

23 496**Protocol tot wijziging van de Overeenkomst met de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen****Nr. 1**

Ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen op 19 november 1993. De wens dat deze overeenkomst aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal wordt onderworpen kan door of namens één van beide Kamers of door ten minste vijftien leden van de Eerste Kamer dan wel dertig leden van de Tweede Kamer te kennen worden gegeven uiterlijk op 19 december 1993.

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitters van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 16 november 1993

Ter voldoening aan het ter zake bepaalde in de Grondwet¹, de Raad van State gehoord, heb ik de eer U hierbij ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen het op 13 oktober 1993 te Washington tot stand gekomen Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen².

Een toelichtende nota bij het verdrag treft U eveneens hierbij aan. De goedkeuring wordt alleen voor Nederland gevraagd.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
P. H. Kooijmans

¹ Art. 91, (1), add. art. XXI, (1) (a) G.W. en art. 61, (3), G.W. 1972.

² Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

S–IZ

TOELICHTENDE NOTA

Inleiding

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt (artikel 25a, derde lid, onder b, van de Wet op de Raad van State).

Met het onderhavige Protocol wordt beoogd te komen tot een wijziging van de op 18 december 1992 te Washington tot stand gekomen Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen en het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 1993, 77), hierna: «het Verdrag», wanneer het Verdrag in werking treedt.

Met dit aanvullend Protocol bij het Verdrag wordt uitvoering gegeven aan de in artikel 24, vierde lid van het Verdrag opgenomen bepaling, waarin is vastgelegd dat indien onmiddellijk voorafgaand aan de datum waarop voor het «United States Foreign Relations Committee» van de Amerikaanse Senaat een hoorzitting wordt gehouden waarbij het Verdrag ter bekrachtiging wordt besproken geen regeling in de Nederlandse wetgeving is opgenomen die belastingvermijding in de zogenaamde «triangular cases» situaties tegengaat, deze problematiek geregeld dient te worden bij apart Protocol. Deze, tijdens de onderhandelingen over het Verdrag door de VS opgebrachte, «triangular cases» problematiek ziet op situaties waarin Nederlandse ondernemingen rente- en royaltyinkomsten uit de VS ontvangen die zijn toe te rekenen aan vaste inrichtingen van die ondernemingen in derde landen. Indien deze vaste inrichtingen bovendien zijn gevestigd in een land met een «tax haven»-regime en de inkomsten als onderdeel van de vaste inrichtingswinst in Nederland van belastingheffing zijn vrijgesteld, blijken deze inkomsten niet of nauwelijks aan belastingheffing te worden onderworpen. Voor deze gevallen bleken de VS niet bereid om onder het Verdrag het nationale bronbelastingtarief van de VS op vanuit de VS betaalde royalty's en interest van 30% terug te brengen tot 0%. De hiervoor genoemde wettelijke maatregelen ter bestrijding van het ontgaan van belastingen via vaste inrichtingen in derde landen in Nederland zullen op korte termijn in een wetsvoorstel worden vervat. Op 16 juli jl. is het Voorontwerp van wet houdende wijziging van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met een evenwichtige behandeling van internationale fiscale verhoudingen (hierna: «het Voorontwerp»), waarin deze maatregelen zijn opgenomen, gepubliceerd. In het Voorontwerp is aangegeven dat de Regering voornemens is de problematiek ten aanzien van vaste inrichtingen te zijner tijd (in het Besluit voorkoming dubbele belasting) op een zelfde wijze te regelen als de aanscherping van de vereisten voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling (in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969). Hierbij worden de voorwaarden voor de toepassing van de vrijstellingsmethode in Nederland op via een buitenlandse vaste inrichting gemaakte winsten aangescherpt. Belastingvrijstelling wordt slechts dan gegeven indien:

- de winst van de vaste inrichting in het derde land is onderworpen aan een winstbelasting van ten minste 15%; of
- sprake is van reële activiteiten in de vaste inrichting.

Van reële activiteiten is sprake indien de vaste inrichting als kredietinstelling of verzekeraar werkt, dan wel grotendeels andere werkzaamheden verricht dan:

- het verstrekken van geldleningen aan verbonden lichamen;
- het beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende activiteiten;
- het leveren van prestaties waarvoor royalty's worden ontvangen, anders dan als tegenprestatie voor door het lichaam zelf ontwikkelde goederen.

In het onderhavige Protocol is de lijn van het Voorontwerp tot richtsnoer genomen.

Verloop van de onderhandelingen

Alhoewel de inzet van de besprekingen van zowel Nederlandse als Amerikaanse zijde erop gericht was door middel van een amendering van het Verdrag te komen tot anti-taxhavenmaatregelen, liepen de opvattingen betreffende de wijze waarop de desbetreffende maatregelen gestalte zouden moeten krijgen uiteen. De Nederlandse benadering dat een minimum belastingdruk van in totaal 50% van het in de staat waar de onderneming is gevestigd algemeen geldende belastingtarief voor ondernemingswinsten vanuit een oogpunt van bestrijding van misbruiksituaties een aanvaardbare drempel vormt ging voor de VS niet ver genoeg. De uit deze minimumnorm voortvloeiende belastingdruk van 17,5% (te weten 50% van het zowel in de VS als in Nederland geldende belastingtarief van 35% voor ondernemingswinsten) werd door de VS niet toereikend geacht. De VS overwogen op dit moment inkomen dat is toe te rekenen aan vaste inrichtingen in derde landen van bedrijven in landen waarmee de VS een belastingverdrag hebben gesloten geheel van de voordelen van het bilaterale belastingverdrag uit te sluiten. Door de VS werd benadrukt dat het bestrijden van misbruiksituaties in de VS, met name bij de nieuwe regering, ook zeer hoge prioriteit geniet en het uitgangspunt zal vormen voor het toekomstige verdragsbeleid van de VS.

Aangezien een algehele uitsluiting van verdragstoepassing ter zake van inkomen dat is toe te rekenen aan een vaste inrichting in een derde land de reikwijdte van artikel 24, vierde lid, welke is beperkt tot de bestrijding van misbruiksituaties, te buiten zou gaan, is getracht binnen het overeengekomen kader tot overeenstemming te komen.

Teneinde te voorkomen dat vaste inrichtingen in een derde land met reële activiteiten onder het bereik van de onderhavige protocolbepaling zouden komen is overeengekomen een uitzondering te creëren voor interest betaald in verband met bedrijfsmatige activiteiten dan wel interest welke van bijkomstige aard is, en voor royalty's welke worden betaald ter zake van in de vaste inrichting zelf ontwikkelde immateriële eigendommen («know how»). Beleggen of het beheren van beleggingen in een taxhaven worden daarbij niet aangemerkt als reële activiteiten, tenzij deze activiteiten worden uitgeoefend in het kader van het bank- of het verzekeringsbedrijf. Met de uitzondering voor reële activiteiten, waaronder die van banken en verzekeringsmaatschappijen, heeft Nederland een belangrijke eis ingewilligd gezien.

Op het punt van een acceptabele belastingdruk werd van VS-zijde voorgesteld hiertoe tenminste 60% van het algemeen geldende belastingtarief op ondernemingswinsten tot uitgangspunt te nemen. Aangezien het nog enige tijd zal vergen voordat het hiervoor geschetste Amerikaanse anti-misbruikbeleid in relaties met andere verdragspartners zal zijn gerealiseerd, was Nederland niet bereid hierop thans reeds vooruit te lopen en met ingang van de inwerkingtreding van het nieuwe Verdrag in te stemmen met een minimumnorm van 60%. Uiteindelijk is met de VS overeengekomen de minimumnorm voor de over winst geheven belasting tot 1 januari 1988 te stellen op 50% van het geldende belastingtarief en eerst met ingang van die datum de norm te verhogen tot 60%.

Voor de situatie dat de belastingdruk ter zake van interest en royalty's welke zijn toe te rekenen aan een vaste inrichting in een derde land minder bedraagt dan 50% (respectievelijk met ingang van 1 januari 1998 minder dan 60%) is overeengekomen dat de staat van waaruit de inkomsten worden betaald een bronbelasting van 15% mag heffen. De VS waren niet bereid om onder het Verdrag het onder nationale

wetgeving van toepassing zijnde bronbelastingtarief van 30% op interest en royalty's in deze situaties verder terug te brengen dan tot 15%. Overigens zij hierbij vermeld dat deze bronheffing in beginsel slechts betekenis heeft voor de VS, daar Nederland geen bronbelasting op interest en royalty's kent.

Tijdens de protocolbesprekingen zijn voorts afspraken gemaakt met betrekking tot de interpretatie en toepassing van zowel het Verdrag als het onderhavige Protocol, welke zijn vastgelegd in een briefwisseling (bijgevoegd). Op de inhoud van deze briefwisseling die destijds nog was opgenomen in de zogenoemde «Agreed Minutes» is in de memorie van antwoord bij het Verdrag ingegaan.

Voor dit Protocol is met name van belang de met de VS overeengekomen nadere invulling van het begrip «reële activiteiten», inhoudende dat groepsfinanciering en portfolio beleggingen niet worden aangemerkt als reële activiteiten, tenzij deze activiteiten door een bank of een verzekeringsmaatschappij worden verricht in de normale uitoefening van hun bedrijf.

Teneinde te voorkomen dat door toepassing van de in het onderhavige Protocol voorgestelde wijzigingen in de interest- en royalty-bepalingen van het Verdrag als gevolg van een samenloop van Amerikaanse bronbelasting en Nederlandse vennootschapsbelasting dubbele belastingheffing zou ontstaan, hetgeen zich zou kunnen voordoen in de situatie waarin de VS op de desbetreffende inkomsten een bronheffing mag toepassen en Nederland de vaste inrichtingswinst niet vrijstelt, wordt hiertoe ingevolge het onderhavige Protocol een voorziening getroffen waarbij Nederland een verrekening van de Amerikaanse bronbelasting verleent tot maximaal het bedrag van de in Nederland over de desbetreffende inkomsten verschuldigde belasting.

De overige in het onderhavige protocol voorgestelde wijzigingen van het Verdrag worden in het artikelsgewijze gedeelte van deze nota nader toegelicht.

Reikwijdte van de beperkte bronheffing op interest en royalty's

Wat de reikwijdte van de in de artikelen 1 en 2 van het Protocol opgenomen wijzigingen van het Verdrag betreft zij opgemerkt dat deze beperkt is. In de eerste plaats zij bedacht dat de voorgestelde bronheffing van 15% op royalty's en interest, zoals ook hiervoor reeds is aangeduid, in beginsel voor Nederland geen betekenis heeft omdat ons land geen bronbelastingen op interest en royalty's kent. De voorgestelde bronheffing kan slechts door de VS worden geëffectueerd in de situatie dat sprake is van interest- en royaltybetalingen die zijn toe te rekenen aan vaste inrichtingen in derde landen met een «tax-haven»-regime. Bovendien zij vermeld dat het onderhavige Protocol geen wijziging brengt – dit in lijn met het meergenoemde Voorontwerp – in de situaties waarin Nederlandse ondernemingen in derde jurisdicties met een lage belastingheffing bedrijfsmatig actief zijn. Met betrekking tot ondernemingen die aan dit criterium niet voldoen, zij er voorts op gewezen dat de belastingdienst in deze situaties zeer alert is. Pas wanneer is aangetoond dat er daadwerkelijk sprake is van een vaste inrichting waarin de niet-bedrijfsmatige activiteiten worden uitgeoefend en vaststaat dat de desbetreffende lening waarop de rente wordt ontvangen c.q. de immateriële eigendommen waarvoor royalty's worden ontvangen tot het vermogen van de vaste inrichting moeten worden gerekend, zal het met die vermogensbestanddelen verworven inkomen in Nederland van belastingheffing worden vrijgesteld. Daarbij speelt in de context van het Verdrag dat het uiteraard alleen gaat om die Nederlandse lichamen die op basis van artikel 26 voor verdragstoepassing in aanmerking komen.

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de budgettaire gevolgen van het onderhavige Protocol naar verwachting zeer beperkt negatief zullen zijn.

Ten slotte zij in dit verband opgemerkt dat de in artikel 4, tweede lid, van het onderhavige Protocol in het Verdrag voorgestelde verekeningsmogelijkheid met betrekking tot ingevolge de artikelen 1 en 2 van dit Protocol te introduceren Amerikaanse bronheffing, pas effect zal sorteren wanneer Nederland de toepassing van de vrijstellingsmethode in relatie tot laagbelastende jurisdicties zou hebben aangescherpt. In dat geval zou de reikwijdte van de in de artikelen 1 en 2 opgenomen wijzigingen echter nog beperkter worden omdat dan de heffing in Nederland te zamen met de heffing in zo'n jurisdictie in de meeste gevallen een zodanig niveau zal bereiken dat een Amerikaanse bronheffing niet aan de orde komt.

Koninkrijkspositie

Het Protocol zijnde een wijziging van het Verdrag zal, evenals het Verdrag, alleen voor Nederland gelden.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1

Artikel 12 van het Verdrag (Interest)

Ingevolge artikel 1 van het onderhavige Protocol wordt aan artikel 12 een nieuw achtste lid toegevoegd. Dit achtste lid omvat een uitzondering op het eerste lid van artikel 12, waarin de belastingheffing over interestbetalingen is toegewezen aan de staat waarvan de uiteindelijke gerechtigde tot die interestbetalingen inwoner is. Ingevolge het Verdrag geldt voor interest en royalty's een bronheffingstarief van 0%. In afwijking van deze bepaling mogen interestbetalingen aan een in de andere Staat gevestigde onderneming welke toegerekend aan een vaste inrichting van die onderneming in een derde jurisdictie, indien deze inkomsten worden belast naar een tarief van minder dan 50% van het voor ondernemingswinsten geldende belastingtarief van de staat waar de onderneming is gevestigd, aan een bronheffingstarief van 15% worden onderworpen in de staat van waaruit de inkomsten worden betaald. Deze bepaling is echter niet van toepassing indien de interest wordt verkregen in verband met reële activiteiten van de vaste inrichting in een derde jurisdictie, dan wel indien de rente-inkomsten voor de vaste inrichting bijkomstig van aard zijn. Beleggen of het beheren van beleggingen worden daarbij niet aangemerkt als reële activiteiten, tenzij deze activiteiten worden verricht door een bank of een verzekeringsmaatschappij in de normale uitoefening van hun bedrijf. Het percentage van 50 is ingevolge deze bepaling van toepassing tot 1 januari 1998; met ingang van 1 januari 1998 wordt dit percentage verhoogd naar 60.

Artikel 2

Artikel 13 van het Verdrag (Royalty's)

Ingevolge artikel 2 van het onderhavige Protocol wordt de in artikel 13 van het Verdrag opgenomen royalty-bepaling door middel van de toevoeging van een nieuw zesde lid gewijzigd in lijn met de hiervoor toegelichte interestbepaling. De uitzondering voor reële activiteiten is voor royalty's gelet op het karakter daarvan nader toegespitst. De

bronheffing geldt niet ingeval de royalty's worden ontvangen voor het gebruik van, of het recht tot gebruik van, immateriële eigendom welke door de vaste inrichting zelf is voortgebracht of ontwikkeld.

Artikel 3

Artikel 24 van het Verdrag (Grondslag van de belastingheffing)

Ingevolge artikel 3 van het onderhavige Protocol vervalt het vierde lid van artikel 24 van het Verdrag. Genoemd vierde lid vormde de opstap tot dit Protocol en heeft, in verband met de via het onderhavige Protocol te introduceren anti-misbruikbepalingen, haar betekenis verloren.

Artikel 4

Artikel 25 van het Verdrag (Vermijding van dubbele belasting)

Ingevolge artikel 4, eerste lid van het onderhavige Protocol wordt voorgesteld de in het tweede lid van artikel 25 opgenomen Nederlandse voorkomingsbepaling met betrekking tot winst uit onderneming (artikel 7 van het Verdrag) slechts toe te passen indien deze winsten in de VS zijn onderworpen aan belastingheffing. Ter toelichting zij opgemerkt dat in het nieuwe Verdrag, in tegenstelling tot het oude Verdrag, geen onderworpenheidsvereiste voor winsten van vaste inrichtingen is opgenomen. De VS kunnen, ingevolge hun nationale fiscale wetgeving, het onder het Verdrag verleende heffingsrecht niet onder alle omstandigheden effectueren. Daardoor zou er een dubbele vrijstelling kunnen ontstaan. Ter oplossing van deze problematiek is de in artikel 4, eerste lid van het onderhavige Protocol opgenomen wijziging van artikel 25, tweede lid van het Verdrag overeengekomen. Daarmee wordt de onder het thans geldende belastingverdrag tussen de VS en Nederland bestaande situatie bestendigd.

Het tweede lid van artikel 4 van het onderhavige Protocol behelst de toevoeging van een nieuw achtste lid aan artikel 25 waarin Nederland op de voor verrekening van bronbelasting gebruikelijke wijze een vermindering van zijn belasting toestaat voor het inkomen dat ingevolge het achtste lid van artikel 12 (Interest) en het zesde lid van artikel 13 (Royalty's) mag worden belast in de VS en in Nederland niet is vrijgesteld van belastingheffing.

Artikel 5

Artikel 26 van het Verdrag (Beperking van de voordelen)

De in artikel 5 van het onderhavige Protocol opgenomen wijziging van artikel 26, achtste lid, letter k van het Verdrag strekt ertoe een onduidelijkheid in de tekst van het Verdrag weg te nemen. Ingevolge deze bepaling in het Verdrag dienen ook tussengeschakelde lichamen in de keten van eigendom te voldoen aan het woonplaatsvereiste van de indirecte beurstoets. Op grond van de tekst van het Verdrag is echter niet duidelijk in welke staten de tussengeschakelde lichamen kunnen zijn gevestigd. Met de in artikel 5 van het onderhavige Protocol voorgestelde wijziging wordt bewerkstelligd dat de tussengeschakelde lichamen zowel Nederlandse als Amerikaanse lichamen kunnen betreffen als lichamen welke zijn gevestigd in de Europese Gemeenschap.

Artikel 6

Artikel 35 van het Verdrag (Vrijgestelde pensioenfondsen)

Ingevolge artikel 6 van het onderhavige Protocol vallen de zogenoemde vermogenswinstdividenden, dividenden die zijn geput uit vermogenswinsten behaald bij de verkoop van in de VS gelegen onroerend goed en die worden betaald door een in de VS gevestigd Real Estate Investment Trust niet onder artikel 35, eerste lid van het Verdrag, waarin is voorzien in een vrijstelling van Amerikaanse belastingheffing voor onder meer dividend-inkomen dat een Nederlands pensioenfonds ter zake van beleggingen in de VS geniet. Voor deze dividenden zal aldus de in artikel 10 van het Verdrag opgenomen regeling gelden.

Artikel 7

Inwerkingtreding Protocol

De uit het onderhavige Protocol voortvloeiende wijzigingen van het Verdrag treden in werking nadat de ratificatieprocedure in beide staten is afgerond en de onderscheiden Regeringen elkaar schriftelijk hebben meegedeeld dat aan de in hun onderscheiden Staten constitutioneel vereiste formaliteiten is voldaan. Deze wijzigingen zullen gelijktijdig met het nieuwe Verdrag van toepassing zijn. Het Verdrag kent evenwel een overgangsregeling voor een periode van één jaar, waarin nog een beroep kan worden gedaan op de bepalingen van het oude Verdrag voor zover deze voor belanghebbenden tot een gunstiger uitkomst leiden (artikel 37, tweede lid van het Verdrag). De in dit Protocol vervatte wijzigingen lopen in dit stramien mee. Met andere woorden; als wordt gekozen voor toepassing van het thans bestaande Verdrag in plaats van het nieuwe Verdrag zullen ook de wijzigingen vervat in dit Protocol niet eerder toepassing vinden dan na afloop van de overgangsregeling.

De Staatssecretaris van Financiën,
M. J. J. van Amelsvoort

De Minister van Buitenlandse Zaken,
P. H. Kooijmans