheid van vestiging. Nederland is in voorkomende gevallen schadelijkt aan de Nederlandse vennootschap die gediscrimineerd of belemmerd wordt omdat zij geheel of gedeeltelijk in handen is van inwoners van andere EU-lidstaten.⁴⁰ Hierbij moet uiteraard wel voldaan zijn aan de voorwaarden van de jurisprudentie van het HvJ EG.⁴¹

Het arrest van het HvJ EG inzake *Class IV ACT*⁴² doet aan het voorgaande niet af aangezien het HvJ EG die zaak heeft behandeld tegen de achtergrond van meestbegunstiging (zie ook de eerdergenoemde *D-zaak*)⁴³ en niet, zoals in de *Open Sky*-arresten, tegen de achtergrond van discriminatie van de vrijheid van vestiging (of een belemmering daarvan). In deze arresten was het HvJ EG van mening dat een vennootschap verschillend behandeld werd al naar gelang de woonplaats (nationaliteit)

van haar aandeelhouders; dit zou tot een schadeplicht voor Nederland kunnen leiden,⁴⁴ of tot een inbreukprocedure,⁴⁵ dan wel, indien relevant en mogelijk, tot (een ruimere) voorkoming door Nederland.⁴⁶ Voorts ziet een LOB-bepaling niet op de toewijzing van heffingsrechten (daarop zien in casu art. 10 t/m 13 en art. 20) maar vormt zij één van de overige bepalingen van een belastingverdrag die onverkort in overeenstemming dienen te zijn met de non-discriminatiebepalingen uit het VWEU.⁴⁷

Voor een beroep op art. 49 VWEU is vereist dat sprake is van een daadwerkelijke economische activiteit die wordt uitgeoefend voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging.⁴⁸ Is van een dergelijke vestiging sprake en tevens van een belemmering of discriminatie van de vrijheid van vestiging (hetgeen het geval is; immers indien de aandelen in de Nederlandse vennootschap gehouden zouden worden door in Nederland wonende aandeelhouders zou zij wel een qualified person zijn), dan dient

- 39 Vergelijk tevens HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-55/00 (*Gottardo*); HvJ EG 27 september 1988, zaak 235/87 (*Matteuci*) en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint Gobain*). In dezelfde zin B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law (Fiscale Handboeken)*, blz. 775, Deventer: Kluwer 2008, en F.A. Vega Borrega, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, blz. 245, Kluwer Law International 2006.
- 40 Wij gaan ervan uit dat art. 21 van het verdrag op basis van art. 46 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht niet voor ongeldig kan worden gehouden; vergelijk ten aanzien van het belastingverdrag tussen Nederland en de VS, Kemmeren (*JUVAT-bundel*), a.w., blz. 74.
- 41 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich en Bonifaci*), en HvJ EG 5 maart 1996, zaak C-46/93 (*Brasserie du Pêcheur*). Zie, zij het in een iets ander verband, tevens HvJ EG 17 oktober 1996, zaak C-283/94 (*Denkavit*).
- 42 HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*).
- 43 Zie in dezelfde zin L. de Broe, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse (Doctoral Series, nr. 14)*, blz. 1052 e.v., Amsterdam: IBFD 2008, en E.C.C.M. Kemmeren, 'LOF ≠ MFN', in: *Maatschappelijk heffen (Stevens-bundel)*, blz. 417 e.v., Deventer: Kluwer 2006. (een en ander naar aanleiding van de conclusie van A-G Geelhoed in de *Class IV ACT-zaak*). P.J. Wattel komt, naar wij aannemen, tot een vergelijkbare conclusie aangezien hij dit arrest uitdrukkelijk plaatst tegen een verdragsrechtelijke meestbegunstigingsachtergrond. (Zie punt 15 van zijn annotatie, HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*), BNB 2007/131, en Terra en Wattel, a.w., blz. 776.) Vergelijk ook De Graaf, a.w., blz. 12 en 13.

44 Zie Vega Borrego, a.w., blz. 265-273.

45 De Europese Commissie zou een inbreukprocedure (art. 258 VWEU) tegen Nederland kunnen opstarten en kunnen eisen dat Nederland het verdrag heronderhandelt teneinde de strijdigheid met de non-discriminatiebepalingen uit het VWEU weg te nemen.

46 Kemmeren (*JUVAT-bundel*), a.w., blz. 73.

47 De Broe, a.w., blz. 1049. De LOB-bepaling ziet op de uitoefening door de bronstaat van zijn heffingsrechten en op de wens van de bronstaat aan deze heffingsrechten geen concessies te doen als de verdragsvoordelen uiteindelijk ten goede komen aan een inwoner van een derde staat. Deze vaststelling is van belang omdat het HvJ EG in HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint Gobain*); HvJ EG 12 december 2002, zaak C-385/00 (*De Groot*); HvJ EG 19 januari 2006, zaak C-265/04 (*Bouanich*), en HvJ EG 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit International*) bepaalde dat, hoewel lidstaten vrij zijn in het kader van een belastingverdrag de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheden vast te stellen, bij de uitoefening van de aldus vastgestelde heffingsbevoegdheid de lidstaten niet het EU-recht naast zich neer mogen leggen (zie, bijvoorbeeld, het *Saint Gobain*-arrest, r.o 56 en 57).

48 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (*Factortame II*). Uit HvJ EG 13 april 2000, zaak C-176/96 (*Lethonen*) volgt dat het begrip 'economische activiteit' niet restrictief mag worden uitgelegd. Overigens blijkt uit HvJ EG 10 juli 1986, zaak 79/85 (*Segers*) en HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (*Centros*) dat het HvJ EG betrekkelijk soepel met het vereiste van economische activiteit omgaat; zie in dezelfde zin A-G Wattel in zijn conclusie van 14 juli 2004 bij HR 13 mei 2005, BNB 2005/234, punt 6.4. Zo ontplooidde *Centros Ltd* kennelijk nog geen enkele activiteit en had zij niettemin toegang tot de vestigingsvrijheid (concl. A-G Wattel van 14 juli 2004 bij HR 13 mei 2005, BNB 2005/234, punt 6.7).

per geval⁴⁹ te worden nagegaan of bestrijding van misbruik deze belemmering of discriminatie kan rechtvaardigen.⁵⁰ In het arrest van het HvJ EG inzake Cadbury Schweppes⁵¹ is bepaald dat van misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond sprake is bij bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies die tot doel hebben de belasting te omzeilen die normaal verschuldigd is. Uit het Cadbury Schweppes-arrest blijkt verder dat het enkele subjectieve oogmerk van de belastingplichtige (het verkrijgen van een belastingvoordeel) hierbij niet doorslaggevend is. Of van een volstrekt kunstmatige constructie sprake is, moet worden vastgesteld aan de hand van voor derden controleerbare objectieve criteria, zoals lokalen, personeel en uitrusting.⁵² Misbruikbestrijding is een geaccepteerde reden van algemeen belang die als rechtvaardigingsgrond kan dienen. Een LOB-bepaling is overigens ook een geschikt middel om misbruik tegen te gaan; daarmee wordt voldaan aan de geschiktheidstoets. Wij menen echter dat de onderhavige LOB-bepaling in voorkomende gevallen niet voldoet aan de proportionaliteitstoets aangezien ook gevallen worden getroffen waarin sprake is van een daadwerkelijke economische activiteit en niet van volstrekt kunstmatige constructies.⁵³

Dat niet wordt voldaan aan de proportionaliteitstoets wordt ook ondersteund door par. 7 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag waaruit blijkt dat andere en minder vergaande alternatieven denkbaar zijn,⁵⁴ maar uiteraard was het ook mogelijk geweest een EU-dimensie aan de LOB-bepaling toe te kennen. Dit brengt naar onze mening mee dat een Nederlandse vennootschap met daadwerkelijke economische activiteiten in Nederland niet van bepaalde voordelen van het verdrag kan worden uitgesloten omdat zij niet of niet over voldoende kwalificerende aandeelhouders beschikt dan wel activiteiten verricht die niet kwalificeren voor de activiteitentoets ('the business of making and managing investments'),⁵⁵ maar wel aan te merken zijn als

49 HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem) en HvJ EU 28 oktober 2010, zaak C-72/09 (Établissements Rimbaud); in r.o. 34 stelt het HvJ EU dat '(e)en algemeen vermoeden van belastingfraude of ontwijking (...) niet (volstaat) als rechtvaardigingsgrond voor een fiscale maatregel die afbreuk doet aan de door het verdrag nagestreefde doelstellingen'. Terughoudendheid is dan ook geboden met betrekking tot misbruikbepalingen die een meer algemene strekking hebben.

50 Uit HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome) en in navolging daarvan uit de tekst van art. 21 en uit de veronderstelde bedoeling van die bepaling, volgt dat beoogd wordt bepaalde misbruiken tegen te gaan; vergelijk tevens Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w., blz. 43 en 50, en S. Van Weeghel, *Improper Use of Tax Treaties*, blz. 212-216, Kluwer Law International 1998.

51 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04.

52 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 67. Van een volstrekt kunstmatige constructie zou, bijvoorbeeld, sprake kunnen zijn bij een brievenbusmaatschappij of een schijnvennootschap.

53 Overigens zijn wij van mening dat andere mogelijke rechtvaardigingsgronden, zoals de fiscale coherentie, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het territorialiteitsbeginsel, evenmin de hierna geconstateerde discriminaties en belemmeringen van de vrijheid van vestiging of van de andere van toepassing zijnde verdragsvrijheden kunnen wegnemen; zie ook Kemmeren (Stevens-bundel), a.w., blz. 417 e.v., en Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w. blz. 49 e.v.

54 De Broe, a.w., blz. 1046 en 1047. Overigens merkt par. 12 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag reeds op dat verdragsonderhandelaren met het volgende rekening moeten houden: - specifieke vormen van misbruik kunnen meebrengen dat daarvoor ook meerdere en specifieke verdragsbepalingen nodig zijn; - de mate waarin daadwerkelijk fiscale voordelen worden verkregen door een bepaalde belastingvermijdingsstrategie; - het wettelijke kader in beide verdragsluitende staten en de mate waarin nationale misbruikconcepten doorwerken naar belastingverdragen; en - de mate waarin bona fide economische activiteiten onbedoeld diskwalificeren door dergelijke bepalingen. Het commentaar beschrijft alsdan een aantal benaderingen: 1. de 'look through approach' (par. 13 en 14 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag), 2. de 'subject to tax approach' (par. 15 en 16 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag), 3. de 'channelling approach' (par. 17 en 18 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag) en 4. de 'exclusion approach' (par. 21-21.2 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag). Gezien het algemene karakter van deze benaderingen stelt par. 19 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag bona fide (safe harbour) bepalingen voor die willen bewerkstelligen dat de verdragsvoordelen in bona fide situaties wel worden toegekend (waaronder een beurstoets en een activiteitentoets, zij het dat van deze laatste 'the business of making and managing investments' niet is uitgesloten). Par. 22 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag bevat een alomvattende LOB-bepaling (conform art. 22 US Model Income Tax Convention 2006) waarbij het commentaar aantekent dat wijzigingen en aanvullingen zullen worden gemaakt door staten die hier gebruik van wensen te maken en dat veel staten de insertie van een dergelijke LOB-bepaling zullen afwijzen.

55 Hieraan doet naar onze mening niet af dat de alomvattende LOB-bepaling die par. 22 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag voorstelt, 'the business of making and managing investments' eveneens uitsluit van de activiteitentoets (derde lid, onderdeel a, van de in par. 22 van het commentaar op art. 1 voorgestelde LOB-bepaling).

economische activiteit in voornoemde zin. Dit wordt hierna per toets toegelicht.⁵⁶

6.2 Art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid, art. 12, vijfde lid, en art. 20, vierde lid (uitbreiding beneficial ownership)

De in margine genoemde uitbreidingen van het begrip 'beneficial ownership' zien met name op situaties waarin een inwoner van een derde staat met behulp van nader genoemde instrumenten verdragsvoordelen benut die gunstiger zijn dan hij zonder gebruikmaking van deze instrumenten deelachtig zou worden.⁵⁷ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

Indien het voorbeeld (onderdeel 3) wordt aangepast en er van wordt uitgegaan dat Y GmbH 60% van de preferente aandelen houdt in X BV terwijl X BV 60% van de preferente aandelen houdt in Z KK, dan kan X BV gezien het feit dat Y GmbH op basis van art. 10, derde lid, verdrag Duitsland-Japan bij rechtstreekse deelname in ZZ KK onderworpen zou zijn aan een belastingheffing in Japan over het desbetreffende dividend naar een tarief van 10%⁵⁸ geen aanspraak maken op de vrijstelling van art. 10, derde lid, van het verdrag.

Toepassing van art. 10, negende lid, van het verdrag is niet in overeenstemming met de vrijheid van vestiging (of in voorkomende gevallen het vrije kapitaalverkeer) aangezien er een onderscheid wordt gemaakt al naarge-

lang de vennootschap Nederlandse aandeelhouders heeft of aandeelhouders die inwoner zijn van een andere EU-lidstaat. Verder is geen sprake van een volstrekt kunstmatige constructie waarvoor een belangrijke aanwijzing is dat de betrokken vennootschappen voldoende substance hebben (ook de mogelijke vaststelling dat de uitbreiding van het beneficial ownership enkel specifieke conduit- of back-to-backstructuren wenst tegen te gaan, doet hieraan niet af).

6.3 Art. 21, tweede lid, onderdeel d (pensioenfondsen)

De vereisten van art. 21, tweede lid, onderdeel d, onder i°, onder aa (meer dan 50% van de gerechtigden of deelnemers in het pensioenfonds moeten inwoner zijn van Japan of Nederland) en art. 21, tweede lid, onderdeel d, onder i°, onder bb (meer dan 75% van de bijdragen die worden betaald, moeten afkomstig zijn van inwoners van Japan of Nederland die als qualified persons kunnen worden aangemerkt) kunnen niet gesteld worden; er wordt immers een onderscheid gemaakt al naargelang het inwonerschap van de deelnemers of degenen die de bijdragen betalen.⁵⁹

6.4 Art. 21, tweede lid, onderdeel b (beurstoets)

Een aantal EU-aandelenbeurzen wordt niet genoemd, zoals die van Boedapest (BUX), Praag (PX), Warschau (WIG20) en Athene (ATHEX). Deze uitsluiting vormt een belemmering van het vrije verrichten van diensten (art. 56 VWEU) of het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU) omdat deze aandelenbeurzen minder gunstig behandeld worden aangezien de notering en handel op deze aandelenbeurzen niet kwalificeren voor deze beurstoets.

Hierdoor wordt het moeilijker de handel in aandelen aan te trekken van daarvoor in aanmerking komende vennootschappen die inwoner zijn van Nederland.⁶⁰

⁵⁶ Voor een proeve tot een verdragsbepaling te komen die beoogt dividenddoorstroomconstructies tegen te gaan en die vanuit het Unierecht acceptabel is, kan worden verwezen naar M. Evers en A.C.G.A.C. de Graaf, 'Bestrijding van dividenddoorstroomconstructies: fiscale autonomie van de lidstaten', MBB 2010, blz. 347 e.v.

⁵⁷ Overigens brengt deze vaststelling an sich nog niet mee dat geen beroep openstaat op art. 49 VWEU of dat anderszins sprake is van een ongerechtvaardigde schending van art. 49 VWEU. Met andere woorden, het staat een in de EU gevestigde vennootschap vrij van een gunstigere (fiscale) regeling of lagere tarieven gebruik te maken; vergelijk HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros); HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (Inspire Art); HvJ EG 23 september 2003, zaak C-109/01 (Akrich); HvJ EG 11 december 2003, zaak C-364/01 (Barbier); HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant); HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), en HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings). Vergelijk tevens R.P.C.W.M. Brandsma e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, hfst. III, par. 5.1.7.C, Kluwer (losbl.).

⁵⁸ Daartoe dient de Duitse vennootschap minimaal over 25% van de voting power van de Japanse vennootschap te beschikken.

⁵⁹ Wellicht dat het vrije verkeer van diensten (art. 56 VWEU) in dezen ook nog een rol kan spelen; zie ook HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia), omdat het pensioenfonds maar in beperkte mate pensioenverzekeringen kan verkopen buiten Nederland en Japan. Het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU) kan aan de orde zijn omdat het pensioenfonds in zijn investeringsmogelijkheden wordt belemmerd indien het niet als qualified person wordt aangemerkt. Het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU) kan belemmerd worden voor buiten Nederland maar in de EU woonachtige werknemers (vergelijk ook Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w., blz. 59).

⁶⁰ Vergelijk E. Kemmeren, 'The Netherlands', in: *The compatibility of anti-abuse provisions in tax treaties with EC law*, blz. 137 en 138, Kluwer Law International 1989; De Graaf, a.w., blz. 15; Vega Borrega, a.w., blz. 243 en Ellis, a.w., blz. 466.

Daarenboven worden in Nederland gevestigde vennootschappen belemmerd een notering op die beurzen te realiseren.⁶¹

6.5 Art. 21, derde lid (derivative-benefitstoets)

Anders dan in het verdrag met de VS is geen algemene EU-dimensie opgenomen. Er is enkel een derivative-benefitstoets, waarvan een cruciaal element is dat de achterliggende aandeelhouder op grond van zijn 'eigen verdrag' ten minste een gelijk voordeel had kunnen claimen. Mutatis mutandis geldt hier hetzelfde als in onderdeel 6.2 is betoogd.

.....

'Het stringente en specifieke karakter van de hoofdkantoortoets kan strijd opleveren met de vrijheid van vestiging'

.....

Indien het voorbeeld uit onderdeel 3 wordt hernomen, moet worden vastgesteld dat de Duitse vennootschap (Y GmbH) niet als een equivalent beneficiary kan worden aangemerkt in de zin van art. 21, achtste lid, onderdeel d, van het verdrag. De reden hiervoor is dat het verdrag tussen Japan en Duitsland een vermindering van de belastingheffing op dividenden bevat van 10% terwijl art. 10, derde lid, van het verdrag in een vrijstelling voorziet. Y GmbH voldoet evenmin aan art. 21, tweede lid, onderdeel a, b, c of d, waarnaar art. 21, achtste lid, onderdeel, onder ii^o, verwijst. Dit heeft derhalve tot gevolg dat X BV in dit voorbeeld geen aanspraak kan maken op de verdragsvoordelen met betrekking tot de dividenden die zij vanuit Japan ontvangt (van Z KK) vanwege het feit dat haar aandeelhouder geen equivalent beneficiary is. Dit laatste zou wel het geval zijn indien haar aandeelhouder een in Nederland gevestigde vennootschap zou zijn, aangezien deze vennootschap wel een equivalent beneficiary zou zijn op grond van art. 21, achtste lid, onderdeel d, onder i^o. Gezien de in onderdeel 6.1 genoemde jurisprudentie dient alsdan te worden vastgesteld dat er sprake is van een belemmering of discriminatie van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) waarvoor geen rechtvaardigingsgrond kan worden aangedragen.

61 Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w., blz. 55.

6.6 Art. 21, vijfde lid (activiteitentoets)

Het is duidelijk dat de uitsluiting van de 'business of making or managing investments for the resident's own account' niet in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU; een objectieve rechtvaardigingsgrond is in dit verband niet voorhanden).⁶² Immers, in de regel zal deze activiteit kwalificeren als een 'duurzame economische activiteit'.⁶³ Dit volgt naar onze mening uit het in onderdeel 6.1 genoemde Factortame II-arrest van het HvJ EG.⁶⁴

6.7 Art. 21, zesde lid (hoofdkantoortoets)

Het stringente en specifieke karakter van de hoofdkantoortoets kan strijd opleveren met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), het vijf-landenvereiste (art. 21, zesde lid, onderdeel b, onder ii^o; waarom is vier niet voldoende?) en het bruto winstpercentage (50% in art. 21, zesde lid, onderdeel b, onder iii^o en iv^o; waarom is 49% niet voldoende?).⁶⁵ Vanuit dat perspectief kan een belemmering of discriminatie van de vrijheid van vestiging voorhanden zijn voor een vennootschap die voldoet aan de contouren die wij in onderdeel 6.1 geschetst hebben maar die niet aan de specifieke eisen van de hoofdkantoortoets voldoet.

62 Tot eenzelfde conclusie komen Kemmeren (Stevens-bundel), a.w., blz. 429, en Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w., blz. 67, alsmede Vega Borrego, a.w., blz. 254.

63 Illustratief hiervoor zijn ook HvJ EG 14 september 2006, zaak C-386/04 (Stauffer), en HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-451/05 (Elisa), waarin het HvJ EG aangeeft dat het vermogen actief moet worden beheerd, wil sprake zijn van de uitoefening van een economische activiteit. Wellicht dat in dit verband nog belang kan worden gehecht aan het onderscheid tussen een moeiende en een niet-moeiende holding dat het HvJ EG (zie HvJ EG 20 juni 1991, zaak C-60/90 (Polysar); HvJ EG 14 november 2000, zaak C-142/99 (Floridienne); HvJ EG 27 september 2001, zaak C-16/00 (Cibo)) maakt als gevolg van de interpretatie van het begrip 'economische activiteit' in de zin van art. 9, eerste lid, btw-richtlijn (richtlijn van de Raad van 28 november 2006, PbEU L 347 (rectificatie PbEU L 335), betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde); zie ook E.C.C.M. Kemmeren, 'EC Law: Specific Observations', in: *The compatibility of anti-abuse provisions in tax treaties with EC law*, blz. 34-35, Kluwer Law International 1989, en Vega Borrego, a.w., blz. 253.

64 In dezelfde zin De Broe, a.w., blz. 1044 en 1045.

65 Vergelijk ook Kemmeren, a.w., blz. 144 en Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w., blz. 68.

6.8 Art. 21, zevende lid (vangnetbepaling)

De mogelijkheid van een vangnetbepaling volstaat niet om de eerdergenoemde Unierechtelijke bezwaren weg te nemen aangezien zulks niet mag afhangen van de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde autoriteiten die daarover per geval een beslissing kunnen nemen.⁶⁶

6 Conclusie

In de bovenstaande bijdrage hebben wij de LOB-bepaling in art. 21 en de daarmee samenhangende bepalingen van het verdrag kritisch beoordeeld. Duidelijk is dat deze bepalingen vele vragen oproepen die zonder nadere toelichting van de Staatssecretaris van Financiën niet te beantwoorden zijn. Hieronder volgt een selectie van die vragen.

- Waarom is art. 13, tweede lid, van het verdrag opgenomen in afwijking van het Nederlandse verdragsbeleid?
- Waarom bevat art. 13, tweede lid, van het verdrag niet stringenter voorwaarden, naar het voorbeeld van art. 13, vierde lid, verdrag Nederland-VK uit 2008?
- Waarom is niet conform het Nederlandse verdragsbeleid afgezien van een LOB-bepaling?
- Waarom is niet gekozen voor een 'main purpose test' teneinde mogelijk misbruik te bestrijden en waarom volmond in dezen niet de uitbreiding van het begrip 'beneficial ownership' (art. 10, negende lid, art. 11, achtste lid, art. 12, vijfde lid, en art. 20, vierde lid)?
- Welk misbruik beoogt art. 21 te bestrijden in aanvulling op de uitbreiding van het beneficial ownership?
- Welke zin heeft de verwijzing in de notawisseling naar de betekenis van beneficial ownership conform het commentaar op het OESO-modelverdrag (anders dan anticiperen op toekomstige ontwikkelingen), mede gezien de verschillende uitleg die daaraan in de internationale rechtspraak wordt gegeven en wat is de rol van HR 16 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217, in dezen?
- Wat is de relatie tussen de uitbreiding van het begrip 'beneficial ownership' in art. 10, negende lid, van het verdrag en de Nederlandse antidividendstrippingmaatregel (art. 4, zevende lid, Wet DB 1965)?
- Hoe verhouden art. 11, achtste lid (interest), en art. 12, vijfde lid (royalty's), van het verdrag zich tot art. 16 Bvdb, in het bijzonder de betekenis die dit laatste artikel geeft aan het begrip 'uiteindelijk gerechtigde'?
- Waarom is de uitbreiding van het beneficial-ownershipbegrip niet 'EU-proof'?
- Waarom is art. 21 niet 'EU-proof', in aanmerking geno-

men dat de volgende bepalingen van art. 21 van het verdrag niet in overeenstemming zijn met de non-discriminatiebeginselen uit het VWEU?

1. De omschrijving van pensioenfondsen in art. 21, tweede lid, onderdeel d.
2. De beurstoets van art. 21, tweede lid, onderdeel b, en met name de definitie van art. 21, achtste lid, onderdeel c, onder iii° (de uitsluiting van bepaalde EU-aandelenbeurzen).
3. De te beperkte definitie van equivalent beneficiaries in art. 21, achtste lid, onderdeel d, neemt de Unierechtelijke bezwaren onvoldoende weg.
4. De uitsluiting van de 'business of making or managing investments' van de activiteitentoets van art. 21, vijfde lid.
5. De te stringente voorwaarden die de hoofdkantoor-toets van art. 21, zesde lid, hanteert.
 - Waarom heeft Nederland geen verdragsbescherming bedongen voor Collective Investment Vehicles? Dit laatste is temeer onbegrijpelijk gezien de houding die Nederland inneemt met betrekking tot het commentaar op het OESO-modelverdrag met betrekking tot Collective Investment Vehicles en de rol die Nederland gespeeld heeft bij de totstandkoming daarvan.

⁶⁶ Zie HvJ EG 8 mei 1990, zaak 175/88 (*Biehl*), en HvJ EG 14 februari 1994, zaak C-279/93 (*Schumacker*), alsmede *Kemmeren, a.w.*, blz. 146 en *Kemmeren (JUVAT-bundel), a.w.*, blz. 53 en 69.