

## COMPLICATIES INCOTERMS® AFSPRAKEN BIJ AMERIKAANSE KLANTEN

*Dat leveringsvoorwaarden complex zijn en aan alles raken, wordt zeker duidelijk bij het leveren aan de VS.*

08-08-2019 Zoals gebruikelijk in het internationale zakenverkeer, wordt ook bij leveringen aan Amerikaanse klanten meestal een Incoterms®-regel afgesproken. Daarbij duiken in de praktijk zo nu en dan onvermoede complicaties op. Bijvoorbeeld dat het magazijn dat een exporteur in de VS heeft gehuurd om daar vanuit de lokale markt te bevoorraden als een Amerikaans filiaal wordt gezien. Om te illustreren wat het effect kan zijn van de keuze voor een bepaalde Incoterms®-regel, bespreekt Hans van Velzen een drietal casussen.

### FCA aan een klant in de VS

*Casus 1:* Een Nederlandse exporteur van verbruiksgoederen levert FCA aan een klant in de VS. De Amerikaanse klant is verantwoordelijk voor transport naar en invoer in de VS. De Nederlandse exporteur heeft zo geen omkijken naar Nederlandse export- en Amerikaanse importperikelen. Omdat het hier om een product gaat, hoeft de Amerikaanse klant geen inhouding op het factuurbedrag toe te passen (zie het kopje 'W-8BEN' verderop). In deze reguliere situatie is er geen probleem.

### DDP en Amerikaanse economische en rechtsverkeer

*Casus 2:* Een Nederlands bedrijf levert op zeer reguliere basis DDP aan een klant in de VS. De Nederlandse BV is verantwoordelijk voor transport naar en invoer in de VS. Het bedrijf is importeur of record voor de geïmporteerde goederen en begeeft zich daarmee in het Amerikaanse economische en rechtsverkeer. Dit zal mogelijk niet altijd zijn gewenst.

### DDP en eigen magazijn in de VS

*Casus 3:* Een onderneming in Nederland besluit vanwege de hoge transportkosten per uitgeleverde order alsmede omwille van de lange levertijd, om in de VS voorraad te gaan aanhouden en op afroep uit die voorraad te gaan leveren. Het bedrijf huurt magazijnruimte in de VS en transporteert zijn voorraad in bulk; voorraad wordt ingevoerd, ingeklaard en gereedgehouden voor levering. Uiteraard wordt door het Nederlandse bedrijf DDP geleverd, de onderneming is namelijk tevens 'bestemmeling' (de partij voor wie de zending bedoeld is) van het transport en blijft eigenaar van de goederen.

### Let op met levering vanuit een lokaal magazijn

Orders worden onveranderd geplaatst door de Amerikaanse klant bij de Nederlandse BV. In dit geval blijkt iets ogenschijnlijk eenvoudigs vrij gecompliceerd. Hier wordt onbedoeld de volgende internationale zowel als nationale verhouding gecreëerd: De Amerikaanse klant plaatst haar bestelling bij de Nederlandse BV. Deze stuurt de factuur aan de Amerikaanse klant op basis van een Nederlandse levering. FCA is in dit geval niet mogelijk, immers, de goederen zijn al ingeklaard en fysiek in de VS aanwezig. Uitlevering vindt plaats vanuit het magazijn in de VS als een nationale levering (let op de UCC shipping terms in plaats van Incoterms®, zie ook kader).

Het Nederlandse bedrijf wil niet alleen de kosten van transport van Nederland naar de VS door factureren, maar ook van de nationale doorlevering vanuit het Amerikaanse magazijn naar de locatie van de klant en de kosten van inkleding/invoerrechten. Dat zou enkel kunnen als de 'FCA-prijs' wordt opgehoogd naar een 'DDP-prijs'. De Nederlandse onderneming factureert dan een DDP-totaalprijs, maar levert op order als FCA, opgehoogd met internationale en nationale transportkosten alsmede inkleding/invoerrechten.

### Nationale levering

We duiken wat dieper in de derde casus. Uitlevering door het Nederlandse bedrijf vanuit eerder in de VS ingevoerde voorraad betekent een nationale (VS) levering. Dit kan civielrechtelijke gevolgen hebben. Als de operatie in de VS – het aanhouden van een voorraad in een Amerikaans magazijn en het uitleveren op afroep – wordt gezien als een filiaal in de civielrechtelijke zin, kan de operatie worden aangemerkt als een branch office. Een dergelijk office dient in de betreffende Amerikaanse staat van vestiging te zijn geregistreerd en dient een zogenoemde authorization to transact business te verkrijgen om de activiteiten uit te voeren. Non-compliance kan zwaar worden gesanctioneerd. Het aanhouden van voorraad in een magazijn in de VS vereist vrijwel altijd een dergelijke authorization.

### Vennootschapsbelastingplichtig in VS

Normaal gesproken zijn Nederlandse, buiten de VS gevestigde bedrijven in Nederland vennootschapsbelastingplichtig (Vpb), maar niet ook nog in de VS. Toch kan er in de VS een Vpb-plicht ontstaan, bijvoorbeeld als de Nederlandse BV uit de derde casus wordt geacht inkomsten te hebben die effectively connected zijn met de VS. Bijvoorbeeld in geval van een langdurig contract (denk aan de huur van magazijnruimte) met een partij in de VS, waarbij op een vaste locatie in de VS activiteiten plaatsvinden.

## Onderworpen aan Amerikaanse civiele en fiscale regels

Indien een authorization to transact business zou moeten zijn verkregen, kan worden aangenomen, dat de Nederlandse BV een onderneming in de VS drijft. In zo'n geval kan een vaste inrichting of permanent establishment van het Nederlandse bedrijf in de VS ontstaan, met bijbehorende Vpb-plicht in de VS. Magazijn in de VS = onderneming in de VS. In het algemeen (er zijn uitzonderingen, maar dat gaat gezien de strekking van deze publicatie te ver) kan worden gesteld, dat het aanhouden van voorraad in de VS leidt tot het aanvragen en verkrijgen van een authorization to transact business, wat resulteert in een Amerikaanse onderneming. Dergelijke ondernemingen zijn onder meer onderworpen aan Amerikaanse civiele en fiscale regels. Ze krijgen onder meer te maken met transfer pricing en Amerikaanse Vpb, maar ook met sales en use tax.

## W-8BEN

Inzake betalingen die de VS uitgaan, geldt een aanvullende regeling vanuit de IRS (Amerikaanse belastingdienst), op federaal niveau. Als een partij in de VS aan een buiten de VS gevestigde partij betaalt voor in de VS geleverde diensten, dan dient daarover dertig procent te worden ingehouden (withholding) en afgedragen aan de Amerikaanse IRS. Door toepassing van deze inhouding kan een conflict ontstaan met de getekende purchase order en verkoopvoorwaarden; immers, het bedrijf in Nederland ontvangt niet de afgesproken betalingen, terwijl de partij in de VS die formeel gezien wel heeft gedaan. Steeds vaker komt het voor dat Amerikaanse partijen, alvorens een betaling aan een buiten de VS gevestigde partij wordt gedaan, withholding voorschrijven, ook als het om producten gaat.

## Withholding niet van toepassing

Belangrijk is om aan de Amerikaanse klant duidelijk te maken dat de dertig procent withholding niet van toepassing is op leveringen van producten. Mocht de klant in de VS zich alsnog op het standpunt stellen dat dertig procent zal worden ingehouden en aan IRS zal worden afgedragen, dan kan een beroep worden gedaan op de W-8BEN-faciliteit, bedoeld om Amerikaanse withholding te voorkomen. Na overleggen van het gelijknamige formulier kan honderd procent van het factuurbedrag worden betaald aan de Nederlandse toeleverancier.

## Embargoleveringen en sancties

De afgesproken Incoterms®-regel speelt ook een rol als het gaat om embargoleveringen en sanctieregeling. Zeker in het kader van recente sanctieregeling vanuit de EU, VS en Verenigde Naties, is het zaak om kennis te hebben van de uiteindelijke plaats van levering en gebruik van goederen en diensten. Is dat laatste belangrijk? Ja, zeker als er service en garantieverplichtingen gelden.

## Reserveonderdelen en serviceverplichtingen

Het 'shippen' van product X naar land Y, waarbij doorlevering plaatsvindt naar embargoland Z kan nog buiten het gezichtsveld van een toeleverancier vallen. Echter, het shippen van reserveonderdelen naar een land of partij onder embargo is niet aan de orde. Als contractueel is bepaald dat dit wel zou moeten, ontstaat een probleem. Er mag niet worden geleverd. Sterker nog, in sommige gevallen kan niet worden geleverd, omdat een rechtshandeling met een partij onder embargo als niet bestaand wordt aangemerkt. Dat impliceert ook dat service- en garantieverplichtingen onder een 'embargo contract' als niet bestaand zouden worden aangemerkt (tenzij bijvoorbeeld het contract was gesloten voorafgaand aan de inwerkingtreding van de betreffende sanctie). Mede om bovenstaande redenen wordt aangeraden om FCA en niet EXW te leveren.

Om praktische en juridische verwikkelingen te vermijden, is het raadzaam om contractuele bepalingen over het bestaan en de afdwingbaarheid van embargomaatregelen in een leveringscontract op te nemen.

## Incoterms® of UCC?

Tot slot nog een tip over het gebruik van Incoterms® wanneer je zaken doet met de VS. De ICC Incoterms® 2010, zoals die in Europa worden gehanteerd, bevatten vervoersvoorwaarden die ook in de VS en Canada worden gebruikt, echter in de VS op basis van de Uniform Commercial Code ('UCC'), met een andere invulling. Als gebruik van Incoterms is voorzien, vermeldt dit dan expliciet om verwarring met toepasselijkheid van UCC-regels te vermijden. In het geval van bijvoorbeeld FOB: 'FOB [plaats], The Netherlands; FOB as meant in Incoterms 2010'.

*Dit artikel is eerder gepubliceerd in globe magazine en geschreven door Hans van Velzen. Hans is legal counsel bij Van Velzen CS.*

## Lancering Incoterms® 2020

ICC publiceert in september de Incoterms® 2020, de nieuwste versie van de 'international commercial terms', die per 1 januari 2020 in werking treden. Om er voor te zorgen dat je tijdig goed geïnformeerd bent over de Incoterms® 2020, organiseert ICC Nederland, in samenwerking met evofenedex een aantal seminars.

**SEMINARS INCOTERMS® 2020 ([HTTPS://WWW.EVOFENEDEX.NL/EVENEMENTEN/SEMINARS-LANCERING-INCOTERMSR-2020](https://www.evofenedex.nl/evenementen/seminars-lancering-incotermsr-2020))**