

Vergaderjaar 2004–2005

**29 632**

**Goedkeuring van het op 8 maart 2004 te Washington tot stand gekomen Protocol, met memorandum van overeenstemming, tot wijziging van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 2004, 166)**

**B Herdruk**

**VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 13 mei 2005

In de vaste commissie voor Financiën<sup>1</sup> bestond behoefte de staatssecretaris van Financiën een aantal vragen voor te leggen inzake Goedkeuring Verdrag met de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 2004, 166) (Kamerstuk 29 632). Deze vragen zijn op 20 januari 2005 aan de staatssecretaris voorgelegd.

De staatssecretaris heeft de vragen bij brief van 3 mei 2005 beantwoord. De gewisselde stukken worden hierbij openbaar gemaakt.

De voorzitter van de commissie,  
Essers

De griffier van de commissie,  
Janssen

<sup>1</sup> Samenstelling: Schuyer (D66), Ketting (VVD), Terpstra (CDA), Van Driel (PvdA), Doek (CDA), Van Middelkoop (CU), Biermans (VVD) (plv. voorzitter), Essers (CDA) (voorzitter), Kox (SP), Leijnse (PvdA) en Thissen (GL).

## **BRIEF AAN DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN**

Den Haag, 20 januari 2005

In de vaste commissie voor Financiën bestond behoefte bij de fracties van CDA en VVD u naar aanleiding van de Goedkeuring van het Verdrag met de VS van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 2004, 166) (Kamerstuk 29 632) achteraf nog een aantal vragen voor te leggen.

Hoewel sommige vragen van de twee fracties enige overlap vertonen, is ervoor gekozen de vragen toch gescheiden te stellen aangezien de toelichting bij de vraag iedere keer iets anders is.

Het is de bedoeling van de commissie de vragen met uw antwoorden te zijner tijd te drukken als verslag van een schriftelijk overleg.

De commissie ziet uw antwoorden met belangstelling tegemoet.

De griffier van de commissie,  
Janssen

De leden van de commissie Financiën hebben – gelet op de stimulans van het Nederlandse vestigingsklimaat en de administratieve lastenverlichting, die uitgaat van het Protocol 2004 bij het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen de Verenigde Staten en Nederland – gemeend alle medewerking aan een snelle goedkeuring te moeten geven. Wel hebben de leden nog een aantal vragen over het Protocol, welke vragen zij graag door de staatssecretaris van Financiën beantwoord zien.

De leden van de CDA-fractie vernemen graag het antwoord van de staatssecretaris op onderstaande vragen.

**Artikel 10, lid 3***Vraag 1*

Professor dr. A. H. M. Daniels deed namens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs onderstaande vraag toekomen inzake dit artikel, waarover de leden van de CDA-fractie graag de mening van de staatssecretaris vernemen.

Artikel 10, lid 3 van het verdrag stelt een aantal voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil een dividenduitkering door een Nederlandse dochtermaatschappij aan haar Amerikaanse moedermaatschappij zijn vrijgesteld van Nederlandse dividendbelasting. Een van de voorwaarden is dat de Amerikaanse moedermaatschappij «has owned *directly* shares representing 80 percent or more of the voting power» in de Nederlandse dochtermaatschappij. Kan de staatssecretaris bevestigen dat het belang van een Amerikaanse vennootschap in het aandelenkapitaal van een Nederlandse dochtermaatschappij kwalificeert als een belang dat «*directly*» wordt gehouden zoals bedoeld in artikel 10, lid 3 indien dat belang wordt gehouden door een naar Nederlandse maatstaven fiscaal transparante partnership waarin de Amerikaanse vennootschap participeert als vennoot?

**Artikel 24, lid 4***Vraag 2*

Professor dr. A. H. M. Daniels deed namens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs onderstaande vraag met toelichting toekomen inzake dit artikel, waarover de leden van de CDA-fractie graag de mening van de staatssecretaris vernemen.

Is het de staatssecretaris bekend dat diverse grote Amerikaanse bedrijven hun belang in hun Nederlandse dochtermaatschappij op diverse wijzen vorm hebben gegeven, waaronder de mogelijkheid dat de aandelen in de Nederlandse dochtermaatschappij worden gehouden door een partnership (bijvoorbeeld een Nederlandse commanditaire vennootschap), die naar Nederlands recht fiscaal als transparant wordt aangemerkt? Als gevolg van de voorgestelde invoering van het nieuwe artikel 24, lid 4 verkeren deze Amerikaanse bedrijven in onzekerheid met betrekking tot de vermindering van Nederlandse bronbelasting op dividenden omdat in plaats van een vermindering van bronbelasting tot, thans, 5% in de toekomst 25% Nederlandse dividendbelasting verschuldigd zou kunnen worden. Daarnaast kan mogelijk de aanmerkelijkbelangheffing voor buitenlands belastingplichtigen aan de orde komen. Dit lijkt niet in overeenstemming met het doel van de aanpassing van het dividendartikel: vermindering dan wel afzien van dividendbelasting op dividenden betaald in groepsverband. Zou de staatssecretaris nader kunnen toelichten hoe in dergelijke situaties het Protocol dient te worden toegepast?

*De achtergrond van de regeling*

Artikel 24, lid 4 geeft een regeling voor inkomsten en vermogenswinsten die worden genoten door middel van een entiteit die in de V.S. of in Nederland of in beide staten als fiscaal transparant wordt aangemerkt. De oorsprong van deze bepaling ligt in de Amerikaanse regulations<sup>1</sup> die zijn ingevoerd als vervolg op de invoering van het zogenaamde check the box systeem. Het check the box systeem stelt ondernemingen in staat om de status van entiteiten voor doeleinden van de Amerikaanse federale belastingwetgeving (corporation of fiscaal transparante vennootschap) op eenvoudige wijze vast te stellen door middel van een door de belastingplichtige uit te brengen keuze. Het systeem stelt Amerikaanse ondernemingen in staat hun tax planning voor hun internationale activiteiten op efficiënte wijze uit te voeren. Om te voorkomen dat het check the box systeem door buitenlandse ondernemingen wordt gebruikt om Amerikaanse fiscale voordelen te behalen ter zake van investeringen in de V.S. geven de regulations bijzondere regels voor de verdragstoepassing door de Amerikaanse belastingdienst op Amerikaanse inkomsten genoten door buitenlandse investeerders. Aangezien naar Amerikaans recht latere verdragen voorgaan op een oudere nationale regel, zijn de V.S. genoodzaakt de regel uit de regulations over te nemen in belastingverdragen (c.q. aanpassingen daarvan) van latere datum.

De benadering in de Amerikaanse regulations is overgenomen door de OESO in het zogenaamde partnership report van 1999. Bij dit partnership report heeft Nederland een voorbehoud gemaakt:

*«Given the difficulties we have with these conclusions, we would find that an unsatisfactory situation. We therefore prefer it to be up to our own initiative to decide, depending on the circumstances of the case at hand, whether and to which extent, the conclusions of the Report are applicable».*<sup>2</sup>

In OESO verband heeft Nederland zich dus in deze kwesties de nodige armslag voorbehouden.

*De casus gestileerd*

Een Amerikaanse multinational richt een partnership op (bijvoorbeeld een Nederlandse commanditaire vennootschap) die naar Nederlandse maatstaven fiscaal transparant is. Dat wil zeggen dat voor de toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving de inkomsten van de partnership worden geacht inkomsten van de Amerikaanse moedermaatschappij te zijn. De partnership bezit alle aandelen in een Nederlandse BV. De Nederlandse BV kan actief zijn op een veelheid van terreinen: houdstermaatschappij van niet-Amerikaanse deelnemingen, financiering, licentiëring van merknamen, patenten en technologie, hoofdkantoorfuncties en productieen/of distributieactiviteiten. Voor wat betreft de Amerikaanse fiscale planning biedt het Amerikaanse belastingsysteem de Amerikaanse multinational de mogelijkheid om de partnership te laten kwalificeren als corporation en de BV en haar deelnemingen als fiscaal transparant. Deze mogelijkheid stelt de Amerikaanse multinational in staat de Amerikaanse belastingheffing uit te stellen over door het Amerikaanse hoofdkantoor aan haar niet-Amerikaanse deelnemingen tegen een zakelijke vergoeding ter beschikking gestelde productiefactoren (kapitaal, merknamen, technologie). De bepaling van de Nederlandse fiscale winst van de BV geschiedt conform OESO transfer pricing principes; veelal in overleg met de Nederlandse belastingdienst. Relevante fiscale gevolgen in Nederland zijn:

– de arm's length winst van de BV wordt naar het normale Neder-

<sup>1</sup> Treas. Regs 1.894 – 1(d) Special rule for items of income received by entities.

<sup>2</sup> OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, blz. 66–67 (Paris, 1999).

- landse tarief en conform de wettelijke winstbepalingsregels in Nederland belast;
- voor dividendbetalingen van de BV wordt de Nederlandse dividendbelasting van 25% verminderd naar 5%;
  - rentebetalingen door de BV op van de partnership opgenomen leningen zijn niet onderworpen aan Nederlandse belastingheffing.

*De onzekerheid veroorzaakt door artikel 24 lid 4*

Uit het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 1997 («Verdragstoepassing op hybride buitenlandse entiteiten die opbrengsten uit Nederland genieten»<sup>1</sup>) werd afgeleid dat naar Nederlands fiscaal verdragsbeleid, verdragsvoordelen door Nederland worden toegekend aan de achterliggende participanten in (i) entiteiten die naar Nederlands belastingrecht als fiscaal transparant worden aangemerkt en (ii) entiteiten die naar hun recht van oprichting als fiscaal transparant worden aangemerkt; mits die participanten bij het rechtstreeks genieten van die inkomsten ook gerechtigd zouden zijn tot de verdragsvoordelen. Aan de fiscale kwalificatie van de entiteit (transparant of niet?) door het land waar de participant is gevestigd, stelt dit besluit geen voorwaarden. De thans voorgestelde toevoeging van lid 4 aan artikel 24 van het verdrag introduceert nu wel een additionele voorwaarde voor wat betreft de relatie met de V.S., namelijk dat de entiteit naar het recht van de participant – bij een Amerikaanse moedermaatschappij dus het Amerikaanse fiscale recht – als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Zoals hierboven is toegelicht, is aan die voorwaarde niet voldaan.

Uit de bij de MvT gegeven voorbeelden en de toelichting daarbij, volgt dat artikel 24, lid 4 ertoe leidt dat Nederland in bovenvermelde gevallen niet verplicht is de verdragsvoordelen toe te kennen.

Daardoor is grote onzekerheid ontstaan over de vraag of nu:

- dividenduitkeringen door de BV worden onderworpen aan 25% Nederlandse dividendbelasting.<sup>2</sup> Voorheen was het 5%; het nieuwe protocol introduceert nu juist 0%;
- rentebetalingen door de BV aan de partnership worden onderworpen aan 34,5% vennootschapsbelasting;
- vermogenswinsten bij vervreemding van de aandelen in de BV onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting.

## **Artikel 26, lid 2**

### *Vraag 3*

De zogeheten «Limitation on Benefits» bepaling («LOB-bepaling») introduceert in dit artikellid in paragraaf c, onder i) (direct stock exchange test), de «substantial presence»-test. Deze test is nieuw en is volgens de toelichting gericht op het tegengaan van inversions. Is het juist dat de in het Protocol opgenomen «anti-inversion»-bepaling een aanzienlijk grotere reikwijdte heeft dan de «anti-inversion»-bepaling die voor de nationale Amerikaanse wetgeving is voorgesteld, in die zin dat de nationale Amerikaanse bepaling slechts betrekking heeft op groepen die vanuit de Verenigde Staten «inverted» zijn en de in het Protocol opgenomen bepaling ook groepen treft waarvan de tophoudstervenootschap nooit in de Verenigde Staten gevestigd is geweest? Indien dit juist zou zijn, dient zich de vraag aan waarom Nederland in het Protocol een dergelijke bepaling heeft aanvaard die aanzienlijk ruimer is dan de nationale Amerikaanse wetgeving?

## **Artikel 26, lid 8**

### *Vraag 4*

Wat wordt bedoeld met een «comprehensive limitation on benefits

<sup>1</sup> IFZ97/204.

<sup>2</sup> En mogelijk ook vennootschapsbelasting.

article» in dit artikellid in paragraaf f, subparagraaf i) onder A) bij de definitie van «equivalent beneficiary» waarnaar verwezen wordt in artikel 26, lid 3 (de zogeheten «derivative benefits clause»)? Is een moderne LOB bepaling voldoende of moet het om een LOB-bepaling gaan waarin ook een «substantial presence-test» is opgenomen?

De leden van de VVD-fractie vernemen graag het antwoord van de staatssecretaris op onderstaande vragen.

### **Artikel 3 Protocol (nieuwe verdragsartikel 10): dividenden**

*Vraag 5 – Onduidelijkheid van tekst in Protocol-term «direct»*

Wat zal de fiscale behandeling zijn van een dividenduitkering van een in Nederland gevestigde rechtspersoon aan een partnership (een zogenaamde transparante entiteit)?

#### *Achtergrond*

Op basis van het voorgestelde artikel 10 van het Verdrag is het mogelijk, dat in geval van een grensoverschrijdende dividenduitkering (door een vennootschap gevestigd in een van de verdragsstaten aan haar aandeelhouder(s) gevestigd in de andere verdragsstaat) de, op basis van nationale wetgeving, in te houden bronbelasting onder voorwaarden wordt verlaagd naar respectievelijk 15%, 5% dan wel 0%. Met betrekking tot de verlaging van de bronbelasting naar een tarief van 5% dan wel 0% is onder andere van belang dat de aandeelhouder, welke het dividend ontvangt een *direct belang* heeft in de uitkerende vennootschap. Het is onduidelijk hoe deze term dient te worden uitgelegd, indien er tussen de uitkerende vennootschap en de ontvangende vennootschap een entiteit zit die voor voor beide landen als transparant geldt. Dit is met name van belang in verband met het nieuwe wetsvoorstel personenrecht van vennootschappen.

*Vraag 6 – onduidelijkheid van toepassing toezegging in Memorandum of Understanding (MoU) VIII bij het Protocol*

Hoe zal Nederland zich inspannen voor/tijdens een dergelijke procedure om alsnog het 0% tarief te bewerkstelligen (dividend vanuit de US) of te geven (dividend vanuit Nederland)? Daarnaast zouden we graag willen weten wat de afwegingen en beslissende criteria zullen zijn om op of na 1 oktober 1998 toch nog het 0% tarief te geven.

#### *Achtergrond*

Op basis van het voorgestelde artikel 10 lid 3 van het Verdrag moet aan een viertal voorwaarden worden voldaan alvorens bronbelasting op een kwalificerende dividenduitkering wordt verlaagd naar 0%. Een van de vier voorwaarden<sup>1</sup> is dat de aandeelhouder/ontvanger van het dividend een kwalificerend aandelenbelang moet hebben in de uitkerende vennootschap, *welk vóór 1 oktober 1998* moet zijn verworven. Indien dit belang is verworven op of na 1 oktober 1998 wordt er volgens de MoU VIII onderdeel VIII de mogelijkheid geboden om alsnog via de Gezamenlijke Overlegprocedure<sup>2</sup> het 0% tarief te krijgen. De datum van 1 oktober 1998 is de datum, waarop de verdragsonderhandelingen tussen de US en het Verenigd Koninkrijk tot herziening van het tussen die Staten gesloten verdrag zijn aangevangen. Deze datum is ook in het 0% tarief artikel van dat verdrag opgenomen.

*Vraag 7*

Is de in vraag 6 genoemde inspanning verschillend voor de volgende te onderscheiden perioden:

<sup>1</sup> Weergegeven in artikel 10, lid 3, letter a van het Verdrag

<sup>2</sup> Artikel 26, lid 7 van de nieuwe verdrags-tekst.

- Periode 1: 1 oktober 1998 tot aan begin van Nederlandse verdragsonderhandelingen tot herziening van het US-NL verdrag (December 2001);
- Periode 2: begin van Nederlandse verdragsonderhandelingen (December 2001) tot aan persbericht dat verdragsonderhandelingen begonnen zijn (21 februari 2002);
- Periode 3: Vanaf datum persbericht (21 februari 2002) tot heden?

#### *Achtergrond*

De US wilde blijkbaar de datum van 1 oktober 1998 hanteren om anticiperend gedrag door US- en NL-belastingplichtigen op de invoering van een 0% tarief in het NL-US-verdrag tegen te gaan. Volgens ons kan er in perioden 1 en 2 niet sprake zijn van anticiperend gedrag, omdat er nog in het geheel geen kennis was van verdragsonderhandelingen. Daarnaast is het nog maar de vraag of er in periode 3 daadwerkelijk sprake is geweest van herstructureringen met het oog op het 0% tarief.

### **Artikel 4 Protocol (nieuwe verdragsartikel 11): Branch Tax**

#### *Vraag 8 – Fout in tekst van Protocol*

Kan de tekst in artikel 11, lid 3, sub c van de nieuwe verdragstekst verduidelijkt worden, zodat er niet meer verwezen wordt naar een «dividend» maar naar een «branch remittance»?

#### *Achtergrond*

Het Branch tax-artikel is de pendant van het dividendartikel. Waar het dividendartikel betrekking heeft op dividenden, uitgekeerd door een dochter in het ene land naar een moedermaatschappij in het andere land, daar ziet het Branch tax-artikel op winsten behaald met een vaste inrichting in het ene land, die worden overgemaakt aan een moedermaatschappij in het andere land<sup>1</sup>. Waar voor dividenden een 0% tarief wordt gegeven, zo wordt er ook een 0% tarief gegeven aan de uitbetaling van winst door de vaste inrichting.

Van de 4 voorwaarden, waaronder een 0% tarief voor dividenden kan worden gegeven, is er een aangepast voor de toepassing bij de branch tax (dat is de 1 oktober 1998 test) en de andere drie zijn integraal overgenomen. Naar onze mening is de integrale overname van de derde voorwaarde onjuist.

Voor dividenden luidt deze als volgt:

«Notwithstanding the provisions of paragraph 2, dividends shall not be taxed in the State of which the company paying the dividends is a resident if the person who is the beneficial owner of the dividends is a (...) and: (...) c) is entitled to benefits with respect to the dividends under paragraph 3 of Article 26.»

Voor Branch tax leest deze pendant:

«Paragraph 1 shall not apply in the case of a company that (...) c) is entitled to benefits with respect to the dividends under paragraph 3 of Article 26.»

Wij zijn van mening dat de verwijzing naar de term «dividends» in het Branch tax-artikel<sup>2</sup> onjuist is, omdat er in het geval van de Branch tekst geen sprake is van een dividend (in tegenstelling tot de voorwaarden bij het dividend artikel). Hier had naar onze mening een verwijzing moeten staan naar «branch remittance».

<sup>1</sup> Omdat Nederland geen branch tax heft, is dit artikel alleen van toepassing voor een Nederlands moederbedrijf met een vaste inrichting in de USA.

<sup>2</sup> Artikel 11, lid 3, sub c van de nieuwe verdragstekst.

### *Vraag 9 – Fout in toezegging in MoU*

Kan de tekst in MOU VIII zodanig verduidelijkt worden, dat er eveneens verwezen wordt naar een *vaste inrichting die na 1 oktober 1998 is opgezet/tot stand is gekomen*?

#### *Achtergrond:*

Op grond van artikel 11, lid 3, letter a zal er geen bronbelasting worden geheven, indien de moedermaatschappij de vaste inrichting-activiteiten heeft aangevangen voor 1 oktober 1998. Een soortgelijke bepaling geldt voor dividendden, indien de moedermaatschappij de aandelen in de dochtermaatschappij in de andere staat heeft verworven voor 1 oktober 1998.

In de MoU, onderdeel VIII wordt een mogelijkheid geboden om via de Gezamenlijke Overlegprocedure<sup>1</sup> het 0% tarief to krijgen voor deelnemingen/vaste inrichtingen die na 1 oktober 1998 zijn verworven/opgezet. Dit blijkt duidelijk uit de aanhef en het vervolg van de MoU:

«In reference to paragraph 3 of Article 10 (Dividends), paragraph 3 of Article 11 (Branch Tax) (..) It is understood that a resident that would qualify for benefits under subparagraph 3 a) of Article 10 (Dividends) or Article 11 (Branch Tax)».

Echter het vervolg van deze zin verwijst alleen naar de situatie van het dividend-artikel en niet naar de situatie van het Branch tax-artikel:

«but does not do so because it acquired the relevant shareholding on or after October 1st, 1998, is not prevented from requesting a determination from the competent authority (..)».

Hier moet naar onze mening ook een verwijzing komen naar een vaste inrichting die na 1 oktober 1998 is opgezet/tot stand is gekomen.

### **Artikel 24, lid 4**

De tekst van dit artikellid luidt als volgt:

«In het geval van een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel verkregen door een persoon dat fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide Staten, wordt dit bestanddeel aangemerkt als zijnde verkregen door een inwoner van een Staat voorzover dat bestanddeel voor de toepassing van het belastingrecht van die Staat wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van een inwoner.»

### *Vraag 10 – Gevolgen van toepassing van artikel 24, vierde lid*

Betreft artikel 24, vierde lid een bepaling van «wie de ontvanger van de inkomstenstroom is», of van «wat de kwalificatie van de entiteit voor toepassing van het verdrag is»?

#### *Achtergrond*

Stel dat het inkomen wat de transparante entiteit ontvangt of genereert inderdaad voor de toepassing van het belastingrecht van de woonstaat van de participant in die entiteit wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van die participant. Op basis van de tekst van het artikel 24, vierde lid wordt het inkomen dat de transparante entiteit ontvangt of genereert aangemerkt als zijnde verkregen door de participant in die entiteit. Dit lijkt te impliceren dat artikel 24, vierde lid aldus de ontvanger van de inkomsten voor toepassing van het verdrag bepaalt.

In sommige voorbeelden in de MvT bij het wetsvoorstel wordt echter geïmpliceerd, dat op grond van artikel 24, vierde lid de bronstaat de kwalificatie van de entiteit van de woonstaat dient te volgen. Met

<sup>1</sup> Artikel 26, lid 7 van de nieuwe verdragstekst.



andere woorden, artikel 24, vierde lid bepaalt niet de ontvanger van de inkomsten, maar de kwalificatie van de hybride entiteit zelve.

Voorbeelden hiervan zijn:

Kern van het overeengekomen vierde lid is, dat bij hybride entiteiten de verdragsvoordelen worden toegekend aan de entiteit of aan de achterliggende deelnemers van de entiteit die in het andere land wonen of zijn gevestigd, indien in dat andere land, hetzij de entiteit voor het desbetreffende inkomensbestanddeel volledig in de belastingheffing wordt betrokken, hetzij de deelnemers in die entiteit. Het bronland volgt in beginsel dus de kwalificatie van het woonland<sup>1</sup>.

Indien de deelnemers in de entiteit inwoner zijn van het andere land en voor dat inkomen in dat land in de belastingheffing worden betrokken, dient het bronland het verdrag toe te passen als ware het bestanddeel rechtstreeks aan de deelnemer in de entiteit uitgekeerd. Daarbij is niet van belang hoe het bronland de entiteit kwalificeert. Ook al zou de entiteit volgens de nationale wetgeving van het bronland als niet-fiscaal transparant worden aangemerkt, dan dient het bronland uit te gaan van de verdragsgerechtigdheid van de deelnemers<sup>2</sup>.

#### *Vraag 11 – Wie is de uiteindelijk gerechtigde?*

Hoe wordt, na toepassing van artikel 24, vierde lid, invulling gegeven aan het vereiste van uiteindelijk gerechtigde?

##### *Achtergrond*

Het Verdrag bepaalt in beginsel dat in geval van een grensoverschrijdende dividenduitkering, interest- of royaltybetaling de woonstaat van de ontvanger de respectievelijke inkomensbestanddelen in beginsel mag belasten. Echter, de bronstaat mag tevens heffen over de bronnen van inkomen. Het Verdrag maximeert het bronheffing-percentage. Eén van de basisvoorwaarden voor het minimaliseren van de bronheffingen in zowel het dividend-, interest- alsmede royaltyartikel is, dat de ontvanger van de genoemde inkomsten de uiteindelijk gerechtigde is tot de inkomsten.

Indien artikel 24, vierde lid tot gevolg heeft, dat het bronland de kwalificatie van het woonland overneemt, zal, indien het woonland de entiteit als transparant aanmerkt, het bronland dit moeten volgen.

De voorbeelden vermeld in de MvT doen vermoeden dat op basis van artikel 24, vierde lid de ontvanger eveneens de uiteindelijk gerechtigde is of moet zijn (zie voorbeelden 1 en 5<sup>3</sup>).

#### *Vraag 12 – Zekerheid over CV-BV-structuren*

- 12a) Kunnen de participanten in X CV (i.e. Z Inc) na toepassing van artikel 24, vierde lid in Nederland voor inkomsten uit aanmerkelijk belang worden belast indien zij geen vaste inrichting in Nederland aanhouden?
- 12b) Omdat de uitkering van dividenden van Y BV naar X CV een zuiver Nederlandse aangelegenheid is (zoals weergegeven in voorbeelden 5 en 6 in de MvT<sup>4</sup>), en het bronland dus niet de kwalificatie van het woonland volgt, kan de staatssecretaris bevestigen dat in de CV-BV-structuur de US-participanten in de CV aanspraak kunnen maken op een verlaging van Nederlandse dividendbelasting indien aan de voorwaarden van artikel 10 voldaan is?
- 12c) Indien het antwoord op b) negatief luidt, kan de staatssecretaris dan aangeven dat, indien X CV direct de ontvangen inkomsten uitkeert aan Z Inc, en Z Inc deze inkomsten aantoonbaar in zijn

<sup>1</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 632, nr. 3, p. 29.

<sup>2</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 632, nr. 3, p. 29, voorbeeld 1.

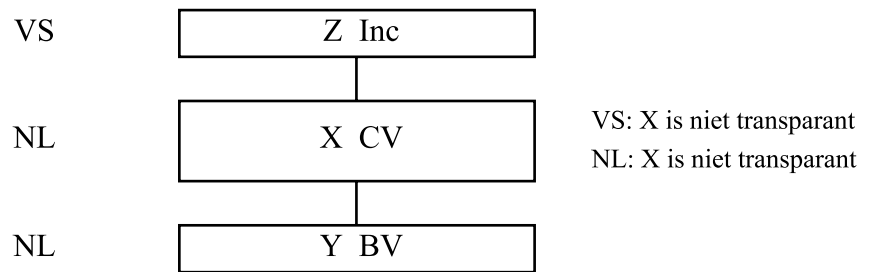
<sup>3</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 632, nr. 3, p. 30/31, voorbeelden 1 en 5.

<sup>4</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 632, nr. 3, p. 31/32, voorbeelden 5 en 6.

inkomen begrijpt, dat Z Inc dan verdragsbescherming geniet en dan een beroep zou kunnen doen op het 0% danwel 5% tarief voor dividenden?

*Achtergrond*

Sinds de verschijning van het protocol is er onrust in de Nederlandse fiscale praktijk over de gevolgen van artikel 24, vierde lid voor zogenaamde CV-BV structuren. Die structuur kan als volgt worden weergegeven:



*Vraag 13 – Onmiddellijkbezitseis van artikel 10 na toepassing van artikel 24, vierde lid.*

Hoe wordt, na toepassing van artikel 24, vierde lid, invulling gegeven aan het vereiste van onmiddellijk bezit in artikel 10, tweede en derde lid?

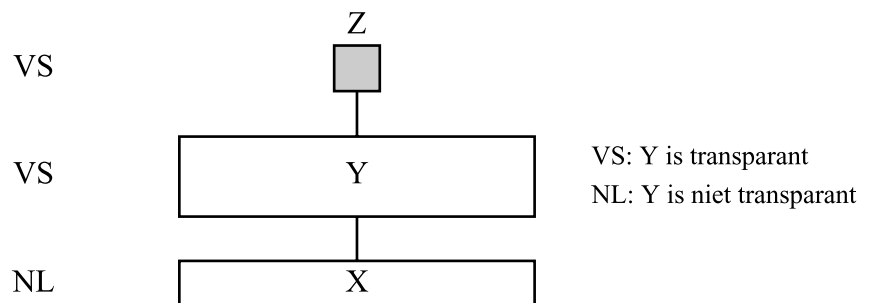
*Achtergrond*

Om in aanmerking te komen voor een verlaging van het bronheffingpercentage op dividenden naar 5%, dan wel 0% moet er, onder andere, sprake zijn van een lichaam met een onmiddellijk bezit van stemrechten in het uitkerende lichaam.

In samenhang met artikel 24, vierde lid neemt de MvT de navolgende voorbeelden op:

*Voorbeeld 1*

Natuurlijk persoon Z woont in de VS en neemt deel in entiteit Y (opgericht en gevestigd in de VS). Via Y verkrijgt Z dividenden van X (opgericht en gevestigd in Nederland). Volgens de fiscale wetgeving van de VS is Y fiscaal transparant, volgens de fiscale wetgeving van Nederland is Y niet fiscaal transparant. Z wordt in de VS voor zijn wereldinkomen in de belastingheffing betrokken.

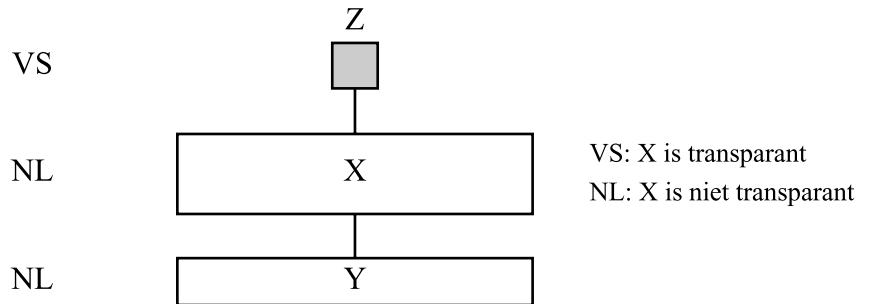


De MvT bepaalt dat Z op grond van de werking van artikel 24, lid 4 met succes een beroep kan doen op het dividendartikel in het verdrag, teneinde een verlaging van het percentage bronheffing naar 15% te bewerkstelligen. Dit omdat voor Amerikaanse fiscale doelein-

den Z inwoner is van de VS en op basis van Amerikaanse belastingwetgeving het dividend in het inkomen van Z wordt begrepen.

#### Voorbeeld 5

Natuurlijk persoon Z is inwoner van de VS en is enig deelnemer in BV X (gevestigd in Nederland). X bezit alle aandelen in BV Y (eveneens gevestigd in Nederland). Voor de toepassing van de Nederlandse fiscale wetgeving is X niet fiscaal transparant. Voor de toepassing van de Amerikaanse fiscale wetgeving («check-the-box») is X wel fiscaal transparant.



In de MvT staat aangegeven, dat in deze casus Nederland zijn nationale wetgeving op de dividenduitkering van Y aan X mag toepassen. Ten tijde van de dividenduitkering van X aan Z kan Z een beroep op het verdrag doen om mogelijk een verlaagd bronheffingspercentage van 15% te bewerkstelligen.

In voorbeelden 1 en 5 wordt aangegeven, dat als gevolg van de toepassing van artikel 24, vierde lid een verlaging van het bronheffingspercentage naar 15% mogelijk is. Echter, deze voorbeelden betreffen dividenduitkeringen aan een natuurlijk persoon<sup>1</sup>. De vraag is hoe het 0% en het 5% tarief worden toegewezen ná toepassing van artikel 24, vierde lid. Voor toegang tot het 5% tarief is vereist<sup>2</sup> dat:

De uiteindelijk gerechtigde een lichaam is dat *onmiddellijk* ten minste 10 percent van het totale aantal stemmen in het lichaam dat de dividenden betaalt bezit

Voor een verdere verlaging tot 0% is vereist<sup>3</sup> dat (naast één van de eisen neergelegd in artikel 10, derde lid, onderdelen a, b, c, of d):

«de persoon die de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is een lichaam is dat inwoner is van de andere Staat dat gedurende het tijdvak van 12 maanden eindigend op de datum waarop het dividend wordt aangegeven *onmiddellijk* aandelen heeft bezeten die 80 procent of meer vertegenwoordigen van het totale aantal stemmen in het lichaam dat de dividenden betaalt».

#### **Artikel 7 Protocol (nieuwe verdragsartikel 26): Limitation on Benefits**

##### *Vraag 14 – Beperking verdragsvoordelen in een van de states (oud) naar beperking in beide states (nieuw)*

Op basis van de huidige tekst van artikel 26, lid 1 van het Verdrag kunnen de inwoners van een van de verdragsstaten tegen een beperking van verdragsvoordelen in de andere staat (bronstaat) aanlopen. De verdragsvoordelen in de woonstaat blijven derhalve beschikbaar. In de aangepaste

<sup>1</sup> In geval van een grensoverschrijdende dividenduitkering aan een natuurlijk persoon wordt het bronheffingspercentage op basis van de toepassing van het Verdrag maximaal verlaagd naar 15%, dus niet naar 5% dan wel 0%. Het vereiste van een onmiddellijk bezit van stemrechten is in een 15% situatie niet van toepassing.

<sup>2</sup> Artikel 10, tweede lid, onderdeel a.

<sup>3</sup> Artikel 10, derde lid.

tekst kunnen de inwoners van een van de verdragsstaten in beide states de verdragsvoordelen kwijt raken. Wat is de reden van deze wijziging, wat wordt ermee beoogd?

*Achtergrond*

Onderdeel van de huidige tekst artikel 26, lid 1 van het Verdrag:

«A person that is a resident of one of the States and derives income from the other State shall be entitled, *in that other State*, to all benefits of this Convention only if such person

De voorgestelde aangepaste tekst van artikel 26, lid 1 van het Verdrag: «Except as otherwise provided in this Article, a resident of one of the States that derives income from the other State shall be entitled to all the benefits of this Convention *otherwise accorded to residents of a State* only if such resident is a »qualified person« as defined in paragraph 2 of this Article and satisfies any other specified conditions for the obtaining of such benefits.»

*Vraag 15 – Toepassing van gelijkwaardige gerechtigde toets is onduidelijk*

- 15a) Omdat – in onderstaande casus – het verdragstarief voor de natuurlijke persoon hoger is (15%) dan het tarief wat de NL-tussenhoudster kan claimen (5%), kan de natuurlijke persoon nu niet gezien worden als een gelijkwaardige gerechtigde? Wat wordt dan het tarief, is dit 15% (want dit tarief komt ook voor in het NL-US-verdrag) of 30% (het US nationale tarief)?
- 15b) In onderstaande casus kwalificeert Forco voor haar 60% belang als gelijkwaardig gerechtigde. Echter, voor 40% kwalificeert zij niet. Geldt voor het kwalificerende deel het 5% tarief?

*Achtergrond*

Onder de gelijkwaardige gerechtigden-toets is het mogelijk voor een vennootschap, die zelf niet kwalificeert voor Limitation on Benefits, om desondanks toch te kwalificeren voor Limitation on Benefits, indien haar kwalificerende aandeelhouders tot dezelfde of betere verdragsvoordelen komen onder een verdrag wat hun woonstaat met de US gesloten heeft. Als onderdeel van deze test moeten de toegestane bronbelastingpercentages in die desbetreffende verdragen vergeleken worden met de bronbelastingpercentages in het NL-US-verdrag.

Stel, een buitenlandse moedermaatschappij (Forco) in land X houdt 60% van alle aandelen in een NL-tussenhoudster. De resterende 40% wordt gehouden door een natuurlijk persoon in land X. De NL-tussenhoudster houdt op haar beurt weer alle aandelen in een actieve US-vennootschap. Deze laatste keert een dividend uit naar de NL tussenhoudster. Voor de gelijkwaardige gerechtigden toets moet dus gekeken worden naar het bronbelastingtarief op dividenden wat van toepassing is onder het NL-US-verdrag en dat vergelijken met het bronbelastingtarief op dividenden wat van toepassing is onder het X-US-verdrag. Stel dat in dat verdrag het tarief voor deelnemingsdividenden 5% en voor natuurlijk personen 15% is.

Den Haag, 3 mei 2005

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

### **Inleiding**

De leden van de fracties van het CDA en van de VVD hebben enkele vragen gesteld over het op 8 maart 2004 ondertekende Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen. Onderstaand worden deze vragen beantwoord. Bij de antwoorden is met het oog op de toegankelijkheid een clustering op onderwerp aangebracht. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naar vragen die betrekking hebben op de toepassing van de nieuwe bepalingen met betrekking tot dividenden, hybride entiteiten en de limitation on benefits. Tot slot wordt ingegaan op enkele overige vragen.

Alvorens in te gaan op de gestelde vragen, maak ik graag van de gelegenheid gebruik om mijn erkentelijkheid uit te spreken voor het feit dat de vaste commissies voor Financiën in zowel de Eerste Kamer als de Tweede Kamer alle medewerking hebben verleend om een snelle goedkeuring van het protocol te kunnen bewerkstelligen. Mede hierdoor is het mogelijk geweest dat het protocol nog in 2004 in werking is getreden, waardoor de via het protocol in het Nederlands–Amerikaanse belastingverdrag aangebrachte wijzigingen reeds op 1 januari 2005 effectief zijn geworden. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de verlaging van de bronheffing op bepaalde deelnemingsdividenden van 5 procent naar 0 procent op 1 februari 2005 effectief is geworden en dat belastingplichtigen die op grond van de bepalingen uit het belastingverdrag zoals het luidde vóór de wijzigingen recht zouden hebben op meer of betere verdragsvoordelen bij wijze van overgangsmaatregel gedurende een periode van 12 maanden kunnen kiezen voor (voortgezette) toepassing van de oude verdragsbepalingen.

### **Dividenden**

De leden van de CDA-fractie en de VVD-fractie vragen aandacht voor artikel 10, derde lid, van het (via het protocol gewijzigde) Nederlands–Amerikaanse belastingverdrag. Eén van de voorwaarden die in dat lid zijn opgenomen om in aanmerking te kunnen komen voor het nultarief voor deelnemingsdividenden is dat de moedermaatschappij *onmiddellijk* aandelen bezit die ten minste 80 procent van de stemrechten in de dochtermaatschappij vertegenwoordigen. In dat verband vragen de leden van de CDA-fractie of een belang dat een Amerikaanse vennootschap in een Nederlandse vennootschap houdt via een tussengeschakelde partnership die naar Nederlandse maatstaven transparant is, als «onmiddellijk» wordt aangemerkt. Ook de leden van de VVD-fractie vragen naar de reikwijdte van de term onmiddellijk.

Naar aanleiding van deze vragen wordt opgemerkt dat ingeval de partnership (ook) naar Amerikaanse maatstaven als een transparante entiteit wordt aangemerkt, het belang van de Amerikaanse vennootschap voor de toepassing van artikel 10, derde lid, aangemerkt kan worden als een onmiddellijk belang, zodat in een dergelijk geval in beginsel toegang tot het nultarief voor deelnemingsdividenden mogelijk is. Volledigheidshalve wordt hieraan toegevoegd dat in een geval waarin via de (door beide landen als transparant aangemerkte) tussengeschakelde partnership

niet 100 procent van de aandelen onderscheidenlijk de stemrechten wordt gehouden, de omvang van het bezit pro rata dient te worden bepaald.

### **Hybride vennootschappen**

Zowel de leden van de CDA-fractie als de leden van de VVD-fractie hebben enkele vragen gesteld over de gevolgen die het nieuwe artikel 24, vierde lid, van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag zou kunnen hebben voor zogenoemd CV-BV-structuren. De leden van de CDA-fractie zouden in dat kader graag mijn mening vernemen over een aantal kanttekeningen die prof. dr. A. H. M. Daniëls namens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs heeft geplaatst.

In antwoord op deze vragen merk ik op dat ik bekend ben met het feit dat diverse grote Amerikaanse bedrijven hun belang in een Nederlandse dochtermaatschappij hebben vormgegeven door tussen de Amerikaanse moeder en de Nederlandse dochter een naar Nederlands recht of het recht van een derde staat opgerichte vennootschap te schakelen die voor Nederlandse fiscale doeleinden als transparant wordt aangemerkt (bijvoorbeeld een besloten commanditaire vennootschap) en voor Amerikaanse fiscale doeleinden als een zelfstandige entiteit wordt beschouwd. Een dergelijke vennootschap heeft aldus een hybride karakter. Het is mij eveneens bekend dat de invoering van het nieuwe artikel 24, vierde lid, tot discussie heeft geleid over de gevolgen daarvan voor de zogenoemde CV-BV-structuren. Voor dergelijke structuren is Nederland op grond van het belastingverdrag niet langer gehouden de eigen belasting te verminderen op het uit Nederland afkomstige inkomen, waardoor bijvoorbeeld het tarief van de belasting op de dividenden, betaald door een Nederlandse dochtermaatschappij aan een dergelijke fiscaal hybride vennootschap, stijgt van 5 procent (het tarief onder het verdrag voor de inwerkingtreding van het protocol) tot 25 procent (het nationale tarief in Nederland van de dividendbelasting). Deze consequentie hangt samen met de opzet van artikel 24, vierde lid, waarin – kort samengevat – is vastgelegd dat het bronland alleen verdragsvoordelen hoeft te geven voor zover een uitgaande inkomensstroom in de andere verdragsstaat direct in de heffing wordt betrokken (bij de entiteit die de desbetreffende inkomensstroom verkrijgt, of bij de deelnemers in die entiteit, al naar gelang de fiscale kwalificatie in de andere verdragsstaat).

De in artikel 24, vierde lid, opgenomen bepaling haakt aan bij het uitgangspunt dat verschillen in kwalificatie van een entiteit niet moeten leiden tot situaties van dubbele heffing en dubbele vrijstelling. Dit uitgangspunt is ook in het OESO-rapport over partnerships opgenomen. Dit rapport wordt door mij in grote lijnen inhoudelijk onderschreven. Zoals uit het voorbehoud van Nederland op dit rapport kan worden opgemaakt, ben ik van mening dat voor de in dit rapport aangedragen oplossingen terzake niet zonder meer een juridische basis aanwezig is. Die juridische basis kan worden gevonden in een de uitkomst van een onderlinge overlegprocedure, maar als hoofdregel streeft Nederland in zijn belastingverdragen naar een aparte bepaling voor de problematiek van hybride vennootschappen. Met de onderhavige bepaling is hieraan invulling gegeven en als uitvloeisel daarvan zal Nederland in beginsel niet gehouden zijn tot verlaging van het tarief van de dividendbelasting in geval van de omschreven CV-BV-structuren. Desalniettemin heb ik laten onderzoeken of het mogelijk is, en zo ja onder welke voorwaarden, dat het Amerikaanse bedrijfsleven dat gebruik maakt van dergelijke structuren in aanmerking kan komen voor bepaalde door Nederland te verlenen fiscale voordelen (vermindering van Nederlandse belasting op uitgaande dividenden en, in bepaalde gevallen, interest). Als het Amerikaanse bedrijfsleven dat gebruik maakt van dergelijke structuren namelijk reële economische activiteiten in of via Nederland ontplooit, zou een vermin-

dering van Nederlandse belasting op uitgaande dividenden en, in bepaalde gevallen, interest volgens de hoofdregel van het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten wellicht op zijn plaats zijn.

Een dergelijke tegemoetkoming mag er echter niet toe leiden dat de heffing van de Nederlandse belasting in belangrijke mate illusoir zou worden gemaakt, in andere gevallen dan de hier aan de orde zijnde problematiek van de hybride vennootschappen. Bezien wordt of het mogelijk is een tegemoetkoming zodanig vorm te geven dat die tegemoetkoming alleen betrekking heeft op de problematiek van hybride vennootschappen. Daarnaast speelt de vraag of een tegemoetkoming in dit verband kan worden beperkt tot de werking van het belastingverdrag met de Verenigde Staten of dat de tegemoetkoming ook buiten de sfeer van dit belastingverdrag toepasbaar moet zijn. Hierbij spelen de uit het EG-recht voor Nederland voortvloeiende verplichtingen een belangrijke rol. Een voorlopige analyse wijst uit dat het mogelijk moet zijn deze tegemoetkoming toe te spitsen op de problematiek van de hybride vennootschappen. Wat betreft het tweede aspect, een regeling alleen voor de VS, dan wel een algemene unilaterale regeling (voor alle landen), wordt bezien of het juridisch mogelijk is een zo specifiek mogelijke regeling na te streven.

Ik verwacht dat het onderzoek omtrent de vorm en de reikwijdte van de tegemoetkoming in de loop van mei / juni kan worden afgerond en ben voornemens om via een besluit kenbaar te maken op basis van welke voorwaarden een tegemoetkoming zou kunnen worden verleend. Dit tijdspad biedt de ruimte om bij de definitieve formulering van de in het besluit op te nemen voorwaarden rekening te houden met eventuele reacties uit de praktijk. Tevens heb ik het voornemen om vervolgens de inhoud van het besluit op een meer bestendige wijze vast te leggen.

Indien het mogelijk is tot een evenwichtige eenzijdige tegemoetkoming in de hierboven bedoelde zin te komen, komt toepassing van artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969<sup>1</sup> niet meer aan de orde. Hetzelfde zou dan gelden voor toepassing van artikel 17a, eerste lid, onderdeel c, van die wet (waarin de belastingplicht voor de hiervoor genoemde buitenlandse lichamen wordt uitgebreid tot – de resultaten uit – schuldvorderingen op lichamen waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden, waardoor bij het buitenlandse lichaam ook de rente die wordt ontvangen van het Nederlandse lichaam waarin wordt deelgenomen in de heffing van de Nederlandse vennootschapsbelasting zou kunnen worden betrokken).

Indien een eenzijdige tegemoetkoming binnen de hierboven geschetste context mogelijk is, bestaat er geen behoefte aan een oplossing zoals door de leden van de VVD-fractie in hun bijdrage min of meer gesuggereerd. Door hen werd de suggestie gedaan dat ingeval de dividenden direct worden doorbetaald aan de Amerikaanse moeder het «probleem» van de dubbele vrijstelling weliswaar niet formeel, maar wel materieel zou zijn opgelost. Nederland zou in die gevallen in beginsel kunnen overwegen om, onder de voorwaarde dat sprake is van een directe doorbetaling aan de in de Verenigde Staten woonachtige of gevestigde deelnemer in de fiscaal hybride entiteit, (toch) verdragsvoordelen toe te passen. Het zou dan niet meer nodig zijn vanwege (in feite) louter de fiscale gevolgen te besluiten tot doorbetaling.

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie of het bij de in artikel 24, vierde lid, van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag opgenomen bepaling gaat om de ontvanger van de inkomensstroom, of om de kwalificatie van de entiteit, wordt het volgende opgemerkt. Zoals

---

<sup>1</sup> Hierin is bepaald dat buitenlandse lichamen die een aanmerkelijk belang hebben in een Nederlands lichaam dat niet tot het ondernemingsvermogen behoort ter zake van de voordelen uit dat aanmerkelijk belang – dividend en vervreemdingsvoordelen – in de heffing van de Nederlandse vennootschapsbelasting worden betrokken.

eerder is aangegeven is het uitgangspunt van de in artikel 24, vierde lid, opgenomen bepaling te voorkomen dat door een verschil in kwalificatie van een entiteit door het woonland en het bronland een situatie van dubbele belastingheffing of dubbele vrijstelling kan ontstaan. Om dit uitgangspunt te kunnen effectueren is vastgelegd dat het bronland zich in zekere zin aansluit bij de fiscale behandeling van de inkomensstroom in de andere verdragsstaat, doordat de bronstaat alleen verdragsvoordelen hoeft te geven over dat deel van de inkomensstroom dat als zodanig in de andere verdragsstaat in de heffing wordt betrokken (ofwel bij de entiteit die het inkomensbestanddeel ontvangt, ofwel bij de participanten in die entiteit). Tegen deze achtergrond gezien gaat het dus niet uitsluitend om de ontvanger van het inkomensbestanddeel, noch uitsluitend om de kwalificatie van de entiteit die gebruikt wordt om een inkomensbestanddeel uit het bronland deelachtig te worden. Het gaat dus om deze elementen gezamenlijk. Het een ligt in het verlengde van het andere.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe na toepassing van artikel 24, vierde lid, van het belastingverdrag, invulling wordt gegeven aan het begrip «uiteindelijk gerechtigde». De reikwijdte van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» wordt, mede gelet op artikel 3, tweede lid, van het belastingverdrag, primair bepaald door de invulling die de bronstaat daaraan geeft. Dit sluit niet uit dat de bronstaat zich daarbij zeker rekenschap kan geven van de behandeling van het inkomensbestanddeel door het woonland van de ontvanger daarvan. Van belang is ook het OESO-commentaar, waarin enerzijds wordt aangegeven dat het begrip uiteindelijk gerechtigde moet worden gezien in de context waarin het wordt toegepast en anderzijds dat het begrip moet passen bij doel en strekking van het verdrag en de daarin opgenomen bepalingen (waartoe wordt gerekend het voorkomen van dubbele belasting, maar ook het voorkomen van dubbele vrijstelling).

### **Limitation on benefits**

Via het protocol is in artikel 26, tweede lid, onderdeel c, onder i, ter voorkoming van inversion de zogenoemde «substantial presence» test geïntroduceerd. De leden van de CDA-fractie vragen of het juist is dat deze test een ruimere reikwijdte heeft dan de anti-inversion bepaling die voor de nationale Amerikaanse wetgeving is geformuleerd, omdat deze nationale Amerikaanse wetgeving alleen betrekking heeft op belastingplichtigen die vanuit de Verenigde Staten inversion hebben toegepast, terwijl de in het protocol opgenomen substantial presence test ook belastingplichtigen kan raken waarvan de tophoudster niet in de Verenigde Staten gevestigd is (geweest). Voorts vragen deze leden waarom Nederland, mocht dit juist zijn, een bepaling heeft geaccepteerd die ruimer is dan de nationale Amerikaanse wetgeving.

Naar aanleiding van deze vraag wordt opgemerkt dat, zoals ook is aangegeven in het nader rapport, de opname van de substantial presence test in de «limitation on benefits»-bepaling is terug te voeren op de discussie over de fiscaal geïndiceerde emigratie van Amerikaanse tophoudstermaatschappijen naar het buitenland (inversion). Tijdens de besprekingen met de VS over de vorm, de inhoud en de reikwijdte van de substantial presence test kwam naar voren dat zich – naast inversion – ook situaties voordeden van lichamen die in een van beide verdragsstaten waren gevestigd, terwijl de nexus (binding) van deze lichamen met de staat van vestiging afwezig of gering was (third party treaty shopping). De Verenigde Staten achtten het, vooral ook gelet op de bedoeling van de limitation on benefits bepaling, niet wenselijk om belastingplichtigen die dergelijke gevallen van third party treaty shopping toepasten verdragsvoordelen toe te kennen. Bij een overheersende papieren-aanwezigheid in Nederland is dit een gerechtvaardigde wens, zodat de substantial



presence zo is geformuleerd dat ook deze vormen van onbedoeld gebruik van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag kunnen worden tegengegaan. Daarmee heeft de substantial presence test een wat ruimere reikwijdte gekregen dan uitsluitend het tegengaan van inversion. Met de verwijzing naar een «comprehensive limitation on benefits article» in artikel 26, achtste lid, onderdeel f, paragraaf i, onder A, wordt niet bedoeld tot uitdrukking te brengen dat in een dergelijke limitation on benefits bepaling ook een substantial presence test moet zijn opgenomen, zo kan ik de leden van de CDA-fractie op hun desbetreffende vraag mededelen. Een «gewone» limitation on benefits bepaling is voldoende om – als ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan – als equivalent beneficiary te kwalificeren.

De leden van de VVD-fractie gaan in op onderdeel VIII van het bij het protocol behorende Memorandum of Understanding (MOU) en vragen in dat kader hoe Nederland zich zal inspannen om in gevallen waarin wordt verzocht om toepassing van de zogenoemde vangnetbepaling, te bewerkstelligen dat belastingplichtigen (alsnog) in aanmerking zouden kunnen komen voor toepassing van het nultarief op deelnemingsdividenden die zij vanuit de Verenigde Staten ontvangen.

In onderdeel VIII van het MOU is vastgelegd dat belastingplichtigen die het voor de toepassing van het nultarief op deelnemingsdividenden noodzakelijke belang van (ten minste) 80 procent pas na 1 oktober 1998 hebben verkregen, en uit hoofde daarvan niet via de in artikel 10, derde lid, onderdeel a, opgenomen «grandfatherbepaling» in aanmerking kunnen komen voor de minder strikte eisen die aan de toepassing van het nultarief worden gesteld, (toch) een verzoek om toepassing van de vangnetbepaling in kunnen dienen.

Achtergrond van dit onderdeel in het MOU is dat daarmee duidelijk wordt gemaakt dat belastingplichtigen die niet voldoen aan de in artikel 10, derde lid, onderdeel b, opgenomen eis (waarin wordt verwezen naar de in de Limitation on benefits bepaling opgenomen beurstoets) en niet aan de in artikel 10, derde lid, onderdeel c, opgenomen eis (waarin wordt verwezen naar de derivative benefits toets), toch in aanmerking kunnen komen voor toepassing van het nultarief op deelnemingsdividenden. Zij dienen daartoe dan bij de bevoegde autoriteit een verzoek om toepassing van de vangnetbepaling in te dienen. De bevoegde autoriteit van het bronland zal dan beoordelen of het gerechtvaardigd is om toegang tot het nultarief voor deelnemingsdividenden te verlenen. Het is de intentie van de Nederlandse bevoegde autoriteit om in beginsel een goedkeurende beschikking op grond van de vangnetbepaling af te geven in situaties waarin de structuur waarvoor toepassing van het nultarief voor deelnemingsdividenden wordt verzocht niet door fiscale motieven is ingegeven. Een en ander zal echter sterk afhangen van de feiten en omstandigheden van de casus waarvoor het verzoek wordt gedaan. De bevoegde autoriteit van de Verenigde Staten zal ook toetsen of sprake is van oneigenlijke fiscale motieven. Daarnaast zal de bevoegde autoriteit van de Verenigde Staten, zoals ook is aangegeven in de door de Treasury gepubliceerde Technical Explanation bij het protocol en in de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet (Kamerstukken II, 2003–2004, 29 632, nr. 3, blz. 19), bij de afweging rekening worden gehouden met de verplichtingen die op Nederland rusten uit hoofde van het EU-lidmaatschap. In dat verband wordt verwezen naar paragraaf 3 van onderdeel XXVII van het memorandum van overeenstemming, waarin een kader wordt geschetst van de wijze waarop rekening zal worden gehouden met deze EU-verplichtingen. De datum waarop het 80% kwalificerende belang – dit ten antwoord op een vraag van de leden van de VVD-fractie – is ontstaan, is niet van belang. Nederland zal dus bij de beoordeling van verzoeken om toepassing van de vangnetbepaling geen onderscheid maken in de door de leden van de VVD-fractie genoemde perioden van 1 oktober 1998 tot aan

het begin van de onderhandelingen met de VS over een herziening van het belastingverdrag (in december 2001), van het begin van die onderhandelingen tot aan het moment waarop deze onderhandelingen via een persbericht (van 21 februari 2002) kenbaar zijn gemaakt of vanaf de datum van het persbericht tot heden.

### **Overige onderwerpen**

De leden van de VVD-fractie vragen om een verduidelijking van de tekst van het via het protocol gewijzigde artikel 11, derde lid, onderdeel c. Deze leden achten het niet juist dat in dat onderdeel het begrip «dividenden» wordt gebruikt. In plaats daarvan hadden deze leden liever gezien dat werd verwezen naar het begrip «branche remittance», omdat artikel 11 niet handelt over dividenden, maar over de toepassing van de zogenoemde branch tax die (door de Verenigde Staten) wordt geheven over winsten die door in de Verenigde Staten gevestigde vaste inrichtingen worden overgemaakt naar (in Nederland gevestigde) hoofdhuizen.

Vooropgesteld zij dat over de bedoeling van de aanvulling van het derde lid van artikel 11 geen misverstand kan bestaan. Net zoals voor deelnemingsdividenden geldt ook voor winsten die door een vaste inrichting worden gemaakt, dat deze voortaan zonder heffing van (bron)belasting vanuit de Verenigde Staten naar Nederland kunnen worden overgemaakt. De eisen die worden gesteld om voor dit nultarief in aanmerking te kunnen komen zijn vergelijkbaar met de eisen die worden gesteld om voor het nultarief voor deelnemingsdividenden in aanmerking te komen. De bij de leden van de VVD-fractie ontstane onduidelijkheid op dit punt had waarschijnlijk voorkomen kunnen worden door in het derde lid, onderdeel c, te verwijzen naar het begrip branche remittance of naar het begrip «dividend equivalent amount», in plaats van naar het begrip dividenden. Aan de bedoeling van de bepaling doet dit echter niets af omdat het bij de uitbreiding van het derde lid van artikel 11 primair gaat om de kwalificatie van de persoon die een voordeel ontvangt waarover de Verenigde Staten op grond van artikel 11 van het verdrag een branch tax mag heffen en niet zozeer om aard van het inkomensbestanddeel dat door die persoon wordt ontvangen.

In het verlengde daarvan vragen de leden van de VVD-fractie of de tekst van onderdeel VIII van het memorandum van overeenstemming zodanig verduidelijkt zou kunnen worden dat daarin ook verwezen wordt naar een vaste inrichting die na 1 oktober 1998 is opgezet of tot stand is gekomen. Ook hier geldt dat de bedoeling van dit onderdeel van het memorandum van overeenstemming duidelijk is. Dit onderdeel van het memorandum van overeenstemming heeft, zoals ook uit de titel van het desbetreffende onderdeel kan worden afgeleid, betrekking op zowel het derde lid van artikel 10 (waarin de criteria zijn vastgelegd op basis waarvan kan worden beoordeeld of men in aanmerking komt voor het nultarief op deelnemingsdividenden) als op artikel 11. Uit de context van dit onderdeel van het memorandum van overeenstemming, de titel en de tekst van het onderdeel, kan echter worden afgeleid dat de reikwijdte van dit onderdeel ook de door deze leden bedoelde gevallen omvat. Opgemerkt zij echter dat het in dit geval zuiverder of vollediger zou zijn geweest indien in de tekst van onderdeel VIII van het memorandum van overeenstemming wel expliciet een zinsnede was opgenomen die zou verwijzen naar een vaste inrichting die na 30 september 1998 is opgezet of tot stand is gekomen.

De leden van de VVD-fractie plaatsen een kanttekening bij de aanhef van de in artikel 26 van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag opgenomen limitation on benefits bepaling. Deze leden vragen waarom de reikwijdte van de limitation on benefits bepaling is verruimd en wat er met deze verruiming is beoogd. De leden van de VVD-fractie constateren terecht dat de oude limitation on benefits bepaling in zekere zin een

eenzijdig werkend karakter had, omdat deze bepaling (alleen) het bronland de mogelijkheid gaf om in het andere verdragsland gevestigde belastingplichtige (een deel van) de verdragsvoordelen te onthouden als die belastingplichtige niet voor een van de in die bepaling opgenomen toetsen zou kwalificeren. De nieuwe bepaling is ten opzichte van de oude bepaling vereenvoudigd en op bepaalde onderdelen versoepeld. Daarnaast is er, vooral ter voorkoming van misbruik van het nultarief voor deelnemingsdividenden, in de limitation on benefitsbepaling een extra anti-misbruikmaatregel opgenomen (de substantial presence test). Onderdeel van de nieuwe limitation on benefitsbepaling is voorts dat de algemene reikwijdte van deze bepaling is gewijzigd. Een in een van beide verdragsstaten gevestigde belastingplichtige die niet kwalificeert voor een van de toetsen van de limitation on benefits bepaling – en die ook niet via de vangnetbepaling kwalificeert – is in de nieuwe opzet niet gerechtigd tot de verdragsvoordelen. Dit geldt zowel voor de verdragsvoordelen die door de bronstaat (zouden kunnen) worden toegekend, als voor de verdragsvoordelen die door de woonstaat (zouden kunnen) worden toegekend. Het tweezijdige karakter van de nieuwe limitation on benefits bepaling hangt samen met het huidige Amerikaanse verdragsbeleid met betrekking tot het toekennen van verdragsvoordelen. Daar kan aan worden toegevoegd dat ingeval een belastingplichtige aan geen enkele toets van de limitation on benefits bepaling voldoet en de bronstaat op grond daarvan geen verdragsvoordelen geeft, het niet onredelijk is – mede gelet op het feit dat de nieuwe limitation on benefits bepaling minder strikt is dan de oude bepaling – dat de woonstaat zich daar bij aansluit door de desbetreffende belastingplichtige ook geen verdragsvoordelen te geven.

De leden van de VVD-fractie stellen voorts nog de toepassing van de toets voor zogenoemde gelijkwaardige gerechtigden aan de orde. Via deze toets kan (bij voorbeeld) een Nederlandse vennootschap die zelf niet aan een van de in de limitation on benefits bepaling opgenomen toetsen voldoet, toch voor verdragsvoordelen in aanmerking komen. Voorwaarde is dat de aandeelhouders van die Nederlandse vennootschap via het verdrag dat de woonstaat van die aandeelhouders heeft gesloten met de Verenigde Staten voor dezelfde of betere verdragsvoordelen in aanmerking zouden komen in vergelijking met de verdragsvoordelen die de Verenigde Staten aan de in Nederland gevestigde vennootschap zou geven als deze wel zelf in aanmerking zou kunnen komen voor toepassing van de verdragsvoordelen. Deze leden vragen aan de hand van een voorbeeld hoe deze bepaling in de praktijk uitwerkt. In het door deze leden geschetste geval neem ik het standpunt in dat – gezien doel en strekking van de toets voor de afgeleide voordelen en het in dat kader gebruikte criterium van de gelijkwaardige gerechtigde – een strikte uitleg niet op zijn plaats is. De toets heeft ten doel te voorkomen dat inwoner van derde landen gebruik zouden kunnen maken van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag, om aldus in aanmerking te kunnen komen voor meer of betere verdragsvoordelen dan mogelijk zou zijn uit hoofde van het verdrag dat hun woonstaat met Nederland of de Verenigde Staten is overeengekomen. In verband daarmee zou de Verenigde Staten in het hiervoor weergegeven voorbeeld het tarief van de in te houden dividendbelasting niet op 30 procent, maar op 15 procent moeten vaststellen. Daarmee wordt het tarief van de dividendbelasting over het dividend dat aan de Nederlandse tussenhouder wordt uitgekeerd dus afgestemd op het (hoogste) tarief dat van toepassing zou zijn als dat dividend direct aan de achterliggende (in land X woonachtige) aandeelhouders zou worden uitgekeerd. In het onderhavige geval wordt mijn visie ook gedeeld door de Amerikaanse autoriteiten. De Amerikaanse autoriteiten nemen verder het standpunt in dat het verlaagd tarief van 5% niet pro rata kan worden

toegepast op het belang dat de buitenlandse vennootschap in de Nederlandse vennootschap aanhoudt.

De Staatssecretaris van Financiën,  
J. G. Wijn