

TER INFORMATIE

Aan
de Staatssecretaris

20020

Directie Algemene Fiscale
Politiek
Inlichtingen

T
F
@minfin.nl

notitie

Staatssteunaspecten CV/BV structuren

Datum
26 februari 2016

Notitienummer
AFP/2016/232+
Rubriek
Beleid EU

Auteur

Paraaf
de Staatssecretaris

Via
de SC

Medeparaaf
DGFZ

Medeparaaf

Medeparaaf

26/2

per e-mail
akkoord 25/2/2016

26/2

Van 26/2

Kopie aan
Minister, PA's

Bijlagen
2

Aanleiding

U bent in notitie DGB 2016/688 geïnformeerd over de CV/BV-structuur en over het artikel van de universitair hoofddocent belastingrecht aan de Universiteit van Leiden Jan Vleggeert. In dit artikel neemt Vleggeert het standpunt in dat de CV/BV-structuur in de relatie NL-VS onrechtmatige staatssteun vormt (bijlage 1). In notitie DGB 2016/688 is aangekondigd dat u 29 februari 2016 onze staatssteun analyse zal ontvangen. In deze notitie treft u deze analyse aan.

1. Kernpunten

- Vleggeert is van mening dat de CV/BV-structuur in de relatie NL-VS onrechtmatige staatssteun vormt ten aanzien van dividenden (vanwege het beleidsbesluit IFZ2005/546M, hierna 'het besluit') en ten aanzien van royalty's (vanwege de wets- en verdragstoepassing door de Belastingdienst).
- Inhoudelijk valt op het artikel van Vleggeert wel een en ander af te dingen vanwege onjuiste interpretaties van de wetgeving en aannames die discutabel zijn.
- Er is volgens ons geen sprake van staatssteun ten aanzien van royalty's. Ten aanzien van dividenden is er mogelijk wel een risico op staatssteun.
- Het valt niet uit te sluiten dat we over dit onderwerp een brief ontvangen van de Europese Commissie (Commissie) met een verzoek om informatie in verband met mogelijke staatssteunaspecten (de auteur zou een kopie van zijn artikel aan de Commissie hebben verstrekt).
- Omdat er niet evident sprake is van staatssteun en wij de maatregel niet ter goedkeuring aan de Commissie hebben voorgelegd, zullen we in eerste instantie het standpunt moeten innemen dat er geen sprake is van staatssteun.
- Ook willen wij voorkomen dat er onrust ontstaat bij (Amerikaanse) ondernemingen met negatieve gevolgen voor ons vestigingsklimaat, terwijl nog niet bekend is of dit signaal door de Commissie zal worden opgepakt en

Maan de lijn is ook: ab
er wets kopot zou blijven te
zijn, repareren we het.
DW

indien dat het geval is, wat de visie is van de Commissie. We adviseren daarom, desgevraagd, op het artikel summier te reageren.

- Wij adviseren tevens nu geen actie te ondernemen ten aanzien van het besluit, omdat dat in dit geval opgevat zou kunnen worden als erkenning dat er sprake is van staatssteun.

2. Opbouw notitie

- In deze notitie behandelen wij eerst diverse aspecten van de vraag of ten aanzien van dividenden sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Vleggeert gaat in zijn artikel ook in op royalty's. Daar gaan wij onder het kopje "royalty's" apart op in.

DIVIDENDEN

3. Toelichting CV/BV structuur onder het belastingverdrag met de VS

- Vleggeert richt zich in zijn artikel op de CV/BV-structuren die een beroep doen op het belastingverdrag met de VS. Met een beroep op het belastingverdrag in combinatie met het besluit wordt de dividendbelasting teruggebracht naar 0%.
- In het belastingverdrag met de VS is in artikel 24, lid 4 opgenomen dat Nederland geen verdragsvoordelen (=vermindering van dividendbelasting) hoeft te geven in hybride situaties, zoals de CV/BV structuur, omdat de VS het inkomen van de CV (nog) niet belast op basis van de check the box regelgeving (hierna: hybride-bepaling).
- Omdat deze hybride-bepaling het fiscale vestigingsklimaat voor Amerikaanse multinationals zou schaden, heeft de EK bij de behandeling van het belastingverdrag met de VS afgedwongen dat de nadelige effecten van de hybride-bepaling verzacht moesten worden en juridisch gezien mogelijk toekomstige dubbele heffing moest worden weggenomen.
- In het besluit is daarom geregeld dat de hybride-bepaling *in het belastingverdrag met de VS* onder bepaalde omstandigheden achterwege blijft.

4. Staatssteun algemeen

- Van staatssteun is sprake, als bepaalde ondernemingen of bepaalde producties een voordeel krijgen dat met staatsmiddelen wordt bekostigd waardoor de mededinging wordt vervalst of dreigt vervalst te worden en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.
 - Het directe voordeel van het besluit is voor de achterliggende participanten van de CV in de VS. Dit voordeel wordt echter alleen gegeven aan VS ondernemingen die in of via Nederland reële activiteiten laten verrichten en is daarmee gunstig voor het NL vestigingsklimaat.¹

¹ Bij de beoordeling zal het APA/ATR-team onder meer bezien of het dividenduitkerende lichaam (fiscaal alleen) in Nederland is gevestigd, of er bestuurders en/of werknemers in Nederland actief zijn, of deze bestuurders beschikken over voldoende professionele kennis, waar belangrijke bestuursbesluiten plaatsvinden, waar de hoofdbankrekening wordt aangehouden, waar de boekhouding wordt gevoerd, wat de omvang van het (eigen en vreemd) vermogen is, welke activiteiten er in of via Nederland worden verricht, of het in Nederland actieve personeel voldoende gekwalificeerd is, of er reële risico's worden gelopen, of de door het lichaam ontvangen beloning(en) redelijk zijn ten opzichte van de activiteiten die worden verricht en de risico's die worden gelopen

We gaan er van uit dat aan de voorwaarden dat het eventuele voordeel uit staatsmiddelen is bekostigd (nl. minder opbrengsten dividendbelasting) en dat er sprake is van (mogelijke) concurrentievervalsing en ongunstige beïnvloeding van de interne markt is voldaan en gaan daarom in deze notitie niet nader op deze voorwaarde in.

- Het is voor een fiscale staatssteunanalyse van belang om vast te stellen of de regeling (in dit geval het besluit) in het voordeel van een selectieve groep afwijkt van de algemeen geldende regels (=het referentiekader) in een lidstaat.
- De nationale wetgeving met betrekking tot dividendbelasting bepaalt dat Nederland in beginsel 15% dividendbelasting heft op dividenden, betaald aan inwoners van buiten de EU. In de CV/BV-structuur zijn dat in verband met de transparantie van de CV dus de achterliggende participanten van de CV.
- Op een uitkering van een BV aan een CV met in Nederland gevestigde lichamen als vennoten wordt in de regel geen dividendbelasting ingehouden.²
- In veel belastingverdragen wordt de dividendbelasting in deelnemingssituaties teruggebracht tot 0%. Dit is in overeenstemming met het verdragsbeleid dat Nederland al decennialang voert.
- De voorwaarden verschillen per belastingverdrag, maar het meest voorkomend is dat er geen dividendbelasting wordt ingehouden als de buitenlandse moeder een deelneming heeft van meer dan 10% van de aandelen.
- Er bestaat niet één (nationaal) referentiekader voor dividendbelasting, maar verschillende soorten verdragen en daarmee verschillende mogelijke referentiekaders.

5. Referentiekaders en voorlopige conclusie

- Wij weten niet welk referentiekader de Commissie zou hanteren. Daarom een korte analyse van een aantal mogelijke referentiekaders. In bijlage 2 is een meer uitgebreide analyse opgenomen.
 - a) *Het belastingverdrag met de VS inclusief hybride bepaling*
Indien het belastingverdrag NL-VS als referentiekader wordt genomen, moet objectief aangetoond worden dat de structuren die aan de voorwaarden van het besluit voldoen feitelijk en juridisch in een andere situatie verkeren dan structuren die niet aan de voorwaarden van het besluit voldoen gelet op de doelstelling van de betrokken regeling. Indien dit niet kan, is mogelijk sprake van staatssteun.
 - b) *Andere belastingverdragen met hybride bepalingen*
Indien andere belastingverdragen met hybride bepalingen als referentiekader worden genomen, moet objectief aangetoond worden dat er een feitelijk en juridisch verschil is tussen de structuren met de VS en de structuren met andere landen. Dat moet de reden zijn waarom het besluit niet wordt toegepast op deze belastingverdragen. Indien dit niet kan, is mogelijk sprake van staatssteun.
 - c) *Belastingverdragen zonder hybride bepalingen*

en of (tot het toetsmoment) op correcte wijze aan alle aangifteverplichtingen is voldaan.).

² Dit hangt af van de rechtsvorm en fiscale behandeling van de achterliggende vennoot, de grootte van het belang toerekenbaar aan die vennoot en aan bepaalde voorwaarden in de CV-overeenkomst.

Indien andere belastingverdragen zonder hybride bepalingen als referentie kader worden genomen, is er geen selectief voordeel ten opzichte van deze verdragen en dus ook geen staatssteun.

6. Opties om staatssteunrisico te beperken/weg te nemen voor toekomstige situaties

- Mocht op basis van het besluit voor de dividendstromen sprake zijn van staatssteun, dan kunnen eventuele staatssteunrisico's alleen voor de toekomst worden beperkt.
- Wij raden u aan op korte termijn geen actie te ondernemen wat het besluit betreft. Dit zou ongewenste publiciteit kunnen genereren, opgevat kunnen worden als erkenning dat er sprake is van staatssteun en het lijkt logischer deze problematiek op te lossen door gecoördineerde actie op het gebied van hybrides. Het BEPS-project voorziet daarin en mogelijk straks ook de Europese richtlijn met maatregelen tegen belastingontwijking (ATAD). Mocht u op (korte) termijn wel actie willen ondernemen, lijkt dit artikel niet de beste aanleiding. Een betere aanleiding zou dan een eventuele richtlijntekst zijn die hybride situaties met derde landen niet langer zou toestaan. Dan zijn er de volgende opties:
 - Het besluit intrekken, zodat de hybride-bepaling zonder de uitzonderingen van het besluit van toepassing wordt. Een nadeel van deze optie is dat Amerikaanse multinationals geraakt zullen worden, omdat dividendbelasting moet worden ingehouden op geldstromen van de BV aan de CV. Omdat de EK destijds aandrang op dit besluit bij de goedkeuring van het belastingverdrag, zou het wel passend zijn hier eerst een brief over te sturen naar de EK. Het besluit intrekken zal naar verwachting op grote weerstand stuiten van onder andere NOB en-AmCham.
 - Het besluit uitbreiden naar hybride bepalingen in andere verdragen. Uit oude notities en kamerstukken kunnen wij afleiden dat dit destijds wel is besproken, maar hier is toen niet voor gekozen.³
 - Artikel 24, vierde lid, Verdrag NL-VS aanpassen in het kader van de op handen zijnde onderhandelingen met de VS.

ROYALTY BETALINGEN

7. Royalty-betalingen

- Vleggeert beweert dat Nederland op grond van een onjuiste toepassing van art. 17a onderdeel b Wet VPB 1969 en door toepassing van het besluit ten onrechte afziet van heffing van vennootschapsbelasting ten aanzien van

-
- ³ De reden dat het besluit juist in relatie tot de VS relevant is, is vanwege de mogelijkheid om de Amerikaanse belastingheffing (zeer) lang uit te stellen. Deze Amerikaanse wetgeving is uniek in de wereld. Bij andere landen (waarmee we een verdrag hebben met een hybride-bepaling) 'werkt' deze fiscale planning niet. Die landen betrekken de inkomsten (van de CV) wél direct in de heffing. Hét voordeel van de CV-BV (uitstel van belastingheffing op niveau van CV) doet zich niet voor en daarmee is een vergelijkbaar besluit voor die belastingverdragen minder urgent.

onderhandels vast goede voorbereids en overly met us, met zamen een dingetje

post met helemaal
bv & de
ontwikkelingen
op int'l
proceed
terrein

royalty's betaald van de BV aan de CV. Dit is volgens Vleggeert ongeoorloofde staatsteun.

- Vleggeert beweert dat de VS-ontvangers van de NL-royalty's (de vennoten van de CV) buitenlands belastingplichtig zijn in NL. Omdat de royalty's volgens Vleggeert winstafhankelijk zijn, vormen ze volgens hem winst uit Nederlandse onderneming waarover Nederland op grond van het belastingverdrag mag en op grond van de nationale wetgeving (artikel 17a, onderdeel b Vpb) ook vennootschapsbelasting zou moeten heffen.
- Wij zijn van mening dat hier geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun en dat de Belastingdienst de wet en het verdrag op een juiste manier toepast:
 - Op basis van artikel 17a, onderdeel b Vpb, kan NL alleen heffen over de royalty's als zij recht geven op een aandeel in de winst. De royalty vormt een element om de winst te bepalen maar is daarmee geen aandeel in de winst. Nederland heeft daarmee dan dus nationaal geen heffingsrecht. Daarnaast is de royalty niet afhankelijk van de Nederlandse winst. Ook hier geldt dat het een element is om de winst te bepalen, het zijn kosten. In Nederland wordt op basis van het arm's length beginsel een zakelijk beloning afgesproken. Hierdoor is de winst in Nederland redelijk stabiel. De royaltybetalingen zijn derhalve niet afhankelijk van de Nederlandse winst.
Helemaal zonder risico is deze stelling niet. De Commissie en het Hof van Justitie EU zouden kunnen stellen dat het in artikel 17a Vpb om de juridische winst van de Nederlandse vennootschap gaat. Wij achten die kans klein. Overigens moet dan ook nog de hobbelpunten worden genomen dat Nederland in die situatie op grond van het belastingverdrag met de VS het heffingsrecht heeft.
 - Bovendien maakt Vleggeert een nogal bondige en in onze ogen vergezochte analyse om het heffingsrecht toe te kennen aan Nederland onder het NL-VS belastingverdrag.
 - Vleggeert beweert bovendien dat het CV/BV-besluit van toepassing is op royalty's. Op dit punt zijn de meningen echter verdeeld.