



Directie Internationale Fiscale Zaken

Conform besproken

Notitie

Auteur

10.2.e

10.2.e

er beslissing

Notitienummer

IFZ 2005-255

Datum

28 april 2005

Rubriek

Totstandkoming verdragen\Directe belastingen_Noord- en Zuid-Amerika: USA

Onderwerp

**Nota's nav de verslagen TK en EK over het Protocol 2004 NL – VS;
tegemoetkoming dividendbelasting bij hybride entiteiten**

Bijlage(n)

Aan

De Staatssecretaris

Via

10.2.e

MT DG-bel

Medeparaaf

10.2.e

(team ondernemingen)

Van

10.2.e

CC

de Minister,

10.2.e

CDV,

10.2.e

RETOUR ONTVANGEN VAN MIN / STAS / SG		D.d. 2/5
Paraaf	10.2.e CC	10.2.e CC
Directie: AFP / IFZ / WD / WDB / WV / BBFZ		C.c.:
Opmerking		

Aanleiding en beslispunten

Bijgaand ontvangt u de nota's naar aanleiding van de verslagen van de TK en de EK van het schriftelijk overleg dat in beide Kamers heeft plaatsgevonden in het verlengde van de ratificatie van het met de VS gesloten protocol tot wijziging van het uit 1992 stammende belastingverdrag (verder: protocol 2004). Zoals bekend, hebben beide Kamers meegewerkt aan een snelle ratificatieprocedure van het protocol 2004 maar hadden beide Kamers nog de behoefte over enkele technische kwesties van gedachten te wisselen. Beide verslagen, en de bijgevoegde nota's, strekken hiertoe.

Voor één onderdeel wordt uw nadrukkelijke aandacht gevraagd. Dit betreft de vragen die worden gesteld over de toepassing van het gewijzigde belastingverdrag bij gebruik van hybride entiteiten (met name CV-BV structuren ofwel spaarpotten op zee-constructies). Voorgesteld wordt op dit punt de toezegging te doen richting de Kamers dat Nederland, onder nog nader vast te stellen voorwaarden, een tegemoetkoming zal verlenen. In de nota wordt aangekondigd dat hieromtrent in mei / juni een besluit zal worden gepubliceerd. Wel heeft het publiceren van een besluit (tijdelijk) een contra legem situatie tot gevolg, die overigens in dit geval te rechtvaardigen is. Dit punt wordt hieronder nader toegelicht.

tzt bespreken

Beslispunt 1: Stemt u ermee in dat een besluit zal worden gemaakt dat een tegemoetkoming inhoudt voor reële investeringen die met behulp van CV-BV-structuren worden gepleegd indien er sprake is van een belastingverdrag waarin een bepaling is opgenomen die vergelijkbaar is met de betwiste bepaling uit het belastingverdrag NL-VS, vooruitlopend op een aanpassing van dat verdrag?

R

Beslispunt 2: Uw instemming wordt voorts gevraagd voor het opnemen van de mededeling in de nota aan de Eerste Kamer dat u zich nog beraadt op een aanvullende voorwaarde die moet voorkomen dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold.

tzt bespreken

R

Beslispunt 3: Tenslotte wordt uw instemming gevraagd met het opnemen in de nota aan de Eerste Kamer van de suggestie dat nog overleg kan worden gevoerd met belanghebbenden over de formulering van de in het in mei / juni te publiceren besluit op te nemen voorwaarden.

Toelichting

Indien een lichaam door het ene land als fiscaal transparant wordt beschouwd en door het andere land als een zelfstandige entiteit, is sprake van een hybride entiteit. Het bestaan van dergelijke hybride entiteiten kan leiden tot dubbele belastingvrijstelling. In de relatie Nederland-VS was sprake van een dubbele vrijstelling, namelijk in het geval dat een Amerikaanse entiteit een belang in een Nederlandse BV hield via een buitenlandse CV (de 'spaarpot op zee'). Deze CV wordt door Nederland als fiscaal transparant beschouwd en door de VS als zelfstandige entiteit. Daardoor moest Nederland verdragsvoordelen verlenen met betrekking tot dividendbetalingen van de Nederlandse BV aan de CV, terwijl er in de VS geen belastingheffing plaatsvond. Op voorstel van de VS is in het protocol 2004 een bepaling opgenomen die tot gevolg heeft dat een dubbele vrijstelling in deze gevallen voorkomt, een benadering conform het OESO-standpunt ten aanzien van dit soort constructies.

Na het sluiten van het protocol 2004, bereikten ons van verschillende kanten (Belastingdienst, belastingadvieswereld) signalen dat de CV-BV-structuur in toenemende mate wordt gebruikt door bedrijven die reële economische activiteiten in of via Nederland ontplooiën en dat grote bedrijven ons land zouden (kunnen) verlaten indien de situatie blijft zoals deze nu is. Deze wordt dus ervaren als een verslechtering van het vestigingsklimaat. Gelet op het bovenstaande ligt nu de vraag voor of Nederland onder voorwaarden toch een tegemoetkoming wil verlenen voor de CV-BV-structuur.

Tegemoetkoming

Voor reële investeringen is er in de huidige constellatie aanleiding om een tegemoetkoming te geven. De tegemoetkoming, in de vorm van een besluit, zou erop neerkomen dat in relatie tot alle landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten waarin een bepaling is opgenomen die vergelijkbaar is met de betwiste bepaling uit het gewijzigde Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag, toch

✓
Waarom?
verdragsvoordelen worden gegeven. Praktisch doet het probleem zich op dit moment overigens alleen in de situatie met de VS voor (verdragen met andere landen hebben (nog) niet een dergelijke bepaling), maar in het kader van het EG-recht wordt het besluit breder gemaakt. Om het risico van uitstralingseffecten, namelijk dat ook andersoortige structuren voor de tegemoetkoming in aanmerking zouden kunnen komen, te vermijden, zullen wel strenge eisen aan de tegemoetkoming worden gesteld. Deze dienen, indien u instemt met het maken van een besluit, nog nader vorm te worden gegeven. Daarbij kan het nuttig zijn de inbreng van belanghebbenden te vragen.

Uitholling Nederlandse belastinggrondslag

Er wordt nog gezien of en zo ja, in hoeverre, aan de tegemoetkoming de aanvullende voorwaarde moet worden gesteld dat de spaarpot op zee de Nederlandse belastinggrondslag niet mag uithollen. Hierover kunt u na uw terugkomst (halverwege mei) een notitie tegemoet zien. Omdat de nota's voor de Eerste en Tweede Kamer nu echter zo spoedig mogelijk moeten worden afgehandeld, verzoeken wij u in te stemmen met het opnemen in de nota aan de Eerste Kamer (waarin de beantwoording van de vraag hieromtrent is verwerkt) dat u zich op dit punt nog beraadt.

Contra legem

✓
Uw aandacht wordt tot slot nog gevraagd voor het feit dat bij het publiceren van een besluit sprake zal zijn van contra legem. Om dat te ondervangen, zijn er twee oplossingen. De eerste is om de wet (Wet op de dividendbelasting 1965) aan te passen. Dit lijkt echter een wat disproportionele maatregel, omdat dan een wettelijke bepaling gemaakt zal moeten worden voor een in feite zeer specifieke situatie met de VS, die veel vragen op zal roepen. De tweede oplossing is om het verdrag zelf aan te passen. Dit is de meest koninklijke weg en ook een reële. De Amerikanen hebben al aangegeven geen problemen te hebben met het feit dat wij een besluit zullen publiceren langs eerdergenoemde lijn en de verwachting is dan ook dat zij met een formalisering van die lijn zullen instemmen. Ook hebben wij al met de Amerikanen afgesproken om weer met elkaar te gaan praten over het verdrag¹. Het publiceren van een tegemoetkomend besluit vooruitlopend op een wijziging van het verdrag, lijkt daarom in het kader van de contra legem de beste oplossing.

- 0 -

¹ Met de VS is overeengekomen dat wij uiterlijk vijf jaren na inwerkingtreding van het Protocol weer met elkaar in overleg zullen treden (zie MoU artikel XXXVIII).



Directie Internationale Fiscale Zaken

Notitie

Auteur

10.2.e

Notitienummer

IFZ 2005-255

Datum

28 april 2005

Rubriek

Totstandkoming verdragen\Directe belastingen_Noord- en Zuid-Amerika: USA

Onderwerp**Nota's nav de verslagen TK en EK over het Protocol 2004 NL – VS;
tegemoetkoming dividendbelasting bij hybride entiteiten**

RETOUR ONTVANGEN VAN MIN / STAS / SG		D.d. 215
Paraaf	10.2.e	10.2.e
Directie: AFP / IFZ	WD / WDB / WV / BBFZ	Ter beslissing
Opmerking		C.c.:

Bijlage(n)

Aan

De Staatssecretaris

Via

10.2.e

10.2.e

MT DG-bel

Medeparaaf

10.2.e

(team ondernemingen)

Van

10.2.e

CC

de Minister,

10.2.e

CDV,

10.2.e

Aanleiding en beslispunten

Bijgaand ontvangt u de nota's naar aanleiding van de verslagen van de TK en de EK van het schriftelijk overleg dat in beide Kamers heeft plaatsgevonden in het verlengde van de ratificatie van het met de VS gesloten protocol tot wijziging van het uit 1992 stammende belastingverdrag (verder: protocol 2004). Zoals bekend, hebben beide Kamers meegewerkt aan een snelle ratificatieprocedure van het protocol 2004 maar hadden beide Kamers nog de behoefte over enkele technische kwesties van gedachten te wisselen. Beide verslagen, en de bijgevoegde nota's, strekken hiertoe.

Voor één onderdeel wordt uw nadrukkelijke aandacht gevraagd. Dit betreft de vragen die worden gesteld over de toepassing van het gewijzigde belastingverdrag bij gebruik van hybride entiteiten (met name CV-BV structuren ofwel spaarpotten op zee-constructies). Voorgesteld wordt op dit punt de toezegging te doen richting de Kamers dat Nederland, onder nog nader vast te stellen voorwaarden, een tegemoetkoming zal verlenen. In de nota wordt aangekondigd dat hieromtrent in mei / juni een besluit zal worden gepubliceerd. Wel heeft het publiceren van een besluit (tijdelijk) een contra legem situatie tot gevolg, die overigens in dit geval te rechtvaardigen is. Dit punt wordt hieronder nader toegelicht.

Beslispunt 1: Stemt u ermee in dat een besluit zal worden gemaakt dat een tegemoetkoming inhoudt voor reële investeringen die met behulp van CV-BV-structuren worden gepleegd indien er sprake is van een belastingverdrag waarin een bepaling is opgenomen die vergelijkbaar is met de betwiste bepaling uit het belastingverdrag NL-VS, vooruitlopend op een aanpassing van dat verdrag?

Beslispunt 2: Uw instemming wordt voorts gevraagd voor het opnemen van de mededeling in de nota aan de Eerste Kamer dat u zich nog beraadt op een aanvullende voorwaarde die moet voorkomen dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold.

Beslispunt 3: Tenslotte wordt uw instemming gevraagd met het opnemen in de nota aan de Eerste Kamer van de suggestie dat nog overleg kan worden gevoerd met belanghebbenden over de formulering van de in het in mei / juni te publiceren besluit op te nemen voorwaarden.

Toelichting

Indien een lichaam door het ene land als fiscaal transparant wordt beschouwd en door het andere land als een zelfstandige entiteit, is sprake van een hybride entiteit. Het bestaan van dergelijke hybride entiteiten kan leiden tot dubbele belastingvrijstelling. In de relatie Nederland-VS was sprake van een dubbele vrijstelling, namelijk in het geval dat een Amerikaanse entiteit een belang in een Nederlandse BV hield via een buitenlandse CV (de 'spaarpot op zee'). Deze CV wordt door Nederland als fiscaal transparant beschouwd en door de VS als zelfstandige entiteit. Daardoor moest Nederland verdragsvoordelen verlenen met betrekking tot dividendbetalingen van de Nederlandse BV aan de CV, terwijl er in de VS geen belastingheffing plaatsvond. Op voorstel van de VS is in het protocol 2004 een bepaling opgenomen die tot gevolg heeft dat een dubbele vrijstelling in deze gevallen voorkomt, een benadering conform het OESO-standpunt ten aanzien van dit soort constructies.

Na het sluiten van het protocol 2004, bereikten ons van verschillende kanten (Belastingdienst, belastingadvieswereld) signalen dat de CV-BV-structuur in toenemende mate wordt gebruikt door bedrijven die reële economische activiteiten in of via Nederland ontplooiën en dat grote bedrijven ons land zouden (kunnen) verlaten indien de situatie blijft zoals deze nu is. Deze wordt dus ervaren als een verslechtering van het vestigingsklimaat. Gelet op het bovenstaande ligt nu de vraag voor of Nederland onder voorwaarden toch een tegemoetkoming wil verlenen voor de CV-BV-structuur.

Tegemoetkoming

Voor reële investeringen is er in de huidige constellatie aanleiding om een tegemoetkoming te geven. De tegemoetkoming, in de vorm van een besluit, zou erop neerkomen dat in relatie tot alle landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten waarin een bepaling is opgenomen die vergelijkbaar is met de betwiste bepaling uit het gewijzigde Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag, toch

verdragsvoordelen worden gegeven. Praktisch doet het probleem zich op dit moment overigens alleen in de situatie met de VS voor (verdragen met andere landen hebben (nog) niet een dergelijke bepaling), maar in het kader van het EG-recht wordt het besluit breder gemaakt. Om het risico van uitstralingseffecten, namelijk dat ook andersoortige structuren voor de tegemoetkoming in aanmerking zouden kunnen komen, te vermijden, zullen wel strenge eisen aan de tegemoetkoming worden gesteld. Deze dienen, indien u instemt met het maken van een besluit, nog nader vorm te worden gegeven. Daarbij kan het nuttig zijn de inbreng van belanghebbenden te vragen.

Uitholling Nederlandse belastinggrondslag

Er wordt nog gezien of en zo ja, in hoeverre, aan de tegemoetkoming de aanvullende voorwaarde moet worden gesteld dat de spaarpot op zee de Nederlandse belastinggrondslag niet mag uithollen. Hierover kunt u na uw terugkomst (halverwege mei) een notitie tegemoet zien. Omdat de nota's voor de Eerste en Tweede Kamer nu echter zo spoedig mogelijk moeten worden afgehandeld, verzoeken wij u in te stemmen met het opnemen in de nota aan de Eerste Kamer (waarin de beantwoording van de vraag hieromtrent is verwerkt) dat u zich op dit punt nog beraadt.

Contra legem

Uw aandacht wordt tot slot nog gevraagd voor het feit dat bij het publiceren van een besluit sprake zal zijn van contra legem. Om dat te ondervangen, zijn er twee oplossingen. De eerste is om de wet (Wet op de dividendbelasting 1965) aan te passen. Dit lijkt echter een wat disproporionele maatregel, omdat dan een wettelijke bepaling gemaakt zal moeten worden voor een in feite zeer specifieke situatie met de VS, die veel vragen op zal roepen. De tweede oplossing is om het verdrag zelf aan te passen. Dit is de meest koninklijke weg en ook een reële. De Amerikanen hebben al aangegeven geen problemen te hebben met het feit dat wij een besluit zullen publiceren langs eerdergenoemde lijn en de verwachting is dan ook dat zij met een formalisering van die lijn zullen instemmen. Ook hebben wij al met de Amerikanen afgesproken om weer met elkaar te gaan praten over het verdrag¹. Het publiceren van een tegemoetkomend besluit vooruitlopend op een wijziging van het verdrag, lijkt daarom in het kader van de contra legem de beste oplossing.

- 0 -

¹ Met de VS is overeengekomen dat wij uiterlijk vijf jaren na inwerkingtreding van het Protocol weer met elkaar in overleg zullen treden (zie MoU artikel XXXVIII).

Directie Internationale Fiscale Zaken

Notitie

Ter bespreking

Auteur 10.2.e

Notitienummer IFZ 2005-0516

Datum 23 juni 2005

Rubriek In werking getreden verdragen\ USA;

Onderwerp **Besluit hybride entiteiten t.b.v. belastingverdrag NL-VS**

Bijlage(n)

Aan De Staatssecretaris

Via 10.2.e
MT DG-Bel

Medeparaaf 10.2.e (team ondernemingen)

Van 10.2.e IFZ

CC Minister, 10.2.e CDV

1. Inleiding en samenvatting

In de nota naar aanleiding van het verslag die begin mei naar de Eerste Kamer is gezonden, heeft u aangekondigd in mei / juni een besluit te publiceren. Dat besluit zou erop gericht moeten zijn om hybride entiteiten die op grond van de via het protocol 2004 aangebrachte wijzigingen in het Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag niet meer voor verdragsvoordelen in aanmerking komen, onder bepaalde voorwaarden toch dergelijke voordelen te geven. De tekst van dit besluit zal volgende week aan u ter ondertekening worden voorgelegd. Vooruitlopend daarop leggen wij u alvast het volgende beslispunt voor:

Acht u het wenselijk dat in het besluit de aanvullende voorwaarde wordt opgenomen dat de hybride entiteiten die gebruik willen maken van de versoepeling, geen transacties met verbonden Nederlandse lichamen meer mogen verrichten die de Nederlandse belastinggrondslag uithollen. Deze voorwaarde moet worden gezien als een ‘tegenmaatregel’ die is gericht op Amerikaanse multinationals die goedkoop Nederlandse ondernemingen kunnen overnemen of opzetten door deze met vreemd vermogen te financieren en licenties ter beschikking te stellen (de betaling van rente en royalty’s leidt enerzijds tot aftrek ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag terwijl deze bedragen bij de hybride entiteit niet worden belast).

DGFZ voelt wel voor deze aanvullende voorwaarde, DG-Bel niet.

Tijdens de onderhandelingen over het protocol is er door uw ambtsvoorganger Bos bewust voor gekozen om (de met behulp van de spaarpot op zee gecreëerde) situaties van dubbele vrijstelling – enerzijds aftrek in Nederland, anderzijds (oneindig) belastinguitstel of –afstel bij de hybride entiteit – te bestrijden. Dit heeft geleid tot de introductie van artikel 24, vierde lid, in het verdrag, waarin een maatregel tegen hybride entiteiten is opgenomen.

2. Aanleiding voor de toezegging

In de praktijk is het zeer gebruikelijk dat Amerikaanse concerns in of via Nederland omvangrijke investeringen doen. Tussen de Nederlandse dochter / tussenhoudster en de Amerikaanse moeder wordt veelal een hybride entiteit geplaatst. Voordeel van een dergelijke BV-CV-structuur is dat voor de uit of via Nederland ontvangen voordelen (dividenden, rente-inkomsten, royalty's) – zolang deze niet daadwerkelijk naar de VS worden overgemaakt – een mogelijk oneindig belastinguitstel of –afstel ontstaat.. Aldus ontstaat de zogenoemde spaarpot op zee (het daarin door de Amerikaanse moeder ondergebrachte geld en het van de buitenlandse dochterondernemingen ontvangen geld kan 'belastingvrij' renderen en wordt onder meer gebruikt om activiteiten van dochterondernemingen in Nederland en elders te financieren). Dat de tussengeschoven hybride entiteit in de VS (nog) geen belasting betaalt, hangt samen met het feit dat deze entiteit voor Amerikaanse fiscale doeleinden als niet-transparant wordt aangemerkt. Gevolg daarvan is dat Amerikaanse multinationals goedkoop Nederlandse bedrijven kunnen opzetten of overnemen omdat de rente (deze investeringen in Nederland worden meestal met vreemd vermogen gefinancierd) en de royalty's die aan de hybride entiteit worden betaald in Nederland aftrekbaar zijn terwijl deze geldstromen bij de hybride entiteit niet worden belast. Dit door het (mogelijk) oneindige belastingafstel of -uitstel over de door de hybride entiteit behaalde voordelen veroorzaakte concurrentievoordeel, leidt ertoe dat Amerikaanse ondernemingen een hogere prijs kunnen betalen voor overname van een in Nederland actieve onderneming dan Nederlandse of andere buitenlandse ondernemingen kunnen betalen. Investeert een Amerikaanse onderneming door middel van een BV-CV-structuur elders, dan kan – afhankelijk van de lokale belastingwetgeving – aldaar eveneens de belastinggrondslag worden uitgehold.

In het protocol NL-VS 2004 is vastgelegd dat Nederland alleen maar een vermindering van de bronheffing op dividenden hoeft te verlenen voor zover de uitgekeerde dividenden in de VS in de heffing worden betrokken (bij de hybride entiteit die de dividenden ontvangt, of bij de achterliggende participanten). Gevolg van deze bepaling is dat BV-CV-structuren voortaan met 25% dividendbelasting zouden worden geconfronteerd. Dit heeft tot kritische kanttekeningen geleid bij een aantal fiscale adviseurs. Omdat door deze wijziging ook Amerikaanse bedrijven zouden worden getroffen die in of via Nederland reële economische activiteiten verrichten, heeft u – mede met het oog op het vestigingsklimaat – besloten (notitie IFZ2005/0255) om de verslechtering voor BV-CV-structuren die aan bepaalde voorwaarden voldoen via een besluit ongedaan te maken.

3. Inhoud van het besluit

In het besluit wordt een aantal voorwaarden opgenomen waar de hybride entiteiten aan zullen moeten voldoen. Globaal gaat het daarbij om de eisen die ook al in het verdrag worden gesteld, aangevuld met een door het APA/ATR-team uit te voeren toets om na te gaan of sprake is van reële activiteiten in of via Nederland. Deze keuze is ingegeven door de overweging dat in het kader van dit besluit geen uitputtende opsomming van criteria hoeft te worden geformuleerd aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een in Nederland gevestigd lichaam wel of niet voldoende reële activiteiten in of via Nederland verricht. Bijkomend voordeel is dat bij de beoordeling van wat reëel is en wat niet enige flexibiliteit wordt ingebouwd en zo veel mogelijk een level playing field wordt gecreëerd (het zou immers niet erg goed zijn uit te leggen als een lichaam in het kader van de APA/ATR-praktijk wel voldoende substance zou hebben en voor dit besluit niet, of andersom).

Inmiddels is ook duidelijk geworden dat de reikwijdte van het besluit, bij de huidige stand van de jurisprudentie zonder (noemenswaardig) risico op uitstralingseffecten, kan worden beperkt tot BV-CV-structuren die zich voordoen in de relatie NL-VS. Mocht de zaken D en/of Bujara fout aflopen, dan zou er, afhankelijk van de aard van de overwegingen van het Hof waarschijnlijk wel een risico ontstaan.

4. Soepel wat betreft het besluit, strikt wat betreft Nederlandse grondslaguitholling?

Nederland stelt zich met het besluit voor de hybride entiteiten soepel op. In dat verband komt de vraag op of ter compensatie daarvan in het besluit de aanvullende voorwaarde kan / moet worden opgenomen dat de hybride entiteiten die alsnog voor de Nederlandse voordelen in aanmerking wensen te komen, met verbonden Nederlandse lichamen voortaan geen transacties meer mogen aangaan die de Nederlandse belastinggrondslag aantasten. Strikt genomen zou dit overigens wel een oneigenlijke voorwaarde zijn.

Overwegingen pro

Argument voor het opnemen van deze aanvullende voorwaarde is dat, zoals hiervoor opgemerkt, een Amerikaans concern dat in of via Nederland wil investeren vanwege de dubbele vrijstelling een aanzienlijk concurrentievoordeel heeft ten opzichte van een concern met een moederbedrijf dat in Nederland of in een ander land is gevestigd. Via de in artikel 24, vierde lid, opgenomen maatregel is geprobeerd situaties van door de dubbele vrijstelling veroorzaakt concurrentievoordeel te bestrijden. Nu we via het besluit artikel 24, vierde lid, onder bepaalde voorwaarden buiten werking willen stellen, kan het concurrentievoordeel weer herleven. Probleem is dat we dit concurrentievoordeel vanuit Nederland bezien op zich niet kunnen wegnemen (omdat het voortvloeit uit de Amerikaanse wetgeving). Wel kunnen we maatregelen treffen waardoor het voor hybride entiteiten veel minder aantrekkelijk wordt om vreemd vermogen of licenties ter beschikking te stellen aan Nederlandse bedrijven. Zo'n maatregel zou leiden tot een verbreding van de Nederlandse belastinggrondslag. Nederland heeft in de Vpb al enkele maatregelen opgenomen om ongewenste uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen. In de sfeer van de rente-afrek kunnen bijvoorbeeld art. 10a en de thin cap regeling worden genoemd. Deze

maatregelen bieden echter slechts een gedeeltelijke bescherming tegen uitholling van onze grondslag via de spaarpot op zee. Zo voorkomt art. 10a wel dat de spaarpot op zee het ontvangen dividend terugleent aan de vennootschap die dat dividend heeft uitgekeerd, maar niet dat de Amerikaanse multinational eigen vermogen aan de spaarpot op zee ter beschikking stelt dat door de spaarpot op zee vervolgens weer als vreemd vermogen ter beschikking wordt gesteld aan Nederlandse ondernemingen. Ook de (ten laste van onze grondslag) ontvangen rente- en royaltystromen kan de spaarpot op zee benutten om Nederlandse activiteiten te financieren.

Overwegingen contra

Argument tegen het opnemen van de aanvullende voorwaarde is dat het misschien wat vergezocht is om hybride entiteiten die wel voldoen aan de reguliere maatregelen tegen ongewenste uitholling van de grondslag, alleen omdat we die hybride entiteiten via het besluit tegemoet komen, te treffen met een aanvullende maatregel.

Door de aanvullende voorwaarde zou het besluit de hybride entiteiten via de ene hand iets geven (alsnog verdragsvoordelen) terwijl hen via de andere hand een aantrekkelijke constructie afhandig wordt gemaakt (de mogelijkheid om aan Nederlandse ondernemingen vreemd vermogen of licenties ter beschikking te stellen). Hierdoor zou de BV-CV-structuur alleen aantrekkelijk blijven voor investeringen buiten Nederland, waardoor kritiek op het gewijzigde Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag ook na het besluit zou kunnen aanhouden.

Daar komt bij dat het voor de Nederlandse grondslag op zich niet uitmaakt of een aftrekbare rente- of royaltystroom in het land van de ontvangende vennootschap al dan niet belast wordt, en zo ja tegen welk tarief.

Bovendien wordt het feit dat een Amerikaans concern een concurrentievoordeel heeft veroorzaakt door het Amerikaanse belastingstelsel en niet door het Nederlandse. Vanuit die optiek gezien is het niet aan Nederland om dit voordeel geheel of ten dele teniet te doen. Dit argument zou andersom overigens ook als een argument pro de aanvullende maatregel kunnen worden gebruikt. Nederland heeft in het verleden forse kritiek gekregen op enkele voordelige fiscale regelingen (CFA-regime) en heeft naar aanleiding daarvan veel van deze regelingen moeten afschaffen. Vanuit die optiek gezien zou het passender zijn als de wetgeving in de Verenigde Staten zou worden aangepast (of, zolang de Verenigde Staten deze schadelijke belastingconcurrentie bewust in stand laat, dat Nederland een 'tegenmaatregel' treft).

Aandachtspunt is voorts dat het niet erg netjes is om de aanvullende maatregel wel te laten gelden voor transacties die leiden tot een aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag, maar niet voor transacties die leiden tot een aantasting van de belastinggrondslag in derde landen.

Tot slot kan in dit verband nog worden opgemerkt dat een meer integrale benadering van de problematiek van de ongewenste uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag – bijv. in het kader van de Vpb 2007 – de voorkeur verdient boven het thans toevoegen van een aanvullende maatregel die alleen geldt voor (Amerikaanse) hybride entiteiten.



TER INFORMATIE

Aan

de Staatssecretaris

Directoraat-Generaal
Belastingdienst

Inlichtingen

10.2.e

Datum

11 februari 2016

Notitienummer

DGB 2016/688

Rubriek

Internationaal

Auteur

10.2.e

Van

10.2.e

Kopie aan

Minister, 2x PA

notitie

CV/BV structuur

Paraaf

de Staatssecretaris

Via

10.2.e

Medeparaaf

10.2.e

Medeparaaf

10.2.e

Medeparaaf

10.2.e

Aanleiding

U heeft ons gevraagd om een informatienotitie over de CV/BV structuur in het licht van de internationale ontwikkelingen

Beschrijving

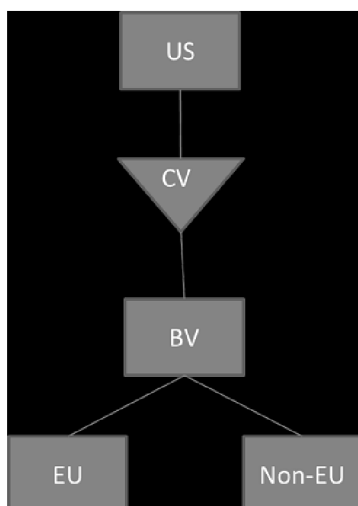
De meeste Europese landen kennen een vorm van deelnemingsvrijstelling en heffen dus niet bij over de in het buitenland gerealiseerde winsten. Dit in tegenstelling tot de VS die geen deelnemingsvrijstelling kent en de wereldwijde winsten van VS concerns in principe in de heffing betreft. Over buitenlandse winsten wordt dus bijgeheven naar het VS tarief van 35%. Om dit concurrentienadeel voor VS bedrijven op te heffen heeft de VS in het verleden bewust de "check the box" regelgeving ingevoerd. Deze regelgeving heeft als effect dat bijheffing naar VS tarief wordt uitgesteld, totdat daadwerkelijk betalingen aan de VS plaatsvinden. Het betreft hier uitstel en geen afstel van VS bijheffing. Wel vindt er natuurlijk direct belastingheffing plaats over de lokale gerealiseerde winsten in de landen buiten de VS.

Bij een CV/BV structuur houden Amerikaanse groepsmaatschappijen aandelen in een Nederlandse BV via een niet in Nederland gevestigde CV¹. Een CV is voor Nederlandse belastingdoeleinden transparant, met andere woorden fiscaal niet zichtbaar. Dit betekent dat betalingen aan CV vanuit Nederlands perspectief

¹ CV staat voor commanditaire vennootschap

direct toegerekend worden aan haar buitenlandse leden (de VS groepsvennootschappen). Per saldo is de CV niet belastingplichtig in Nederland. CV is voor Amerikaanse belastingdoeleinden niet-transparant, met andere woorden CV wordt gezien als een zelfstandige entiteit.² Dit zorgt ervoor dat betalingen die vanuit Nederlands fiscaal perspectief direct plaatsvinden aan de VS, vanuit VS fiscaal perspectief niet in de VS aankomen, maar achterblijven in CV. Zodra de CV betalingen aan de VS doet, wordt daar alsnog bijgeheven naar het reguliere VS-tarief.

Hieronder de CV-BV structuur in stappen



- Stap 1 US draagt non-US IP over aan CV.
- Stap 2 CV geeft het recht om het IP te gebruiken in licentie aan BV.
- Stap 3 BV opereert als EMEA-hoofdkantoor, stuurt de dochtermaatschappijen in de verschillende landen aan en belooft deze op een arm's length basis.
- Stap 4 De winst voor de waarde toevoegende activiteiten van BV wordt in Nederland arm's length vastgesteld.
- Stap 5 De rest van de winst (omzet van dochtermaatschappijen -/- beloning dochtermaatschappijen -/- kosten BV -/- beloning BV) wordt als vergoeding voor het ter beschikking gesteld IP betaald aan CV.

De dochtermaatschappijen betalen lokaal winstbelasting. De dividenden kunnen meestal zonder inhouding van bronheffing (op basis van verdragen dan wel richtlijn) aan BV worden uitgekeerd. De deelnemingsvrijstelling is van toepassing op de door BV ontvangen dividenden. Door de transparantie van CV keert BV de dividenden rechtstreeks aan US uit, meestal zonder Nederlandse dividendbelasting op basis van het verdrag NL-US. Nederland past hierbij de

² Op basis van de eerdergenoemde Amerikaanse check-the-box regelgeving.

Nederlandse fiscale wetgeving toe, derhalve kan dit in een ruling bevestigd worden.

Potentiële gevolgen van de internationale ontwikkelingen

In het voorstel voor de Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) van de Europese Commissie worden hybride mismatches binnen EU voorkomen. Hierdoor wordt de CV/BV in principe niet getroffen omdat dit een structuur met een derdeland betreft. Echter in de gedragscodegroep van de EU wordt gesproken om ook hybride mismatches met derdelanden aan te pakken. Hoewel het in de gedragscode groep om richtsnoeren zou gaan, is de kans aanwezig dat er een amendement komt op de ATAD waardoor het opheffen van hybride mismatches richting derdelanden "hard-law" zou worden. Hierdoor zou ook de CV/BV worden getroffen.

Dit zou grote gevolgen hebben voor het vestigingsklimaat voor Amerikaanse investeerders in Nederland. Zij zullen hun structuur en delen van hun organisatie gaan veranderen als CV/BV niet meer mogelijk is. Indien de hybride mismatches richting derde landen inderdaad zou worden opgenomen in de ATAD, zou het daarom ten minste goed zijn om in te zetten op een overgangstermijn. Een vreemde bijzonderheid aan de initiatieven om de CV/BV onmogelijk te maken is overigens dat het Nederland zou dwingen materieel 'Amerikaanse winst' te belasten.

Tevens wordt er in de ATAD een "switch-over"-bepaling voorgesteld die de deelnemingsvrijstelling beperkt. De deelnemingsvrijstelling mag dan niet worden toegepast op dividend ontvangen uit landen met een tarief lager dan 10% (40% x 25%). De lokaal betaalde belasting mag in dat geval wel worden verrekend met de Nederlandse vennootschapsbelasting. Dit betekent dat dividenduitkeringen van dochtermaatschappijen in bijvoorbeeld Dubai en Singapore getroffen zouden worden door de "switch-over" bepaling. In de CV/BV structuur wordt ook gebruik gemaakt van de deelnemingsvrijstelling waardoor ook de "switch-over" bepaling de structuur onaantrekkelijker maakt.

Het voorgaande geldt overigens voor alle in NL gevestigde multinationals. Om die reden zou het goed zijn als Nederland inzet op een uitzondering op de "switch-over" bepaling voor actieve dochtermaatschappijen.

Internationaal speelveld

Ook enkele andere EU-lidstaten hebben rechtsvormen zoals de CV waarmee een dergelijke reversed hybrid structuur mogelijk is. Voorbeelden hiervan zijn Ierland, Luxemburg en UK. Echter, in verhouding wordt er in Nederland veel meer gebruik van gemaakt. Dit komt met name doordat er in Nederland weinig alternatieven beschikbaar zijn en omdat Nederland zich altijd stabiel heeft getoond in het geven van zekerheid hieromtrent. Een hybride mismatch regel in de ATAD die werkt richting derdelanden zou Nederland daarom in de concurrentiepositie meer raken dan andere landen. Een belangrijke overweging daarbij is ook dat zodra het gebruik maken van een dergelijke hybrid mismatch structuur eindigt, het statutair tarief in een land voor Amerikaanse investeerders weer veel belangrijker wordt. Op dat punt loopt Nederland nadrukkelijk achter op het Verenigd Koninkrijk en Ierland in het bijzonder.