

Casusomschrijving voor KG

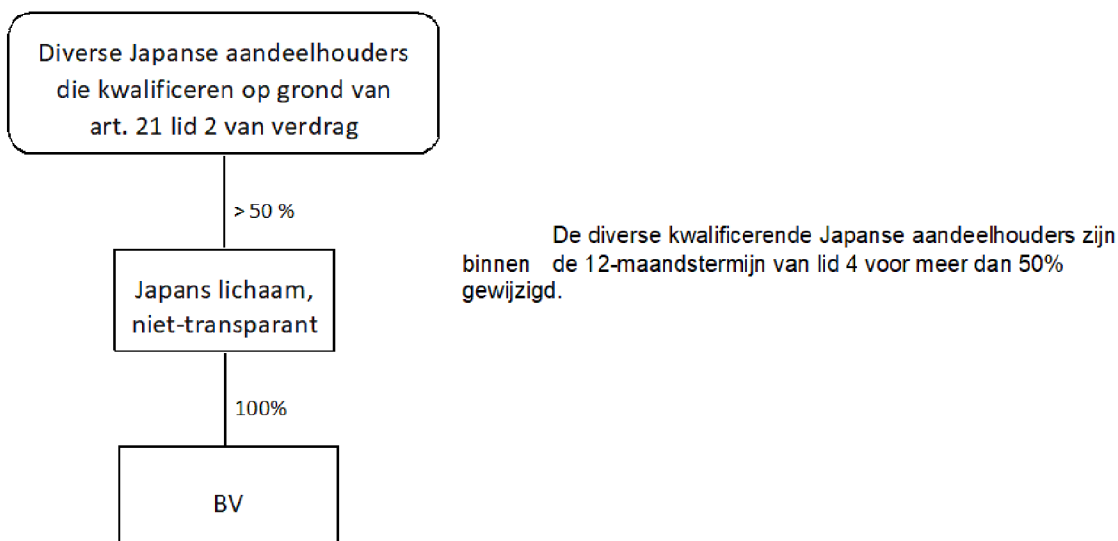
Betreft: 12-maandstermijn in verdrag NL-Japan (art. 21 lid 4)

Structuurschema

BV wordt al jaren gehouden door een Japans lichaam (niet-transparant), dat op haar beurt gehouden wordt door een groep van natuurlijke personen en lichamen die op grond van art. 21 lid 2 van het verdrag NL-Japan kwalificeren. Op enig moment heeft BV dividend uitgekeerd. Ieder aandeel van het Japans (niet-transparante) lichaam heeft een gelijk belang en een gelijk stemrecht. De aandeelhouders zijn daarmee ook de stemgerechtigden in dezelfde verhouding (als de aandelen).

Op grond van art. 10 lid 3 belast NL niet (0%) indien de uiteindelijk gerechtigde een lichaam is dat in de zes maanden voorafgaand aan de dividenduitkering (on)middellijk aandelen in bezit heeft gehad die ten minste 50% vertegenwoordigen van het aantal stemmen van de BV die de dividenden betaalt. Wie of wat kwalificeert als uiteindelijk gerechtigde wordt vervolgens geregeld in art. 21 (vooral lid 2, in deze casus) van het verdrag. In het vierde lid staat als aanvullende eis opgenomen dat gedurende *twaalf* maanden voorafgaand aan de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld de inwoner moet voldoen aan de eisen van lid 2 van art. 21.

Inmiddels is gebleken dat in de periode van 12 maanden voorafgaande aan deze dividenduitkering de aandeelhouders gewijzigd zijn, meer dan 50% van het stemrecht (en dus van de aandelen) wordt inmiddels door anderen gehouden. Zowel de oude als de nieuwe groep stemgerechtigden bestond en bestaat voor meer dan 50% uit kwalificerende aandeelhouders.



Standpunt adviseur

Er is voldaan aan de voorwaarden van art. 10 lid 3 sub a van het verdrag, dus mag BV bij uitkering van dividend de inhouding van dividendbelasting beperken tot 0%. (NL geen heffingsrecht)

Met betrekking tot de werking van art. 21 lid 4 stelt adviseur het volgende.

Art. 10 lid 3 sub a van het verdrag vereist een aandelenbezit dat 50% van het totaal aantal stemmen vertegenwoordigt. In art. 21 lid 2 sub e van het verdrag is de kwalificerende persoon gedefinieerd als *jeder die aan de voorwaarden van art. 21 lid 2 sub a t/m d voldoet*. Vervolgens vermeldt art. 21 lid 4 dat aan *deze voorwaarde* minstens 12 maanden voorafgaand aan de dividenduitkering moet zijn voldaan. Artikel 21 lid 4 eist dus niet dat de samenstelling van de aandeelhouders van BV niet mag wijzigen gedurende deze 12 maanden, zolang tenminste voor en na de aandeelhouderswijziging de aandeelhouders voldoen aan art. 21 lid 2 sub e (wat het

geval is bij BV). Niet ter discussie staat immers dat zowel voor de aandeelhouderswijziging als vóór de aandeelhouders als kwalificerend persoon gelden.

1

Verder gaat adviseur nog in op de letterlijke bewoordingen van verdrag en protocol. Deze letterlijke tekst stelt niet expliciet dat alle aandeelhouders hetzelfde moeten blijven binnen die 12-maandstermijn. Lid 4 eist alleen dat minstens 50% van het stemrecht in (kwalificerende) Japanse handen is. Omdat zowel verdrag als protocol (of enig commentaar van Japanse of Nederlandse overheid) geen extensievere interpretatie van de letterlijke bewoordingen van het verdrag geven, kan een ruimere interpretatie geen stand houden.

Adviseur benadrukt ook nog dat de huidige structuur niet is opgezet voor verdragsmisbruik.

Standpunt inspecteur

Er is niet voldaan aan de voorwaarden in het verdrag, dus kan BV bij uitkering van dividend de inhouding van dividendbelasting hooguit beperken tot 5%. (NL 5% heffingsrecht)

Met betrekking tot de werking van art. 21 lid 4 stelt inspecteur het volgende.

Artikel 21 dient in zijn geheel gelezen te worden. Lid 1 stelt dat de inwoner die inkomsten verkrijgt zoals omschreven in art. 10 lid 3 (dividend) van het verdrag, daarop uitsluitend recht heeft indien deze inwoner daarvoor als gekwalificeerd persoon wordt aangemerkt op basis van art. 21 lid 2. Lid 2 merkt een bepaalde selectie van inwoners aan als gekwalificeerd persoon voor toepassing van art. 10 lid 3 van het verdrag. Lid 4 zoomt in op de inwoners die niet op basis van art. 21-2-a t/m d kwalificeren, maar wel op basis van art. 21-2-e. Lid 4 stelt aan deze groep namelijk de extra eis dat een dergelijke inwoner gedurende het tijdvak van twaalf maanden voorafgaand aan de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld, aan die voorwaarden voldoet. Mijns inziens betekent dit dat per wordt getoetst of zowel BV, als het Japanse lichaam, als ieder van de diverse aandeelhouders voldoen aan de eisen. Van deze laatstgenoemde groep zal dan ook per persoon / per lichaam getoetst moeten worden of op dat moment wordt voldaan aan de eisen van art. 21-2-e en daarmee dus ook aan de 12-maandstermijn van art. 21 lid 4.

Ook als meer in het algemeen wordt gekeken naar het verdrag, is het logisch als de 12-maandstermijn hier van toepassing is. Anders zou een derde, iedere willekeurige kwalificerende Japanner, de aandelen van het Japanse lichaam een dag voor de dividenduitkering kunnen aankopen en zo (ook ondanks de in art 10-3-a opgenomen 6-maandstermijn) de dividenden kunnen ontvangen zonder inhouding van dividendbelasting. Dit lijkt me ook niet in lijn met het verdrag.

Vraag aan kennisgroep

Hoe moet de 12-maandseis van art. 21 lid 4 van het verdrag NL-Japan uitgelegd worden? Is het voldoende als er, vanuit BV gezien, de afgelopen 12 maanden kwalificerende stemgerechtigde aandeelhouders waren? Of is het pas voldoende als ieder van de (verder kwalificerende) stemgerechtigde aandeelhouders de afgelopen 12 maanden al aandeelhouder was?

2

Antwoord 18.11

Casus

De Nederlandse vennootschap wordt gehouden door een niet-transparant Japans lichaam, die valt onder de bepaling van 21, tweede lid, onderdeel e van het Verdrag. De aandelen (die ook stemrecht in gelijke delen vertegenwoordigen) in dit niet-transparante Japanse lichaam worden gehouden door diverse Japanse aandeelhouders waarvan meer dan 50% kwalificeert onder artikel 21, tweede lid (sub a) van het Verdrag met Japan. In artikel 21, vierde lid van het verdrag staat de aanvullende eis dat de inwoner die aanspraak maakt op de dividenden moet voldoen aan de eisen van artikel 21, tweede lid, gedurende twaalf maanden voorafgaand aan de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld.

De adviseur is van mening dat aan dit vereiste wordt voldaan, nu artikel 21, vierde lid niet eist dat de samenstelling van de aandeelhouders van B.V. niet is gewijzigd gedurende deze twaalf maanden. Zowel voor als na de aandeelhouderswijziging gelden de aandeelhouders als kwalificerend persoon.

De inspecteur is van mening dat niet voldaan is aan de eis van artikel 21, vierde lid van het Verdrag met Japan. De inspecteur is van mening dat per 67 Awr moet worden getoetst of zowel BV, als het Japanse lichaam, als ieder van de diverse aandeelhouders voldoen aan de eisen. De inspecteur is van mening dat per aandeelhouder getoetst moeten worden of op dat moment wordt voldaan aan de eisen van art. 21-2-e en daarmee dus ook aan de 12-maandstermijn van art. 21 lid 4.

Antwoord

Artikel 21, vierde lid eist niet dat de samenstelling van de aandeelhouders van B.V. gedurende de 12 maandstermijn ongewijzigd moet zijn geweest.

Toelichting

Artikel 10, derde lid van het Verdrag met Japan en onder a (b is n.v.t.)

In casu is geen verschil van mening over de toepassing van artikel 10, derde lid, onderdeel a van het Verdrag. Dit artikel is van toepassing.

Voorts geldt op basis van art. 21, eerste lid van het Verdrag met Japan nog dat een inwoner van (in casu) Japan alléén recht heeft op de voordelen van artikel 10, derde lid, indien de inwoner als gekwalificeerd persoon wordt aangemerkt in de zin van art. 21, tweede lid.

Achtergrond bij artikel 21 van het Verdrag met Japan (voor zover van belang. Voor de algemene achtergrond bij het verdrag verwijs ik naar IBR 18.10)

In de artikelsgewijze toelichting van artikel 21 staat over de bepaling van de beperking van voordelen geschreven: "Als een persoon aanspraak wil maken op de verdragsvoordelen die worden verleend op basis van lid 3 van artikel 10 (deelnemingsdividenden) (..), kan dat in beginsel alleen als deze onder het tweede lid van artikel 21 als «gekwalificeerd persoon» wordt aangemerkt."¹

De personen die kwalificeren zijn te vinden in het tweede lid van artikel 21. Voor deze casus gaat het om onderdeel e van dit tweede lid. Volgens de tekst en de parlementaire toelichting geldt voor artikel 21, tweede lid, onderdeel e: "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."²

Uit de feiten volgt dat de aandelen in het Japanse niet-transparante lichaam op het moment dat de aanspraak ontstaat voor meer dan 50% in handen is van gekwalificeerde personen (het gaat voor meer dan 50% om natuurlijke personen die op grond van artikel 21, tweede lid onderdeel a van het Verdrag met Japan kwalificeren. Dit is echter niet voldoende. Artikel 21, vierde lid van het Verdrag met Japan stelt nog als aanvullende eis over een periode.

¹ Idem, p. 19.

² Idem, p. 22.

In casu gaat het om de heffing van dividendbelasting, die bij de betaling van het inkomensbestanddeel wordt geheven. Dit betekent dat de inhouding van dividendbelasting achterwege blijft indien voldaan is aan de voorwaarde onder a van artikel 21, vierde lid. De letterlijke tekst van artikel 21, vierde lid aanhef en onderdeel a van het Verdrag met Japan:

"Indien de bepalingen van het tweede lid, onderdeel e, of van het derde lid van toepassing zijn: a. wordt een inwoner van een verdragsluitende staat ter zake van bronbelasting geacht te voldoen aan de in die leden en onderdelen omschreven voorwaarden voor het belastingjaar waarin de betaling van een bestanddeel van het inkomen geschiedt, indien deze inwoner gedurende het tijdvak van twaalf maanden voorafgaand aan (...) de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld aan die voorwaarden voldoet"

Het moet voor artikel 21, vierde lid, onder a gaan om 1. Een inwoner van een verdragsluitende staat, die 2. aan die voorwaarden voldoet en 3. Gedurende een tijdvak van twaalf maanden aan die voorwaarden voldoet. Het is de vraag waar deze onderdelen naar verwijzen.

1. 'Een inwoner' zal verwijzen naar de aandeelhouder van de vennootschap die dividend uitkeert. In casu betekent dit dat het gaat om het Japanse niet transparante lichaam.
2. 'Aan die voorwaarden voldoet' zal verwijzen naar de voorwaarden van artikel 21, 2^e lid onder e. In de aanhef wordt immers geschreven 'bepalingen van het tweede lid, onderdeel e'.
3. Gedurende een tijdvak van twaalf maanden: de tijdsduur is minimaal 12 maanden.

Ter verduidelijking plak ik de tekst nogmaals, maar dan met de verwijzingen erin verwerkt: 'wordt het Japanse niet transparante lichaam ter zake van bronbelasting geacht te voldoen aan de in die leden en onderdelen omschreven voorwaarden voor het belastingjaar waarin de betaling van een bestanddeel van het inkomen geschiedt, indien het Japanse niet transparante lichaam gedurende het tijdvak van twaalf maanden voorafgaand op de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld aan artikel 21, tweede lid onderdeel e voldoet'

Als de tekst nu wordt gelezen is beter zichtbaar wanneer wordt voldaan aan artikel 21, vierde lid van het Verdrag met Japan. Minimaal 50% van de aandelen (die stemrecht vertegenwoordigen) in het Japanse niet transparante lichaam moeten direct of indirect in handen zijn van andere gekwalificeerde personen, gedurende 12 maanden voorafgaand aan de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld. Hiermee is het dus niet vereist dat de aandeelhouders van het Japanse niet-transparante lichaam deze aandelen meer dan 12 maanden houden. In het verdrag staat slechts de eis dat gedurende 12 maanden voorafgaand aan de datum de aandelen van het Japanse niet transparante lichaam door kwalificerende personen worden gehouden.

In het kader van het verdrag met Japan is dit een begrijpelijke uitkomst. De strekking van het vierde lid staat in de parlementaire toelichting omschreven: *"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 (...) 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."*³

De bepaling is erop gericht om misbruik en treaty shopping tegen te gaan (zie daarvoor het stuk over de parlementaire toelichting). Gedurende de twaalf maanden voorafgaand op de datum waarop de aanspraak op de dividenden wordt vastgesteld moeten de aandeelhouders van het Japanse niet-transparante lichaam kwalificeren. Hiermee wordt zeker gesteld dat het Japanse niet-transparante lichaam, die in aanmerking wil komen voor verdragsvoordelen, een substantiële economische band met Japan, omdat dat lichaam gedurende de genoemde twaalf maanden kwalificerende aandeelhouders moet hebben (voor minstens 50%).

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, kamerstukken 32 776, nr. 3 p. 22.