

Rulings by the Dutch Committee for International Fiscal Affairs

Advance certainty on the application of equivocal and dynamic tax provisions



Global Scene

According to legal theory, legislators can design provisions on a two-ended spectrum ranging from specific norms to generic norms. The more specific a norm, thus the more clearly described its definitions, the clearer its applicability and effect. The opposite goes for general norms. As a result, legal certainty increases with a norm's specificity, but so does opportunity to avoid its reach.

Under the OECD's captaincy, the global focus in tax legislation has increasingly become to combat 'aggressive' tax planning and to prevent what's been summarized as 'base erosion and profit shifting'. With that main target in mind, legislators over the last few years have committed to and chosen for a broad array of new anti abuse measures, most of which are of a general nature, thus designed to contain open norms. Therefore, corporations are increasingly confronted with legal uncertainty about the tax consequences of their business activities, financing and structuring. According to the OECD:

45. Why does the report propose different anti-abuse rules?

Treaty abuse, like the abuse of domestic law, can be addressed through a combination of (i) specific anti-abuse rules, which provide greater certainty but can only deal with known abusive strategies, and (ii) general anti-abuse rules or judicial doctrines, which are less certain but offer protection against abusive transactions that have not previously been identified or addressed. Both of these approaches can be equally effective to address treaty abuse, but countries have different legal environments and policy preferences. Therefore, while the minimum standard guarantees that treaty abuse is targeted effectively, countries have some flexibility in deciding which rules to adopt.

[[OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 Final Reports, Frequently Asked Questions](#)]



Dutch Effect

The Netherlands has adopted one such General Anti-Abuse Rules by means of the 'Main Purpose Test' laid down in the Dutch Dividend Withholding Tax Act ([art. 4.3.c DWT](#)). This provision revokes the otherwise applicable withholding tax exemption on Dutch dividends paid to ≥5% parent entities in Treaty States if said entity has, briefly put, been 'artificially interposed with the or one of the main objectives being to avoid taxation'. As explained by the Dutch legislator:

As per the proposed anti-abuse measure, abuse is identified if –in short- the shares in the Dutch entity are held with the main aim or one of the main aims to avoid dividend withholding tax (the subjective test) and the shareholding construction or transaction is artificial (objective test). [The subjective test involves] making a comparison between the situation where the direct shareholder owns the shares and the situation where the indirect substantial shareholder were to own them. If the situation absent the interposition of the direct shareholder does not lead to a higher Dutch withholding tax claim, no tax avoiding aim is identified. [...] If it does, however, it should be established whether the construction or transaction is of an artificial nature [which is considered the case if] it hasn't been set up based on business reasons that reflect economic reality.

[[Explanatory Memorandum, Parliament, political year 2017–2018, 34 788, nr. 3](#)].

As the norms set out above are broad and open, subjected taxpayers may seek out advance certainty on their applicability. But in order to avoid individual favorable treatment (and with that: the risk of state aid), said certainty requires a thorough investigation of the underlying facts and subsequently a uniform explanation and application of the tested norms. To warranty that, the Netherlands has introduced a new and reinforced advance certainty process as per July 1st, 2019. Rulings on international situations can only be obtained for cases absent aggressive hallmarks, and are placed under central execution of the 'Committee for International Fiscal Affairs'. This routing facilitates uniformity in the factual analysis and technical applications, mitigating State Aid risks and international allegations of 'aiding and abiding' aggressive tax planning. [[Click here to view the Senate's Annual Review of the issued international rulings](#)].

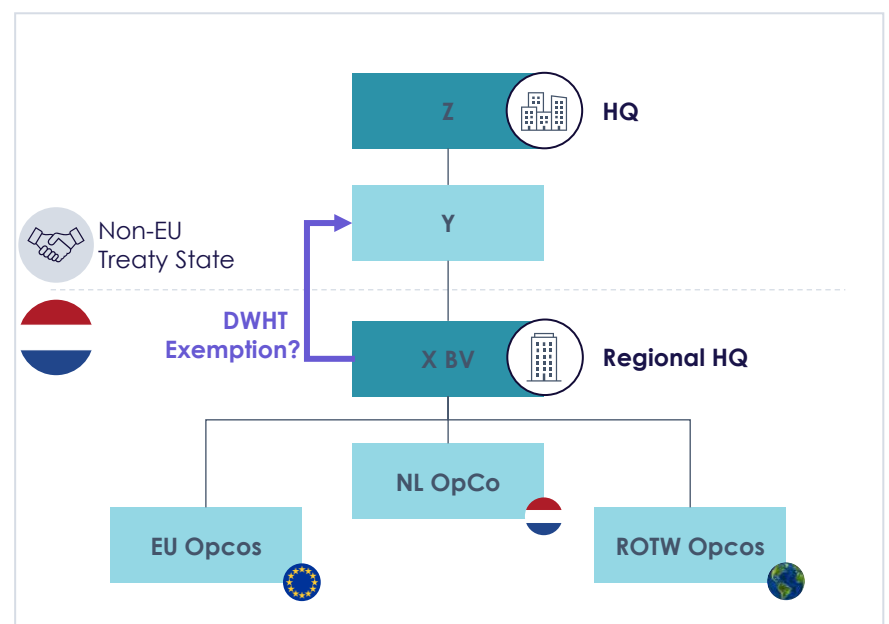


Archipel Case

Archipel International Ruling on DWHT Exemption

Over the course of 2020, we were gratefully engaged by our client to attain a ruling under the novel regime, on the applicability of the dividend withholding exemption and the inapplicability of the Main Purpose Test-related revocation. See the Tax Authorities' anonymized summary (which is published for public information) attached.

Executive summary: the Dutch dividends are distributed via an intermediate holding entity in a treaty state, to an ultimate beneficiary entity situated also in a treaty state. The direct payment would already be exempt under the domestic DWHT exemption so the 'interposition' cannot be tax motivated. As the subjective test therefore doesn't apply, the materiality of the intermediate entity requires no analysis and the MPT does not revoke the exemption. It is therefore ruled that the exemption applies, to dividends reflecting these same conditions, for the next 5 years.



Want more information on the novel Dutch ATR Regime? Contact us via www.archipeltaxadvice.nl
Also, register for our our free webinar on this subject on November 27th via [this link!](#)

Executive Summary

Cause for the ruling

A request has been submitted to obtain advance certainty about the withholding exemption in the dividend withholding tax. Certainty is requested for the financial years 2020 up to and including 2024.

Facts

X is a company incorporated under the laws of the Netherlands and is effectively resident of the Netherlands. X belongs to an internationally operating group active in the service sector. X acts as holding company, and is active in the management of its participations. X has a number of subsidiaries, resident of the Netherlands and abroad. From a business-economic perspective the operational activities are carried out in the Netherlands.

Y, the direct shareholder of X, is a company formed under the laws of, and resident of, a state outside the European Union (EU), with which the Netherlands has concluded a tax treaty that includes a dividend provision. Y is subject to taxation there. The indirect shareholder of Y, Z, is incorporated under the laws of, and resident of, the same state as Y. A business enterprise is carried out at the level of both Y and Z.

Legal framework

The group requests advance certainty on the application of the withholding exemption as referred to in the article 4, second paragraph and further of the Dividend Withholding Tax Act 1965 (DWHT Act). This certainty is requested for distributions from X to Y.

In this regard the decree of the State Secretary of June 19, 2019, no. 2019/13003, Gazette 2019, No 35519, is relevant, in which the frameworks for obtaining advance certainty are set out with regard to rulings of an international nature. Also of importance is the Regulation low-taxing states and non-cooperative jurisdictions for tax purposes of the State Secretary of December 31 2018, no. DB 2018/216528, Gazette 2018, 72064, as amended by Article VII of the Regulation of the State Secretary of 18 December 2019, No 2019-0000199975, Gazette 2019, 69810.

Considerations

1. The group carries out operational activities in the Netherlands (the so-called economic nexus). In addition, the relevant economic and operational activities are carried out for the account and risk of X. These activities match with the functions of X within the concern.
2. The requested advance certainty does not cover the tax consequences of direct transactions with entities resident of states that are included in the Regulation low-taxing states and non-cooperative jurisdictions for tax purposes.
3. Also, saving Dutch or foreign tax is not the only or decisive motive for performing the (legal) act(s) or transactions.
4. X is held by Y, a company incorporated under the laws of a country outside the EU with which the Netherlands has concluded a tax treaty and which is subject to taxation there. Y, the recipient, carries out a material business enterprise and at the time of distribution holds an interest in X to which the participation exemption or participation credit would apply, if the

recipient had been resident of the Netherlands. Therefore, article 4, second paragraph of the DWHT Act is applicable.

5. Since the recipient is not considered to be a transparent company in any of the countries concerned, this company is not a hybrid company and does not meet the exceptions of the ninth and tenth paragraphs of Article 4 of the DWHT Act.

6. It was then assessed whether the exceptions in Article 4, third paragraph of the DWHT Act apply. Y is not deemed to be resident of a third state and does not perform functions similar to an investment company as referred to in Article 6a or Article 28 of the CIT Act. Parts a and b of the aforementioned paragraph are therefore not applicable.

7. Finally, it was assessed whether the anti-abuse provision of Article 4, third paragraph, part c of the DWHT Act applies. In brief, the abuse occurs if the shares in the Netherlands-based company are held for the main purpose or one of the main purposes of avoiding the levy of dividend withholding tax for someone else ('subjective test'), and there is an artificial construction or transaction ('objective test').

8. On the basis of the subjective test it is assessed whether Y holds the interest with the main or one of the main purposes to avoid Dutch dividend withholding tax.

9. Y is held by Z, a company that carries out a material business and is resident of a state with which the Netherlands has concluded a tax treaty, that includes a dividend provision, not being a Member State of the European Union or a state party to the Agreement on the European Economic Area. In the event of distributions from X to Z - if Z had held the interest in X directly - dividend withholding tax could also be exempt under the DWHT Act. This means that on the basis of statements in parliamentary history there is no avoidance of dividend withholding tax and therefore a right to the withholding exemption exists.

10. Application of the objective test is no longer assessed, now that there is no avoidance of dividend withholding tax.

Conclusion

In view of Article 4, second paragraph and further of the DWHT Act, no Dutch dividend withholding tax will be due on profit distributions from X to Y. In accordance with Article 4, eleventh paragraph, of the DWHT Act, notice must be given by X within one month, after the proceeds have been made available, that the conditions are met.

This has been laid down in a tax ruling with a timeframe as from March 6th, 2020 up to and including December 31st, 2024.

Samenvatting

Aanleiding

Er is een verzoek ingediend voor het verkrijgen van zekerheid vooraf over de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting. Men wenst zekerheid voor de boekjaren 2020 tot en met 2024.

Feiten

X is een vennootschap opgericht naar het recht van Nederland en feitelijk in Nederland gevestigd. X behoort tot een internationaal opererend concern actief in de dienstverlenende sector. X treedt op als houdstervenootschap, en is actief in het aansturen van haar deelnemingen. X heeft een aantal dochtervennootschappen, zowel gevestigd in Nederland als in het buitenland. In Nederland worden bedrijfseconomisch operationele activiteiten uitgeoefend.

Y, de directe aandeelhouder van X, is een vennootschap opgericht naar het recht van en gevestigd in een staat buiten de Europese Unie (EU) waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden. Y is aldaar onderworpen aan belastingheffing. De indirecte aandeelhouder van Y, Z, is opgericht naar het recht van en gevestigd in dezelfde staat als Y. Zowel op het niveau van Y als Z wordt een onderneming gedreven.

Rechtskader

De groep verzoekt zekerheid vooraf over toepassing van de inhoudingsvrijstelling als bedoeld in artikel 4, tweede lid en verder van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB). Deze zekerheid wordt gevraagd voor uitkeringen van X aan Y.

Relevant is hierbij het besluit van de Staatssecretaris van 19 juni 2019, nr. 2019/13003, Stcrt. 2019, nr. 35519, waarin de kaders voor het verkrijgen van zekerheid vooraf zijn gegeven met betrekking tot rulings met een internationaal karakter. Tevens is van belang de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden van de Staatssecretaris van 31 december 2018, nr. DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064, zoals die is gewijzigd bij artikel VII van de Regeling van de Staatssecretaris van 18 december 2019, nr. 2019-0000199975, Stcrt. 2019, 69810.

Overwegingen

1. De groep oefent in Nederland operationele activiteiten uit (de zogenoemde economische nexus) en voorts worden de relevante bedrijfseconomische operationele activiteiten voor rekening en risico van X uitgeoefend. Deze activiteiten passen bij de functies van X binnen het concern.
2. De gevraagde zekerheid vooraf heeft geen betrekking op de fiscale gevolgen van directe transacties met entiteiten die zijn gevestigd in Staten die zijn opgenomen in de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden.
3. Tevens is het besparen van Nederlandse of buitenlandse belasting niet de enige dan wel doorslaggevende beweegreden voor het verrichten van de (rechts)handeling(en) of transacties.
4. X wordt gehouden door Y, een vennootschap opgericht naar het recht van een land buiten de EU waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten en die aldaar onderworpen is aan belastingheffing. Y, de opbrengstgerechtigde, drijft een materiële onderneming en houdt op het moment van uitkeren een belang in X waarop de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening van toepassing zou zijn indien de opbrengstgerechtigde in Nederland was gevestigd. Artikel 4, tweede lid van de Wet DB is derhalve van toepassing.
5. Aangezien de opbrengstgerechtigde in geen van de betrokken landen als een transparante vennootschap wordt gezien, is geen sprake van een hybride vennootschap en wordt niet toegekomen aan de uitzonderingen van het negende en tiende lid van artikel 4 van de Wet DB.
6. Vervolgens is beoordeeld of de uitzonderingen van artikel 4, derde lid van de Wet DB van toepassing zijn. Y wordt niet geacht te zijn gevestigd in een derde staat en vervult ook geen vergelijkbare functie als een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 6a of artikel 28 van de Wet Vpb. De onderdelen a en b van voornoemd artikellid zijn derhalve niet van toepassing.
7. Tenslotte is beoordeeld of de antimisbruikbepaling van artikel 4, derde lid, onderdeel c van de Wet DB van toepassing is. Er is sprake van misbruik indien – kort gezegd – de aandelen in de in

Nederland gevestigde vennootschap worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan ('subjectieve toets') en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie ('objectieve toets').

8. Op grond van de subjectieve toets is beoordeeld of Y het belang houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan.

9. Y wordt gehouden door Z, een vennootschap die een materiële onderneming drijft en gevestigd is in een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden, niet zijnde een lidstaat van de Europese Unie of een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Bij uitkeringen van X aan Z zou – indien Z het belang in X direct had gehouden – op grond van de Wet DB ook inhouding van dividendbelasting achterwege kunnen blijven. Dit betekent dat er op grond van uitlatingen in de parlementaire geschiedenis geen sprake is van het ontgaan van dividendbelasting en er derhalve recht bestaat op de inhoudingsvrijstelling.

10. Toepassing van de objectieve toets komt niet meer aan de orde, nu er geen sprake is van het ontgaan van dividendbelasting.

Conclusie

Gelet op artikel 4, tweede lid en verder van de Wet DB is ter zake van winstuitkeringen van X aan Y geen Nederlandse dividendbelasting verschuldigd. Conform artikel 4, elfde lid van de Wet DB dient binnen een maand na het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking is gesteld, verklaard te worden door X dat aan de gestelde voorwaarden is voldaan.

Dit is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst met een looptijd van 6 maart 2020 tot en met 31 december 2024.