

Vergaderjaar 2003–2004

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)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING¹

INHOUDSOPGAVE

I.	ALGEMEEN	2
1.	Inleiding	2
2.	Aanleiding voor en verloop van de onderhandelingen	2
3.	Inhoud van het protocol	5
3.1	Inleiding	5
3.2	0 percent bronheffing op bepaalde deelnemingsdividenden	8
3.3	Wijziging van de limitation on benefits bepaling	9
4.	EU-aspecten	12
5.	Budgettaire aspecten	12
6.	Uitvoeringskosten Belastingdienst	13
7.	Administratieve lasten bedrijfsleven	13
8.	Inbreng van derden	13
9.	Koninkrijkspositie	14
10.	Voorstel van wet	14
II.	ARTIKELSGEWIJS	15

¹ De bijlagen zijn ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Nederland onderhoudt reeds van oudsher op vele terreinen intensieve banden met de Verenigde Staten van Amerika (hierna: VS). Dit komt onder meer tot uitdrukking in de nauwe economische betrekkingen tussen beide landen. Tegen deze achtergrond bezien is het niet verwonderlijk dat de VS één van de eerste landen is geweest waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten¹. Mede met het oog op de sterke toename van de handel tussen Nederland en de VS en de investeringen van Nederlandse bedrijven in de VS en van Amerikaanse bedrijven in Nederland, is dit verdrag – dat nog dateerde van vlak na de Tweede Wereldoorlog – circa tien jaar geleden integraal herzien². Dit herziene verdrag is op 1 januari 1994 in werking getreden. Het voorliggende protocol dateert van 8 maart 2004 en is in Washington namens Nederland ondertekend door de Staatssecretaris van Financiën en namens de Verenigde Staten door de minister van Financiën, de heer Snow. Door middel van dit protocol en het daarbij behorende Memorandum van overeenstemming³ worden diverse verbeteringen in het bestaande belastingverdrag aangebracht.

De wijzigingen die via het onderhavige protocol in het huidige Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag worden aangebracht leveren enkele belangrijke voordelen op. Dit geldt niet alleen voor belastingplichtigen (bedrijfsleven en natuurlijke personen) maar ook voor de Nederlandse en Amerikaanse belastingdienst, die immers nauw betrokken zullen zijn bij de praktische uitvoering van het aangepaste belastingverdrag. Het protocol leidt bovendien tot een impuls voor het vestigingsklimaat in Nederland, omdat het voor Amerikaanse bedrijven aantrekkelijker wordt om in Nederland te investeren.

Onderstaand volgt als eerste een uiteenzetting over de aanleiding voor en het verloop van de onderhandelingen met de VS. Vervolgens wordt in deze algemene memorie van toelichting op hoofdlijnen nader ingegaan op de twee belangrijkste wijzigingen in het protocol. Tot slot wordt in separate paragrafen ingegaan op respectievelijk de inpasbaarheid van het protocol in de sfeer van het Europese recht, de uitvoeringskosten voor de Belastingdienst, de administratieve lasten voor het bedrijfsleven, de in het kader van de aangekondigde onderhandelingen van derden ontvangen reacties, de budgettaire consequenties van het protocol en de Koninkrijkspositie.

2. Aanleiding voor en verloop van de onderhandelingen

Het huidige Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag is, zoals in de inleiding opgemerkt, op 1 januari 1994 in werking getreden. Aan dit verdrag is destijds een langdurige en intensieve gedachtewisseling voorafgegaan. In het kader van de herziening van dit oude belastingverdrag is destijds ook uitgebreid gesproken over een fundamenteel vraagstuk, namelijk de wijze waarop misbruik van (de voordelen van) het belastingverdrag zou moeten worden voorkomen. Nederland stelde zich op het standpunt dat inwoners van een van beide verdragsstaten in beginsel recht zouden moeten hebben op toegang tot de verdragsvoordelen. Alleen in gevallen waarbij het aannemelijk is dat een inwoner ten onrechte een beroep doet op de verdragsvoordelen, zou deze inwoner de toegang tot de verdragsvoordelen moeten worden ontzegd. De VS stelden zich daarentegen op het standpunt dat het zijn van inwoner van een van de verdragsstaten als zodanig nog niet voldoende is om voor de verdragsvoordelen in aanmerking te komen. Ter voorkoming van misbruik zou een

¹ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot belastingen van inkomsten en bepaalde andere belastingen, 29 april 1948, Stb. 1948, 1464 en 1949, J80, nadien gewijzigd via een Aanvullend Verdrag van 30 december 1965 (Trb. 1966, nr. 97).

² Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, gesloten te Washington op 18 december 1992 (Trb. 1993, nr. 77 en 158), nadien gewijzigd bij Protocol van 13 december 1993 (Trb. 1993, nr. 184). De goedkeuringswet voor deze Overeenkomst is in 1993 door de Staten-Generaal behandeld (Kamerstukken II, 1992–1993, 23 220).

³ De uit het protocol voortvloeiende wijzigingen in het verdrag hebben ertoe geleid dat het bij het huidige verdrag behorende Memorandum van overeenstemming op enkele punten moest worden gewijzigd of uitgebreid. In het nieuwe Memorandum van overeenstemming zijn veel onderdelen ongewijzigd overgenomen uit het huidige Memorandum van overeenstemming.

inwoner volgens de VS pas toegang tot de verdragsvoordelen moeten kunnen krijgen indien deze inwoner aantoonbaar voldoet aan één van de criteria van een specifieke bepaling die in het verdrag zou moeten worden opgenomen: de zogenoemde «limitation on benefits» (hierna: LOB) bepaling.

Uiteindelijk is over deze kwestie toch overeenstemming bereikt. Nederland heeft ingestemd met de Amerikaanse wens om ter voorkoming van misbruik van verdragsvoordelen een LOB-bepaling in het verdrag op te nemen. Wel heeft Nederland in dat verband nadrukkelijk aangegeven het van groot belang te vinden dat in Nederland gevestigde bedrijven in relatie tot de VS aanspraak zouden moeten kunnen (blijven) maken op de verdragsvoordelen, zonder dat deze bedrijven daarbij geconfronteerd zouden worden met substantiële administratieve lasten. Naar aanleiding daarvan is destijds bij wijze van compromis een uitermate complexe en nogal uitgebreide LOB-bepaling ontstaan waarin diverse uiteenlopende toetsen zijn opgenomen.

De VS zijn na de totstandkoming in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw van het huidige belastingverdrag met Nederland ook met veel andere verdragspartners een LOB-bepaling overeengekomen.

Analyse van de LOB-bepalingen die de VS kort na de inwerkingtreding van het huidige belastingverdrag met Nederland met andere landen zijn overeengekomen – bijvoorbeeld met Zwitserland en met Luxemburg – leert dat deze op onderdelen minder strikt en soms ook eenvoudiger waren geformuleerd. Mede naar aanleiding daarvan heeft Nederland in de tweede helft van de jaren negentig aan de VS voorgesteld om de mogelijkheden te bezien de (praktische toepassing van de) in het Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag opgenomen LOB-bepaling te versoepelen. In dat verband is tevens van gedachten gewisseld over de problematiek van de hybride entiteiten.

Wijziging Amerikaans verdragsbeleid

In de loop van het jaar 2001 heeft zich een belangrijke ontwikkeling voorgedaan naar aanleiding waarvan de besprekingen met de VS over een aanpassing van het bestaande belastingverdrag een nieuwe impuls hebben gekregen.

De VS hebben in hun verdragsbeleid lange tijd nadrukkelijk vastgehouden aan het uitgangspunt dat zij ter zake van deelnemingsdividenden die door Amerikaanse dochters worden uitgekeerd aan in het buitenland gevestigde moeders, altijd dividendbelasting moet blijven inhouden. De VS stonden in verdragsrelaties wel een forse tariefverlaging toe ten opzichte van het nationale tarief van de Amerikaanse bronheffing op dividenden (van 30 procent). Voor deelnemingsdividenden wilden de VS echter altijd een tarief van minimaal 5 procent blijven hanteren: het paste niet in het verdragsbeleid van de VS om volledig af te zien van het heffen van dividendbelasting over deelnemingsdividenden. Ook Nederland heeft tijdens de onderhandelingen die hebben geleid tot het huidige belastingverdrag, tevergeefs gepleit voor het achterwege laten van een bronheffing op deelnemingsdividenden.

Pas in de loop van 2001 is vast komen te staan dat de VS bereid zijn dit belangrijke onderdeel van haar verdragsbeleid aan te passen, mits aan strikte voorwaarden wordt voldaan wat betreft het voorkomen van misbruik. Uit het nieuwe, in de zomer van 2001 gepubliceerde, belastingverdrag dat de VS met het Verenigd Koninkrijk zijn overeengekomen, zijn de VS voor het eerst akkoord gegaan met een bepaling die ertoe leidt dat – onder strikte voorwaarden – inhouding van dividendbelasting ter zake van bepaalde deelnemingsdividenden die door Amerikaanse dochters aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moeders worden uitgekeerd, volledig achterwege kan blijven. Opname van een daarmee vergelijkbare bepaling in het Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag zou de positie

van Nederland als aantrekkelijk vestigingsland versterken en zou een belangrijke bijdrage leveren aan een verdere intensivering van de economische betrekkingen tussen Nederland en de VS. Tegen die achtergrond bezien heeft Nederland vrij kort nadat deze wijziging van het Amerikaanse verdragsbeleid kenbaar was geworden, contact opgenomen met de VS en aangegeven een nadere gedachtewisseling over de inhoud van het belastingverdrag op prijs te stellen. De VS hebben welwillend op dit verzoek gereageerd. Naar aanleiding daarvan heeft in december 2001 in Washington een voorbespreking plaatsgevonden waarbij over en weer wensen op tafel zijn gelegd.

Mede gelet op het feit dat het huidige Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag relatief kort geleden (in 1994) in werking is getreden, is toen afgesproken af te zien van een integrale herziening het verdrag, maar te volstaan met een partiële herziening. Bij deze partiële herziening zouden dan een beperkt aantal onderwerpen aan de orde komen. Belangrijkste overweging om te kiezen voor een partiële herziening was dat een integrale herziening vermoedelijk vele jaren zou kunnen duren. Naar aanleiding van de voorbespreking in december 2001 is op 21 februari 2002 een gezamenlijk persbericht uitgebracht. Hierop zijn diverse reacties binnengekomen (zie paragraaf 8).

Onderhandelingsronde in april 2002

In de periode van eind april – begin mei 2002 is met de VS overlegd over een partiële herziening van het verdrag. Tijdens dit overleg is veel vooruitgang geboekt en is materiële overeenstemming bereikt over de inhoud van het protocol. Van de onderwerpen die in het protocol worden geregeld worden op deze plaats de volgende genoemd:

- Introductie van een 0 percent-tarief voor bepaalde deelnemingsdividenden;
- Versoepeling van de LOB-bepaling;
- Een meer omvattende regeling betreffende hybride entiteiten (om te voorkomen dat door kwalificatieverschillen situaties ontstaan waarbij deze entiteiten kunnen worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing of met dubbele vrijstelling);
- Verbetering van de informatie-uitwisseling; en
- een meer uitgeschreven regeling betreffende de aftrekbaarheid pensioenpremies in grensoverschrijdende situaties.

Discussie over een additionele anti-misbruikbepaling

Tijdens de besprekingen eind april – begin mei 2002 werd van de zijde van de VS melding gemaakt van een interne discussie over zogenoemde «inversion». Inversion betreft, kort samengevat, fiscaal geïndiceerde emigratie van in de VS gevestigde tophoudstermaatschappijen (van bedrijven die in de VS zijn ontstaan of die daar omvangrijke belangen hebben) naar een ander land, terwijl in de eigendomsverhoudingen (vrijwel) geen wijziging wordt aangebracht. De aard, de omvang en de plaats van uitoefening van de feitelijke activiteiten van het betreffende concern blijven ook vrijwel volledig intact. Mede in verband daarmee zou de vanuit de VS naar een ander land verplaatste tophoudstermaatschappij in veel gevallen niet kunnen worden gezien als een volwaardige plaats van waaruit de effectieve leiding van het bedrijf of concern wordt uitgeoefend (omdat de feitelijke zeggenschap over de dagelijkse gang van zaken binnen het bedrijf of concern voor een belangrijk deel in de VS achterblijft).

Nederland werd in de Amerikaanse fiscale literatuur genoemd als een mogelijk vestigingsland voor deze tophoudstermaatschappijen van bedrijven die van oorsprong Amerikaans waren of daar grote belangen hebben. De discussie over inversion in de VS stond ook op politiek niveau

nadrukkelijk in de belangstelling. In dit kader waren er signalen dat de beeldvorming van Nederland, doordat het werd genoemd als mogelijk inversion-land, zodanig negatief zou zijn beïnvloed dat dit een ernstige belemmering zou kunnen opleveren voor de goedkeuring in de VS van een verbetering van het bestaande bilaterale belastingverdrag met Nederland. Naar aanleiding daarvan is besloten de definitieve overeenstemming op de langere baan te schuiven totdat de discussie geluwd was. Toen vervolgens bleek dat inversion in relatie met Nederland zich ook daadwerkelijk had voorgedaan, is vervolgens overeengekomen om in het wijzigingsprotocol een additionele maatregel op te nemen waarmee een effectieve(re) dam tegen nieuwe vormen van misbruik van het verdrag zou moeten worden opgeworpen. Bij de besprekingen over deze extra anti-misbruik-maatregel hanteerden de VS als uitgangspunt dat via de nieuwe maatregel, inversion van in de VS gevestigde tophoudstermaatschappijen naar Nederland zou moeten worden voorkomen, door dergelijke tophoudstermaatschappijen niet langer in aanmerking te laten komen voor toepassing van de directe beurstoets. Nederland was bereid tegemoet te komen aan deze Amerikaanse wens maar heeft daarbij wel als voorwaarde gesteld dat deze nieuwe anti-misbruik-maatregel geen negatieve gevolgen zou mogen hebben voor bona fide Nederlandse bedrijven. Over de vorm en de reikwijdte van de anti-misbruik-maatregel heeft vervolgens een intensieve gedachtewisseling plaatsgevonden. In dat kader is naar voren gekomen dat het misbruik dat beide verdragspartners met deze additionele bepaling wensten te bestrijden niet uitsluitend bestond uit situaties waarbij zich inversion vanuit de Verenigde Staten van Amerika naar Nederland zou hebben voorgedaan, maar ook uit een vorm van «third party treaty shopping». Daarbij gaat het vooral om situaties waarbij lichamen zich in een van de verdragsstaten hebben gevestigd terwijl de nexus van deze lichamen met de staat van vestiging afwezig of zeer gering is. Tijdens de besprekingen met de Verenigde Staten van Amerika is geconcludeerd dat de voordelen van het Nederlands-Amerikaanse bilaterale belastingverdrag niet bedoeld zijn voor lichamen die zich «op papier» in één van beide verdragsstaten hebben gevestigd zonder in die verdragsstaat reële (bestuurs)activiteiten te ontplooien. Om naast de inversion ook deze vorm van oneigenlijk gebruik van de verdragsvoordelen te voorkomen is er uiteindelijk overeenstemming bereikt over opname van een extra test in de directe beurstoets. Die extra test bestaat uit twee componenten – enerzijds de locatie waar de handel in de aandelen van een lichaam plaatsvindt anderzijds de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd – en eist dat beursvennootschappen een reële aanwezigheid hebben in het land van vestiging.

In paragraaf 3 worden de belangrijkste wijzigingen op hoofdlijnen toegelicht.

3. Inhoud van het protocol

3.1 Inleiding

Zoals hiervoor is opgemerkt, ziet het protocol op een partiële herziening van het bestaande bilaterale belastingverdrag tussen Nederland en de VS. Via dit protocol worden de volgende wijzigingen in het verdrag vastgelegd:

- In artikel 1 van het protocol is een wijziging opgenomen van artikel 1 van het verdrag (Algemene reikwijdte). Deze wijziging regelt de eventuele samenloop van de non-discriminatie bepalingen die in het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag zijn opgenomen met non-discriminatie bepalingen die Nederland en de VS in andere, niet-fiscale, verdragen (met elkaar) zijn overeengekomen. In het protocol

wordt vastgelegd dat de specifieke regeling die in het belastingverdrag is opgenomen voorrang heeft boven een algemene regeling die in andere verdragen is opgenomen.

- Artikel 2 van het protocol bevat een wijziging van artikel 4 (Inwoner) van het verdrag en hangt samen met artikel 6 van het protocol waarin een aanpassing van artikel 24 (Grondslag van de belastingheffing) is opgenomen. In artikel 24, vierde lid, van het verdrag wordt een meer omvattende regeling opgenomen voor zogenoemde hybride entiteiten (dat zijn entiteiten die in het ene verdragsland als fiscaal transparant worden aangemerkt en in het andere verdragsland als zelfstandig te belasten entiteit, of andersom, waardoor er situaties van dubbele heffing of dubbele vrijstelling zouden kunnen ontstaan).
- Artikel 3 van het protocol vervangt artikel 10 (Dividenden) uit het huidige verdrag door een geheel nieuw artikel 10. Deze wijziging heeft primair betrekking op de introductie van een 0 percent tarief voor bepaalde deelnemingsdividenden.
- Artikel 4 van het protocol bewerkstelligt een wijziging van artikel 11 van het belastingverdrag (Branch tax). Via deze wijziging wordt bereikt dat voor winsten die zijn gemaakt door een vaste inrichting in de ene verdragsstaat en die worden overgemaakt aan het in de andere verdragsstaat gevestigde hoofdhuis, de mogelijkheid vervalt om een branch profits tax (van 5 percent) in te houden. De voorwaarden die ter zake gelden zijn vergelijkbaar met de voorwaarden zoals die gelden voor de 0 percent bronheffing op deelnemingsdividenden. Op deze wijziging van de branch profits tax wordt in de artikelsgewijze toelichting nader ingegaan.
- Artikel 5 van het protocol behelst een uitbreiding van artikel 19 (Pensioenen, lijfrenten en alimentatie-uitkeringen) van het verdrag. Hierdoor wordt de reeds in het huidige verdrag (in artikel 28, vijfde lid) opgenomen regeling dat werknemers die (tijdelijk) werkzaam zijn in de ene verdragsstaat fiscaal gefacilieerd deel kunnen (blijven) nemen aan een erkende pensioenregeling waar zij ook in de andere verdragsstaat al aan deelnamen, enigszins verruimd en versoepeld. De regeling gaat ook gelden voor zelfstandige beroepsbeoefenaren, waardoor het voor hen eenvoudiger wordt om een pensioenbreuk te voorkomen (doordat men gewoon aan de Nederlandse pensioenregeling kan blijven deelnemen). Daarnaast brengt de nieuwe opzet van de regeling voor fiscale faciliteiten voor grensoverschrijdende betalingen van pensioenpremies ter zake van in de andere verdragsstaat erkende pensioenregelingen met zich mee dat diverse praktische problemen bij de uitvoering van de huidige regeling worden opgelost.
- Artikel 6 van het protocol bevat enkele wijzigingen van artikel 24 (Grondslag van de belastingheffing). De eerste wijziging betreft een uitbreiding van het begrip onderdaan, op grond waarvan de VS gedurende een periode van 10 jaar heffingsbevoegdheid kunnen blijven uitoefenen over uit de VS afkomstige inkomsten die worden genoten door natuurlijke personen die langdurig inwoner van de VS zijn geweest en die (mogelijk) om fiscale redenen vanuit de VS naar een ander land zijn geëmigreerd. Het huidige verdrag bevat reeds een vergelijkbare regeling die echter alleen geldt voor Amerikaanse staatsburgers. In de artikelsgewijze toelichting wordt deze uitbreiding van het begrip onderdaan nader toegelicht. De tweede wijziging van artikel 24 van het verdrag betreft het toevoegen van een nieuw vierde lid, waar een regeling in is opgenomen om kwalificatieproblemen met hybride entiteiten – waardoor situaties van dubbele heffing of dubbele vrijstelling kunnen ontstaan – te voorkomen.
- Via artikel 7 van het protocol wordt het bestaande artikel 26 (Beperkingen van voordelen) vervangen door een nieuw artikel 26. Artikel 26 is een cruciaal artikel waarin de criteria zijn opgenomen aan de hand waarvan wordt bepaald of een inwoner van Nederland of van de VS

recht heeft op toepassing van de voordelen uit het belastingverdrag. De nieuwe tekst bevat ten opzichte van de huidige tekst een aantal belangrijke verbeteringen. Zo is een aantal onderdelen van dit artikel inhoudelijk versoepeld, waardoor bona fide belastingplichtigen gemakkelijker voor toepassing van de verdragsvoordelen in aanmerking kunnen komen. Daarnaast is de opzet en de tekst van een aantal leden van het artikel vereenvoudigd – het huidige artikel is erg lang en op onderdelen bijzonder complex geredigeerd – waardoor het in de praktijk zowel voor belastingplichtigen als voor de belastingdienst gemakkelijker wordt om te beoordelen of al dan niet wordt voldaan aan één van de voorwaarden die gelden om voor toepassing van de verdragsvoordelen in aanmerking te komen. Tot slot is in artikel 26, zoals in deze algemene memorie van toelichting reeds is aangestipt, nog een additionele anti-misbruik maatregel opgenomen die er kort samengevat op neerkomt dat een lichaam dat inwoner van een van de verdragsstaten is niet voor verdragsvoordelen in aanmerking komt als dat lichaam in die verdragsstaat geen reële aanwezigheid heeft. Verderop in de algemene memorie van toelichting wordt nader ingegaan op de praktische betekenis van de wijzigingen die via dit protocol worden aangebracht in het zogenoemde Limitation on benefits artikel. De technische achtergrond en uitwerking van deze wijzigingen worden nader toegelicht in de artikelsgewijze toelichting van dit artikel.

- Via artikel 8 van het protocol wordt artikel 32 (Beperking van artikelen 30 en 31) vervangen door een nieuw artikel 32. Het eerste lid komt inhoudelijk overeen met de huidige tekst, maar het tweede en derde lid zijn toegevoegd. Achtergrond van deze uitbreiding is dat de VS striktere eisen aan de inlichtingenuitwisseling willen stellen nu er via dit protocol voor bepaalde deelnemingsdividenden een 0 percent tarief wordt geïntroduceerd. De nieuwe leden zijn qua inhoud en strekking overigens ontleend aan een in OESO-verband opgestelde modelovereenkomst betreffende bilaterale en multilaterale uitwisseling van informatie in belastingzaken. Voor een nadere toelichting van de inhoud en de achtergrond van deze wijziging wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.
- Artikel 9 van het protocol bevat een tweetal wijzigingen van het verdrag. De belangrijkste daarvan is dat in artikel 2 (Belastingen waarop de Overeenkomst van toepassing is) van het verdrag een wijziging wordt aangebracht die voortvloeit uit de per 1 januari 2003 in werking getreden Mijnbouwwet. In het huidige verdrag wordt in de opsomming van Nederlandse belastingen waarop het belastingverdrag van toepassing is nog verwezen naar de Mijnwet 1810 en naar de Nederlandse Mijnwet continentaal plat 1965. Via het protocol wordt deze opsomming in overeenstemming gebracht met de huidige stand van zaken. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd.
- In artikel 10 van dit protocol is een bepaling opgenomen omtrent de inwerkingtreding van de wijzigingen die via dit protocol in het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag worden aangebracht. Uitgangspunt is dat het protocol in werking treedt op de laatste van de data waarop regeringen van Nederland en de VS elkaar schriftelijk hebben medegedeeld dat voldaan is aan de grondwettelijke formaliteiten. De via het protocol gewijzigde bepalingen van het verdrag zullen ter zake van belastingen die aan de bron worden ingehouden van toepassing zijn vanaf de eerste dag van de tweede maand die volgt op de datum van inwerkingtreding. Voor alle overige belastingen zullen de gewijzigde bepalingen effect hebben voor belastingtijdvakken die beginnen op of na 1 januari van het jaar dat volgt op de datum van inwerkingtreding van het protocol. Indien een belastingplichtige ingevolge de tekst van het huidige verdrag aanspraak kan maken op meer of grotere voordelen dan onder de tekst van het via het protocol gewijzigde verdrag, dan kan deze belastingplichtige

desgevraagd nog voor een periode van 12 maanden een beroep (blijven) doen op het oude verdrag.

Nederlands vestigingsklimaat

Een sterk punt van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland is het uitgebreide en kwalitatief goede verdragennet dat Nederland de laatste decennia tot stand heeft gebracht. Door het onderhavige protocol wordt het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag op wezenlijke punten verbeterd. Nederland treedt hierdoor toe tot de zeer beperkte groep landen die een kwalitatief zeer aantrekkelijk verdrag met de VS overeen hebben kunnen komen (tot nu toe zijn de VS alleen met het Verenigd Koninkrijk, Australië, Mexico en Japan een 0 percent bronheffing op deelnemingsdividenden overeengekomen).

Tegen deze achtergrond bezien levert het onderhavige protocol een wezenlijke verbetering op van het Nederlandse vestigingsklimaat. Door het onder bepaalde voorwaarden volledig achterwege laten van inhouding van Nederlandse dividendbelasting wordt het aantrekkelijker voor Amerikaanse bedrijven om in Nederland te investeren. Dit kan een positieve bijdrage leveren aan de werkgelegenheid in Nederland en meer in het algemeen aan de ontwikkeling van de Nederlandse economie.

3.2 Bronheffing van 0 percent op bepaalde deelnemingsdividenden

De meest in het oog springende verbetering die via het onderhavige protocol in het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag wordt aangebracht betreft de verlaging van de bronheffing op bepaalde deelnemingsdividenden (van 5 percent tot 0 percent). Aan deze verlaging zijn op verzoek van de VS echter strikte eisen gekoppeld. Dit mede vanwege het feit dat de VS haar verdragsbeleid op dit punt pas zeer recent hebben bijgesteld en dienovereenkomstig deze 0 percent nog slechts met een zeer beperkt aantal andere landen is overeengekomen. De eisen die de VS wat betreft de toepassing van de 0 percent bronheffing op deelnemingsdividenden aan Nederland hebben gesteld, komen overigens overeen met de eisen die zijn opgenomen in het nieuwe verdrag dat de VS in 2001/2002 met het Verenigd Koninkrijk hebben gesloten. In de artikelsgewijze toelichting wordt op de voorwaarden die aan de uitsluitende woonstaatheffing worden gesteld, nader ingegaan.

In het op 6 november 2003 ondertekende belastingverdrag tussen de VS en Japan is vastgelegd dat toepassing van het 0 percent tarief op deelnemingsdividenden mogelijk is bij deelnemingen van meer dan 50 percent. In het verdrag met Nederland (en het Verenigd Koninkrijk) wordt een drempel van ten minste 80 percent gehanteerd. Deze in het belastingverdrag met Japan opgenomen verruiming van de uitsluitende woonstaatheffing is tijdens de onderhandelingen opgebracht. De VS bleken niet bereid om Nederland eveneens in aanmerking te laten komen voor deze lagere drempel. Belangrijkste overweging van de zijde van de VS is dat indien in relatie tot Nederland de uitsluitende woonstaatheffing zou worden verruimd, problemen zouden ontstaan in relatie tot het Verenigd Koninkrijk. Deze prijs wilden de VS niet betalen.

Voordelen voor het bedrijfsleven

Voor het Nederlandse bedrijfsleven bevat het protocol twee belangrijke voordelen. In de eerste plaats is dat de verlaging van de dividendbelasting op bepaalde deelnemingsdividenden (van 5 percent) naar 0 percent. Hoewel aan deze verlaging vrij strikte voorwaarden gesteld worden, zal het gevolg daarvan zijn dat het voor Nederlandse bedrijven aantrekkelijker wordt om in de Verenigde Staten te investeren, daar Nederlandse bedrijven netto meer zullen overhouden van de winsten die door hun

Amerikaanse dochters worden uitgekeerd. Onder het huidige belastingverdrag komt van elke door de Amerikaanse dochter uitgekeerde dollar uiteindelijk 95 cent bij de Nederlandse moeder terecht (omdat de VS een bronheffing van 5 percent mogen inhouden), terwijl na de inwerkingtreding elke uitgekeerde dollar dividend volledig ten goede komt aan de Nederlandse moeder. Door de werking van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling – op grond waarvan dividenden die moederbedrijven ontvangen van (binnen- of buitenlandse) dochterbedrijven zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting – kan de 5 percent bronbelasting die thans op de uit de VS ontvangen deelnemingsdividenden drukt niet worden verrekend met de belasting die moet worden betaald door de Nederlandse moeder. De zogenoemde dooruitdelingsfaciliteit biedt in dit verband enige soelaas, waarbij een effectieve niet te verrekenen druk resteert van 2 percent. Deze 2 percent komt thans derhalve ten laste van de Nederlandse moeder, en drukt indirect dus ook op de aandeelhouders van deze vennootschap. Introductie van de 0 percent bronheffing neemt dit probleem weg. Gezien de omvangrijke deelnemingsdividenden die vanuit de VS naar Nederland vloeien, kan dit voor sommige Nederlandse multinationals een voordeel van wel 20 miljoen euro per jaar opleveren. Dit is voor het lichaam dat deze «vrijgestelde» deelnemingsdividenden ontvangt een belangrijk voordeel, maar ook voor de aandeelhouders van dat lichaam (het wordt immers aantrekkelijker om te investeren in aandelen van lichamen die de door hun Amerikaanse dochters uitgekeerde winsten volledig zonder inhouding van bronheffing kunnen incasseren).

Andersom wordt het ook voor Amerikaanse bedrijven aantrekkelijker om in Nederland te investeren. Dit hangt samen met het feit dat de VS ter voorkoming van dubbele belasting een verrekening toestaan van de Nederlandse vennootschapsbelasting en dividendbelasting. Omdat de druk van de Amerikaanse vennootschapsbelasting ongeveer even hoog is als de druk van de Nederlandse vennootschapsbelasting kan de 5 percent dividendbelasting die Nederland op grond van het huidige belastingverdrag mag heffen door het Amerikaanse moederbedrijf in de praktijk veelal niet daadwerkelijk worden verrekend. Gevolg is dat deze Nederlandse dividendbelasting voor dat bedrijf een kostenpost vormt. Introductie van de 0 percent bronheffing op bepaalde deelnemingsdividenden neemt dit probleem weg.

Door het wegvallen van de bronheffing op deelnemingsdividenden kunnen de nauwe economische betrekkingen tussen Nederland en de VS verder worden geïntensiveerd.

Door Nederlandse bedrijven zijn in het verleden zeer omvangrijke investeringen gedaan in de VS. Het door Nederlandse bedrijven in de VS geïnvesteerde bedrag bedroeg per ultimo 2002 in totaal bijna 155 miljard dollar (cumulatief). Nederland was daarmee – na het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk – de grootste investeerder in de VS. Andersom is Nederland voor de VS ook een aantrekkelijk land om in te investeren. Per ultimo 2002 was door bedrijven uit de VS een bedrag van (cumulatief) ruim 145 miljard dollar in Nederland geïnvesteerd. Nederland is daarmee voor de VS – na het Verenigd Koninkrijk – het populairste land om te investeren.

3.3 Wijziging van de limitation on benefits bepaling

Een tweede belangrijke verbetering die via het protocol tot stand wordt gebracht betreft de herziening van de zogenoemde «limitation on benefits» bepaling. De in het huidige verdrag opgenomen LOB-bepaling was – zoals vermeld – op onderdelen streng geformuleerd. Bovendien was deze bepaling onnodig complex. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de LOB-bepaling te vereenvoudigen en op onderdelen te versoepelen. Daarbij zij erop gewezen dat niet alle Nederlandse wensen konden

worden vervuld. Met name de Nederlandse wens om aan te sluiten bij de in andere door de VS gesloten belastingverdragen opgenomen voorwaarde ten aanzien van de directe beursoets, waarbij slechts wordt vereist dat het beurslichaam wordt verhandeld op een door beide landen erkende effectenbeurs, was niet bespreekbaar voor de VS. De op dit punt in het belastingverdrag met het VK opgenomen voorwaarde dat de aandelen genoteerd moeten zijn op een erkende effectenbeurs in één van beide verdragsstaten is vaststaand Amerikaans beleid geworden, ongeacht of op het punt van de deelnemingsdividenden in bepaalde gevallen een uitsluitende woonstaatheffing wordt overeengekomen. Daarnaast is het niet mogelijk gebleken de in de derivative benefits toets opgenomen beperkte kring van gelijkwaardige gerechtigden te laten vervallen zoals in het verleden in andere belastingverdragen van de VS is geschied. De vereenvoudiging en versoepeling van de ingewikkelde LOB-bepaling is een belangrijk voordeel voor bedrijven. Hierdoor krijgen enerzijds meer bedrijven toegang tot de verdragsvoordelen. Een belangrijke verbetering in dit verband betreft het feit dat in Nederland gevestigde lichamen waarvan de aandeelhouders in de Europese Unie zijn gevestigd, voortaan voor toepassing van de voordelen uit het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag in aanmerking kunnen komen. Anderzijds worden de administratieve lasten om voor de verdragsvoordelen in aanmerking te kunnen komen aanzienlijk beperkt. Een aantal administratief belastende toetsen waarmee kan worden aangetoond dat geen misbruik van het verdrag wordt gemaakt zijn vereenvoudigd. Tevens zijn ze meer in lijn gebracht met de toetsen die de VS met andere landen zijn overeengekomen. Dit laatste levert niet alleen een administratief voordeel op voor Nederlandse bedrijven die aannemelijk moeten maken dat zij kwalificeren voor verdragsvoordelen, maar ook voor de Amerikaanse belastingdienst, omdat het voor hen in de praktijk eenvoudiger is om toetsen toe te passen die de VS ook al met veel andere landen zijn overeengekomen.

Reële aanwezigheid

In de LOB-bepaling is aan een van de toetsen – de directe beursoets – een extra test toegevoegd. Hierin is vastgelegd dat een beursvennootschap die in een van de verdragsstaten is gevestigd maar die in die verdragsstaat geen reële aanwezigheid heeft, geen aanspraak kan maken op deze toets. Dat betekent overigens niet zonder meer dat een dergelijk lichaam geheel niet meer in aanmerking zou kunnen komen voor toepassing van verdragsvoordelen. In beginsel is het mogelijk dat dit lichaam voldoet wel aan de zogenoemde activiteitentoets.

De mate van reële aanwezigheid van een lichaam in het land van vestiging wordt bepaald aan de hand van twee criteria, te weten de plaats waar de aandelenhandel plaatsvindt en de plaats waar zich de belangrijkste locatie bevindt van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd. De extra test betreffende reële aanwezigheid is zo vormgegeven dat geen kwalificatie voor de directe beursoets mogelijk is in geval een lichaam aan geen van beide criteria voldoet.

Het criterium betreffende de plaats van aandelenhandel bestaat uit twee afzonderlijke componenten. In de eerste component wordt beoordeeld of het volume van de handel in de aandelen van het lichaam dat wordt gerealiseerd op erkende effectenbeurzen die in de andere verdragsstaat zijn gevestigd groter is dan het handelsvolume dat wordt gerealiseerd op erkende effectenbeurzen die zijn gevestigd in de primaire economische zone van het verdragsland waar het lichaam is gevestigd. De primaire economische zone van Nederland bestaat uit de Europese Unie en uit de Europese Economische Ruimte, terwijl de primaire economische zone van de VS naast de VS zelf ook de landen omvat die deel uitmaken van de Noord Amerikaanse vrijhandelsovereenkomst (Canada en Mexico). Achtergrond hiervan is dat het niet voldoen aan deze test een signaal

oplevert dat sprake *kan* zijn van een lichaam dat van oorsprong ontstaan is in het ene verdragsland (of daar ten minste omvangrijke economische belangen heeft), maar dat inmiddels in het andere verdragsland is gevestigd. De VS hechten veel waarde aan deze test omdat daarmee (van oorsprong) Amerikaanse bedrijven kunnen worden geïdentificeerd die mogelijk inversion hebben toegepast en waarvan de tophoudstermaatschappij inmiddels in Nederland is gevestigd.

De tweede component van de test knoopt aan bij de relatieve omvang van de handel in aandelen van het lichaam binnen de «eigen» primaire economische zone. Indien van de wereldwijde handel in aandelen van het lichaam minder dan 10 percent wordt gerealiseerd op erkende beurzen die zijn gevestigd in de primaire economische zone waar dat lichaam is gevestigd, wordt dat als een signaal opgevat dat sprake *kan* zijn van een situatie van «third party treaty shopping». De omstandigheid dat de handel in de aandelen van het lichaam voornamelijk elders plaatsvindt kan een indicatie opleveren dat de economische belangen van dat lichaam zich ook voornamelijk elders bevinden.

Hoewel het criterium van de plaats van aandelenhandel relatief eenvoudig toepasbaar is en wel een indicatie kan opleveren omtrent de reële aanwezigheid van een lichaam in het land van vestiging, is het niet mogelijk om het oordeel over deze reële aanwezigheid alleen op dit criterium te baseren. Een grote meerderheid van de Nederlandse beursgenoteerde bedrijven voldoet (ruimschoots) aan het criterium van de plaats van aandelenhandel, en zal derhalve in de praktijk geen last hebben van de tweede test betreffende reële aanwezigheid in het land van vestiging. Er zijn echter ook in Nederland ontstane en gevestigde bedrijven waarvan de aandelen uitsluitend zijn genoteerd aan een erkende effectenbeurs in de VS. Een dergelijk bedrijf zou dan niet aan de directe beurstoets voldoen, terwijl toch duidelijk sprake is van een Nederlands bedrijf. In verband daarmee is ter beoordeling van de reële aanwezigheid een tweede criterium in de test opgenomen die aanknoopt bij de belangrijkste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd. De in dit kader in het protocol en in het memorandum van overeenstemming opgenomen bepalingen zijn zodanig vormgegeven dat bij de vaststelling van de voornaamste plaats van bestuur en leiding primair wordt gekeken naar de raad van bestuur van het lichaam en de functionarissen die de werkzaamheden van de raad van bestuur voorbereiden. Alleen in gevallen waarbij de raad van bestuur niet of onvoldoende betrokken is bij de voorbereiding en de uitvoering van de taken die normaliter door een raad van bestuur van een concern worden uitgeoefend zullen bij de beoordeling van de voornaamste plaats van bestuur en leiding ook de functionarissen worden betrokken die deze taken wel materieel uitoefenen. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader op de uitwerking van dit criterium ingegaan. Deze op maat gesneden anti-misbruik maatregel voorkomt op effectieve wijze dat een zeer aantrekkelijk element uit het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag – de 0 percent bronheffing voor deelnemingsdividenden – misbruikt wordt. Door in te stemmen met deze nieuwe anti-misbruik maatregel geeft Nederland duidelijk te kennen zich enerzijds sterk in te willen (blijven) zetten voor de belangen van reële Nederlandse bedrijven. Anderzijds blijkt daaruit ook duidelijk dat gevallen van misbruik en oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag nadrukkelijk niet op Nederlandse sympathie kunnen rekenen en dat Nederland bereid is om ter voorkoming van dergelijk misbruik en oneigenlijk gebruik adequate maatregelen in bilaterale belastingverdragen op te nemen.

Door langs de weg van het onderhavige protocol (nogmaals) het signaal af te geven dat Nederland bereid is mee te werken aan maatregelen tegen misbruik, wordt het fiscale imago van Nederland in het buitenland, dat het laatste decennium enigszins beschadigd is geraakt, verbeterd.

Door de opzet van de reële aanwezigheidstest – die zoals hiervoor is aangegeven bestaat uit een criterium inzake de plaats van de aandelen-

handel en een component inzake de voornaamste plaats van waaruit het lichaam wordt geleid en bestuurd – heeft een eventuele wijziging in de volumina van de aandelenhandel op zichzelf gezien geen gevolgen voor de kwalificatie van een lichaam zolang dat lichaam blijft voldoen aan het criterium van deze test inzake de plaats van leiding en bestuur. Alleen ingeval een lichaam (ook) niet (meer) voldoet aan de component inzake de plaats van leiding en bestuur kan dit anders liggen. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor eventuele wijzigingen in de aard, de werkwijze of de plaats van uitoefening van de activiteiten van de raad van bestuur van het lichaam en de functionarissen die de werkzaamheden van de raad van bestuur voorbereiden. Zolang het lichaam blijft voldoen aan het eerste criterium inzake de aandelenhandel, heeft een dergelijke verschuiving geen gevolgen voor dat lichaam. Alleen ingeval het lichaam (ook) niet (meer) aan dit eerste criterium voldoet, kan een verschuiving in het bestuur en de leiding van het lichaam er onder omstandigheden toe leiden dat dat lichaam niet meer voor de directe beursoets kwalificeert.

4. EU-aspecten

Tijdens de parlementaire behandeling van het op 18 december 1992 gesloten belastingverdrag tussen Nederland en de VS is ingegaan op de houdbaarheid van de LOB-bepaling in het kader van Europees recht. De wijzigingen die via het protocol in deze bepaling worden aangebracht, verbeteren en vergemakkelijken de toegang van Nederlandse bedrijven tot de verdragsvoordelen. Uit dien hoofde kan worden gesteld dat de nieuwe LOB-bepaling meer in overeenstemming is gebracht met Europeesrechtelijke verplichtingen. Om mogelijke risico's terzake verder te minimaliseren is met de VS afgesproken een eventuele procedure onder de zogenoemde vangnetbepaling verder te stroomlijnen en de tijdsduur daarvan te beperken (zie ook de artikelsgewijze toelichting).

5. Budgettaire aspecten

Introductie van de 0 percent bronheffing op deelnemingsdividenden die vanuit Nederland naar de VS worden uitgekeerd zou – geïsoleerd gezien – tot een budgettair nadeel voor de Nederlandse schatkist van circa € 50 miljoen per jaar leiden, omdat op deze dividenden door Nederland thans ingevolge het huidige belastingverdrag nog een bronheffing van 5 percent mag worden ingehouden.

Tegenover het budgettaire nadeel vanwege het wegvallen van de 5 percent bronheffing staat een budgettair voordeel dat verband houdt met de zogenoemde dooruitdelingsfaciliteit. Wanneer op buitenlandse dividenden een bronheffing van ten minste 5 percent drukt, geeft Nederland in verdragssituaties bij (partiële) dooruitdeling van deze deelnemingsdividenden naar derde landen onder bepaalde voorwaarden een vermindering van het tarief van de Nederlandse dividendbelasting met maximaal 3 percent-punten. Deze «dooruitdelingsfaciliteit» geldt ook bij dooruitdelingen van dividenden die vanuit de VS via Nederland naar derde landen (door)stromen. Voor de uit de VS ontvangen deelnemingsdividenden die onder de 0 percent bronheffing komen te vallen, komt de dooruitdelingsfaciliteit echter te vervallen (omdat voor die dividenden dan niet langer aan de eis wordt voldaan dat er een bronheffing van tenminste 5 percent op drukt). Dit leidt tot een meeropbrengst van de Nederlandse dividendbelasting van circa € 50 miljoen per jaar (omdat over de vanuit de VS ontvangen deelnemingsdividenden die onder de 0 percent bronheffing vallen – voor zover deze naar derde landen worden dooruitgedeeld – niet langer een vermindering van 3 percent op het tarief van de dividendbelasting hoeft te worden toegepast), zodat het protocol per saldo geen budgettaire effecten heeft.

6. Uitvoeringskosten Belastingdienst

Via het onderhavige protocol wordt een aantal vereenvoudigingen in het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag doorgevoerd, waarbij met name de «limitation on benefits» bepaling kan worden genoemd. Deze bepaling zal in de praktijk ook voor de Belastingdienst iets gemakkelijker uitvoerbaar worden waardoor een beperkte besparing op de uitvoeringskosten kan worden gerealiseerd. De wijzigingen in de regeling voor aftrek van grensoverschrijdende betalingen van pensioenpremies zal voor de Belastingdienst naar verwachting tot iets meer werk en uitvoeringskosten leiden. De introductie van de 0 percent bronheffing op bepaalde deelnemingsdividenden zal voor de Belastingdienst naar verwachting (vrijwel) geen extra uitvoeringslast opleveren, omdat de administratieve procedures (waaraan Amerikaanse belastingplichtigen moeten voldoen) om voor vermindering of teruggave van de in te houden of ingehouden dividendbelasting in aanmerking te komen door het protocol niet worden gewijzigd. Per saldo heeft het protocol geen invloed op de uitvoeringskosten van de Belastingdienst.

7. Administratieve lasten bedrijfsleven

Het verdrag leidt zowel tot aanscherping als tot versoepeling van een aantal informatieverplichtingen. Beide zijn echter in hun gevolgen verwaarloosbaar. Wat betreft de praktische toepassing van de «limitation on benefits»-bepaling zal ten opzichte van de thans geldende tekst van die bepaling per saldo sprake zijn van een bescheiden afname van de informatieverplichtingen. Dit hangt samen met het feit dat enkele onderdelen van deze bepaling via het onderhavige Protocol wat worden versoepeld of vereenvoudigd. Het «voordeel» op dit punt is echter relatief beperkt omdat de toepassing van de huidige bepaling in de praktijk thans zeer beperkte administratieve lasten oplevert. In Nederland gevestigde lichamen die voor toepassing van de verdragsvoordelen in aanmerking wensen te komen kunnen veelal volstaan met het jegens de Amerikaanse inhoudingsplichtige aangeven dat zij voldoen aan een van de testen van de «limitation on benefits»-bepaling zodat zij voor de verdragsvoordelen in aanmerking komen (volledigheidshalve wordt opgemerkt dat deze lichamen zelf dienen na te gaan of aan een van die testen wordt voldaan en voorts dat deze lichamen in het kader van eventuele door de Amerikaanse Belastingdienst uit te voeren controles gevraagd zouden kunnen worden de juistheid van het ingenomen standpunt te onderbouwen). Slechts in een zeer beperkt aantal uitzonderingsgevallen is sprake van situaties die niet langs deze weg, maar die via de in de «limitation on benefits»-bepaling opgenomen vangnetbepaling – een uit een oogpunt van administratieve lasten zwaardere procedure – moeten worden opgelost.

Ten overvloede wordt overigens nog opgemerkt dat het verdrag voor Nederlandse bedrijven informatieverplichtingen aan de Amerikaanse Belastingdienst creëert. In de omgekeerde situatie ontstaan voor Amerikaanse bedrijven informatieverplichtingen aan de Nederlandse Belastingdienst. Beide informatiestromen worden strikt genomen niet tot de administratieve lasten gerekend omdat het niet gaat om informatie die aan de «eigen» Belastingdienst moet worden verstrekt, maar om informatie die aan de Belastingdienst van de andere verdragspartner moet worden verstrekt.

8. Inbreng van derden

Op 21 februari 2002 is door het ministerie van Financiën een persbericht uitgebracht (persbericht 2002, nr. 045) waarin belanghebbenden zijn verzocht voor hen van belang zijnde aangelegenheden betreffende

(dubbele) belasting in de relatie tot de VS schriftelijk onder de aandacht van het Nederlandse ministerie van Financiën te brengen. Naar aanleiding van deze oproep zijn enkele tientallen reacties ontvangen, zowel van individuele belastingplichtigen, van organisaties die de belangen van het bedrijfsleven behartigen als van de belastingadviespraktijk. De in dit kader uit de praktijk ontvangen signalen, opmerkingen en commentaren hebben een waardevolle bijdrage geleverd aan de voorbereiding van de onderhandelingen met de VS.

Gelet op het feit dat er door Nederland en de VS voor is gekozen om niet tot een integrale herziening van het bestaande belastingverdrag over te gaan, maar tot een partiële herziening, zijn diverse onderwerpen die in de van derden ontvangen reacties zijn aangekaart, tijdens de onderhandelingen over het protocol niet aan de orde gekomen.

9. Koninkrijkspositie

Het bestaande Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag bevat geen bepaling op grond waarvan de gelding van dit verdrag via nadere verdragen zou kunnen worden uitgebreid tot de Nederlandse Antillen en Aruba. In het verlengde daarvan is in het onderhavige protocol tot wijziging van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag evenmin een dergelijke bepaling opgenomen. De VS-positie ten aanzien van medegelding van dit verdrag voor de landen overzee van het Koninkrijk der Nederlanden wordt als bekend verondersteld.

10. Voorstel van wet

Het onderhavige wetsvoorstel strekt tot goedkeuring van het protocol met het daarbij behorende Memorandum van overeenstemming. Gelet op het politieke belang van de relatie met de VS en het grote belang van dit protocol voor het Nederlandse bedrijfsleven is gekozen voor een uitdrukkelijke goedkeuringsprocedure. Gelet op het grote belang dat het Nederlandse bedrijfsleven hecht aan een zo spoedig mogelijke toepassing van de verlaging van de bronheffing op deelnemingsdividenden, is in artikel 2 van het voorstel van wet bepaald dat de goedkeuringswet in werking treedt met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1

De aanpassing van artikel 1 (Algemene reikwijdte) van het belastingverdrag houdt verband met de (non-discriminatie) verplichtingen die Nederland en de VS op zich hebben genomen in andere (niet-fiscale) verdragen en de eventuele samenloop daarvan met het belastingverdrag. Het nieuwe derde lid, onderdeel a, onder i, regelt dat een geschil over de uitleg of de toepassing van het belastingverdrag – daaronder begrepen een geschil over de vraag of een belastingmaatregel binnen de reikwijdte van het belastingverdrag valt – uitsluitend door de bevoegde autoriteiten van de twee landen wordt beantwoord en dat bij uitsluiting (van andere regelingen) de regeling van artikel 29 (onderlinge overlegprocedure) van toepassing is op het geschil. Deze regeling geldt ongeacht wat in een ander (niet-fiscaal) verdrag tussen de twee landen op dit punt is geregeld. Het gaat dus om het vastleggen van een collisieregeling waarbij de in het belastingverdrag neergelegde bijzondere regel voorrang heeft op de in andere verdragen neergelegde algemene regel. Bepalingen betreffende de geschillenbeslechting die zijn opgenomen in bijvoorbeeld handels- of investeringsverdragen tussen de beide landen, kunnen dus niet worden toegepast om de uitleg of toepassing van het belastingverdrag te bepalen. Het nieuwe derde lid, onderdeel a, onder ii, bepaalt dat artikel XVII (Nationale behandeling) van de Algemene overeenkomst betreffende de handel in diensten (*Trb.* 1995, 130)¹ niet van toepassing is op belastingmaatregelen, tenzij de bevoegde autoriteiten van de beide landen overeenkomen dat een belastingmaatregel niet binnen de reikwijdte van artikel 28 (Non-discriminatie) van dit belastingverdrag valt. Bij nationale behandeling gaat het erom dat personen die in vergelijkbare omstandigheden verkeren maar op grond van nationaliteit niet gelijk worden behandeld, alsnog de gelijke behandeling kunnen verkrijgen met een beroep op het recht van nationale behandeling. De uitsluiting van belastingmaatregelen houdt verband met het feit dat in belastingverdragen al wordt voorzien in nationale behandeling via het non-discriminatieartikel. De nationale behandeling als bedoeld in artikel XVII van de GATS geldt dus niet voor belastingmaatregelen, tenzij de bevoegde autoriteiten anders beslissen. Door het uitsluiten van genoemd artikel XVII is de geschillenregeling van artikel XXII, derde lid, van de GATS niet van toepassing. In genoemde geschillenregeling is bepaald dat artikel XVII van de GATS niet ziet op een belastingmaatregel die onder de reikwijdte van een belastingverdrag valt. Een geschil over de vraag of een belastingmaatregel onder een belastingverdrag valt, kan volgens artikel XXII van de GATS wel worden voorgelegd aan de Raad voor de handel in diensten, mits het gaat om belastingverdragen die zijn gesloten na de inwerkingtreding van de GATS. De Raad voor de handel in diensten is niet bevoegd over deze kwestie te beslissen als het gaat om belastingverdragen die al van toepassing waren vóór de inwerkingtreding van de GATS, tenzij de bevoegde autoriteiten van beide landen anders bepalen. Het is al geruime tijd Amerikaans verdragsbeleid om bij nieuwe belastingverdragen of bij wijziging van bestaande belastingverdragen een bepaling op te nemen die in beginsel alle belastingmaatregelen uitzondert van de geschillenregeling van de GATS. De VS zijn op dit punt beducht voor zogenoemde «forum shopping».

De twee hiervoor besproken bepalingen zijn ook opgenomen in andere belastingverdragen die de VS recentelijk hebben gesloten. In dit verband kan worden gewezen op het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk en Japan, evenals de protocollen met Mexico en Australië.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat de interactie tussen de geschillenprocedure van de GATS en de onderlinge overlegprocedure van een belastingverdrag ook aan de orde is gesteld in het OESO-commentaar

¹ Hierna aangeduid onder de Engelse benaming GATS.

bij artikel 25 (onderlinge overlegprocedure) van het OESO-modelverdrag 1992–2003. In onderdeel III van het commentaar op dit artikel (Interaction of the mutual agreement procedure with the dispute resolution mechanism provided by the General Agreement on Trade in Services) wordt een bepaling voorgesteld die landen in het belastingverdrag kunnen opnemen om belastingmaatregelen buiten de reikwijdte van artikel XXII van de GATS te brengen. Deze in het OESO-commentaar voorgestelde bepaling komt inhoudelijk overeen met de in het onderhavige protocol opgenomen regeling. Verwezen zij naar paragraaf 44 van het OESO-commentaar op artikel 25 van het OESO-modelverdrag 1992–2003. Ingevolge het derde lid, onderdeel b, wordt het begrip «(belasting)-maatregel» ruim opgevat. Dit begrip omvat een fiscale wet, voorschrift, regel, procedure, beslissing, bestuursrechtelijke maatregel of een daarmee vergelijkbare bepaling of maatregel.

Artikel 2

De wijziging in artikel 4 (Inwoner) strekt ertoe het bepaalde in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, te laten vervallen. Hierin is een regeling opgenomen over de verdragstoepassing van inkomensbestanddelen van een nalatenschap of een trust die als hybride wordt aangemerkt. Bij de zogenoemde hybride entiteiten problematiek gaat het om de situatie dat het ene verdragsland de entiteit (nationaal) kwalificeert als een fiscaal transparante entiteit, waardoor niet de entiteit zelf maar de deelnemers daarin belastingplichtig zijn ter zake van inkomensbestanddelen die naar de entiteit vloeien, terwijl het andere verdragsland (nationaal) de entiteit fiscaal als een zelfstandig subject aanmerkt (dat in beginsel voor inkomensbestanddelen zelf aan de belastingheffing is onderworpen). De reden voor het vervallen van deze passage is dat de zogenoemde problematiek van hybride entiteiten elders in het belastingverdrag meer omvattend (d.w.z. niet alleen voor nalatenschappen en trusts maar ook voor partnerships en andere entiteiten die door beide landen verschillend worden gekwalificeerd) wordt geregeld. Verwezen wordt naar de toelichting op Artikel 6 van het protocol waarbij artikel 24 (Grondslag van de belastingheffing) wordt gewijzigd. De bepaling over hybride entiteiten is overigens bij artikel 24 opgenomen, omdat het bij deze materie meer gaat om een interpretatie van de bepalingen van een belastingverdrag dan om het definiëren van het inwonerschap als bedoeld in artikel 4 van het belastingverdrag.

In het memorandum van overeenstemming¹ is een nadere uitleg opgenomen over de omschrijving van het begrip inwoner (ingeval van lichamen met een dubbele vestigingsplaats (zogenoemde dual residence)). Sinds 1989 wordt dezerzijds het standpunt ingenomen dat zeker in geval van een naar Nederlands recht opgericht lichaam waarvan de werkelijke leiding is gelegen in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat een bepaling bevat overeenkomstig artikel 4, derde lid, OESO-modelverdrag 1977, dit lichaam voor de toepassing van andere door Nederland gesloten belastingverdragen niet als inwoner van Nederland kan worden aangemerkt. Verwezen zij naar het Besluit van het Ministerie van Financiën van 12 juni 1989, IFZ 89/320, Infobulletin 89/448. In het arrest van de HR van 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2002/295, is de vestigingsplaats van een zogenoemde dual resident in het kader van de Nederlandse belastingverdragen aan de orde gekomen. De casus betreft een naar Nederlands recht opgericht lichaam waarvan de werkelijke leiding in de Nederlandse Antillen is gelegen en waarvan de aandeelhouder in België woonachtig is. De dual resident werd in dit geval verdragsinwonerschap in Nederland ontzegd. Artikel 4 van het belastingverdrag met België uit 1970 en de daarbij bijbehorende protocolbepalingen wijken qua bewoordingen af van artikel 4 van (enige versie

¹ Zie wat betreft de juridische status van een memorandum van overeenstemming de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij de goedkeuringswet van het huidige belastingverdrag, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 5, blz. 7.

van) het OESO-modelverdrag. Een beperkte uitleg van dit arrest – d.w.z. alleen voor de toepassing van het belastingverdrag met België uit 1970 voor beperkt binnenlandse belastingplichtigen – is in de literatuur door verschillende schrijvers verdedigd.

In het memorandum van overeenstemming is neergelegd dat een lichaam dat volgens de nationale wetgeving inwoner van Nederland of de Verenigde Staten is, voor de toepassing van het belastingverdrag tussen beide landen toch niet als inwoner wordt aangemerkt, indien dit lichaam op grond van een belastingverdrag tussen Nederland of de VS en een derde land, op grond van de tie-breaker in dat belastingverdrag voor de toepassing van dat belastingverdrag als inwoner wordt aangemerkt van dat derde land. Deze uitleg spoort – zoals vermeld – volledig met het door Nederland ingenomen standpunt dat een lichaam dat uitsluitend op grond van de vestigingsplaatsfictie (artikel 2, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969) onderworpen is aan de Nederlandse belastingheffing, voor verdragstoepassing niet kan worden aangemerkt als inwoner van Nederland indien de werkelijke leiding in een derde verdragsland is gelegen en op grond van dat belastingverdrag het lichaam in Nederland beperkt belastingplichtig is. Aan het concept van «full tax liability» als bedoeld in artikel 4 van het OESO-modelverdrag (alle versies) wordt immers niet voldaan.

Artikel 3

Artikel 3 bevat een wijziging van artikel 10 betreffende de verdeling van heffingsbevoegdheid van grensoverschrijdende dividenden. Hoewel het gehele artikel is vervangen, gaat het ten opzichte van het huidige artikel 10 om drie wijzigingen. Voor een toelichting op de artikelonderdelen die niet zijn gewijzigd (het eerste en tweede lid, het vijfde lid en het zevende en achtste lid) wordt verwezen naar de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet van het op 18 december 1992 getekende belastingverdrag tussen Nederland en de VS¹.

De wijziging in artikel 10, derde lid (Deelnemingsdividenden)

De eerste wijziging betreft het invoegen van een nieuw derde lid. Daarin wordt geregeld dat onder strikte voorwaarden een uitsluitende woonstaathffing geldt ten aanzien van nader omschreven deelnemingsdividenden. Het opnemen van strikte voorwaarden houdt verband met het Amerikaanse beleid om alleen met bepaalde landen een uitsluitende woonstaathffing voor gekwalificeerde deelnemingsverhoudingen overeen te komen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen deelnemingen van een zekere omvang die al vanaf een tijdstip vóór het tijdstip van 1 oktober 1998 worden gehouden en deelnemingen van een zekere omvang die na dat tijdstip zijn verkregen.

Structurele regeling (deelnemingen van een zekere omvang die zijn ontstaan na 1 oktober 1998)

Er geldt een uitsluitende woonstaathffing voor deelnemingsdividenden, indien een lichaam dat is gevestigd in Nederland of de VS onmiddellijk aandelen bezit die ten minste 80 percent van de stemrechten vertegenwoordigen in het uitdelende lichaam dat in het andere land is gevestigd, *en* de aandelen voorafgaand aan het tijdstip van declaratie van de dividenden, ten minste 12 maanden in het bezit zijn van het lichaam dat het dividend ontvangt, *en* het lichaam dat de dividenden ontvangt gerechtigd is tot verdragsvoordelen op grond van de beursoets, de zogenoemde «derivative benefits toets» of op basis van een beschikking van de belastingdienst van het bronland op grond van de zogenoemde vangnetbepaling. De toetsen van artikel 26 (Beperkingen van voordelen) worden bij de toelichting op Artikel 7 van het protocol besproken. Op de verschil-

¹ Kamerstukken II 1992/93, nrs. 3 t/m 7, Kamerstukken I 1993/94, nrs. 84 t/m 84c.

lende voorwaarden van artikel 10, derde lid, wordt in het onderstaande ingegaan.

De eerste voorwaarde betreft dat de aandelen die 80 percent of meer van de stemrechten vertegenwoordigen, onmiddellijk door het ontvangende lichaam moeten worden gehouden. Middellijk aandelenbezit kwalificeert dus niet voor de vrijstelling van bronbelasting in het bronland.

Het derde lid vereist verder – zoals vermeld – dat het lichaam dat de dividenden ontvangt, aandelen moet bezitten in het uitdelende lichaam. Met aandelen worden depotbewijzen of trustcertificaten welke het genoemde bezit als uiteindelijke gerechtigde van de aandelen in plaats van de aandelen zelf in het lichaam aantonen, gelijkgesteld.

De aandelen moeten voorts 80 percent of meer van de stemrechten in het uitdelende lichaam vertegenwoordigen. Dit percentage is ontleend aan de in de Amerikaanse wetgeving opgenomen regeling voor groepsconsolidatie.

Het lichaam dat de dividenden ontvangt, moet op het tijdstip dat de dividenden worden gedeclareerd, bovendien ten minste gedurende een tijdvak van 12 maanden de aandelen in het uitdelende lichaam in het bezit hebben gehad. Deze voorwaarde is vergelijkbaar met de vroeger in de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen eis ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling (de zogenoemde annaal bezitseis). Het lichaam dat de dividenden ontvangt, moet, ten slotte, onder artikel 26 aanspraak kunnen maken op verdragsvoordelen op grond van de (directe of indirecte) beurstoets, de derivative benefits toets of de zogenoemde vangnetbepaling. Deelnemingen van 80 percent of meer die na 1 oktober 1998 zijn ontstaan, kwalificeren dus niet voor de vrijstelling van bronbelasting in het bronland, indien het lichaam dat de dividenden ontvangt, voor de toekenning van verdragsvoordelen kwalificeert op grond van de zogenoemde aandeelhouderstoets, de hoofdkantorentoets of de zogenoemde activiteitentoets, ook al is aan alle overige voorwaarden van artikel 10, derde lid, voldaan. Achtergrond van de beperkte toegang is de Amerikaanse vrees voor herstructureringen om via deze toetsen de toegang tot een uitsluitende woonstaatheffing voor gekwalificeerde deelnemingsverhoudingen te verkrijgen. Naar Amerikaanse opvattingen zijn deze toetsen minder gewapend tegen «treaty shopping» dan de eerstgenoemde toetsen.

Beurstoets

Een inwoner van Nederland of de VS die voldoet aan de directe beurstoets als bedoeld in artikel 26, eerste lid, onderdeel c, i, kan aanspraak maken op de vrijstelling van bronbelasting door de bronstaat, mits aan alle overige voorwaarden van artikel 10, derde lid, wordt voldaan. Hiervan is sprake indien het lichaam in Nederland¹ of de VS aan de beurs is genoteerd en er regelmatige handel in de aandelen van dat lichaam plaatsvindt op een erkende beurs. Kwalificatie voor de vrijstelling van bronbelasting is ook mogelijk voor een lichaam dat zelf niet is genoteerd aan een van de beurzen als bedoeld in artikel 26, eerste lid, onderdeel c, i, maar dat wordt aangemerkt als een dochtervennootschap van een beurslichaam (de indirecte beurstoets als bedoeld in artikel 26, eerste lid, onderdeel c, ii).

Derivative benefits toets

In het kader van de uitsluitende woonstaatheffing voor gekwalificeerde deelnemingsverhoudingen vereist deze toets in de eerste plaats dat de aandeelhouder of aandeelhouders van het Nederlandse of Amerikaanse lichaam in een lidstaat van de EU is respectievelijk zijn gevestigd of in een land dat partij is bij de Europese Economische Ruimte of partij is bij de NAFTA en het desbetreffende land met Nederland of de VS als bronland, in het belastingverdrag ook een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden is overeengekomen. In de tweede plaats geldt als voorwaarde dat de aandeelhouders van het in Nederland of de VS geves-

¹ In de toelichting op artikel 7 van het protocol is aangegeven dat een vennootschap die is genoteerd aan de effectenbeurzen in Parijs en Brussel (die samen met de Amsterdamse effectenbeurs) Euronext vormen, geacht wordt te voldoen aan de voorwaarde van beursnotering, zolang de autoriteiten voor de Financiële Markten toezicht houden op het deel van de beurs van Euronext dat in Nederland is gelegen.

tigde lichaam dat aanspraak maakt op de vrijstelling van bronbelasting, aangemerkt worden als gelijkwaardige gerechtigden (zie de toelichting bij Artikel 7 van het protocol) en dat ten minste 95 percent van de aandelen die stemrechten vertegenwoordigen in het in Nederland of de VS gevestigde lichaam door ten hoogste 7 gelijkwaardige gerechtigden worden gehouden. Vooralsnog betekent deze toets dat een in Nederland gevestigd lichaam waarvan de aandelen die stemrechten vertegenwoordigen voor ten minste 95 percent worden gehouden door (maximaal 7) aandeelhouders die in het Verenigd Koninkrijk, Mexico, de VS of Nederland wonen of gevestigd zijn (en voldoen aan de doorstroomtoets van de toets voor gelijkwaardige gerechtigden) aanspraak kan maken op de vrijstelling van Amerikaanse bronbelasting op dividenden, mits aan de overige voorwaarden van artikel 10, derde lid, is voldaan. De VS zijn namelijk naast deze twee landen alleen met Japan en Australië een uitsluitende woonstaathetfing overeengekomen en Japan en Australië zijn geen partij bij de Europese Unie, de Europese Economische Ruimte of NAFTA. Indien de Verenigde Staten in de toekomst met een andere lidstaat van de EU of een land dat partij is bij de Europese Economische Ruimte een nul voor deelnemingsdividenden overeenkomen, dan kan door een in Nederland gevestigde vennootschap met aandeelhouders in dat land, aanspraak worden gemaakt op de nul voor deelnemingsdividenden (mits aan de overige voorwaarden voor de nul voor deelnemingsdividenden wordt voldaan).

Voor de VS is in het memorandum van overeenstemming een nadere uitleg opgenomen die onbedoelde effecten voorkomt. Wil een Amerikaans lichaam een beroep kunnen doen op de vrijstelling van Nederlandse dividendbelasting, dan vereist de derivative benefits toets dat het land waarin de aandeelhouder van het Amerikaanse lichaam is gevestigd in het belastingverdrag met Nederland voor deelnemingsdividenden een vrijstelling van bronbelasting is overeengekomen. In oudere Nederlandse belastingverdragen met andere lidstaten van de EU is op dat punt een bronheffing voor deelnemingsdividenden overeengekomen, welke bepaling opzij wordt gezet door de zogenoemde Moeder-dochterrichtlijn¹. Een Amerikaans lichaam met aandeelhouders in Frankrijk zou dus niet in aanmerking komen voor de vrijstelling van Nederlandse dividendbelasting (het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk voorziet ter zake in een bronheffing van 5 percent), terwijl Nederland op grond van de Moeder-dochterrichtlijn bij rechtstreekse uitdeling aan het Franse lichaam wel vrijstelling van dividendbelasting zou verlenen. Indien de achterliggende aandeelhouders van het Amerikaanse lichaam voldoen aan de vereisten die worden gesteld aan de gelijkwaardige gerechtigden en bij rechtstreekse uitkering Nederland zou afzien van dividendbelasting op grond van de Moeder-dochterrichtlijn, dan kan het Amerikaanse lichaam aanspraak maken op de vrijstelling van dividendbelasting in Nederland. In artikel 26, achtste lid, is verder een regeling opgenomen die in het kader van de derivative benefits toets zeker stelt dat «joint ventures» aanspraak kunnen maken op vrijstelling van bronbelasting door het bronland. Hoofdregel is namelijk dat voor het bepalen van het percentage van het aandelenbezit in het uitdelende lichaam, gekeken wordt naar het percentage aandelen dat het lichaam dat de dividenden ontvangt, zelf bezit. Bij de toets voor de gelijkwaardige gerechtigden zou dus iedere achterliggende aandeelhouder van het lichaam dat aanspraak maakt op de vrijstelling van bronbelasting (middellijk) 80 percent of meer van de aandelen in het uitdelende lichaam moeten bezitten. Bij joint ventures zal, gezien de hoge drempel van 80 percent, vrijwel nimmer worden voldaan aan deze voorwaarde. Een beroep op de derivative benefits toets zal dus niet snel kunnen slagen. De regeling in artikel 26, achtste lid, bewerkstelligt dat bij joint ventures voor de toepassing van artikel 10, derde lid, onderdeel c, het percentage aandelenbezit van de gelijkwaardige gerechtigden in het uitdelende lichaam, gesteld wordt op het percentage

¹ Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (90/435/EEG).

aandelen dat de joint venture in het uitdelende lichaam heeft. Een voorbeeld ter verduidelijking.

Stel een Amerikaanse vennootschap wordt voor 100 percent gehouden door een in Nederland gevestigde vennootschap. De in Nederland gevestigde vennootschap wordt voor 49 percent gehouden door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde beursgenoteerde vennootschap. Afzonderlijk bezien bezitten de Nederlandse en Engelse beursvennootschap direct of indirect geen 80 percent (stemrechten) in de Amerikaanse vennootschap. Zij kunnen dus in deze situatie niet worden aangemerkt als gelijkwaardige gerechtigden, met als gevolg dat het Nederlandse lichaam dat 100 percent in de VS vennootschap bezit geen aanspraak kan maken op de derivative benefitstoets en dus niet voor «de nul voor deelnemingsdividenden» in aanmerking komt. De regeling in het achtste lid bewerkstelligt dat voor de beoordeling van de drempel van 80 percent of meer, het bezit van aandelen van de gelijkwaardige gerechtigden in de uitdelende vennootschap, gesteld wordt op het percentage aandelenbezit dat het lichaam dat de nul claimt heeft in de uitdelende vennootschap.

De vangnetbepaling

Een lichaam dat niet kwalificeert op grond van de beurstoets of de derivative benefits toets, kan toch aanspraak maken op vrijstelling van bronbelasting door het bronland, wanneer de bevoegde autoriteit van het bronland een beschikking afgeeft op grond van de zogenoemde vangnetbepaling (artikel 26, zevende lid). Indien vanuit de optiek van het bronland het gerechtvaardigd is de vrijstelling te verlenen, zal een dergelijke beschikking worden verleend. Van Amerikaanse zijde is aangegeven dat bij de afweging die door de Amerikaanse bevoegde autoriteit wordt gemaakt, als positieve indicator mede de verplichtingen van Nederland op grond van het lidmaatschap van de EU in de beschouwing zullen worden betrokken (zie ook het memorandum van overeenstemming). Meer in het bijzonder zullen de VS aandacht besteden aan de vereisten die voortvloeien uit de diverse vrijheden (kapitaal, diensten en personen) zoals deze tussen de lidstaten van de EU gelden. Als negatieve indicatoren zullen de uiteenlopende fiscale systemen van de lidstaten in de beschouwing worden betrokken, het aanwezig zijn van bijzondere fiscale regimes in de desbetreffende lidstaat en het fiscale verdragsbeleid van de desbetreffende lidstaat. Later bij dit onderdeel zal een voorbeeld ter verduidelijking worden gegeven. Door de bevoegde autoriteit van Nederland zal een beschikking op grond van deze bepaling worden afgegeven, indien de structuur niet is ingegeven door fiscale motieven.

Deelnemingen die worden gehouden vóór 1 oktober 1998

In het belastingverdrag tussen de VS en het Verenigd Koninkrijk is een wat minder strikte regeling opgenomen voor deelnemingen die worden gehouden vóór 1 oktober 1998. Met ingang van 1 oktober 1998 is het nieuwe Amerikaanse beleid om in specifieke situaties een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsituaties van een zekere omvang overeen te komen, naar de buitenwereld kenbaar gemaakt. Voor deelnemingen die al voor deze datum werden aangehouden is de vrees van de VS voor ongewenst gebruik niet aanwezig. Op aandrang van Nederland is deze bepaling uit het belastingverdrag tussen de VS en het Verenigd Koninkrijk ook in het onderhavige protocol opgenomen (de bepaling is bijvoorbeeld niet opgenomen in het protocol bij het belastingverdrag tussen de VS en Australië of in het belastingverdrag tussen de VS en Japan). Voor deelnemingen die voor dit tijdstip worden gehouden, gelden ten aanzien van de moedermaatschappij die aanspraak maakt op een uitsluitende woonstaatheffing dezelfde voorwaarden als bij deelnemingen van na dat tijdstip, met uitzondering van de voorwaarde dat alleen de beurstoets, derivative benefits toets of een beschikking op grond van de

vangnetbepaling kwalificeert. Voor deelnemingen van voor 1 oktober 1998 geldt «slechts» de eis dat het lichaam dat de dividenden ontvangt, aanspraak kan maken op verdragsvoordelen op grond van (het nieuwe) artikel 26. Dit betekent dat in dergelijke situaties kwalificatie onder artikel 26 op grond van de aandeelhouderstoets, de activiteitentoets of de hoofdkantorentoets wel voldoende is om de nul voor deelnemingsdividenden te krijgen, mits aan de overige voorwaarden van artikel 10, derde lid, is voldaan. In dergelijke situaties blijft de vrijstelling van bronbelasting door het bronland gelden zolang het lichaam kwalificeert onder een van de toetsen van artikel 26. Verder geldt als (afwijkende) voorwaarde dat de aandelen vanaf een moment voor 1 oktober 1998 *onmiddellijk of middellijk* worden gehouden door de betreffende moedervennootschap. Dit geeft concerns de mogelijkheid te herstructureren om te voldoen aan de voor toepassing van de 0 percent bronheffing geldende voorwaarde dat de deelneming *onmiddellijk* moet worden gehouden. In het memorandum van overeenstemming is op verzoek van Nederland een uitleg opgenomen die de toegang tot de vrijstelling van bronbelasting onder de vangnetbepaling voor bepaalde in Nederland gevestigde lichamen verduidelijkt. In het verleden is in discussie geweest of een lichaam dat aanspraak kan maken op verdragsvoordelen onder een andere toets dan de beurstoets of derivative benefitstoets, kan kiezen om verdragsvoordelen deelachtig te worden op basis van de vangnetbepaling. De Amerikaanse belastingdienst neemt het standpunt in dat zulks in beginsel niet mogelijk is. Zonder de verduidelijking in het memorandum van overeenstemming zou enige twijfel kunnen bestaan omtrent de toegang tot de uitsluitende woonstaatheffing voor bepaalde deelnemingssituaties die zijn ontstaan na 1 oktober 1998 en die uitsluitend voor de LOB-bepaling kwalificeren onder de activiteitentoets. De activiteitentoets geeft geen toegang tot de uitsluitende woonstaatheffing. De verduidelijking stelt buiten twijfel dat in dergelijke gevallen een beschikking op basis van de vangnetbepaling kan worden verkregen ter verkrijging van de uitsluitende woonstaatheffing.

Ter afsluiting van het onderdeel betreffende deelnemingsdividenden volgt een voorbeeld waarin de verschillende aspecten worden verduidelijkt.

Stel dat X een lichaam is dat inwoner is van Italië. X bezit onmiddellijk 100 percent van de aandelen en stemrechten van een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap (Y) en 100 percent van de aandelen van de in Nederland gevestigde vennootschap Z. Z heeft wezenlijke activiteiten in Nederland en produceert tuinkabouters. Y distribueert de tuinkabouters in de Verenigde Staten. Indien het lichaam in Italië de aandelen in de Amerikaanse vennootschap Y inbrengt in de Nederlandse vennootschap Z (verhanging van Y onder Z) dan zal, na verhanging, bij een dividenduitdeling door Y aan Z, de Nederlandse vennootschap Z kwalificeren op grond van de activiteitentoets. Dit betekent dat de Amerikaanse bronbelasting wordt teruggebracht tot 5 percent. Z kwalificeert niet voor de nul voor deelnemingsdividenden, nu de aanspraak van Z op verdrags-toepassing wordt gegrond op de activiteitentoets. Dit wordt slechts anders indien de aandelen van de Amerikaanse vennootschap Y vóór 1 oktober 1998 in de Nederlandse vennootschap zouden zijn ingebracht (en overigens aan de voorwaarden van artikel 10, derde lid, zou zijn voldaan). Dan zou de Nederlandse vennootschap Z op grond van artikel 10, derde lid, onderdeel a, de uitsluitende woonstaatheffing deelachtig kunnen worden.

In de situatie dat de deelnemingsverhouding tussen de Nederlandse vennootschap Z en de Amerikaanse vennootschap Y al vóór 1 oktober 1998 bestond, blijft de vrijstelling van bronheffing op deelnemingsdividenden gelden zolang Z kwalificeert voor één van de toetsen van

artikel 26. Indien bijvoorbeeld de Italiaanse vennootschap X de aandelen in de Nederlandse vennootschap Z vervreemdt aan vennootschap A gevestigd in een land waarmee de Verenigde Staten geen belastingverdrag hebben gesloten, blijft Z kwalificeren voor «de nul voor deelnemingsdividenden» zolang deze vennootschap kwalificeert voor de activiteitentoets of een beschikking heeft gekregen voor verdragsvoordelen op grond van de vangnetbepaling.

Bij vennootschappen die op grond van het derde lid, onderdeel a, voor de uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden kwalificeren op grond van de aandeelhouderstoets, zij nog op het volgende gewezen. Stel dat NL BV, een in Nederland gevestigde houdstervenootschap die wordt gehouden door Nederlandse natuurlijke personen, alle aandelen bezit in een in de VS gevestigde vennootschap. Werd de 100 percent deelname gehouden vóór het tijdstip van 1 oktober 1998 (en wordt aan de overige voorwaarden voldaan), dan kan NL BV aanspraak maken op nul percent inhouding door de bronstaat. Worden de aandelen in de Nederlandse vennootschap (NL BV) vervreemd aan een vennootschap in een derde land (vennootschap A die niet in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd), dan is niet langer voldaan aan de voorwaarden van de aandeelhouderstoets en verliest NL BV aanspraak op verdragstoepassing inclusief de nul voor deelnemingsdividenden (tenzij de bevoegde autoriteiten van de VS een beschikking afgeven op grond van de vangnetbepaling).

In het voorbeeld hierboven – waarbij NL BV het percentage nul voor deelnemingsdividenden is ontzegd vanwege de verkoop van de aandelen NL BV aan een vennootschap in het derde land – kunnen de bevoegde autoriteiten van de VS een beschikking afgeven op grond van de vangnetbepaling, waardoor NL BV wel kan kwalificeren. Indien vennootschap A is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of in een land dat partij is bij de Europese Economische Ruimte is dit een element dat in het voordeel werkt voor het verkrijgen van de vrijstelling van bronbelasting op dividenden in de Verenigde Staten. Dit geldt te meer indien de Amerikaanse activiteiten een beperkt deel vormen van de verworven activiteiten. Een element dat in het nadeel kan werken van de in Nederland gevestigde vennootschap, vormt het feit dat vennootschap A in het land van vestiging is onderworpen aan een fiscaal begunstigend regime, waardoor aldaar effectief nauwelijks belasting wordt geheven. Een belangrijk element dat verder in het nadeel werkt van de verzoekende Nederlandse vennootschap, is het feit dat de Amerikaanse bevoegde autoriteiten moeilijkheden ondervinden bij het achterhalen van gegevens over de eigenaren van vennootschap A (bijvoorbeeld de belastingplichtige werkt niet mee of de inlichtingenuitwisseling tussen de lidstaat waarin vennootschap A is gelegen en de VS verloopt moeizaam).

De wijzigingen in artikel 10, vierde lid (dividendbelasting bij beleggingsinstellingen)

In het huidige artikel 10, tweede lid, geldt voor beleggingsinstellingen die dividenden uitkeren, een ander percentage dividendbelasting dat het bronland mag inhouden dan het percentage dat is overeengekomen voor deelnemingsituaties. In beginsel geldt het percentage voor portfoliodividenden, maar in sommige situaties geldt het nationale tarief. Kort gezegd komt de huidige regeling erop neer dat bij uitkeringen door een Amerikaanse Regulated Investment Company (RIC) of een Real Estate Investment Trust (REIT) of in geval van uitkeringen door een Nederlandse beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet Vpb 1969 een tarief van 15 percent dividendbelasting geldt (conform portfoliodividenden). De 15 percent geldt echter niet indien dividenden door een REIT worden uitgekeerd aan een inwoner van Nederland die geen beleggingsinstelling is of die geen

natuurlijke persoon is met een belang van minder dan 25 percent in de REIT. In de plaats daarvan komt dan het tarief zoals voorzien in de nationale wet van het desbetreffende land. Het nationale tarief geldt ook bij uitkeringen door Nederlandse belegginginstellingen die in gelijke mate investeren in onroerend goed als voor de REIT vereist is, indien de dividendenden worden betaald aan een inwoner van de VS die geen natuurlijke persoon is met een belang van minder dan 25 percent in de Nederlandse belegginginstelling of aan een inwoner die geen RIC of een REIT is. Op deze plaats wordt volstaan met een verwijzing naar de parlementaire stukken bij de goedkeuringswet van het huidige belastingverdrag¹. In deze stukken zijn de achtergronden van deze regeling uitvoering toegelicht. In 1997 is het Amerikaanse verdragsbeleid op dit punt versoepeld, waardoor in meer gevallen het 15 percent tarief voor portfoliodividenden geldt (in plaats van het nationale tarief in de Verenigde Staten van 30 percent). Op verzoek van Nederland vinden deze versoepelingen ook hun weerslag in het protocol. De inhouding van bronbelasting op dividendenden voor beleggingsinstellingen is thans in een apart lid (het vierde lid) neergelegd. In het vierde lid, onderdeel a, is neergelegd dat bij dividendenden betaald door een RIC of REIT of in geval van een Nederlandse beleggingsinstelling, het tweede lid onderdeel a (de bronheffing van 5 percent voor deelnemingsdividenden) en het derde lid (de vrijstelling van bronbelasting voor gekwalificeerde deelnemingen) niet gelden. In het vierde lid, onderdeel b, is neergelegd dat bij dividenduitkeringen door een RIC of een beleggingsinstelling, het tarief van het tweede lid, onderdeel, b geldt. Dit is het tarief voor portfoliodividenden van 15 percent.

In het vierde lid, onderdeel c, is neergelegd dat bij dividenduitkeringen door een REIT of in geval van een beleggingsinstelling die in gelijke mate in onroerend goed belegt als is vereist voor een REIT, het tarief van 15 percent alleen geldt in de volgende situaties (in alle andere situaties geldt het nationale tarief).

Het 15 percent tarief geldt in geval de uiteindelijke gerechtigde een natuurlijke persoon is die een belang heeft van minder dan 25 percent in de REIT of beleggingsinstelling (conform de huidige regeling).

Nieuw is de bepaling dat het 15 percent tarief ook geldt indien de dividendenden worden betaald op deze bepaalde soort aandelen die op de beurs wordt verhandeld, en de uiteindelijke gerechtigde tot de dividendenden een belang heeft van ten hoogste 5 percent van de aandelen van een bepaalde soort in de REIT of beleggingsinstelling.

Nieuw is ook dat het dividend kwalificeert voor het tarief van 15 percent indien de uiteindelijke gerechtigde tot dit dividend een persoon is die een belang heeft van niet meer dan 10 percent in de REIT of beleggingsinstelling en de REIT of beleggingsinstelling een diversificatiepolitiek voert. Hiervan is sprake indien de waarde van geen enkel belang in onroerende zaken van de REIT of (gelijkwaardige) beleggingsinstelling meer bedraagt dan 10 percent van de waarde van het totale belang van de REIT of beleggingsinstelling in onroerende zaken.

Ten slotte geldt het 15 percent tarief, evenals in de huidige regeling, indien de uiteindelijke gerechtigde een beleggingsinstelling is in het geval van dividendenden die worden uitgekeerd door een REIT, of de uiteindelijke gerechtigde een RIC of een REIT is in het geval de dividendenden worden uitgekeerd door een beleggingsinstelling als bedoeld in dit lid.

De wijzigingen in artikel 10, zesde lid (omschrijving van het begrip dividendenden)

Op verzoek van Nederland is de omschrijving van het begrip dividendenden aangepast. De wijziging ziet op artikel 10, zesde lid, tweede volzin, waarin nog was opgenomen dat voor Nederland het begrip «dividendenden» mede inkomsten uit winstdelende obligaties bevat. Deze frase is vervangen door de zinsnede dat het begrip «dividendenden», in geval van Nederland, mede

¹ Kamerstukken II 1992/93, nrs. 3 t/m 7, Kamerstukken I 1993/94, nrs. 84 t/m 84c.

omvat inkomsten uit schuldvorderingen die fiscaal hetzelfde worden behandeld als inkomsten uit aandelen. De achtergrond hiervan is de wijziging in artikel 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In artikel 10, eerste lid, onderdeel d, komen vergoedingen op een geldlening bij het bepalen van de winst niet in aftrek indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat de lening feitelijk functioneert als eigen vermogen. Deze bepaling is doorgetrokken naar artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965 waarin, voorzover hier van belang, dividendbelasting wordt geheven over geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de genoemde wet. Als gevolg van de gewijzigde opzet van het zesde lid wordt dus rente op zogenoemde hybride leningen die materieel op een lijn staan met de vergoeding op eigen vermogen, voor de toepassing van dit belastingverdrag aangemerkt als dividend.

Volledigheidshalve zij nog op het volgende gewezen. Door het invoegen van een nieuw derde lid in artikel 10 en het onderbrengen van de bronheffing voor uitkeringen van beleggingsinstellingen in een apart (vierde) lid zijn de verwijzingen in artikel 25 (Vermijding van dubbele belasting) naar artikel 10 niet meer juist. Artikel 3, onderdeel b, van het protocol voorziet in een aanpassing van deze verwijzingen.

Artikel 4

Artikel 4 van het protocol behelst een wijziging van artikel 11 van het belastingverdrag waarin de zogenoemde «branch profits tax» is opgenomen. Dit is een heffing die naast de gebruikelijke winstbelasting wordt geheven over de winst die is toe te rekenen aan een vaste inrichting. Artikel 11 ziet ook op inkomsten uit in de VS gelegen onroerende zaken en op de vermogenswinsten behaald bij de vervreemding van dergelijke onroerende zaken. Het tarief bedraagt, evenals de bronheffing voor dividenden op deelnemingen, 5 procent. In de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet bij het verdrag tussen Nederland en de VS gesloten in 1992 is uitgebreid op deze heffing ingegaan (Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nrs. 3, 4, 5 en 7). De branch profits tax kan globaal worden aangemerkt als een soort dividendbelasting van in de VS gelegen vaste inrichtingen.

De voorgestelde wijziging in artikel 11 houdt in dat onder voorwaarden de heffing van branch profits tax door de VS (artikel 11 is wederkerig geformuleerd maar Nederland heft geen branch profits tax) achterwege blijft. Deze voorwaarden komen op hoofdlijnen overeen met de voorwaarden die gelden voor de exclusieve woonstaatheffing voor gekwalificeerde deelnemingen als bedoeld in artikel 10, derde lid. Een vaste inrichting kan voor deze situatie namelijk op één lijn worden gesteld met een 100 procent dochtervennootschap. Met betrekking tot een vaste inrichting die vóór 1 oktober 1998 in de VS wordt gedreven door een in Nederland gevestigd lichaam (of ter zake van de hierboven bedoelde inkomsten en vermogenswinsten wordt gedreven door een in Nederland gevestigd lichaam) blijft de inhouding van de branch profits tax achterwege, indien het in Nederland gevestigde lichaam kwalificeert onder een van de opgenomen toetsen van artikel 26. Met betrekking tot een vaste inrichting die na 1 oktober 1998 in de VS wordt gedreven door een in Nederland gevestigd lichaam (of ter zake van de hierboven bedoelde inkomsten en vermogenswinsten wordt gedreven door een in Nederland gevestigd lichaam) blijft de inhouding van de branch profits tax achterwege indien het in Nederland gevestigde lichaam kwalificeert voor verdragstoepassing op grond van de (directe of indirecte) beurstoets, de derivative benefits toets, dan wel een beschikking heeft gekregen van de Amerikaanse bevoegde autoriteiten op grond van de zogenoemde vangnetbepaling. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de onderdelen b, c en d van het (nieuwe) derde lid van artikel 11 elk verbonden worden met het woord

«of», terwijl dit bij de met deze onderdelen overeenkomende onderdelen b, c en d van het derde lid van (het nieuwe) artikel 10 niet het geval is. Met dit onderscheid beogen beide partijen zeker niet een verschil in reikwijdte of uitwerking te bewerkstelligen tussen het derde lid van artikel 11 en het derde lid van artikel 10.

Artikel 5

In het huidige artikel 28, vijfde lid, is een bepaling opgenomen waarbij beide landen zich er onder bepaalde voorwaarden toe verplichten pensioenpremies betaald aan een in het andere land erkende pensioenregeling, op dezelfde voet in aftrek op het inkomen te laten komen als premies die worden betaald aan eigen erkende pensioenregelingen. De regeling is primair bedoeld om fiscale belemmeringen op dit punt weg te nemen in situaties waarin werknemers in concernverband worden uitgezonden naar het andere land en wensen deel te blijven nemen aan dezelfde pensioenregeling. De huidige regeling stemt op hoofdlijnen overeen met de bepaling die is opgenomen in het commentaar op artikel 18 van het OESO-modelverdrag 1992–2003. De bepaling is in tal van Nederlandse belastingverdragen opgenomen; zie bijvoorbeeld het belastingverdrag met Canada (Trb. 1986, 65), Letland (Trb. 1994, 83), Mexico (Trb. 1993, 160), Venezuela (Trb. 1991, 107), Vietnam (Trb. 1995, 61), Zweden (Trb. 1991, 108) en België 2001 (Trb.2001, 136).

De in artikel 28, vijfde lid, opgenomen bepaling is zeer beknopt geformuleerd en ziet op de bijdragen door of namens een werknemer aan een in het andere land erkende pensioenregeling. Artikel 5 van het protocol bevat een wijziging van artikel 19 (Pensioenen, lijfrenten en alimentatie-uitkeringen) die ertoe strekt de hier aan de orde zijnde materie in den brede te regelen en zich in de praktijk voordoende problemen op te lossen. De regeling is niet alleen beperkt tot werknemers, maar regelt ook de positie van de zelfstandige beroepsbeoefenaars. Daartoe worden aan artikel 19 vijf nieuwe leden (het zevende tot en met het elfde lid) toegevoegd.

In het nieuw voorgestelde artikel 19, zevende lid, is het beginsel neergelegd dat ingeval een inwoner van een van de landen deelneemt aan een erkende pensioenregeling bij een pensioenfonds dat is gevestigd in het andere land, het woonland niet de winsten of voordelen die het pensioenfonds behaalt met de ingelegde premies ter zake van de pensioenregeling van die inwoner (hierna: de renteaangroei van de pensioenregeling), bij die inwoner in de belastingheffing mag betrekken tot het moment dat sprake is van een pensioenuitkering. Het niet in de belastingheffing betrekken in de woonstaat strekt zich ook uit tot de overdracht van pensioenkapitaal van een erkend pensioenfonds gevestigd in het andere land aan een ander erkend pensioenfonds in datzelfde land. Het zevende lid heeft praktisch alleen betekenis in de situatie waarin sprake is van het wonen en werken in het ene land en vervolgens gaan wonen in het andere land. Bij het voortzetten van een dienstbetrekking is het achtste lid van toepassing.

Volgens het memorandum van overeenstemming wordt voor de uitleg van het begrip «vrijgesteld pensioenfonds» aangesloten bij de regeling van artikel 35 van het belastingverdrag. In het besluit van 27 maart 2000, nr. IFZ/2000/326 M, Stcrt. 2000, 79 zijn alle verschillende soorten in de Verenigde Staten en Nederland gevestigde vrijgestelde fondsen, lichamen en andere organisaties die pensioenuitkeringen of soortgelijke uitkeringen verstrekken en die geacht worden te vallen binnen de werkingssfeer van artikel 35 van het Verdrag, opgesomd. De begrippen «paid to» en «benefit of» dienen ruim te worden opgevat en omvatten ook de afkoop van pensioenen, het afzien van pensioenrechten of het belenen of verpanden van een pensioenregeling.

Het voorgestelde achtste lid is een *lex specialis* van het zevende lid en ziet

op de situatie waarin een dienstbetrekking wordt voortgezet in het andere land dan het land waar de pensioenregeling is opgebouwd. Niet van belang is of de werknemer inwoner wordt van het andere land of niet. De overeengekomen bepaling heeft een ruimere reikwijdte dan de huidige regeling en ziet ook op de bijdragen aan een erkende pensioenregeling door een zelfstandige beroepsbeoefenaar. Onderdeel a regelt dat de bijdragen door een werknemer of zelfstandig beroepsbeoefenaar aan een pensioenfonds in de werkstaat fiscaal aftrekbaar is (of fiscaal is vrijgesteld). In beginsel gelden de voorwaarden van, de eventuele beperkingen in en de hoogte van de tegemoetkoming van de fiscale wetgeving van de werkstaat. Voor Nederland betekent dit het volgende. In de praktijk kennen Amerikaanse pensioenregelingen een tweetal «soorten» premies, de zogenaamde «pre-tax-contribution» en de «after-tax-contribution». De «pre-tax-contribution» is de premie die in de VS fiscaal gefacilieerd mogelijk is. Wil men extra stortingen doen, dan kan dat, maar niet fiscaal gefacilieerd, de «after-tax-contribution». De «pre-tax-contribution» blijft, zo is de ervaring, binnen de maxima die we in Nederland kennen. De «after-tax-contribution» kan de Nederlandse maxima ruimschoots overschrijden. De fiscale tegemoetkoming die Nederland moet geven als bedoeld in het achtste lid, geschiedt op de voorwaarde dat de Nederlandse maxima in acht worden genomen. De Nederlandse maxima zullen worden gebaseerd op het staffelbesluit van 28 april 2003, nr. CPP2003/308M.

Ingevolge onderdeel b, worden de voordelen die bij het pensioenfonds ter zake van de pensioenregeling opkomen, of de bijdragen die door (of namens) de werkgever aan de pensioenregeling van de werknemer worden betaald, niet aangemerkt als belastbaar loon van de werknemer. Voorts komen de bijdragen van de werkgever in aftrek bij het bepalen van zijn belastbare winst. In het hierboven gegeven voorbeeld zijn dus de bijdragen aan het Amerikaanse pensioenfonds in Nederland aftrekbaar bij het bepalen van de winst van de (Nederlandse) werkgever.

Als gevolg van het voorgestelde negende lid, geldt het achtste lid alleen indien aan de volgende twee voorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats dient al aan de pensioenregeling te worden bijgedragen alvorens een dienstbetrekking in het werkland wordt aanvaard of voortgezet. Voor een zelfstandige beroepsbeoefenaar betekent dit dat aan een erkende pensioenregeling moet worden bijgedragen alvorens de activiteiten in het werkland worden uitgeoefend. Hiervan is sprake indien voor de voortzetting van de dienstbetrekking (of uitoefening van activiteiten) in het andere land, door of namens de werknemer of door of namens de werkgever ten behoeve van de werknemer premies zijn betaald aan het pensioenfonds (of aan een voor het pensioenfonds daarvoor in de plaats gekomen gelijkwaardige pensioenfonds)¹. In de tweede plaats dient de bevoegde autoriteit van de werkstaat van oordeel te zijn dat de pensioenregeling overeenkomt met een door dit land voor de belastingheffing erkende pensioenregeling.

Het tiende lid ziet op de fiscale behandeling in de VS van bijdragen aan een erkende pensioenregeling die is ondergebracht bij een in Nederland gevestigd pensioenfonds en die worden betaald door onderdanen van de VS die inwoner zijn van Nederland. Als gevolg van artikel 24 mogen de VS en Nederland inwoners en onderdanen in de belastingheffing betrekken als ware het belastingverdrag niet van toepassing. De VS maken hiervan gebruik voor hun staatsburgers. Als gevolg van het tiende lid, onderdeel a, mogen staatsburgers van de VS die inwoner zijn van Nederland voor de belastingheffing in de VS hun bijdragen aan erkende pensioenregelingen in Nederland fiscaal in aftrek brengen (of buiten beschouwing laten bij het bepalen van het belastbare inkomen). Het gaat hier om de bijdragen aan het in Nederland gevestigde pensioenfonds gedurende de periode van het uitoefenen van de dienstbetrekking in Nederland, mits het loon van deze staatsburger met betrekking tot de dienstbetrekking ten laste komt van het resultaat van een in Nederland gevestigde werkgever of het loon ten laste

¹ Bij dit laatste kan worden gedacht aan een overname van een werkgever door een ander bedrijf, dat zijn eigen pensioenregeling daarvoor in de plaats stelt ook voor de werknemers van de overgenomen werkgever.

komt van een in Nederland gelegen vaste inrichting. Ook de winsten en voordelen die ter zake van de pensioenregeling van de in Nederland wonende Amerikaanse staatsburger bij het Nederlandse pensioenfonds opkomen, en de bijdragen die door of namens de Nederlandse werkgever aan de pensioenregeling van die werknemer worden betaald, worden fiscaal in de VS niet aangemerkt als onderdeel van het belastbare loon van de staatsburger. De tegemoetkoming die bij de belastingheffing in de VS wordt verleend, kan niet meer bedragen dan de tegemoetkoming die de VS verlenen aan hun inwoners voor bijdragen aan, of voordelen die opkomen bij, een vergelijkbaar vrijgesteld pensioenfonds dat in de VS is gevestigd. Het gaat dus om het laagste bedrag van de tegemoetkoming die voortvloeit uit de toepassing van de Nederlandse fiscale behandeling en de Amerikaanse fiscale behandeling bij een vergelijkbare pensioenregeling in de VS. Onderdeel c bepaalt dat de voordelen die als gevolg van het tiende lid worden verleend, meetellen voor de fiscale behandeling van bijdragen aan pensioenregelingen in de VS. Bijdragen aan een erkende Nederlandse pensioenregeling tellen dus mee bij het vaststellen van de jaarlijkse drempels die gelden in de Verenigde Staten voor bijdragen aan pensioenregelingen.

Het elfde lid bepaalt dat de regelingen vervat in het zevende tot en met het tiende lid voor een in de VS gevestigd pensioenfonds alleen gelden indien het pensioenfonds bereid is te voldoen aan de voorwaarden die de Nederlandse fiscale wetgeving stelt aan buitenlandse pensioenfondsen om als erkend pensioenfonds te worden aangemerkt. Alvorens tot een aanwijzing als een toegelaten aanbieder wordt overgegaan, dienen (voorzover hier van belang) pensioenfondsen zich te verplichten om met betrekking tot de bij dit fonds verzekerde en nog te verzekeren regelingen inlichtingen te verstrekken over de uitvoering van de overeenkomsten en een in Nederland uitwinbare zekerheid jegens de ontvanger te stellen voor de invordering van de belasting die mocht worden verschuldigd door toepassing van de nationale wetgeving. In het memorandum van overeenstemming is op dit punt vastgelegd dat de bevoegde autoriteiten in overleg zullen treden met als doel formuleren van regels die de administratieve lasten van het pensioenfonds verminderen. Bij dit overleg wordt tevens bezien of in het kader van voornoemde regelingen de last voor de deelnemers in de pensioenfondsen kan worden vermindert.

Artikel 6

In artikel 24 (Grondslag van de belastingheffing) worden verschillende wijzigingen aangebracht. De wijzigingen in het tweede en derde lid (onderdeel c en d) zijn van redactionele aard en worden niet nader toegelicht.

Het begrip onderdaan omvat bepaalde «langdurige inwoners» (onderdelen a en b)

Ingevolge het huidige artikel 24, eerste lid, omvat het begrip onderdaan een voormalig staatsburger van de VS die geen onderdaan is van Nederland en voor wie het vermijden van de heffing van inkomstenbelasting een van de voornaamste doelstellingen is van het verlies van zijn Amerikaanse staatsburgerschap. Op grond van deze bepaling kunnen de VS gedurende een periode van 10 jaar na het verlies van het staatsburgerschap, belasting heffen over «US source» inkomsten van dergelijke personen. Vanaf 1996 is section 877 van de Internal Revenue Code – waarin op nationaal Amerikaans niveau de heffing van voormalige staatsburgers is geregeld – uitgebreid met voormalige langdurige inwoners. Vanaf dit tijdstip is het vaststaand Amerikaans verdragsbeleid om onder de belastingverdragen ook deze uitbreiding van de nationale heffingsmogelijkheid te effectueren (vergelijk de belastingverdragen van de VS met Japan en het Verenigd Koninkrijk).

De voorgestelde wijziging strekt ertoe het begrip onderdaan uit te breiden met zogenoemde voormalige langdurige inwoners (die niet tevens de Nederlandse nationaliteit bezitten). Het gaat hier om natuurlijke personen die langdurig in de VS wonen (omschreven als natuurlijk personen die in de 15 jaren voorafgaand aan de emigratie ten minste 8 jaar inwoner van de VS zijn geweest) en een zogenoemde «green card» bezitten, vervolgens emigreren en hun status van «green card holder» opgeven. Ook ten aanzien van deze personen kunnen de VS gedurende een periode van 10 jaar na het verlies van de status van «green card holder» over US source inkomsten, hun heffingsbevoegdheid uitoefenen. De reikwijdte van deze bepaling ziet op natuurlijke personen die een netto vermogen van 500 000 dollar of meer hebben op het tijdstip van emigratie uit de VS, of natuurlijke personen die in de loop van de 5 jaren voorafgaande aan de emigratie een gemiddeld netto jaarinkomen hadden van 100 000 dollar of meer (deze bedragen worden overigens jaarlijks geïndexeerd). Als gevolg van de in 1996 gewijzigde section 877(e) (3) (A) kan een voormalige staatsburger een beschikking aanvragen waarin wordt vastgelegd dat het verlies van het staatsburgerschap niet fiscaal is geïndiceerd. Slechts een beperkte groep voormalige staatsburgers kan om een dergelijke beschikking verzoeken. Het gaat daarbij om a) voormalige staatsburgers met een dubbele nationaliteit die staatsburger blijven van de andere (verdrags)staat, b) voormalige staatsburgers die ten tijde van de emigratie (of binnen een redelijke periode daarna) staatsburgers waren of worden van het land waarin zij zijn geboren, of het land waarin de echtgenoot of een van de ouders is geboren, c) voormalige staatsburgers die in een periode van 10 jaar voorafgaande aan de emigratie uit de VS gedurende een periode van niet meer dan 30 dagen per jaar in de VS verbleven en d) voormalige staatsburgers die afstand hebben gedaan van het Amerikaanse staatsburgerschap voordat zij de leeftijd hebben bereikt van 18½ jaar.

De beschikkingsprocedure geldt niet voor de hierboven bedoelde langdurige inwoners. Volgens section 877 (e) (4) kan het Ministerie van Financiën van de VS evenwel voormalige langdurige inwoners ontheffing verlenen van section 877, waardoor zij niet langer met de (tienjarige) Amerikaanse heffing worden geconfronteerd. Vooruitlopend op regelgeving waarin de beschikkingsprocedure ook wordt opengesteld voor voormalige langdurige inwoners, kan door zekere natuurlijke personen over de vraag of het verlies van de «green card» vanwege fiscale motieven is ingegeven, een ruling worden aangevraagd. De kring van voormalige langdurige inwoners die een ruling kan aanvragen, komt vrijwel overeen met de kring van voormalige staatsburgers die een beschikking op dit punt kunnen aanvragen. De groep betreft voormalige langdurige inwoners die – binnen een korte periode na emigratie – inwoner worden (en volledig onderworpen zijn aan de inkomstenbelasting)¹ van een van de volgende landen:

- a) inwoner van het land waarin hij is geboren,
- b) inwoner van het land waarin de echtgenoot is geboren, of
- c) inwoner van het land waar een van de ouders van de natuurlijke persoon is geboren.

Een ruling kan verder worden aangevraagd door een natuurlijke persoon (voormalig green card holder) die in een periode van 10 jaar voorafgaande aan de emigratie in de VS gedurende een periode van niet meer dan 30 dagen per jaar in de VS verbleef. Ten slotte kan de ruling worden aangevraagd door natuurlijke personen die voor het bereiken van de leeftijd van 18½ jaar als inwoner wensen te worden behandeld van een ander verdragsland en voor verdragsdoeleinden ook zo worden behandeld.

¹ Er is geen sprake van volledige (onverkorte) belastingplicht indien de natuurlijke persoon in dat land op basis van de zogenoemde «remittance base» in de heffing wordt betrokken.

Bepaling betreffende hybride entiteiten (onderdeel e)

Aan artikel 24 (Grondslag van de belastingheffing) wordt een nieuw lid toegevoegd, waarin een regeling is opgenomen voor hybride entiteiten. Door een verschil in kwalificatie van een entiteit door bronland en woonland kunnen situaties optreden van dubbele belastingheffing en dubbele vrijstelling. Het OESO-rapport «Application of the Model Tax Convention to Partnerships» ziet op deze materie. Nederland heeft bij dit rapport een voorbehoud gemaakt en streeft sinds 1999 ernaar om in de belastingverdragen een aparte bepaling op te nemen voor hybride entiteiten (zie onder meer de belastingverdragen met België 2001 (Trb. 2001, 136) en Indonesië 2002 (Trb. 2002, 33).

De bepaling ziet uitsluitend op de verdragstoepassing van een inkomensbestanddeel dat van het ene land naar het andere land vloeit via een entiteit die door de twee betrokken landen anders wordt gekwalificeerd. De bepaling ziet niet op een verschil in kwalificatie van het inkomensbestanddeel.

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. De nationale heffingsrechten van beide landen worden door de regeling echter niet aangetast. Door deze opzet van artikel 24, vierde lid, heeft de nog in te dienen flankerende fiscale wetgeving die betrekking heeft op de voorgestelde wijziging van het wettelijk regime voor vennootschappen onder firma (vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, Kamerstukken II 2002/03, 28 746) geen gevolgen voor de toepassing van de bepalingen betreffende de hybride entiteiten die in het onderhavige Protocol zijn opgenomen. Dit hangt samen met het feit dat het bronland, zoals hiervoor opgemerkt, de kwalificatie van het woonland volgt, zodat een eventuele wijziging in kwalificatie van een entiteit op grond van de hiervoor bedoelde flankerende wetgeving automatisch doorwerkt naar het Nederlands-Amerikaanse bilaterale belastingverdrag.

De in artikel 24, vierde lid, opgenomen bepaling komt inhoudelijk overeen met de uitgangspunten die het genoemde OESO-rapport zijn opgenomen. Hierna wordt de vraag beantwoord wie, ingeval sprake is van een hybride entiteit, verdragsgerechtigd is voor via een dergelijke entiteit genoten inkomen.

Het vierde lid bepaalt concreet dat indien een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel wordt verkregen via een entiteit die fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide Staten, dit bestanddeel wordt 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. Hierbij kunnen de zes volgende situaties worden onderscheiden.

1. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de landen en toevloeit aan een entiteit die in het andere land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van het andere land wordt de entiteit als fiscaal transparant aangemerkt (d.w.z. de entiteit wordt zelf niet in de belastingheffing betrokken); het inkomensbestanddeel wordt gezien als inkomen van de participanten van de entiteit. 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.

Voorbeeld 1: Natuurlijk persoon Z woont in de VS. Z neemt deel in entiteit Y welke is opgericht en gevestigd in de VS. Via de entiteit verkrijgt Z dividenden uit Nederland van BV X. Volgens de fiscale wetgeving van de VS is Y fiscaal transparant, maar volgens de fiscale wetgeving van Nederland is Y niet fiscaal transparant. Z wordt in de VS voor zijn wereldinkomen in de belastingheffing betrokken. Voor verdragsdoeleinden is Z inwoner van de VS; Y is immers niet «liable to tax» in de zin van artikel 4 van het verdrag. Zonder het vierde lid, zou echter verschil van mening kunnen bestaan of Z wel genietter is van de inkomsten. De overeengekomen bepaling leidt ertoe dat de natuurlijke persoon Z als de ontvanger van de dividenden wordt aangemerkt. Nederland mag over de dividenduitkering door BV X een bronheffing inhouden van 15 percent. De VS mogen als woonland van Z de dividenden eveneens in de belastingheffing betrekken maar moeten verrekening geven voor de in Nederland betaalde belasting. In dit voorbeeld volgt dus Nederland als bronland de kwalificatie van de entiteit door de VS bij het vaststellen van de verdragsgerechtigdheid.

2. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de landen en toevloeiit aan een entiteit die in het andere land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van het andere land wordt de entiteit als niet-fiscaal transparant aangemerkt (de entiteit wordt zelf in de belastingheffing betrokken). Volgens de nationale wetgeving van het bronland is de entiteit fiscaal transparant. In dit geval kan door de entiteit zelf een beroep worden gedaan op verdragstoepassing omdat de entiteit in het andere land op de normale wijze in de belastingheffing wordt betrokken en er dus sprake is van een inwoner als bedoeld in artikel 4. Ook hier is de kwalificatie van de entiteit door het bronland niet van belang, behalve dan dat voor het bronland niet de entiteit maar de deelnemers belastingplichtig zijn voor de eigen heffingsrechten.

Voorbeeld 2: Als voorbeeld 1 maar in dit geval is entiteit Y volgens de nationale wetgeving van de VS niet-fiscaal transparant en is Y volgens de nationale wetgeving van Nederland wel fiscaal transparant. De entiteit Y wordt voor het wereldinkomen in de Amerikaanse winstbelasting betrokken. Y wordt aangemerkt als inwoner van de VS en Y is de uiteindelijke gerechtigde van het dividend, zodat Nederland het verdragsartikel voor dividenden moet toepassen. De VS zullen voor de Nederlandse dividendbelasting verrekening geven. Ook in dit voorbeeld volgt dus Nederland als bronland de kwalificatie van de entiteit door de VS bij het vaststellen van de verdragsgerechtigdheid.

3. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de landen en toevloeiit aan een entiteit die in een derde land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van het andere land wordt de entiteit als fiscaal transparant aangemerkt (de entiteit wordt niet zelf in de belastingheffing betrokken); het inkomensbestanddeel wordt gezien als inkomen van de deelnemers van de entiteit. 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 in het derde land kwalificeert.

Voorbeeld 3: Natuurlijk persoon Z woont in de VS. Z neemt deel in entiteit Y welke is opgericht en gevestigd in een derde land. Via de entiteit verkrijgt Z dividenden uit Nederland van BV X. Volgens de fiscale wetgeving van de VS is Y fiscaal transparant, evenals volgens de fiscale wetgeving van Nederland. Z wordt in de VS voor zijn wereldinkomen in de belastingheffing betrokken. Voor verdragsdoeleinden is Z inwoner van de

VS. Met of zonder de voorgestelde bepaling (er is namelijk geen kwalificatieconflict) wordt de natuurlijke persoon Z als de ontvanger van de dividenden aangemerkt. Volgens het belastingverdrag tussen Nederland en de VS mag Nederland ter zake van de dividenduitkering door BV X een bronheffing inhouden van 15 percent. De VS mogen als woonland van Z de dividenden eveneens in de belastingheffing betrekken maar, moeten verrekening geven voor de in Nederland betaalde belasting.

4. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de landen en toevloeit aan een entiteit die in een derde land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van het andere land wordt de entiteit als niet-fiscaal transparant aangemerkt (de entiteit wordt zelf in de belastingheffing betrokken). Op het inkomensbestanddeel behoeft het belastingverdrag niet te worden toegepast.

Voorbeeld 4: Natuurlijk persoon Z woont in de VS. Z neemt deel in entiteit Y welke is opgericht en gevestigd in een derde land. Via de entiteit verkrijgt Z dividenden uit Nederland van BV X. Volgens de fiscale wetgeving van de VS is Y niet fiscaal transparant; volgens de Nederlandse fiscale wetgeving wel. Het dividend dat afkomstig is uit Nederland wordt bij de natuurlijke persoon Z in de VS niet in de belastingheffing betrokken. Ook de entiteit wordt niet in de VS voor de dividenden in de heffing betrokken omdat de entiteit naar het recht van de VS niet in de VS is gevestigd. Z noch de entiteit zijn met andere woorden inwoner in de zin van het belastingverdrag. Er is geen sprake van inkomen dat aan een inwoner van de VS kan worden toegerekend, zodat dit inkomen fiscaal niet geacht wordt in de VS te zijn ontvangen. Nederland hoeft als gevolg van de overeengekomen bepaling geen vermindering van zijn dividendbelasting te verlenen.

5. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is uit een van de landen en toevloeit aan een entiteit die in dat land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van dit land wordt de entiteit als niet-fiscaal transparant aangemerkt. Volgens de wetgeving van het andere land (waarin de deelnemers in de entiteit woonachtig of gevestigd zijn) is de entiteit fiscaal transparant. Onverkorte toepassing van de voorgestelde bepaling zou betekenen dat het bronland de kwalificatie van het land waarin de deelnemers woonachtig zijn of zijn gevestigd moet overnemen. De entiteit zou dus fiscaal als transparant moeten worden aangemerkt. Het is echter niet de bedoeling van de voorgestelde bepaling om alle heffingsrechten aan het bronland te ontzeggen. Daarom is in het memorandum van overeenstemming aangegeven dat de voorgestelde bepaling de belastingheffing in beide landen ter zake van dat inkomensbestanddeel bij de persoon die geacht wordt dit inkomen te hebben ontvangen, onverlet laat. Dit wordt toegelicht aan de hand van een voorbeeld dat het spiegelbeeld is van het voorbeeld dat in het memorandum van overeenstemming is opgenomen.

Voorbeeld 5: Natuurlijk persoon Z is inwoner van de VS. Z is enig deelnemer van X, een in Nederland gevestigde BV. BV X bezit alle aandelen van de in Nederland gevestigde BV Y. Voor de Nederlandse wetgeving zijn X en Y fiscaal niet-transparant. Voor de Amerikaanse wetgeving is op basis van de zogenoemde «check the box rules» gekozen voor fiscale transparantie van X. Op 1 mei keert Y dividend uit aan X. Op 1 oktober wordt dit dividend door X dooruitgedeeld aan Z. Voor de Amerikaanse wetgeving wordt de dividenduitdeling van Y aan X geacht te zijn genoten door natuurlijk persoon Z. De voorgestelde maatregel leidt er niet toe dat Nederland zijn nationale wetgeving niet meer mag toepassen. In het onderhavige geval is op de dividenduitkering van Y aan X op 1 mei de Nederlandse nationale wetgeving van toepassing. Bij de uitkering van X aan Z past Nederland op dat moment (1 oktober) het verdragstarief van 15 percent toe voor de heffing van dividendbelasting.

6. Er is sprake van een inkomensbestanddeel dat afkomstig is van een van de landen en toevloeit aan een entiteit die in dat land is gevestigd. Volgens de nationale wetgeving van het bronland is de ontvangende entiteit fiscaal transparant. In het andere land wordt de entiteit fiscaal niet aangemerkt als een transparante entiteit. Verdragstoepassing komt niet aan de orde met betrekking tot de deelnemers in de entiteit die zijn gevestigd in het andere land. Deze deelnemers zijn namelijk niet «liable to tax» voor de desbetreffende inkomsten. Deze uitwerking van de voorgestelde bepaling kan in bijzondere situaties tot «overkill» leiden (voor deelnemers in het andere land die aldaar vrijgesteld zijn van belastingheffing). Daarom is in het memorandum van overeenstemming opgenomen dat de bevoegde autoriteiten toch verdragsvoordelen kunnen geven ook al wordt het inkomensbestanddeel in dat land fiscaal niet behandeld als een inkomensbestanddeel dat door een inwoner is verkregen. Voorwaarde daarbij is wel dat bij rechtstreekse verkrijging de achterliggende deelnemer in het vestigingsland van belasting zou zijn vrijgesteld. De passage in het memorandum van overeenstemming is dus geschreven voor pensioenfondsen in de zin van artikel 35 van het belastingverdrag¹. *Voorbeeld 6:* Z is een pensioenfonds als bedoeld in artikel 35 van het belastingverdrag en is voor de toepassing van het belastingverdrag inwoner van Nederland. Z neemt deel in de Amerikaanse entiteit Y die voor de toepassing van de Amerikaanse (belasting)wetgeving heeft gekozen voor een behandeling als transparante entiteit. Gezien de kenmerken van de entiteit, kwalificeert Nederland Y als fiscaal niet-transparant. Y bezit aandelen in een in de VS gevestigde vennootschap. De voorgestelde bepaling zou ertoe leiden dat Z niet gerechtigd is tot de voordelen van artikel 10 op de dividenden ontvangen van de VS vennootschap via Y, omdat het dividend in Nederland niet geacht wordt te zijn ontvangen door Z maar door Y. De VS hoeven daardoor niet het verdrag op deze uitkering toe te passen. Om te voorkomen dat in het bijzonder pensioenfondsen worden belemmerd in het beleggen van vermogen via dergelijke entiteiten, is in het memorandum van overeenstemming neergelegd dat (in dit geval) de bevoegde autoriteiten van de VS kunnen bepalen dat Z gerechtigd is tot de verdragsvoordelen.

Artikel 7

In artikel 7 van het Protocol wordt artikel 26 (Beperkingen van de voordelen) vervangen door een nieuw artikel. Voor de achtergronden van de zogenoemde Limitation on Benefits (LOB), zij verwezen naar de parlementaire behandeling bij het wetsvoorstel houdende goedkeuring van het op 18 december 1992 gesloten belastingverdrag tussen de VS en Nederland (Kamerstukken II 1992/93, 23 220). De nieuwe LOB-bepaling bevat een aantal belangrijke verbeteringen ten opzichte van het huidige artikel, is meer gestroomlijnd en is zeker qua leesbaarheid eenvoudiger van opzet. De onderdelen die niet zijn gewijzigd ten opzichte van de huidige tekst, worden in het onderstaande slechts kort aangestipt.

De structuur van het artikel

Artikel 26, eerste lid, bevat de regel dat alleen gekwalificeerde personen als bedoeld in het tweede lid recht hebben op *alle voordelen* van dit belastingverdrag, mits aan de overige voorwaarden voor het verkrijgen daarvan wordt voldaan. In het derde t/m het zesde lid wordt geregeld dat personen die niet aangemerkt kunnen worden als gekwalificeerde personen, in beginsel toch aanspraak kunnen maken op verdragstoepassing *met betrekking tot een specifiek inkomstenbestanddeel*. Volgens het zevende lid kunnen de bevoegde autoriteiten van de bronstaat bepalen dat een persoon die niet kwalificeert onder de voorgaande leden, toch aanspraak kan maken op voordelen indien zulks naar hun oordeel gerechtvaardigd is. In het achtste lid worden verschillende

¹ Op 21 maart 2003 is een persbericht uitgebracht waarin de uitkomst van een overlegprocedure tussen de bevoegde autoriteiten van beide landen is gepubliceerd. Nederlandse pensioenfondsen die via in de Verenigde Staten gevestigde fiscaal hybride entiteiten beleggen in de Verenigde Staten hebben recht op vrijstelling van bronbelasting op dividenden en interest.

begrippen die in de vorige leden zijn gebruikt, nader omschreven. Bij de LOB-bepaling is dus van belang of een persoon aangemerkt kan worden als gekwalificeerd persoon (welke kwalificatie aanspraak geeft op alle voordelen van de overeenkomst) of dat sprake is van een niet gekwalificeerde persoon die een beroep doet op de leden 3 t/m 7 (en recht heeft op alle of bepaalde voordelen met betrekking tot een specifiek inkomstenbestanddeel).

Uitgangspunten van de LOB-bepaling (eerste lid)

Volgens het eerste lid is een inwoner van een van de Staten alleen gerechtigd tot alle voordelen uit het belastingverdrag die worden toegekend aan inwoners van een Staat voorzover dit in artikel 26 is neergelegd (en mits aan de specifieke voorwaarden van het desbetreffende artikel wordt voldaan). De voordelen die worden toegekend aan inwoners van een land, omvatten alle beperkingen in de belastingheffing die aan het bronland worden opgelegd via de artikelen 6 t/m 23, het recht op voorkoming van dubbele belasting als bedoeld in artikel 25 en de aanspraak op de toepassing van het non-discriminatie-artikel (artikel 28). Bepaalde artikelen stellen niet de voorwaarde dat een persoon inwoner is (bijvoorbeeld het artikel betreffende de onderlinge overlegprocedure), zodat de toegang tot die artikelen niet door de LOB-bepaling wordt beperkt.

Gekwalificeerde personen (tweede lid)

Het tweede lid omschrijft de personen die gerechtigd zijn tot alle voordelen van het belastingverdrag. Deze personen worden aangemerkt als gekwalificeerde personen. Voor aanspraak op de voordelen van het belastingverdrag is geen toestemming of instemming (vooraf) door de bevoegde autoriteiten van de bronstaat vereist. Er zijn zes categorieën van gekwalificeerde personen.

Natuurlijke personen

Natuurlijke personen die inwoner zijn van de VS of Nederland worden aangemerkt als gekwalificeerde personen die aanspraak kunnen maken op alle voordelen van het belastingverdrag. Uiteraard moeten deze natuurlijke personen wel voldoen aan de voorwaarden die de verschillende artikelen ter zake stellen (bijvoorbeeld de voorwaarde in het dividend-artikel dat de ontvanger van het dividend de uiteindelijke gerechtigde moet zijn).

De Staat der Nederlanden of de VS, een staatkundig onderdeel of een plaatselijk publiekrechtelijk lichaam daarvan

In het memorandum van overeenstemming behorende bij het belastingverdrag uit 1992 is in onderdeel I (ter zake van artikel 4, eerste lid) vastgelegd dat de regeringen van de beide landen, de staatkundige onderdelen of de plaatselijke publiekrechtelijke lichamen daarvan als inwoner worden aangemerkt. Volgens artikel 26, tweede lid, worden zij tevens als gekwalificeerde personen aangemerkt.

Lichamen

De directe en de indirecte beurstoets

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de directe en indirecte beurstoets

Directe beurstoets

Een lichaam wordt als gekwalificeerd persoon aangemerkt, indien de voornaamste aandelensoort (en elke «disproportionate class of shares») van het lichaam is genoteerd aan een erkende effectenbeurs in één van de beide landen en deze aandelensoort regelmatig wordt verhandeld op één of meer erkende effectenbeurzen. De begrippen die worden gehanteerd (voornaamste aandelensoort, «disproportionate class of shares», regelmatige handel in de aandelen), zijn in het achtste lid nader omschreven en

komen nagenoeg overeen met de voor de huidige bepaling geldende definities. Kortheidshalve wordt daarom hier volstaan met een verwijzing naar de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het belastingverdrag (Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3). Op één punt wijkt de nieuwe bepaling af van de oude. De omschrijving van het begrip «erkende effectenbeurs» is voor Nederland aangepast in verband met het opgaan van de Amsterdamse effectenbeurs in Euronext. In het memorandum van overeenstemming is voorts vastgelegd dat een vennootschap die is genoteerd aan de effectenbeurzen in Parijs en Brussel (die samen met de Amsterdamse effectenbeurs Euronext vormen), geacht wordt te voldoen aan de voorwaarde van beursnotering, zolang de autoriteiten voor de Financiële Markten toezicht houden op het deel van de beurs van Euronext dat in Nederland is gelegen. Hierbij is dus sprake van een verruiming.

Bij de directe beurstoets moet het wel gaan om een beurslichaam (hierna: beursvennootschap) dat in het land van vestiging reële aanwezigheid heeft. In het algemene deel van deze toelichting is aan de orde gesteld dat de Verenigde Staten een hard punt maken van het tegengaan van misbruik van het belastingverdrag.

Reële aanwezigheid van beursvennootschappen

Een beursvennootschap heeft geen reële aanwezigheid in het land van vestiging, indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan, waarbij de eerste voorwaarde in twee onderdelen uiteenvalt.

Wat betreft de eerste voorwaarde is er geen reële aanwezigheid in het land van vestiging, indien wordt voldaan aan één van de twee volgende criteria:

- de totale handel in de aandelen van de beursvennootschap op de effectenbeurzen in het andere land, bedraagt meer dan de totale handel in deze aandelen op effectenbeurzen die in de primaire economische zone van het land van vestiging zijn gelegen, of
- de aandelen in de beursvennootschap worden in de primaire economische zone van het land van vestiging niet of voor minder dan 10 percent van de totale handel verhandeld.

Indien derhalve een in Nederland gevestigde vennootschap in een van de twee landen aan de beurs is genoteerd en er regelmatige handel in de aandelen plaatsvindt in de zin van het achtste lid op erkende effectenbeurzen en daarnaast de aandelenhandel in de VS groter is dan de handel op alle effectenbeurzen in de Europese Unie of Europese Economische Ruimte, dan wordt aan het eerste criterium voldaan. Aan het tweede criterium wordt voldaan indien de aandelen van de in Nederland gevestigde beursvennootschap niet op effectenbeurzen in Europa of de Europese Economische Ruimte wordt verhandeld, of de handel op die beurzen minder dan 10 percent bedraagt van de wereldwijde handel in die aandelen. Om te voorkomen dat niet structurele omstandigheden incidenteel zouden kunnen leiden tot overschrijding van de drempel, kan de beursvennootschap verzoeken bij de vaststelling van dit criterium uit te gaan van de gemiddelde aandelenhandel in de afgelopen drie jaren. Indien bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde beursvennootschap waarvan de aandelen worden verhandeld op zowel een beurs in Nederland als een beurs in de VS, een in de VS gevestigde vennootschap overneemt tegen uitreiking van eigen aandelen die worden uitgegeven via de Amerikaanse beurs en de (voormalige) aandeelhouders van de Amerikaanse vennootschap doen massaal de verkregen Nederlandse aandelen van de hand, zou zonder deze bepaling de Nederlandse beursvennootschap wellicht voldoen aan de voorwaarde dat de aandelenhandel in de VS groter is dan de aandelenhandel in Europa of EER landen. De uitleg in het memorandum van overeenstemming voorkomt dit. Wil er sprake zijn van het ontbreken van reële aanwezigheid van de beursvennootschap in het land van vestiging, dan dient naast de hierboven

behandelde voorwaarde ook te worden voldaan aan de eis dat de belangrijkste plaats van bestuur en leiding niet in het vestigingsland is gelegen. Blijkens het achtste lid, onderdeel e, in samenhang met het memorandum van overeenstemming wordt met het bestuur en de leiding van de beursvennootschap de raad van bestuur van de beursvennootschap bedoeld en de onder dit college ressorterende functionarissen die de werkzaamheden van die raad van bestuur voorbereiden. Alleen in de situatie dat de raad van bestuur van de beursvennootschap formeel dan wel materieel niet de taken uitoefent die gewoonlijk binnen een concern aan dit college worden opgedragen, wordt bezien waar in het concern de functionarissen de werkzaamheden uitoefenen die gewoonlijk door genoemd college van de beursvennootschap worden uitgeoefend. Of sprake is van een reële raad van bestuur wordt materieel beoordeeld, waarbij (statutaire) beperkingen in de bevoegdheden van de leden van de raad van bestuur in de beoordeling worden betrokken. De plaats van leiding en bestuur (de raad van bestuur) is in het vestigingsland gelegen indien in dat land meer van de taken van de raad van bestuur en de voorbereiding daarvan worden uitgeoefend dan in elk ander land.

Naast de leden van de raad van bestuur worden bij de vaststelling of er sprake is van reële aanwezigheid in het land van vestiging ook de functionarissen die de taken van de raad van bestuur voorbereiden (hierna: concernstaf) in de beschouwing betrokken. Ook hier geldt dat de (voorbereidende) werkzaamheden meer in Nederland moeten plaatsvinden dan in elk ander land. In het memorandum van overeenstemming is een nadere uitleg gegeven voor Nederlandse concerns met een dubbele houdsterstructuur. Bij Nederlandse concerns waarvan de topvennootschap zowel is genoteerd aan de beurs in Nederland als in een andere lidstaat van de Europese Unie (het Verenigd Koninkrijk) zou dit criterium te strikt uitwerken, omdat de concernstaf in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk ook werkzaamheden verricht ten behoeve van de raad van bestuur in Nederland. Voor Nederlandse concerns met een dubbele houdsterstructuur geldt daarom in dat kader de voorwaarde dat de werkzaamheden van de concernstaf in Nederland en het Verenigd Koninkrijk tezamen meer bedragen dan de werkzaamheden in elk ander land (dan Nederland en het Verenigd Koninkrijk).

In het kader van de administratieve lasten, zij nog opgemerkt dat het eenvoudig is vast stellen of er meer aandelenhandel plaatsvindt in het andere land dan in de primaire economische zone van het vestigingsland. In het merendeel van de gevallen vindt ten aanzien van een in Nederland gevestigde beursvennootschap meer aandelenhandel in «Europa» plaats dan in de VS. Deze beursvennootschappen voldoen dus zonder meer aan de voorwaarde van reële aanwezigheid in Nederland. In een enkel geval zal de aandelenhandel in de VS groter zijn dan in Europa (of in een EER-land) en zal de beursvennootschap moeten aantonen dat de (reële) raad van bestuur in Nederland het grootste deel van zijn werkzaamheden uitoefent.

De indirecte beurstoets

Naast lichamen die zelf beursgenoteerd zijn in de VS of in Nederland, kunnen ook lichamen die onmiddellijk of middellijk worden beheerst door beursgenoteerde lichamen, aangemerkt worden als gekwalificeerde personen. Bij middellijke deelnemingen geldt wel als voorwaarde dat alle tussenliggende schakels inwoner zijn van één van beide staten. Anders dan bij de directe beurstoets wordt bij de beoordeling van het stemrecht-criterium gekeken naar elke soort aandelen (in plaats van de voornaamste aandelensoort).

Ten opzichte van de bepaling die in het huidige belastingverdrag is opgenomen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat meer dan 50 percent van het stemrecht en de waarde van de aandelen

wordt gehouden door ten hoogste vijf lichamen die in een van beide landen zijn gevestigd en voldoen aan de voorwaarden van de directe beursoets (situatie 1 die is neergelegd in het eerste lid, onderdeel c onder ii van de huidige bepaling) en de op verzoek van Nederland neergelegde specifieke regeling in geval van een in Nederland gevestigd lichaam (situatie 2 die is neergelegd in het eerste lid, onderdeel c, onder iii, van de huidige bepaling).

In het gewijzigde artikel 26 is bij de indirecte beursoets situatie 1 met een tweetal belangrijke wijzigingen neergelegd. In de eerste plaats is de voorwaarde van «meer dan 50 percent» gewijzigd in «ten minste 50 percent». In de tweede plaats geldt bij de indirecte beursoets niet langer de toets voor doorstroomlichamen. Aldus is op belangrijke punten de indirecte beursoets verbeterd en veel minder complex geworden.

Vrijgestelde pensioenfondsen

Vrijgestelde pensioenfondsen als bedoeld in artikel 35 van het belastingverdrag worden aangemerkt als gekwalificeerde personen. Dezerzijds bestond bezwaar tegen de door de VS voorgestelde (in andere Amerikaanse belastingverdragen zoals die met het Verenigd Koninkrijk opgenomen) nadere voorwaarde dat meer dan 50 percent van de deelnemers in dergelijke pensioenfondsen natuurlijke personen zijn die inwoners van een van beide landen moeten zijn. Dit zou een (administratieve) lastenverzwaring betekenen voor Nederlandse pensioenfondsen en een verslechtering ten opzichte van de huidige situatie. Daarom is overeengekomen dat een vrijgesteld pensioenfonds hetzij moet voldoen aan de hierboven genoemde voorwaarde hetzij moet voldoen aan de voorwaarde dat de organisatie die geldschieter is van het pensioenfonds op grond van artikel 26 aanspraak kan maken op verdragsvoordelen (vergelijk het huidige artikel 26, achtste lid, onderdeel j). De huidige situatie wordt dus gecontinueerd.

Organisaties zonder winstoogmerk

Een organisatie zonder winstoogmerk die op grond daarvan in het algemeen in haar woonstaat is vrijgesteld van een belastingheffing naar het inkomen, wordt als een gekwalificeerde persoon aangemerkt. Het betreft hier een verbetering ten opzichte van de huidige bepaling, omdat de eis dat meer dan de helft van de gerechtigden, leden of deelnemers in de organisatie gekwalificeerde personen dienen te zijn, is komen te vervallen.

Personen die voldoen aan de aandeelhouderstoets en de toets betreffende de uitholling van de heffingsgrondslag

Personen die voldoen aan deze toets (hierna: aandeelhouderstoets), worden aangemerkt als gekwalificeerde personen. De toets valt in twee onderdelen uiteen. Voorwaarden die worden gesteld aan de aandeelhouders van de persoon die een beroep doet op verdragsvoordelen en de toets betreffende de uitholling van de heffingsgrondslag. In grote lijnen komt deze toets overeen met de toets die in het huidige belastingverdrag is opgenomen.

De aandeelhouderstoets verlangt dat 50 procent of meer van het belang in de persoon (bestaande uit stemrecht en waarde al dan niet via aandelenbezit) gedurende ten minste de helft van het jaar onmiddellijk of middellijk in handen is van de volgende gekwalificeerde personen: natuurlijke personen die inwoner zijn van Nederland of de VS, de regeringen van beide landen (inclusief staatkundige onderdelen of publiekrechtelijke lichamen), direct beursgenoteerde vennootschappen in Nederland of de VS, vrijgestelde pensioenfondsen of organisaties zonder winstoogmerk die in een van de landen zijn gevestigd.

De toets betreffende de uitholling van de grondslag heeft als achtergrond te bepalen of en in hoeverre het bruto inkomen dat wordt gegenereerd in de staat van vestiging, feitelijk is onderworpen aan belastingheffing in het

land van vestiging. Betalingen aan inwoners van het andere land of doorbetalingen aan een vaste inrichting in een van de twee landen tellen niet mee bij het bepalen van de toets betreffende de uitholling van de heffingsgrondslag. Uitholling van de grondslag is niet aanwezig indien minder dan 50 percent van het bruto inkomen van het lichaam onmiddellijk of middellijk wordt betaald aan of toekomt aan personen die geen inwoner zijn van een van beide landen. Het moet daarbij gaan om betalingen die aftrekbaar zijn voor de belastingen in het vestigingsland. Uitzonderd worden betalingen aan willekeurige derden bij de normale bedrijfsuitoefening en betalingen in het kader van financiële verplichtingen aan een bank op voorwaarde dat, indien de bank geen inwoner is van een van de landen, een dergelijke betaling toerekenbaar is aan een vaste inrichting van die bank gelegen in een van de landen. In het memorandum van overeenstemming is een omschrijving van het begrip bruto inkomen neergelegd.

Derivative benefits toets/toets voor gelijkwaardige gerechtigden (derde lid)

Het derde lid bevat een toets op grond waarvan een persoon die niet kan worden aangemerkt als een gekwalificeerde persoon, toch aanspraak kan maken op alle verdragsvoordelen voor een specifiek inkomensbestanddeel. Bij deze toets gaat het in wezen om het verlenen van verdragsvoordelen door het bronland aan een (niet – gekwalificeerde) inwoner van het andere land, indien de aandeelhouders van de inwoner van het andere land gerechtigd zouden zijn tot dezelfde verdragsvoordelen indien dit inkomensbestanddeel rechtstreeks naar hen zou zijn toegevoerd. Deze toets wijkt af van en is voor belastingplichtigen gunstiger dan de toets voor gelijkwaardige gerechtigden die in het huidige artikel 26, vierde lid, is opgenomen, vanwege enerzijds de te kennen voordelen en anderzijds de kwalificatie onder deze toets. De toets valt in twee onderdelen uiteen. Voorwaarden die zien op de aandeelhouders van de persoon, en voorwaarden die zien op het tegengaan van de uitholling van de heffingsgrondslag.

Ondanks deze wijzigingen zou in een enkel geval de in het huidige belastingverdrag opgenomen zogenoemde EU-aandeelhouderstoets voor in Nederland gevestigde lichamen toch nog gunstiger kunnen uitwerken. Deze in het huidige belastingverdrag in artikel 26, vierde lid, neergelegde regeling heeft echter niet zijn belang verloren. Op verzoek van Nederland is in het memorandum van overeenstemming neergelegd dat in dergelijke situaties verdragsvoordelen onder de zogenoemde vangnetbepaling zullen worden gehonoreerd.

Voorwaarden die zien op de aandeelhouder

Om in aanmerking te komen voor de derivative benefits toets moeten de aandeelhouders in de persoon 7 of minder gelijkwaardige gerechtigden zijn die aandelen in het lichaam bezitten die ten minste 95 percent van het totale aantal stemrechten en de waarde vertegenwoordigen (en ten minste 50 percent van elke «disproportionele class of shares»). Het aandelenbezit kan onmiddellijk of middellijk zijn. Het begrip «gelijkwaardige gerechtigden» is omschreven in het achtste lid. Het begrip gelijkwaardige gerechtigden kan in twee categorieën worden onderverdeeld.

I De gelijkwaardige gerechtigden die in bepaalde verdragslanden wonen of zijn gevestigd

De eerste categorie betreft personen die op grond van een belastingverdrag tussen het bronland en zijn woon- of vestigingsland gerechtigd zijn tot dezelfde verdragsaanspraken als de persoon die op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en de VS aanspraak wenst te maken op verdragstoepassing. Bij deze categorie gelden de twee volgende beperkingen.

In de eerste plaats moet het gaan om een persoon die inwoner is van één van de landen van de Europese Unie, een persoon die inwoner is van één van de landen die partij is bij de Europese Economische Ruimte of een persoon die inwoner is van een land dat partij is bij de NAFTA. De tweede beperking is dat de gelijkwaardige gerechtigden op grond van het belastingverdrag tussen zijn land en het bronland aanspraak moet kunnen maken op *alle voordelen* van dat belastingverdrag (en dus in feite moet worden aangemerkt als een gekwalificeerde persoon), waarbij in afwijking van het tweede lid, niet als gekwalificeerde persoon worden aangemerkt een vennootschap die kwalificeert op grond van de indirecte beurstoets, en een vennootschap die kwalificeert op grond van de zogenoemde aandeelhouderstoets. Naast het vereiste dat de persoon aanspraak moet kunnen maken op alle voordelen van het belastingverdrag, geldt de voorwaarde dat voor de bronheffing op dividenden, branch profits tax, interest en royalty's die gelijkwaardige gerechtigde recht heeft op hetzelfde tarief (of een lager tarief) als het tarief dat in het belastingverdrag tussen Nederland en de VS is opgenomen ten aanzien van een inkomensbestanddeel waarvoor de persoon aanspraak maakt op verdragstoepassing.

De uitsluiting in de toets voor gelijkwaardige gerechtigden van indirecte beursvennootschappen en vennootschappen die kwalificeren op grond van de aandeelhouderstoets, houdt verband met de Amerikaanse wens om verwateringsconstructies tegen te gaan, waarbij de verdragsvoordelen uiteindelijk voor een groot deel ten goede zouden komen aan personen die daar geen recht op hebben. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie van een in Nederland gevestigde vennootschap die voor 95 procent wordt gehouden door een Engelse vennootschap en voor 5 procent door een inwoner van een land waarmee de VS geen belastingverdrag hebben gesloten, terwijl de Engelse vennootschap op haar beurt voor 50 procent wordt gehouden door een Engelse beursvennootschap en voor 50 procent door een inwoner van dat niet-verdragsland. Door een dergelijke «kerstboom» zou een inwoner van een derde Staat op oneigenlijke wijze toegang krijgen tot het door Nederland met de Verenigde Staten gesloten belastingverdrag.

De eis dat de gelijkwaardige gerechtigde aanspraak kan maken op alle voordelen van het belastingverdrag dat geldt tussen zijn land en het bronland, betekent dat personen die alleen kwalificeren voor verdragstoepassing voor zekere inkomsten, niet als gelijkwaardige gerechtigden worden beschouwd. Hiervan zal bijvoorbeeld sprake zijn indien een EU-aandeelhouder van een (niet-gekwalificeerde) Nederlandse vennootschap op grond van het belastingverdrag tussen zijn land en de VS kwalificeert op grond van de activiteitentoets. Bij de beoordeling of de Nederlandse vennootschap kwalificeert op grond van de derivative benefits toets, kan wel bezien worden of de aandeelhouder van de aandeelhouder in de Nederlandse vennootschap als gelijkwaardige gerechtigden kan worden aangemerkt. Het is dus niet zo dat wordt volstaan met de beoordeling of de direct achterliggende aandeelhouder een gelijkwaardige gerechtigde is. Bij de beoordeling kan als het ware door de direct achterliggende aandeelhouder heen worden gekeken of zijn aandeelhouder kwalificeert. In het memorandum van overeenstemming is op dit punt een voorbeeld opgenomen waarin dit wordt verduidelijkt.

Ingeval het belastingverdrag tussen het bronland en het land waarin de aandeelhouder van de in Nederland gevestigde vennootschap woont of is gevestigd, niet voorziet in een algemeen artikel betreffende de beperkingen van de voordelen, moet de aandeelhouder van de Nederlandse vennootschap aangemerkt kunnen worden als een gekwalificeerde persoon als bedoeld in artikel 26, tweede lid, van het belastingverdrag tussen Nederland en de VS indien die aandeelhouder inwoner van Neder-

land of de VS zou zijn geweest. Ook hier wordt de kwalificatie op grond van de indirecte beursoets en de aandeelhouderstoets uitgezonderd.

II De gelijkwaardige gerechtigden in de VS of Nederland

De tweede categorie gelijkwaardige gerechtigden betreft inwoners van Nederland of de VS die op grond van artikel 26, tweede lid, worden aangemerkt als gekwalificeerde personen. Ook hier is een uitzondering gemaakt voor inwoners die kwalificeren onder de indirecte beursoets en de zogenoemde aandeelhouderstoets. Voor de achtergrond van het uitsluiten van deze twee toetsen zij verwezen naar het vorenstaande. Beide categorieën tellen samen mee bij de toets voor gelijkwaardige gerechtigden. Indien bijvoorbeeld 90 percent van de aandelen in een (niet gekwalificeerde) in Nederland gevestigde vennootschap wordt gehouden door 5 vennootschappen die zijn gevestigd in een (andere) lidstaat van de Europese Unie en die voldoen aan de overige voorwaarden die aan een gelijkwaardige gerechtigde worden gesteld en 10 percent van de aandelen in de Nederlandse vennootschap wordt gehouden door een in de VS wonende natuurlijke persoon (of een Nederland wonende natuurlijke persoon), dan voldoet de in Nederland gevestigde vennootschap aan de voorwaarden van de toets voor gelijkwaardige gerechtigden.

De toets betreffende de uitholling van de heffingsgrondslag

De toets betreffende de uitholling van de grondslag is dezelfde als bij de zogenoemde aandeelhouderstoets met dien verstande dat de uitholling van de heffingsgrondslag niet aanwezig wordt geacht, indien minder dan 50 percent van het brutoinkomen van het lichaam onmiddellijk of middellijk wordt betaald aan of toekomt aan personen die geen gelijkwaardige gerechtigden zijn. Voor het overige zij verwezen naar de toelichting op dit onderdeel bij de zogenoemde aandeelhouderstoets.

De activiteitentoets (vierde lid)

De activiteitentoets die is neergelegd in het overeengekomen vierde lid van artikel 26 is qua opzet en vormgeving aanmerkelijk eenvoudiger dan de huidige activiteitentoets die is neergelegd in het huidige artikel 26, tweede lid. Verder is de toegang tot deze toets versoepeld en is de uitwerking daarvan minder star. Voor de achtergronden van de (huidige) activiteitentoets zij verwezen naar Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3. Een inwoner van een van de landen die bedrijfsmatige activiteiten verricht, is op grond van het vierde lid, onderdeel a, gerechtigd tot verdragsaanspraak ter zake van een inkomensbestanddeel uit het andere land, indien de voordelen verkregen uit het andere land zijn behaald in samenhang met de bedrijfsmatige activiteiten of daaraan bijkomstig zijn. Het begrip «bedrijfsmatige activiteiten» is in het memorandum van overeenstemming nader ingevuld evenals de begrippen «samenhangend met» en «bijkomstig aan». Op deze plaats wordt volstaan met een verwijzing naar de relevante passages uit het memorandum van overeenstemming. Van het begrip bedrijfsmatige activiteiten worden – conform de huidige bepaling – beleggingen of het beheren daarvan uitgezonderd. Op deze uitzondering wordt in de huidige bepaling een uitzondering gemaakt voor banken en verzekeraars. In de overeengekomen bepaling wordt de uitzondering voor banken en verzekeraars uitgebreid met (het beheren van) beleggingen door effectenhandelaars.

Indien het inkomensbestanddeel uit het andere land afkomstig is en samenhangt met bedrijfsmatige activiteiten die door de inwoner of een aan hem gelieerd persoon in het andere land worden verricht, geldt, ingevolge het vierde lid, onderdeel b, als additionele voorwaarde dat de bedrijfsvoering in het land van vestiging wezenlijk is in relatie tot de bedrijfsvoering in het bronland. In het memorandum van overeenstemming wordt nader ingegaan op de strekking van deze bepaling. Deze voorwaarde strekt er alleen toe te voorkomen dat marginale bedrijfs-

activiteiten in het woonland worden opgezet om ter zake van een inkomensbestanddeel uit het andere land op grond van deze toets aanspraak te kunnen maken op verdragstoepassing. Of van marginale bedrijfsactiviteiten sprake is wordt aan de hand van de feiten en omstandigheden bepaald. In het memorandum van overeenstemming zijn drie voorbeelden opgenomen die de strekking van het vierde lid, onderdeel b, verduidelijken. Het begrip «wezenlijk» is ook opgenomen in de huidige activiteitentoets. Om duidelijk tot uitdrukking te laten komen dat de inhoud van dit begrip in de overeengekomen bepaling minder stringent is dan in de huidige bepaling, is voorbeeld 3 opgenomen. Dit voorbeeld is ontleend aan het huidige memorandum van overeenstemming. In dit voorbeeld wordt een situatie geschetst van een in Nederland gevestigd bedrijf dat inkomen genereert uit de VS, waarbij de vraag aan de orde is of de Nederlandse activiteiten van de groep wezenlijk zijn ten opzichte van de activiteiten die in de VS worden verricht. Bij de beantwoording hiervan op basis van de criteria die gelden voor het begrip wezenlijk onder de huidige activiteitentoets, werd die vraag ontkennend beantwoord, waardoor geen aanspraak kon worden gemaakt op verdragstoepassing voor het desbetreffende inkomensbestanddeel. Op basis van de criteria die gelden voor het thans overeengekomen vierde lid, wordt deze vraag echter bevestigend beantwoord. Er is sprake van wezenlijke bedrijfsmatige activiteiten ten opzichte van de activiteiten die in de VS worden verricht, zodat aanspraak kan worden gemaakt op verdragstoepassing. De toepassing van de voorwaarde dat de activiteiten in het woonland wezenlijk zijn ten opzichte van de activiteiten in het bronland ziet – zoals vermeld – alleen op de situatie dat in het andere land bedrijfsmatige activiteiten worden verricht. In andere situaties geldt deze voorwaarde niet. Indien bijvoorbeeld een kleine in de VS gevestigde bank een lening verstrekt aan een niet gelieerde zeer grote bank in Nederland, dan geldt voor de aanspraak op verdragstoepassing in het kader van het vierde lid deze test niet. Overigens zij nog opgemerkt dat het vaststellen of aan het criterium «wezenlijk» van het vierde lid, onderdeel b, is voldaan per afzonderlijk inkomensbestanddeel geschiedt. Het is dus mogelijk dat een inwoner van een van de landen verdragsgerechtigd is voor een bepaald inkomensbestanddeel uit het andere land, maar niet verdragsgerechtigd is voor een ander inkomensbestanddeel.

Het vierde lid, onderdeel c, bepaalt dat bij het vaststellen of een inwoner van een van de landen bedrijfsmatige activiteiten verricht, activiteiten die door een partnership worden verricht waarin de inwoner deelneemt als partner, of activiteiten die worden verricht door een met de inwoner verbonden persoon, geacht worden te worden verricht door de inwoner. De tweede volzin geeft weer wanneer er sprake is van verbondenheid.

De hoofdkantorentoets (vijfde lid)

In het huidige artikel 26, derde lid, is de zogenoemde hoofdkantorentoets opgenomen. Indien een inwoner niet als gekwalificeerde persoon kan worden aangemerkt, kan deze inwoner toch aanspraak maken op verdragsvoordelen indien de inwoner als hoofdkantoor van een concern fungeert. Omdat hoofdkantoren niet kwalificeren onder de activiteitentoets, hechtte Nederland eraan om deze toets in de nieuwe bepaling te behouden. Uiteindelijk hebben de VS hiermee ingestemd. De bepaling is met wat kleine redactionele aanpassingen, letterlijk overgenomen uit het huidige belastingverdrag (zie Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3).

Bepaling met betrekking tot scheep- en luchtvaartondernemingen (zesde lid)

In het huidige artikel 26, zesde lid, is een regeling opgenomen voor scheep- en luchtvaartondernemingen. Ook deze ondernemingen moeten om aanspraak te kunnen maken op verdragsvoordelen voldoen aan een van de toetsen van artikel 26. Specifiek voor dit soort ondernemingen

bevat het zesde lid nog een andere mogelijkheid om voor verdrags-toepassing in aanmerking te komen (vgl. Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3).

Deze bepaling is, met wat kleine redactionele aanpassingen, letterlijk overgenomen uit het huidige belastingverdrag.

De vangnetbepaling (zevende lid)

In art. 26, zevende lid, is neergelegd dat een persoon die inwoner is van een van de landen en die geen aanspraak kan maken op verdrags-toepassing op grond van de vorige leden, toch verdragsvoordelen kan genieten indien de bevoegde autoriteit van het land waaruit het inkomen afkomstig is, zulks bepaalt. Deze zogenoemde vangnetbepaling is ook in het huidige artikel 26 opgenomen (zie Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3). Bij de bespreking van de derivative benefitstoets is al ingegaan op de in het memorandum van overeenstemming neergelegde bepaling dat situaties die in het huidige artikel 26 kwalificeren onder de EU-aandeelhouderstoets, voortaan zullen kwalificeren onder de vangnetbepaling. In het memorandum van overeenstemming is verder neergelegd dat de bevoegde autoriteiten zijn overeengekomen al het mogelijke te doen om op een aanvraag die op de voet van het zevende lid wordt gedaan te beslissen binnen zes maanden nadat de daarvoor benodigde informatie van de belastingplichtige is ontvangen. Tevens zullen de bevoegde autoriteiten tweemaal per jaar bijeenkomen om de stand van zaken te bespreken van de gevallen waarin een verzoek om toepassing van de vangnetbepaling is gedaan. Ten slotte verwijs ik in dit verband nog naar de (procedurele) afspraken die zijn gemaakt in het kader van overleg-procedures (zie het Persbericht van het Ministerie van Financiën van 7 oktober 2003, nr. 2003/237, V-N 2003/51.11).

Artikel 8

Om in de Senaat goedkeuring te krijgen voor het protocol en meer in het bijzonder de uitsluitende woonstaatheffing voor gekwalificeerde deelnemingsverhoudingen, moet zeker zijn gesteld dat de (procedure voor) inlichtingenuitwisseling tussen Nederland en de VS goed verloopt. In dat kader zijn verschillende wijzigingen aangebracht in artikel 32. Het eerste lid is ten opzichte van de huidige bepaling in het belastingverdrag niet gewijzigd. Op deze plaats wordt volstaan met een verwijzing naar Kamerstukken II, 1992/93, 23 220, nr. 3.

Het tweede en derde lid zijn ontleend aan het in 2002 totstandgekomen: «Agreement on exchange of information in tax matters» (hierna: Model Agreement). Zowel Nederland als de Verenigde Staten kunnen de inhoud van het Model Agreement volledig onderschrijven. Dit model vloeit voort uit het werk van de OESO betreffende het tegengaan van schadelijke fiscale praktijken (vergelijk het in 1998 tot stand gekomen OESO rapport «Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue»). In het rapport wordt het gebrek aan effectieve informatie-uitwisseling als een van de belangrijkste oorzaken gezien voor het vaststellen van schadelijke belastingpraktijken.

Het nieuwe tweede lid bevat een uitzondering op het eerste lid op basis waarvan de aangezochte staat een verzoek om informatie-uitwisseling kan afwijzen. Ingevolge het tweede lid moet de in deze bepaling opgenomen informatie worden uitgewisseld, ook al zouden wet- en regelgeving of administratieve praktijk van het aangezochte land dit niet toestaan. Het gaat hierbij in de eerste plaats om informatie gehouden door financiële instellingen. Deze informatie kan Nederland thans ook al uitwisselen. In de tweede plaats ziet de uitzondering ook op informatie gehouden door gevolmachtigden of personen die bij wijze van vertegenwoordiging of als vertrouwenspersoon optreden. Hierop wordt in het derde lid echter een uitzondering gemaakt. Er is geen verplichting om inlichtingen te verza-

melen of te verstrekken waardoor vertrouwelijke communicatie tussen een cliënt en een advocaat, notaris of een andere erkende juridische vertegenwoordiger zou worden onthuld, indien dergelijke communicatie plaatsvindt ten behoeve van het verzoeken om of verstrekken van juridisch advies of plaatsvindt ten behoeve van een bestaande of mogelijk in te stellen gerechtelijke procedure. Het derde lid is ontleend aan en komt woordelijk overeen met artikel 7, derde lid, van het Model Agreement. Voor een nadere toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar het commentaar bij artikel 7 van dit Model. Ook hier heeft Nederland geen probleem om aan de informatie-uitwisseling te voldoen.

In de derde plaats ziet de uitzondering van het tweede lid op informatie die betrekking heeft op een belang in een (rechts)persoon. Onder een belang in een persoon worden ook begrepen aandelen aan toonder. De Nederlandse belastingadministratie kan echter alleen informatie over toonderaandelen verstrekken als de gerechtigde tot die aandelen zich kenbaar heeft gemaakt bij de vennootschap, wat niet altijd het geval behoeft te zijn. In het memorandum van overeenstemming is daarom een verzachting op dit punt aangebracht. Informatie behoeft alleen te worden verstrekt indien deze informatie zonder disproportionele (juridische en/of administratieve) moeilijkheden kan worden verkregen. Materieel wordt hiermee in het protocol een zelfde resultaat bereikt als in het Model Agreement van de OESO, waarbij Nederland een prominente rol heeft vervuld.

In het memorandum van overeenstemming is in het kader van de informatie-uitwisseling ook neergelegd dat de bevoegde autoriteiten een procedure zullen ontwikkelen in het kader van de authenticatie van documenten. In het kader van gerechtelijke procedures in de VS wordt onder meer door de Amerikaanse rechter vereist dat documenten die door de Amerikaanse belastingadministratie buiten de VS zijn verkregen door de persoon die de documenten onder zich heeft, zijn gewaarmerkt als origineel (of kopie). Ingevolge de Nederlandse wetgeving kan de in Nederland wonende of gevestigde persoon van wie de informatie afkomstig is, niet worden verplicht mee te werken aan het authenticeren van documenten. In dat kader zullen de bevoegde autoriteiten van de VS en Nederland een procedure ontwikkelen waarbij enerzijds recht wordt gedaan aan het geldende rechtssysteem in Nederland en anderzijds recht wordt gedaan aan het belang voor de Amerikaanse belastingadministratie van het overleggen van documenten in een gerechtelijke procedure, die voldoen aan de door de Amerikaanse rechter gestelde normen.

Artikel 9

Met ingang van 1 januari 2003 geldt de Mijnbouwwet welke wet de Mijnwet 1810 en de Nederlandse Mijnwet continentaal plat 1965 alsmede de op deze wetten gebaseerde regelingen vervangt. De in artikel 2 neergelegde verwijzing naar het zogenoemde winstaandeel van de Nederlandse staat voor concessies ter zake van de exploitatie van natuurlijke rijkdommen is aan de nieuwe situatie aangepast. Daarnaast bevat artikel 9 redactionele wijzigingen waarbij in de tekst van artikel 18 en artikel 22 de daarin opgenomen geldelijke bedragen voortaan in euro's worden uitgedrukt (in plaats van de vervallen Nederlandse gulden).

Artikel 10

Artikel 10 regelt in de eerste plaats de inwerkingtreding van het protocol. Het protocol treedt in werking op de laatste der data waarop de Nederlandse en de Amerikaanse regering elkaar schriftelijk bij diplomatieke notawisseling hebben medegedeeld, dat de in hun onderscheiden Staten grondwettelijk vereiste formaliteiten zijn vervuld. Voor de toepassing van

het protocol moet onderscheid worden gemaakt tussen belastingen geheven aan de bron en overige belastingen. Voor de overige belastingen vindt het protocol in beide landen toepassing voor belastingjaren en -tijdvakken die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het jaar waarin het protocol in werking is getreden.

Gezien het belang dat beide landen hechten aan de vrijstelling van bronbelasting voor dividenden uit gekwalificeerde deelnemingen, is voor de bronheffing op dividenden bepaald dat de toepassing daarvan plaatsvindt op of na de eerste dag van de tweede maand volgend op het tijdstip waarop het protocol in werking is getreden.

In de tweede plaats bevat artikel 10 een zogenoemde «Grandfathering» (overgangsregeling). In een enkel geval zou een belastingplichtige na de inwerkingtreding van het protocol slechter af kunnen zijn dan onder de bepalingen die gelden voor de inwerkingtreding van het protocol. Artikel 10 van het protocol voorziet in de mogelijkheid dat een belastingplichtige ervoor kan kiezen om gedurende een periode van 12 maanden aanspraak te blijven maken op de bepalingen van het belastingverdrag zoals die lui(d)den voor de inwerkingtreding van het nieuwe protocol. De periode van 12 maanden vangt aan op de datum waarop de bepalingen van dit Protocol van kracht zouden zijn geworden.

De Staatssecretaris van Financiën,
J. G. Wijn

De Minister van Buitenlandse Zaken,
B. R. Bot