

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

## Hybride Financieringen

*Een onderzoek naar de strijd om hybride financieringen  
tegen te gaan.*

Auteur:  
Rogier Vermeer (347869)

Begeleider:  
Drs. P.C.J. Oerlemans

Rotterdam, juli 2014

# Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding en probleemstelling</b>	<b>4</b>
<b>2. De moeder-dochter richtlijn</b>	<b>6</b>
2.1 De geschiedenis van de moeder-dochter richtlijn	6
2.2 Doel	7
2.3 Toepassing	8
2.4 Kwalificerende vennootschappen	11
2.4.1 Kwalificerende moedermaatschappij	12
2.4.2 Kwalificerende dochtermaatschappij	13
2.5 Werking	13
<b>3. Hybride financieringen</b>	<b>16</b>
3.1 Introductie	16
3.2 Wat zijn hybride financieringen?	16
3.3 Hybride financieringen in de moeder-dochter richtlijn	20
3.4 Vormen van hybride financieringen	22
3.5 Kwalificatiemethoden	24
3.6 Slot	27
<b>4. Voorstellen van de OESO</b>	<b>28</b>
4.1 Inleiding	28
4.2 Hybride mismatches	28
4.3 De nadelige effecten als gevolg van hybride financieringen	29
4.3.1 Belastingopbrengsten	29
4.3.2 Competitie	30
4.3.3 Economische efficiëntie	30
4.3.4 Transparantie	30
4.3.5 Eerlijkheid	31
4.4 Voorgestelde oplossingen door de OESO	31
4.4.1 De harmonisatie van binnenlandse wetten	31
4.4.2 Algemene anti-misbruikbepalingen	31

4.4.3 Specifieke anti-misbruikbepalingen	32
4.4.4 Regels die specifiek ontworpen zijn voor hybride mismatches	32
4.5 Uitwerking van de voorgestelde oplossingen	32
4.5.1 Recommendations for Domestic Laws	33
4.5.1.1 Aanbevelingen voor de hybrid instruments	34
4.5.1.2 Aanbevelingen voor de hybride entiteiten	36
4.5.2 Treaty Issues	39
<b>5. Voorstellen van de Europese Commissie</b>	<b>42</b>
5.1 Inleiding	42
5.2 Problemen volgens de Europese Commissie	42
5.3 Voorgestelde oplossingen door de Europese Commissie	43
5.4 Uitwerking van de voorgestelde oplossingen	46
<b>6. Vergelijking van de voorgestelde oplossingen</b>	<b>48</b>
6.1 Inleiding	48
6.2 Commentaar op de voorstellen van de Europese Commissie	48
6.3 Commentaar op de voorstellen van de OESO	51
6.4 Vergelijking van de oplossingen van beide organen	53
<b>7. Conclusie</b>	<b>55</b>
<b>Literatuurlijst</b>	<b>60</b>
Literatuur	60
Jurisprudentie	61
Overige stukken	61

# 1. Inleiding en probleemstelling

Het is een probleem waar sinds de laatste paar jaar steeds meer aandacht aan wordt gegeven: hybride financieringen. Bedrijven maken gebruik van onder andere de moeder-dochter richtlijn, verdragen en verschillen tussen nationale wetgevingen van landen om financieringen te creëren die in verschillende landen verschillend worden gekwalificeerd. Bedrijven gebruiken hybride financieringen om belastingvoordelen te halen, zoals de zogenoemde ‘dubbele niet-heffing’<sup>1</sup>, wat inhoudt dat een betaling in het ene land aftrekbaar is, terwijl er in het andere land niets wordt geheven, of een ‘double-dip structuur’, waarbij er op één betaling twee keer een fiscale faciliteit wordt toegepast, zoals een dubbele fiscale aftrek.

Er is veel kritiek op bedrijven die belastingvoordeel halen door middel van hybride financieringen, want naast dat het over het algemeen als ethisch onverantwoord wordt gezien om op kunstmatige manieren belastingheffing te omzeilen, hebben landen te kampen met lagere belastingopbrengsten als gevolg van deze hybride financieringen. Daarnaast brengt hybride financieringen nog een aantal andere schadelijke effecten voor de economie mee, die in deze scriptie uitgebreid aan bod zullen komen.

Als reactie op het steeds groter wordende probleem van hybride financieringen hebben de OESO en de Europese Commissie rapporten opgesteld met voorstellen om hybride financieringen tegen te gaan. De voorstellen die gedaan zijn, zijn onder andere aanpassingen aan de moeder-dochter richtlijn en het OESO-modelverdrag. Daarnaast worden er voorstellen gedaan om regels in de nationale wetgevingen te implementeren.

De rapporten die de OESO en de Europese Commissie hebben opgesteld zullen de leidraad van deze scriptie zijn. In deze scriptie zal dieper worden ingegaan op het begrip hybride financiering, er zal onderzocht worden welke vormen van hybride financieringen er zijn en hoe deze werken. Ook zal uitgebreid worden ingegaan op de voorstellen die de OESO en de Europese commissie hebben gedaan om hybride financieringen tegen te gaan, en zullen deze voorstellen beoordeeld worden op onder andere effectiviteit en haalbaarheid.

De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt:

*In hoeverre zijn de voorgestelde oplossingen van de Europese Commissie en de OESO, om de problemen als gevolg van hybride financieringen tegen te gaan, toereikend?*

---

<sup>1</sup> ‘Dubbele niet-heffing’ is een term die wordt gebruikt door de Europese Commissie in haar rapport COM(2013) 814, waarmee bedoeld wordt dat een betaling aftrekbaar is, terwijl er geen heffing tegenover staat.

Om een beter inzicht te krijgen in met name de voorgestelde oplossingen van de Europese Commissie zal in het eerste hoofdstuk uitgebreid worden besproken wat de moeder-dochter richtlijn is, wat het doel ervan is en wat voor soort betalingen en vennootschappen onder deze richtlijn vallen. Vervolgens zal er aan de hand van de volgende deelvragen een antwoord op de probleemstelling worden gezocht:

- Wat zijn hybride financieringen, welke verschillende vormen zijn er en hoe werken ze?
- Welke problemen, als gevolg van hybride financieringen, onderkent de OESO, welke oplossingen draagt zij hier voor aan en op welke wijze wil zij deze voorstellen implementeren?
- Welke problemen, als gevolg van hybride financieringen, onderkent de Europese Commissie, welke oplossingen draagt zij hier voor aan en op welke wijze wil zij deze voorstellen implementeren?

Vervolgens zal er aan de hand van deze hoofdstukken commentaar worden geleverd op de voorstellen van de OESO en de Europese Commissie en zullen deze voorstellen met elkaar worden vergeleken, om zo tot een antwoord op de probleemstelling te komen.

## 2. De moeder-dochter richtlijn

### 2.1 De geschiedenis van de moeder-dochter richtlijn

In april 1960 werd door de Europese Commissie het ‘Neumarkcomité’ opgericht, een fiscaal en financieel comité dat als taak had om te onderzoeken welke verschillen tussen nationale wetgevingen van verschillende lidstaten een negatief effect hadden of konden hebben op de integratie en harmonisatie van de Europese Gemeenschap (EG).<sup>2</sup>

In 1962 publiceerde dit comité zijn bevindingen, welke door de Europese Commissie in 1967 werden gebruikt voor hun ‘Programma voor de harmonisatie van de directe belastingen’, waarin de moeder-dochter verhouding voor kwam. De Europese Commissie stelde dat, om vrij kapitaalverkeer te waarborgen, het noodzakelijk was om bronbelasting op dividenden te harmoniseren en dat er methoden ter voorkoming van dubbele belasting op dividenden opgesteld moesten worden.<sup>3</sup>

In januari 1969 werd de concept-moeder-dochter richtlijn door de Europese Commissie opgesteld en voorgelegd aan de Raad van de EG.<sup>4</sup> Het voornaamste doel van deze voorgestelde richtlijn was het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing. In deze concept-richtlijn stond onder meer het volgende:

- Artikel 3 lid 1, sub a: Een moedermaatschappij is ieder onder de wetgeving van een Lid-Staat ressorterende vennootschap die een deelneming van ten minste 20% bezit in het kapitaal van een vennootschap die onder de wetgeving van een andere Lid-Staat ressorteert.
- Artikel 3 lid 1, sub b: Een dochteronderneming is de vennootschap in welker kapitaal de in sub a) bedoelde deelneming wordt bezeten.
- Artikel 4: De uitgekeerde winst die een moedermaatschappij ontvangt van haar dochteronderneming, maakt, zelf bij liquidatie van de dochteronderneming, geen deel uit van haar belastbare winst. De lidstaat waarin de moedermaatschappij was gevestigd moest dus een objectvrijstelling verlenen voor het uitgekeerde dividend.
- Artikel 5 lid 1: De lidstaat waarin de dochtermaatschappij was gevestigd mocht geen bronbelasting heffen over door de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst.
- Artikel 7: Indien de moedermaatschappij ten minste 50% bezit in het kapitaal van een dochtermaatschappij, mag geopteerd worden voor het stelsel van heffing naar de geconsolideerde winst.

---

<sup>2</sup> I. Anschütz, Harmonization of Direct Taxes in the European Economic Community, Harvard International Law Journal, 1972, blz. 15

<sup>3</sup> I. Anschütz, Harmonization of Direct Taxes in the European Economic Community, Harvard International Law Journal, 1972, blz. 16-17

<sup>4</sup> Conceptrichtlijn COM 69 6 (PbEG C, 1969, nr. C 39/7)

- Artikel 3 lid 2: Het staat de lidstaten vrij om de richtlijn niet toe te passen als de moedermaatschappij niet gedurende ten minste 2 jaar een deelneming heeft gehouden in de dochtermaatschappij.

Op grond van artikel 8 was het de bedoeling dat de lidstaten de richtlijn uiterlijk op 1 januari 1971 in hun wetgevingen zouden implementeren. Echter werd de richtlijn door politieke verdeeldheid tussen verschillende lidstaten niet aangenomen.<sup>5</sup> Uiteindelijk werd de richtlijn in aangepaste vorm vastgesteld op 23 juli 1990.<sup>6</sup> Hierna heeft de Europese Commissie nog een paar wijzigingsvoorstellen gedaan, en op 22 december 2003 stelde de Raad een richtlijn tot wijziging van de moeder-dochter richtlijn vast, het doel van deze wijziging was de moeder-dochter richtlijn te verruimen.<sup>7</sup>

Op 30 november 2011 is er door de Raad een vernieuwde richtlijn vastgesteld. Dit was nodig omdat er een aantal ingrijpende wijzigingen aan de richtlijn was geweest sinds 1990. Deze nieuwe versie van de richtlijn werd vastgesteld als de Richtlijn van de Raad van 30 november 2011.<sup>8</sup>

Op 25 november 2013 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan om de moeder-dochter richtlijn op twee punten aan te passen. Ten eerste wil de Europese Commissie een algemene anti-misbruikbepaling opnemen die is afgestemd op de strekking en doelstelling van Richtlijn 2011/96/EU en ten tweede wil de Europese Commissie dat er een bepaling in de Richtlijn komt waardoor de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd slechts een vrijstelling hoeft te verlenen voor uitgekeerde winst indien deze in de lidstaat waar de dochtermaatschappij gevestigd is niet-aftrekbaar is. De Europese Commissie heeft deze wijziging voorgesteld om dubbele niet-heffing door middel van hybride financieringen, waarbij een uitgekeerde winst bij de moedermaatschappij vrijgesteld en bij de dochtermaatschappij aftrekbaar is, te voorkomen.<sup>9</sup> Echter is dit voorstel op 6 mei 2014 afgewezen in een overleg tussen de Europese ministers van financiën en zal het voorstel dus herzien moeten worden.

## 2.2 Doel

Het doel van de moeder-dochter richtlijn wordt beschreven in de preambule van de richtlijn.<sup>10</sup>

In punt 3 van de preambule wordt vermeld dat de richtlijn ertoe strekt dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren, wat inhoudt dat er bij de dochter geen bronbelasting wordt geheven en dat deze uitgekeerde winsten bij de moeder vrijgesteld worden.

---

<sup>5</sup> Cursus Belastingrecht, Dividendbelasting, 2.1.4. C

<sup>6</sup> Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990, gepubliceerd in PbEG 1990 L 225

<sup>7</sup> Gepubliceerd in PbEG 2004 L 7/41

<sup>8</sup> Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011, gepubliceerd in PbEG 2011 L 345/8.

<sup>9</sup> COM(2013) 814

<sup>10</sup> Richtlijn 2011/96/EU van de Raad

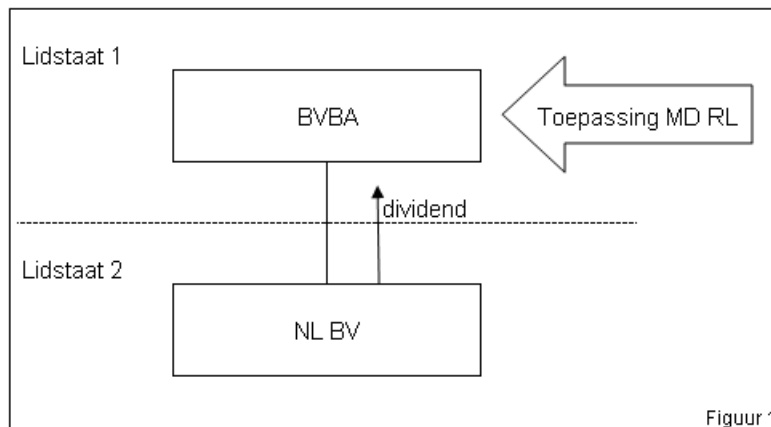
In punt 4 staat vermeld dat het hergroeperen van vennootschappen uit verschillende lidstaten noodzakelijk kan zijn om in de Unie soortgelijke voorwaarden te scheppen als op nationaal niveau om een goede werking van de interne markt te bewerkstelligen. De nationale wetgevingen moeten deze gemeenschappelijke markt niet kunnen belemmeren. Punt 5 zegt dat deze hergroeperingen kunnen leiden tot de vorming van moeder- en dochtermaatschappijen.

## 2.3 Toepassing

De moeder-dochter richtlijn begint met artikel 1 waarin een viertal situaties wordt geschetst wanneer een lidstaat deze richtlijn toe dient te passen. Artikel 2 legt uit wat een kwalificerende vennootschap is en zegt in onderdeel b) expliciet dat een vaste inrichting ook een kwalificerende vennootschap is voor de moeder-dochter richtlijn. Artikel 3 legt uit wat de begrippen moeder- en dochtermaatschappij inhouden maar hier zal ik later op ingaan.

Zoals gezegd regelt artikel 1 wanneer en op welk niveau de richtlijn toe dient te worden gepast. Ik zal de viertal situaties illustreren.

Artikel 1, lid 1, onderdeel a) zegt dat een lidstaat de richtlijn toe moet passen op uitkeringen van winst die door vennootschappen van die lidstaat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten. (Figuur 1)<sup>11</sup>

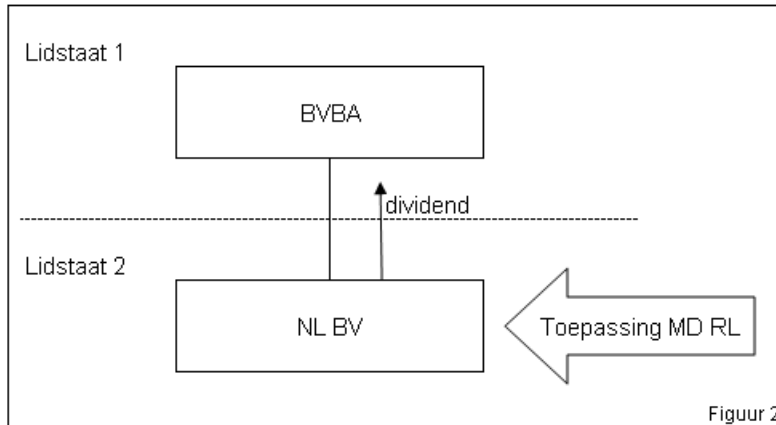


Hier wordt dus geregeld dat de lidstaat van de moedermaatschappij de richtlijn toe moet passen op uitkeringen van winst die door deze maatschappij worden ontvangen van haar dochtermaatschappij in een andere lidstaat.

<sup>11</sup> J. van Egmond, De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting op een dividenduitkering aan een hybride entiteit, 2010, blz. 14



Artikel 1, lid 1, onderdeel b) zegt dat een lidstaat de richtlijn toe moet passen op winst die door vennootschappen van die lidstaat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochterondernemingen zijn. (Figuur 2)<sup>12</sup>

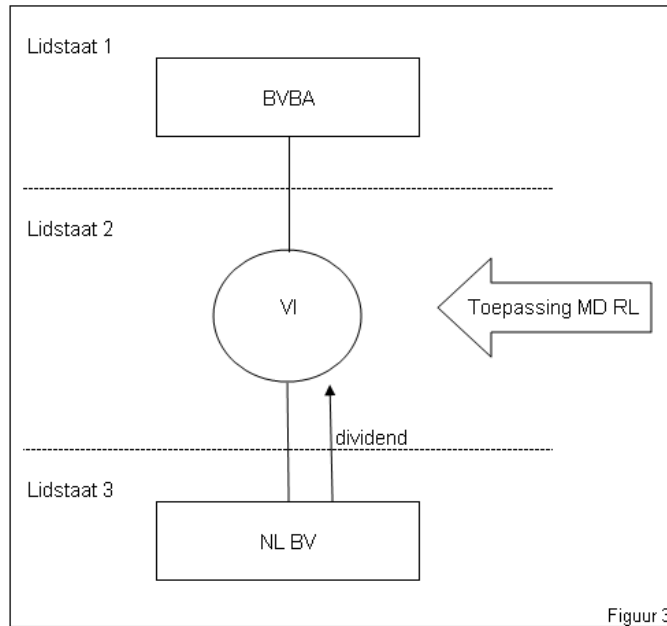


Hier wordt dus geregeld dat de lidstaat van de dochtermaatschappij de richtlijn toe moet passen op winst die door de dochtermaatschappij wordt uitgekeerd aan de moedermaatschappij waar de winst aan uit wordt gekeerd.

Artikel 1, lid 1, onderdeel c) zegt dat een lidstaat de richtlijn toe moet passen op uitkeringen van winst die door in die lidstaat gelegen vaste inrichtingen van vennootschappen uit andere lidstaten zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit een andere lidstaat dan die waar de vaste inrichting is gevestigd. (Figuur 3)<sup>13</sup>

<sup>12</sup> J. van Egmond, De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting op een dividenduitkering aan een hybride entiteit, 2010, blz. 15

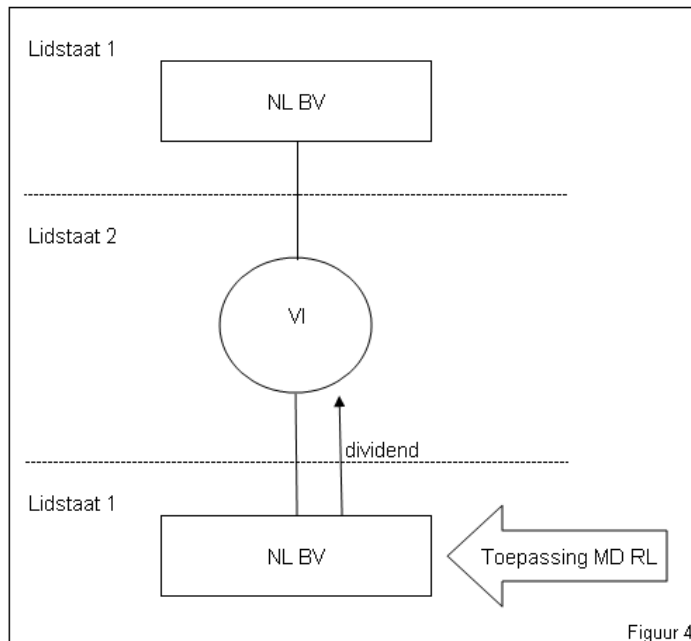
<sup>13</sup> J. van Egmond, De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting op een dividenduitkering aan een hybride entiteit, 2010, blz. 15



Hier wordt dus geregeld dat als er winst wordt uitgekeerd aan een vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij door een dochtermaatschappij die in een derde lidstaat is gevestigd, dat de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen de richtlijn moet toepassen op de ontvangen winstuitkeringen.

Artikel 1, lid 1, onderdeel d) zegt dat een lidstaat de richtlijn moet toepassen op winst die door vennootschappen van die staat wordt uitgekeerd aan in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen van vennootschappen van dezelfde lidstaat waarvan zij dochterondernemingen zijn. (Figuur 4)<sup>14</sup>

<sup>14</sup> J. van Egmond, De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting op een dividendum uitkering aan een hybride entiteit, 2010, blz. 16



Hier wordt dus geregeld dat als een vaste inrichting van een moedermaatschappij, die in een andere lidstaat ligt dan de moedermaatschappij, uitgekeerde winst ontvangt van een dochtermaatschappij die in dezelfde lidstaat is gelegen als de moedermaatschappij, de richtlijn wordt toegepast op het niveau van de uitkerende dochtermaatschappij.

## 2.4 Kwalificerende vennootschappen

In artikel 2 van de moeder-dochter richtlijn staan 3 cumulatieve voorwaarden waaraan voldaan moet zijn door een entiteit om gekwalificeerd te worden als ‘vennootschap van een lidstaat’.

Ten eerste dient een entiteit op grond van artikel 2, onderdeel a), ten eerste, een rechtsvorm te hebben als genoemd in bijlage I, deel A, van de richtlijn. Daarnaast moet de entiteit op grond van artikel 2, onderdeel a), ten tweede, fiscaal inwoner zijn van een lidstaat. Als laatste dient een entiteit op grond van artikel 2, onderdeel a), ten derde, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld onderworpen te zijn aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen.

Zoals gezegd dient een entiteit aan alle 3 de voorwaarden te voldoen om aangemerkt te worden als een ‘vennootschap van een lidstaat’, de entiteit hoeft echter niet in dezelfde lidstaat aan alle 3 de voorwaarden te voldoen. Een vennootschap kan bijvoorbeeld naar Nederlands recht zijn opgericht, maar feitelijk zijn gevestigd in een andere lidstaat.

Een entiteit kan dus op grond van artikel 2 gekwalificeerd worden als ‘vennootschap van een lidstaat’, maar om onder de moeder-dochter richtlijn te vallen moet de desbetreffende entiteit ook aan de voorwaarden van artikel 3 voldoen, waar de eisen met betrekking tot moeder- en dochtervennootschappen worden gesteld. Hierover zal ik later meer uitweiden.

De eerste voorwaarde was dat een entiteit een kwalificerende rechtsvorm heeft. De kwalificerende rechtsvormen staan uitgewerkt in bijlage I, deel A, van de moeder-dochter richtlijn. De Nederlandse kwalificerende rechtsvormen zijn onder andere de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de open commanditaire vennootschap.

Het toepassingsbereik moet strikt uitgelegd worden. Volgens het Hof<sup>15</sup> valt een vennootschap die niet is opgenomen in de bijlage niet onder het toepassingsbereik en wordt deze dus niet aangemerkt als een kwalificerende vennootschap.

De tweede voorwaarde was dat een entiteit fiscaal inwoner van een lidstaat dient te zijn. Dit wordt beoordeeld aan de hand van het fiscale recht van de desbetreffende lidstaat, aangezien de moeder-dochter richtlijn verder geen criteria geeft met betrekking tot het zijn van een inwoner van een lidstaat. De fiscale vestigingsplaats van een vennootschap wordt in eerste instantie naar nationaal recht bepaald. In Nederland bijvoorbeeld wordt een vennootschap welke is opgericht naar Nederlands recht steeds geacht inwoner te zijn van Nederland.<sup>16</sup> Als een vennootschap wordt geacht inwoner te zijn van twee (of meer) lidstaten vindt het Europees recht zijn toepassing en is de plaats van de werkelijke leiding van de vennootschap doorslaggevend.<sup>17</sup>

De derde eis was dat een vennootschap onderworpen dient te zijn aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen, waarbij ze niet de keuze hebben om hiervan te zijn vrijgesteld of hiervan vrijgesteld zijn. Dit wordt ook wel de onderworpenheidsvereiste genoemd. Omdat het mogelijk is dat een lidstaat zijn winstbelasting aanpast is in de laatste volzin van artikel 2, onderdeel a), ten derde, opgenomen dat een belasting die in de plaats treedt van die belasting ook onder de moeder-dochter richtlijn valt. De onderworpenheidsvereiste geldt voor zowel de moeder- als de dochtermaatschappij en zij mogen beiden niet zijn vrijgesteld van de desbetreffende belasting. Het is echter niet duidelijk of subjectieve onderworpenheid voldoende is, of dat de winst van de vennootschappen daadwerkelijk in de belastingheffing moet worden betrokken en dat er dus een objectieve belastingplicht bestaat.<sup>18</sup>

#### *2.4.1 Kwalificerende moedermaatschappij*

De moeder-dochter richtlijn vindt zijn toepassing op grensoverschrijdende winstuitkeringen van dochtermaatschappijen aan moedermaatschappijen. Om te kwalificeren als moedermaatschappij dient een vennootschap ten eerste te voldoen aan de eerdergenoemde 3 voorwaarden van artikel 2, onderdeel a), van de moeder-dochter richtlijn. Voorts dient een moedermaatschappij een deelneming van

---

<sup>15</sup> HvJ EG 1 oktober 2009 (Gaz de France)

<sup>16</sup> Artikel 2, lid 4, wet VPB

<sup>17</sup> Artikel 4, lid 3, van het OECD-modelverdrag

<sup>18</sup> R.P.C.W.M. Brandsma e.a., Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht, 7.1.5.F

minimaal 10% te hebben in het kapitaal van een vennootschap in een andere lidstaat.<sup>19</sup> Als een vennootschap minimaal 10% van het stemrecht in een vennootschap in een andere lidstaat heeft kan de eerstgenoemde ook aangemerkt worden als moedervennootschap.<sup>20</sup> Als een lidstaat van de laatstgenoemde optie gebruik wil maken, dient de lidstaat dit tot uitdrukking te brengen door middel van een bilaterale overeenkomst met een andere lidstaat. Het implementeren van het stemrechtscriterium in de nationale wetgeving volstaat dus niet, wat begrijpelijk is aangezien er anders discrepanties zouden kunnen ontstaan als in een bilaterale relatie tussen een moeder- en een dochtermaatschappij één van de lidstaten het kapitaalcriterium toepast en de andere lidstaat het stemrechtscriterium.<sup>21</sup>

Het staat de lidstaten vrij om toepassing van de richtlijn te weigeren indien de moedermaatschappij niet gedurende een onafgebroken periode van twee jaren een deelneming bezit in de dochtermaatschappij.<sup>22</sup> Volgens het Hof van Justitie dient deze bepaling echter niet zodanig uitgelegd te worden dat het op het moment van de winstuitkering noodzakelijk is dat al voldaan moet zijn aan de tweejaars termijn<sup>23</sup>, in de wettekst staat namelijk dat het noodzakelijk is dat de moedermaatschappij de deelneming in de dochtermaatschappij gedurende twee jaren *behoudt*.

#### 2.4.2 Kwalificerende dochtermaatschappij

Een kwalificerende dochtermaatschappij is een vennootschap die in het kapitaal van een moedermaatschappij als deelneming wordt gehouden.<sup>24</sup> Daarnaast gelden voor een dochtermaatschappij dezelfde eisen als voor een moedermaatschappij.

## 2.5 Werking

In artikel 5 van de moeder-dochter richtlijn wordt geregeld dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting, er is dus sprake van een inhoudingsvrijstelling op het niveau van de dochteronderneming.

Wat bronbelasting precies is wordt echter niet uitgelegd in de moeder-dochter richtlijn. Het Hof van Justitie heeft hier echter in een aantal arresten invulling aan gegeven.<sup>25</sup> Volgens het Hof mag een belasting die formeel niet kan worden aangemerkt als bronbelasting, maar die materieel wel een bronbelasting is, niet worden geheven op grond van de moeder-dochter richtlijn. Het Hof legt het begrip bronbelasting dus niet uit aan de hand van de nationale wetgeving, maar zelfstandig.

---

<sup>19</sup> Artikel 3, lid 1, onderdeel a), ten eerste, van de moeder-dochter richtlijn

<sup>20</sup> Artikel 3, lid 2, onderdeel a), van de moeder-dochter richtlijn

<sup>21</sup> R.P.C.W.M. Brandsma e.a., Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht, 7.1.7.C

<sup>22</sup> Artikel 3, lid 2, onderdeel b), van de moeder-dochter richtlijn

<sup>23</sup> HvJ 17 oktober 1996, nr. C-283/94 (Arrest Denavit)

<sup>24</sup> Artikel 3, lid 1, onderdeel b), van de moeder-dochter richtlijn

<sup>25</sup> Onder andere HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-375/98 (Arrest Epson Europe)

In artikel 4, lid 1, van de moeder-dochter richtlijn staat dat als een moedermaatschappij uitgekeerde winst ontvangt van haar in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij, dat de lidstaat waarin de moedermaatschappij gevestigd is zich moet onthouden van het belasten van deze winst.

Op deze manier wordt geprobeerd om economisch dubbele belastingheffing tegen te gaan, de winst die is uitgekeerd is namelijk al belast op het niveau van de dochter.

Er zijn twee geaccepteerde methoden om deze regel toe te passen, namelijk de vrijstellings<sup>26</sup>- en de verrekeningsmethode<sup>27</sup>. De vrijstellingsmethode houdt in dat de door de moedermaatschappij ontvangen uitgekeerde winst geheel buiten de heffingsgrondslag wordt gelaten, en dus wordt vrijgesteld.

De verrekeningsmethode houdt in dat de ontvangen uitgekeerde winst wel in de belastingheffing wordt betrokken, maar de belasting die reeds over de desbetreffende winst is betaald op het niveau van de dochteronderneming wordt in mindering gebracht op de belasting die op het niveau van de moedermaatschappij wordt geheven.

In artikel 6 van de moeder-dochter richtlijn staat dat de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd geen bronbelasting mag heffen op de winst die door deze moedermaatschappij wordt ontvangen van een dochteronderneming. Deze bepaling is opgenomen omdat sommige lidstaten de bank die het geld overmaakt van de dochteronderneming naar de moedermaatschappij aanmerken als inhoudingsplichtige en deze bank de (voorheffing) in laten houden en laten afdragen aan de fiscus van de lidstaat van de moedermaatschappij.<sup>28</sup> Dit druist in tegen de gedachte dat dividenden vrij rond moeten kunnen gaan binnen de EU.

Zoals eerder gemeld formuleert de moeder-dochter richtlijn geen definitie voor het begrip 'bronbelasting'. Er wordt echter wel gemeld wat niet als bronbelasting moet worden gezien, namelijk 'de vervroegde betaling of vooruitbetaling van de vennootschapsbelasting aan de lidstaat waarin de dochteronderneming is gevestigd, die in samenhang met een uitkering van winst aan de moedermaatschappij wordt verricht.'<sup>29</sup>

Zoals ook eerder gezegd heeft het Hof wel meer duidelijkheid gegeven aan het begrip 'bronbelasting'. Het Hof heeft bepaald dat een belasting die formeel niet kan worden aangemerkt als bronbelasting, maar die materieel wel een bronbelasting is, niet mag worden geheven op grond van de moeder-dochter richtlijn.<sup>30</sup> In een latere zaak heeft het Hof dit begrip nog verder gespecificeerd door drie

---

<sup>26</sup> Artikel 4, lid 1, onderdeel a), van de moeder-dochter richtlijn

<sup>27</sup> Artikel 4, lid 1, onderdeel b), van de moeder-dochter richtlijn

<sup>28</sup> R.P.C.W.M. Brandsma e.a., Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht, 7.1.10.B

<sup>29</sup> Artikel 7, lid 1, van de moeder-dochter richtlijn

<sup>30</sup> Onder andere HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-375/98 (Arrest Epson Europe)

voorwaarden op te stellen aan de hand waarvan een belasting kwalificeert als bronbelasting.<sup>31</sup> Als een belasting aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden voldoet, wordt het gekwalificeerd als bronbelasting:

1. De belasting wordt geheven ter zake van de uitkering van dividenden
2. De grondslag van de belasting is de opbrengst van de waardepapieren; en
3. De belastingplichtige is de houder van die waardepapieren.

De moeder-dochter richtlijn werkt dus zowel op het niveau van de dochteronderneming als van de moedermaatschappij (en evt. op het niveau van de vaste inrichting als daar sprake van is) en heeft als doel om economisch dubbele belastingheffing te voorkomen en om in de hele EU gelijke voorwaarden te creëren.

---

<sup>31</sup> HvJ EG 26 juni 2008, nr. C-284/06

## 3. Hybride financieringen

### 3.1 Introductie

Grensoverschrijdende financieringen en structuren zijn steeds ingewikkelder geworden de laatste paar decennia. Om dit alles goed te overzien is er tussen de verschillende lidstaten steeds meer transparantie en informatie-uitwisseling nodig. Een probleem dat de laatste jaren steeds vaker speelt zijn de zogenoemde ‘hybrid mismatch arrangements’, ofwel ‘hybride financieringen’. Hybride financieringen zijn situaties waarbij wordt ingespeeld op verschillen in fiscale behandeling tussen landen ten aanzien van instrumenten, entiteiten of transacties. Deze financieringen kunnen vaak leiden tot belastingvrijdom of tot belastinguitstel,<sup>32</sup> waarbij belastinguitstel in feite economisch vergelijkbaar is met belastingvrijdom, indien het voldoende lang wordt uitgesteld.<sup>33</sup> Naast belastingvrijdom, ofwel dubbele niet-heffing, is de omgekeerde situatie, namelijk dubbele belastingheffing, ook een potentieel probleem. Echter zullen de meeste belastingplichtigen over het algemeen goed in kunnen schatten hoe bepaalde instrumenten, entiteiten of transacties gekwalificeerd worden in verschillende lidstaten en zullen ze in de praktijk dus goed in staat zijn om dubbele belastingheffing als gevolg van kwalificatieverschillen te voorkomen, waardoor dubbele belastingheffing als gevolg van kwalificatieverschillen niet een probleem is van grote waarde.

### 3.2 Wat zijn hybride financieringen?

Een hybride financiering is een vorm van financieren waarbij er een verschil in kwalificatie zit tussen de betalende en de ontvangende lidstaat. Dit kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door verschillende behandelingen van instrumenten, entiteiten of transacties in de fiscale wetten van verschillende landen. Dit kan twee kanten op werken, het kan namelijk leiden tot dubbele niet-heffing maar het kan ook leiden tot dubbele belastingheffing. Hier zal ik later op ingaan.

Er zijn verschillende vormen van hybride financieringen<sup>34</sup> waarvan de belangrijkste zijn:

- ‘Hybride instrumenten/leningen’: Dit zijn instrumenten die verschillend worden behandeld in verschillende landen, waarbij de verschillen in behandeling vaak kunnen veroorzaken dat het instrument of de lening in het ene land als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, en dat het instrument of de lening in het andere land als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd.

---

<sup>32</sup> Vakstudie Nieuws, OESO-rapport “Hybrid Mismatch Arrangements”, V-N 2012/26.11

<sup>33</sup> OESO, ‘Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, introductie, punt 3

<sup>34</sup> OESO, ‘Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, introductie, punt 10



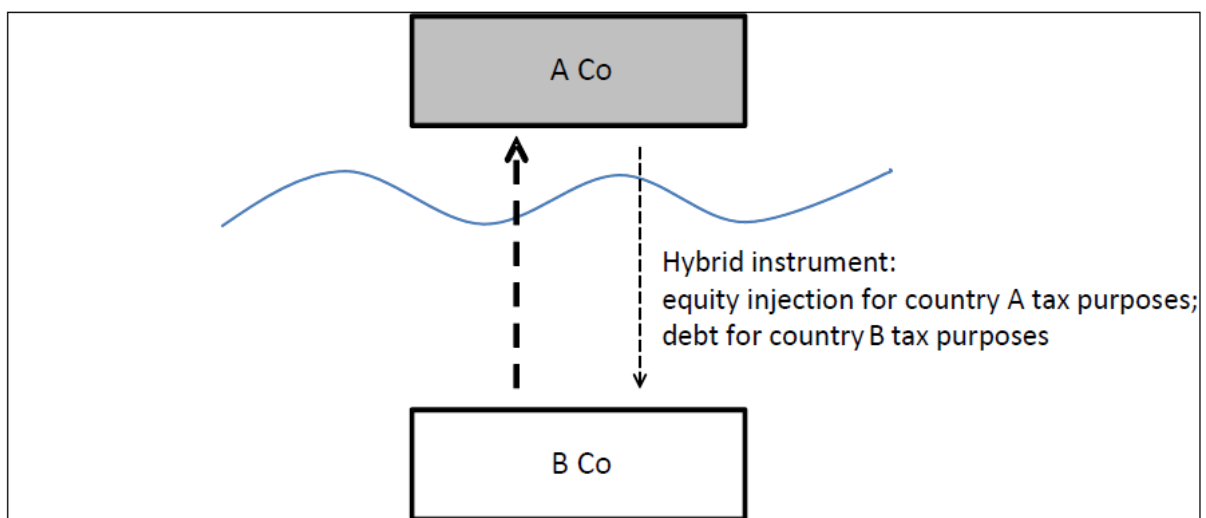
- ‘Hybride entiteiten’: Dit zijn entiteiten die in het ene land worden behandeld als transparant voor de fiscale wetgeving en in het andere land worden behandeld als niet-transparant voor de fiscale wetgeving.
- ‘Dual residence entities’: Dit zijn entiteiten die fiscaal inwoner van twee landen zijn.
- ‘Hybride transacties’: Dit zijn afspraken die in het ene land worden gezien als de overdracht van een activum, maar die in het andere land worden gezien als een ‘collateralised loan’, ofwel een gegarandeerde lening.

Er is een aantal effecten dat kan ontstaan als gevolg van hybride financieringen. Ik zal de meest voorkomende kort bespreken.

Ten eerste kan er sprake van zijn dat er in het ene land een aftrekbaar verlies wordt gecreëerd, terwijl er in het andere land niets wordt belast. Ik zal dit illustreren aan de hand van een voorbeeld:

Een moedermaatschappij die fiscaal inwoner is van land A (“A Co”) verstrekt een lening aan een dochteronderneming die fiscaal inwoner is van land B (“B Co”). Deze lening kwalificeert in land A als eigen vermogen maar in land B als vreemd vermogen. Als de dochteronderneming rente betaalt aan de moedermaatschappij zijn dit aftrekbare kosten voor de dochteronderneming, omdat het vreemd vermogen is en dus niet onder de moeder-dochter richtlijn valt. Aan de andere kant wordt de betaling bij de ontvangende partij gezien als eigen vermogen, en valt dus wel onder de moeder-dochter richtlijn, waardoor het is vrijgesteld. Zo zien we dus aan de ene kant aftrekbare kosten, en aan de andere kant vrijgestelde winst. Dit is samen te vatten in de volgende figuur:

Figuur 1<sup>35</sup>

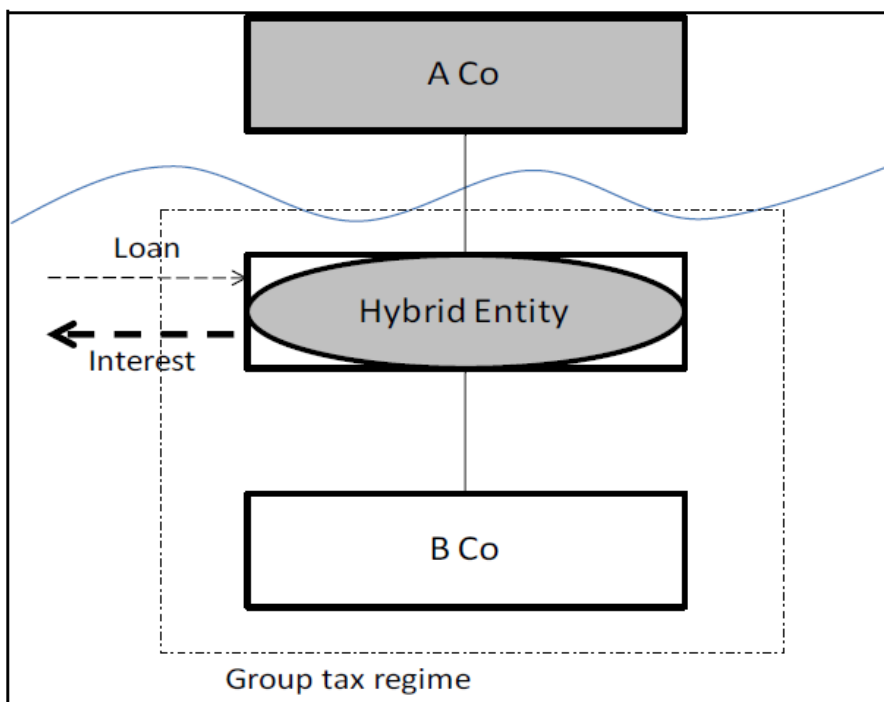


<sup>35</sup> OESO, ‘Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, introductie, punt 16

Ten tweede kan er sprake zijn van een dubbele aftrek. In dat geval wordt er in twee verschillende landen een aftrek genoten die betrekking heeft op dezelfde betaling. Ik zal weer een voorbeeld schetsen:

Een moedermaatschappij die fiscaal inwoner is van land A (“A Co”) houdt indirect een werkmaatschappij die fiscaal inwoner is van land B (“B Co”). Tussen maatschappijen A en B hangt een entiteit (“Hybrid Entity”) die als fiscaal transparant wordt gezien door land A en die door land B als fiscaal niet-transparant wordt gezien. A Co heeft een 100% aandelenbelang in “Hybrid Entity”, die op haar beurt weer een 100% aandelenbelang heeft in B Co. “Hybrid Entity” sluit een lening af bij een derde, en pompt het geleende geld in B Co als eigen vermogen. “Hybrid Entity” betaalt rente op de lening en heeft verder geen andere aftrekbare kosten. Dit is samen te vatten in de volgende figuur:

Figuur 2<sup>36</sup>



Zoals gezegd ziet land B de hybride entiteit als fiscaal niet-transparant. Land A ziet de hybride entiteit als wel transparant. Volgens land B is de hybride entiteit dus onderworpen aan vennootschapsbelasting, en de rentebetalingen van de hybride entiteit kunnen dus verrekend worden met inkomsten van B Co. Omdat land A de hybride entiteit als transparant ziet, worden de rentebetalingen van de hybride entiteit toegerekend aan A Co, en kent land A een aftrek toe voor de rentebetalingen.

<sup>36</sup> OESO, 'Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, introductie, punt 13

Het effect van bovenstaande situatie is dus dat er voor dezelfde contractuele verplichting twee aftrekmogelijkheden in twee verschillende landen zijn. Een andere manier waarop dit mogelijk is, naast gebruik maken van een hybride entiteit zoals in bovenstaand geval, is bijvoorbeeld door gebruik te maken van een entiteit die inwoner is van twee verschillende landen.

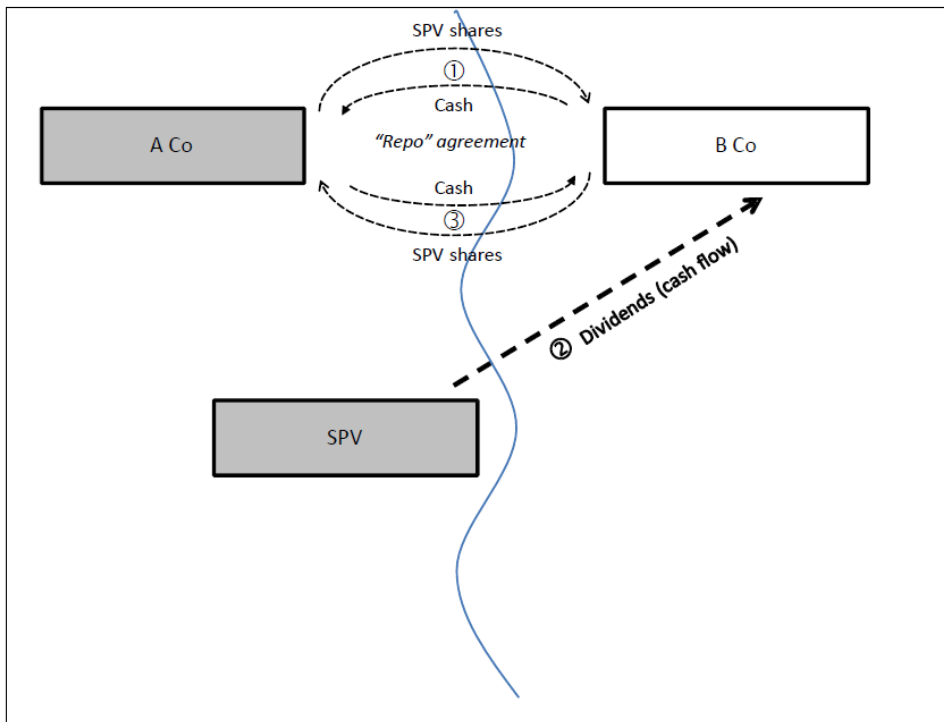
Het derde effect dat kan ontstaan door hybride financieringen vindt plaats door gebruik te maken van hybride transacties. De meest gebruikelijke manier om een hybride transactie met een activum te creëren, is door een zogenaamd ‘sale and repurchase agreement’, oftewel een verkoop en terugkoop afspraak, waarbij het gaat om de verkoop en terugkoop van aandelen. Een belastingplichtige kan hiervan profiteren als de transactie in het ene land als een verkoop en terugkoop van aandelen wordt gezien, terwijl de transactie in het andere land als een lening wordt gezien, waarbij de aandelen als garantie/onderpand dienen.

Een voorbeeld: Er is een entiteit in land A (“A Co”) die gefinancierd wil worden door een entiteit in land B (“B Co”). A Co richt een ‘special purpose vehicle’ (“SPV”) op, ofwel een buitenbalansvehikel. Een buitenbalansvehikel is een vennootschap die slechts voor een enkele transactie wordt opgericht en gebruikt. Bij de oprichting van de SPV verstrekt A Co eigen vermogen in ruil voor aandelen in de SPV en gaat daarna een repo-overeenkomst<sup>37</sup> over de aandelen met B Co aan. In de repo-overeenkomst wordt afgesproken dat A Co de aandelen in de SPV verkoopt aan B Co en in ruil daarvoor ontvangt A Co geld. Op hetzelfde moment spreken ze af dat A Co de aandelen terug zal kopen op een later moment tegen een afgesproken prijs. Tussen de verkoop en terugkoop van de aandelen ontvangt de SPV rendement op de aandelen, die belastbaar is in land A, en betaalt vennootschapsbelasting in land A. Daarnaast verstrekt de SPV dividend aan B Co. In de repo-overeenkomst is afgesproken dat B Co gerechtigd is om het dividend te houden, wat als vergoeding dient in de transactie. Dit is samen te vatten in de volgende figuur:

---

<sup>37</sup> Een repo-overeenkomst is een overeenkomst om een activum te verkopen en het tegen een vooraf bepaalde prijs op een afgesproken datum of op verzoek opnieuw aan te kopen

Figuur 3<sup>38</sup>



In land B wordt de repo-overeenkomst behandeld als koop en verkoop. B Co wordt in land B dus gezien als de eigenaar van de aandelen van de SPV en de ontvanger van de dividenden gedurende de repo-overeenkomst. Land B hanteert een verrekeningsregime, en dus kan de vennootschapsbelasting die in land A is betaald verrekend worden met de vennootschapsbelasting in land B. In land A wordt A Co echter gezien als eigenaar van de aandelen in de SPV en als ontvanger van de dividenden, omdat de transactie in land A gezien wordt als een lening van B Co naar A Co, waarbij de SPV aandelen een garantie vormen. Land A kent een vrijstelling toe voor de dividenden die zijn ontvangen van B Co. Daarnaast kan A Co een aftrek realiseren voor de rentekosten op de lening van B Co, die gelijk is aan de dividendbetaling.

Het effect van deze hybride transactie is dus een aftrek in land A en een belaste verkrijging in land B, maar deze belaste verkrijging wordt gecompenseerd door de eerder genoemde verrekening. Wat overblijft is dus een netto aftrek in land A, waar geen belasting tegenover staat.

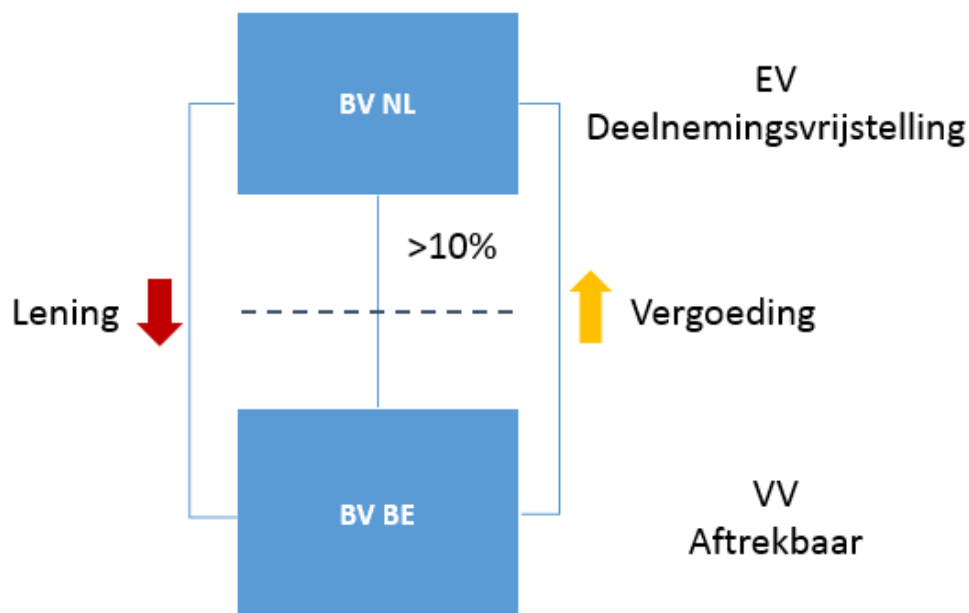
### 3.3 Hybride financieringen in de moeder-dochter richtlijn

De moeder-dochter richtlijn speelt ook een grote rol bij hybride financieringen, en dan met name bij de hybride leningen. Zoals gezegd zijn hybride leningen financieringsinstrumenten die zowel kenmerken

<sup>38</sup> OESO, 'Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, introductie, punt 19

van eigen vermogen als van vreemd vermogen hebben. Deze hybride leningen kunnen in verschillende lidstaten verschillend gekwalificeerd worden, bijvoorbeeld in de ene lidstaat als eigen vermogen en in de andere lidstaat als vreemd vermogen. Als gevolg van dit kwalificatieverschil worden uitkeringen op een grensoverschrijdende hybride lening behandeld als fiscaal aftrekbare kosten in de betalende lidstaat en als een vrijgestelde winstuitkering in de ontvangende staat, waardoor er dubbele niet-heffing ontstaat. Om dit tegen te gaan is er een gedragscode opgesteld waarin is bepaald dat in geval van een hybride lening de ontvangende staat de lening dezelfde fiscale kwalificatie moet geven als die welke de betalende lidstaat er aan geeft.<sup>39</sup> Deze gedragscode kan in het kader van de moeder-dochter richtlijn echter niet zomaar worden uitgevoerd.<sup>40</sup> Als er namelijk voldaan is aan de in hoofdstuk 1 genoemde voorwaarden om onder de moeder-dochter richtlijn te vallen is voldaan, zijn de lidstaten verplicht om de ontvangen uitgekeerde winst vrij te stellen. Deze vrijstelling moet zelfs gegeven worden als de winstuitkering fiscaal aftrekbaar is in de lidstaat van de betalende lidstaat.

Ik zal aan de hand van een voorbeeld uitleggen hoe een hybride lening in de moeder-dochter richtlijn werkt:



Een Nederlandse BV verstrekt een lening aan een Belgische BV, waar zij meer dan 10% belang in heeft. Beide landen zijn EU-lidstaten. De lening wordt in België gekwalificeerd als vreemd vermogen, en in Nederland als eigen vermogen.

Nu doet de Belgische dochtermaatschappij een betaling die samenhangt met de lening. In België wordt dit gezien als een rentebetaling, omdat de lening in België werd gekwalificeerd als vreemd vermogen.

<sup>39</sup> Vastgesteld in de conclusies van de Raad Economische en Financiële Zaken (Ecofin), 1 december 1997

<sup>40</sup> COM(2013) 814

Een rentebetaling is over het algemeen fiscaal aftrekbaar. Bij de ontvangende moedermaatschappij wordt de betaling gezien als een dividenduitkering, omdat de lening in Nederland werd gekwalificeerd als eigen vermogen. Als de ondernemingen voldoen aan de voorwaarden om onder de moeder-dochter richtlijn te vallen, zoals uitgelegd in het vorige hoofdstuk, is de ontvangen betaling in Nederland vrijgesteld. Er is in dit geval dus sprake van een hybride lening die leidt tot dubbele niet-heffing.

### **3.4 Vormen van hybride financieringen**

In een eerdere paragraaf heb ik een aantal verschillende vormen van hybride financieringen beknopt uitgelegd. Ik zal hier de begrippen ‘hybride entiteiten’ en ‘hybride leningen’ wat verder toelichten en ik zal een aantal verschillende manieren om entiteiten en leningen te kwalificeren bespreken.

Zoals eerder gezegd worden hybride entiteiten in verschillende landen anders gekwalificeerd. Als een land een entiteit als fiscaal niet-transparant kwalificeert en een ander land dezelfde entiteit als fiscaal transparant kwalificeert, kan er in de behandeling van grensoverschrijdende inkomsten een mismatch ontstaan. De kwalificatieverschillen hebben vaak betrekking op personenvennootschappen, bij kapitaalvennootschappen komt dit minder vaak voor. Personenvennootschappen worden over het algemeen als fiscaal transparant aangemerkt, maar er zijn uitzonderingen. Als een entiteit als transparant wordt aangemerkt, worden de inkomsten niet belast op het niveau van de entiteit, maar bij de achterliggende participanten, terwijl een niet-transparante entiteit gewoon op het niveau van de entiteit zelf wordt belast. Een mismatch bij een hybride entiteit kan ontstaan doordat het voor kan komen dat inkomsten aan achterliggende participanten worden uitgekeerd die in een ander land woonachtig of gevestigd zijn dan de entiteit zelf.<sup>41</sup> De mismatch door middel van een hybride entiteit kan dubbele niet-heffing veroorzaken, maar de omgekeerde situatie is ook mogelijk.

Hybride leningen zijn zoals gezegd financieringsinstrumenten met een verschil in kwalificatie van de lening als eigen vermogen of vreemd vermogen in verschillende landen. Hier kunnen problemen door optreden omdat een vergoeding op eigen vermogen over het algemeen niet fiscaal aftrekbaar is, terwijl een vergoeding op vreemd vermogen dat in principe wel is.

Bij het ontvangende land kunnen ook problemen optreden door een verschil in kwalificatie, eigen vermogen en vreemd vermogen worden bij de ontvanger namelijk meestal ook anders behandeld in de fiscale wetgeving. Een voorbeeld waarbij een probleem kan optreden is bijvoorbeeld als de vergoeding die wordt betaald onder de moeder-dochter richtlijn valt. Een vergoeding op eigen vermogen is dan vrijgesteld, terwijl een vergoeding op vreemd vermogen niet in het bereik van de moeder-dochter richtlijn valt, en in beginsel dus gewoon belast is. Een ander voorbeeld waarbij een probleem kan optreden met betrekking tot hybride leningen is hoe de leningen worden aangemerkt voor

---

<sup>41</sup> W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, NTFRA2013-25

verdragstoepassingen. In het OECD-modelverdrag bijvoorbeeld, vallen dividenden onder artikel 10, terwijl op rente artikel 11 van toepassing is.

Mismatches kunnen zich niet alleen voordoen door situaties die voortkomen uit het internationale- of Europese belastingrecht, maar een mismatch kan ook voorkomen binnen het nationale recht.

In Nederland is de hoofdregel voor de fiscale kwalificatie van financieringsinstrumenten dat de civielrechtelijke kwalificatie van deze financieringsinstrumenten moet worden gevolgd. Dit houdt kort gezegd in dat als iets civielrechtelijk gezien vreemd vermogen is, dat ditzelfde instrument fiscaalrechtelijk gezien ook vreemd vermogen is. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het Unilever-arrest.<sup>42</sup> Uit hetzelfde arrest blijkt dat er een aantal uitzonderingen op de regel zijn, de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemlozeputlening worden namelijk civielrechtelijk als vreemd vermogen gekwalificeerd, maar omdat ze zoveel weg hebben van eigen vermogen dienen ze voor de fiscale wetgeving als eigen vermogen gekwalificeerd te worden.

Een schijnlening is een lening die slechts in schijn bestaat, omdat de partijen geen daadwerkelijke overeenkomst van een lening tot stand hebben willen brengen.<sup>43</sup> Of een lening inderdaad een schijnlening is, wordt bepaald op grond van concrete feiten en omstandigheden. Het niet bedingen van aflossingen en/of het niet bedingen van rente kan een vermoeden zijn dat de partijen inderdaad niet daadwerkelijk een leningsovereenkomst tot stand wilden brengen.<sup>44</sup>

Een bodemlozeputlening is een lening waarbij de geldverstrekker weliswaar de bedoeling heeft om een schuldverhouding te creëren, maar waarbij op het moment van het aangaan van de lening al duidelijk is dat de lening niet terug kan worden betaald.<sup>45,46</sup>

De laatste lening die kwalificeert als eigen vermogen is de deelnemerschapslening. Een deelnemerschapslening is een lening waarbij de verschuldigde rente op die geldlening in feite afhankelijk is van de winst, terwijl die lening onder dusdanige condities aan de crediteur is opgekomen dat deze crediteur jegens de debiteur niet meer als onafhankelijke derde kan worden beschouwd, maar in zekere mate deel heeft in de onderneming van de debiteur.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217

<sup>43</sup> HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196

<sup>44</sup> H. Koster, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, 2.0.5.E.e2

<sup>45</sup> HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64

<sup>46</sup> H. Koster, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, 2.0.5.E.e3

<sup>47</sup> J. Doornebal, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, 2.0.8.D.e2.VI

Het basisarrest wat betreft de deelnemerschapslening is BNB 1957/239. Hierin stelde de Hoge Raad dat (de voorloper van) een deelnemerschapslening inhoudt: een lening onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat de schuldeiser in zekere mate deel heeft in de schuldenaar.<sup>48</sup>

In een later arrest gaf de Hoge Raad een meer precieze omschrijving van het begrip ‘deelnemerschapslening’ en stelde drie cumulatieve vereisten op om iets als deelnemerschapslening aan te merken. Ten eerste diende er een winstafhankelijke rentevergoeding op de lening te zijn, ten tweede diende de schuld achtergesteld te zijn ten opzichte van alle concurrente schuldeisers en als laatste diende de lening geen vaste looptijd te hebben, of slechts opeisbaar te zijn bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.<sup>49</sup> Later heeft de Hoge Raad de laatste voorwaarde nog iets preciezer gemaakt, de derde voorwaarde is aangescherpt naar een looptijd van 50 jaar of meer.<sup>50</sup> De renteaftrekbeperving bij een deelnemerschapslening is sinds 1 januari 2002 wettelijk geregeld in artikel 10, lid 1, onderdeel d.<sup>51</sup>

### 3.5 Kwalificatiemethoden

Er zijn verschillende manieren om entiteiten en financieringsinstrumenten te kwalificeren.<sup>52</sup> Ik zal de belangrijkste bespreken.

Ten eerste is er de ‘similarity approach’. Dit is de benadering die door de meeste landen, waaronder door Nederland, wordt gebruikt.<sup>53</sup> De similarity approach gaat uit van de ‘corporate resemblance’-methode, waarbij in essentie wordt gezocht naar de Nederlandse equivalent van de te kwalificeren entiteit. De corporate resemblance-methode bestaat uit twee delen.<sup>54</sup> Het eerste deel bestaat uit het vaststellen van de relevante gegevens die betrekking hebben op de inrichting van de betrokken rechtsentiteit. Relevante gegevens zijn bijvoorbeeld of de entiteit juridisch eigendom van vermogensbestanddelen kan hebben, of alle participanten in de entiteit beperkt aansprakelijk zijn, of de entiteit een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en of er toetreding of vervanging van participanten kan plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten.<sup>55</sup> De relevante gegevens worden verzameld aan de hand van het privaatrecht van het desbetreffende land en de statuten van de entiteit. De tweede stap is het toetsen of de desbetreffende entiteit kan worden gerangschikt onder artikel 2 van de wet op de vennootschapsbelasting, waar de binnenlands belastingplichtigen worden

---

<sup>48</sup> HR 5 juni 1957, nr. 13 127, BNB 1957/239

<sup>49</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208

<sup>50</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82

<sup>51</sup> J. Doornebal, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, 2.0.8.D.e2.VI

<sup>52</sup> J. Barenfeld, ‘Taxation of Cross-Border Partnerships’, *IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9*, p. 111 e.v.

<sup>53</sup> Besluit van 11 december 2009, kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden, BNB 2010/58, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2009, 19 49

<sup>54</sup> J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, 1.0.1.B.c1

<sup>55</sup> Besluit van 11 december 2009, kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden, BNB 2010/58, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2009, 19 49



bepaald, of onder artikel 3 van de wet op de vennootschapsbelasting, waar de buitenlands belastingplichtigen worden bepaald. De rechtsvorm naar binnenlands recht die het meest overeenkomt met de rechtsvorm van de buitenlandse entiteit, wordt van toepassing verklaard op die buitenlandse entiteit en daar wordt de belastingheffing dan aan gekoppeld.

Nederland heeft in meerdere bilaterale belastingverdragen een clausule opgenomen die betrekking heeft op de kwalificatie van hybride entiteiten. In het verdrag met Japan bijvoorbeeld, wordt in artikel 4, lid 5, een vijftal varianten genoemd om een potentieel kwalificatieverschil van een rechtsvorm tussen de Japanse en Nederlandse regels op te lossen.<sup>56</sup> Er wordt vaak aangesloten bij de kwalificatie van de woonstaat, ofwel de staat waar de entiteit gevestigd is.

De bovenstaande similarity approach is slechts beschreven voor de kwalificatie van hybride entiteiten. Bij hybride financieringsinstrumenten komt de similarity approach op hetzelfde neer. Bij de similarity approach voor hybride financieringsinstrumenten wordt er voor de kwalificatie van een buitenlands financieringsinstrument gekeken of deze vergelijkbaar is met een binnenlands financieringsinstrument. Bij deze benadering hanteert elk land zijn eigen voorwaarden om het desbetreffende financieringsinstrument te kwalificeren als eigen of als vreemd vermogen.

Een andere manier van kwalificeren is de zogenaamde 'elective approach'.<sup>57</sup> Het belangrijkste kenmerk van de elective approach is dat het kwalificeren van de entiteit als transparant of niet-transparant niet door de overheid gebeurt, maar door de belastingplichtige zelf. De entiteit heeft als het ware een keuzemogelijkheid om te opteren voor fiscale transparantie of niet. Deze benadering is zeldzaam en wordt bijna door geen enkel land in deze vorm gebruikt, maar een systeem dat erg in de buurt komt van deze benadering is het Amerikaanse 'check-the-box'-systeem. Het check-the-box-systeem is niet alleen van toepassing op buitenlandse entiteiten, maar ook op binnenlandse. Volgens dit systeem kan een entiteit gekwalificeerd worden als 'corporation', 'partnership' of als 'disregarded entity'. Als de entiteit wordt gekwalificeerd als corporation is deze niet-transparant. Als de entiteit wordt gekwalificeerd als partnership of als disregarded entity is deze transparant. Van een partnership kan sprake zijn bij twee of meer eigenaren, terwijl van een disregarded entity slechts sprake kan zijn bij één eigenaar.

Zoals gezegd is de hoofdregel bij het check-the-box-systeem dat de entiteit zelf kiest hoe deze gekwalificeerd wordt, maar er is een uitzondering, namelijk de zogeheten 'per se corporations'.<sup>58</sup> Dit is een lijst van een aantal entiteiten die als kapitaalvennootschappen worden aangemerkt en in het

---

<sup>56</sup> Kamerstukken II, 2010/11, 32 776, nr. 3, p. 8-9

<sup>57</sup> A.J.A. Stevens, 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', MBB 2010/04

<sup>58</sup> Davis, Check-the-Box Entity Classification Regulations (1996), pp. 499-501

vestigingsland als niet-transparant worden aangemerkt. Deze entiteiten worden in de Verenigde Staten als corporation aangemerkt, en dus als niet-transparant.

Entiteiten die geen per se corporations zijn hebben de keuze om als één van de drie genoemde groepen gekwalificeerd te worden. Deze entiteiten worden ‘eligible entities’ genoemd.<sup>59</sup> Als een entiteit geen gebruik maakt van zijn recht om een kwalificatie te kiezen past de Verenigde Staten een standaardkwalificatie toe op basis van de relevante gegevens van de entiteit.

Wederom is de bovenstaande benadering weergegeven voor entiteiten. De elective approach zoals deze betrekking heeft op financieringsinstrumenten houdt in dat door de belastingplichtige zelf mag worden gekozen of een bepaald financieringsinstrument als eigen vermogen of als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd.<sup>60</sup>

De ‘fixed approach’ is ook een manier om entiteiten en financieringsinstrumenten te kwalificeren. Bij deze methode worden alle buitenlandse entiteiten op dezelfde manier gekwalificeerd. Dit houdt dus in dat alle entiteiten ofwel als transparant, ofwel als niet-transparant worden gekwalificeerd. Een voorbeeld van een land die dit systeem hanteert is Italië. In Italië worden alle buitenlandse entiteiten als niet-transparant gekwalificeerd. In de fixed approach zoals Italië deze heeft geïmplementeerd zitten ook uitzonderingen. Een van de uitzonderingen houdt in dat sommige entiteiten gekwalificeerd worden als ‘Controlled Foreign Corporations’. De opbrengsten van een Controlled Foreign Corporation worden behandeld als winst uit onderneming in plaats van als dividend. Er wordt dan geheven alsof de entiteit transparant is, in plaats van niet-transparant.<sup>61</sup>

Als het financieringsinstrumenten betreft worden onder de fixed approach ofwel alle financieringsinstrumenten als eigen vermogen gekwalificeerd, of wel alle financieringsinstrumenten als vreemd vermogen gekwalificeerd.

De laatste manier om entiteiten en financieringsvormen te kwalificeren die ik zal bespreken is de ‘symmetrical approach’. In deze benadering worden entiteiten op dezelfde manier gekwalificeerd zoals ze in het vestigingsland worden gekwalificeerd. Als een entiteit dus in het vestigingsland als transparant wordt aangemerkt, zal deze entiteit in het andere land ook als transparant worden aangemerkt. Voor financieringsinstrumenten werkt dit op dezelfde manier. Als het financieringsinstrument in de bronstaat als eigen vermogen wordt aangemerkt, wordt ditzelfde financieringsinstrument in het ontvangende land ook als eigen vermogen aangemerkt.

---

<sup>59</sup> Rachofsky, Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities (2001), pp. 388, 389

<sup>60</sup> W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, NTFRA2013-25

<sup>61</sup> W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, NTFRA2013-25

### 3.6 Slot

Dit hoofdstuk heeft enigszins inzicht gegeven over wat hybride financieringen zijn. Aan de hand van een aantal voorbeelden heb ik beschreven wat voor situaties op kunnen treden als gevolg van een hybride financieringsstructuur. Verder heb ik beschreven wat voor vormen van hybride financieringen er zijn en dat er als gevolg van hybride financieringen mismatches kunnen ontstaan door het verschil in kwalificatie van leningen tussen eigen en vreemd vermogen en het verschil in kwalificatie van entiteiten tussen transparantie en niet-transparantie. Ook heb ik beschreven dat hybride financieringen niet alleen een probleem vormen in het internationale- en Europese belastingrecht, maar dat deze zich ook kunnen voordoen in nationale situaties, zoals bijvoorbeeld de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Als laatste heb ik een aantal benaderingen om financieringen te kwalificeren besproken, zoals de ‘similarity approach’, de ‘elective approach’, de ‘fixed approach’ en de ‘symmetrical approach’. In het volgende hoofdstuk zal ik ingaan op de problemen die we kunnen constateren als gevolg van hybride financieringen en waar we deze problemen in terug vinden.

## **4. Voorstellen van de OESO**

### **4.1 Inleiding**

In het vorige hoofdstuk is uitgelegd wat hybride financieringen precies zijn en welke vormen van hybride financieringen er zijn. Met die kennis is het makkelijk om te bedenken dat hier een flink aantal nadelige effecten aan kan zitten voor bepaalde landen, aangezien deze hybride financieringen vaak worden gebruikt om verschillen in de fiscale regels tussen verschillende landen uit te buiten. Zoals bijvoorbeeld de situatie dat er ergens een aftrekbare winstuitdeling wordt gecreëerd, terwijl diezelfde winstuitdeling niet belast is in een ander land. Ook komt het wel eens voor dat er meerdere keren een aftrek wordt geclaimd voor één bepaalde handeling of dat er voor één handeling meerdere fiscale faciliteiten worden geclaimd. Naar aanleiding van deze problemen heeft de OESO een aantal rapporten opgesteld dat beschrijft wat voor negatieve effecten er worden geconstateerd met betrekking tot hybride financieringen en wat eventuele oplossingen voor deze problemen zijn. Ik zal in dit hoofdstuk bespreken welke problemen de OESO onderkent, wat de schadelijke effecten zijn van deze problemen en welke oplossingen de OESO aanraagt voor deze problemen.

### **4.2 Hybride mismatches**

In het vorige hoofdstuk is uitgelegd wat hybride financieringen zijn en welke verschillende vormen er zijn. Hybride financieringen kunnen leiden tot zogenoemde ‘hybride mismatches’.

Bij hybride mismatches wordt gebruik gemaakt van technieken om een verschil in kwalificatie van een entiteit of een verschil in de fiscale wetgevingen van twee of meer landen uit te buiten, om zo een mismatch in de belastingen te creëren.

Een hybride mismatch ontstaat dus door een overeenkomst die een hybride element gebruikt in de fiscale behandeling van een entiteit of een instrument om een mismatch te creëren in de belastinguitkomst ten aanzien van een bepaalde betaling die is gedaan onder die overeenkomst. Over het algemeen worden hybride mismatches gebruikt om een fiscaal voordeel te behalen en dus in één of meer landen minder belasting te betalen dan eigenlijk de bedoeling is.

Zoals uitgelegd in het vorige hoofdstuk zijn hybride mismatches onder te verdelen in drie hoofdvormen, namelijk de ‘double deduction schemes’, oftewel de dubbele aftrek, waarbij er in twee verschillende landen een aftrek wordt genoten die betrekking heeft op dezelfde betaling. Daarnaast de ‘deduction / no inclusion schemes’, de situatie waarbij er in het ene land een aftrekbaar verlies wordt gecreëerd, terwijl er in het andere land niets wordt belast. En ten derde de ‘foreign tax credit

generators<sup>7</sup>, waarbij er verrekeningsmogelijkheden worden gecreëerd die normaal gesproken niet voorhanden zou zijn, door middel van een repo-overeenkomst (verkoop en terugkoop afspraak).<sup>62</sup>

De hybride mismatches lijken vooral de laatste paar jaren een steeds groter probleem te worden. Als gevolg hiervan ondervond de OESO veel bezwaar van verschillende landen, waarna de OESO aan de hand van deze bezwaren een rapport heeft opgesteld om de problemen met betrekking tot hybride mismatches te identificeren en om een effectieve manier te vinden om deze problemen tegen te gaan. Dit onderzoek is gepubliceerd in het rapport *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, in Oktober 2012.

### **4.3 De nadelige effecten als gevolg van hybride financieringen**

Zoals gezegd zijn er een aantal problemen die hybride financieringen kunnen veroorzaken doordat ze vaak worden gebruikt om verschillende fiscale wetgevingen tussen verschillende landen uit te buiten. Aan deze problemen kleef een aantal nadelige effecten voor de landen waar de entiteiten die gebruik maken van de hybride financieringen gevestigd zijn. Zaken die benadeeld worden door hybride financieringen zijn onder andere: Belastingopbrengsten, competitie, economische efficiëntie, transparantie en eerlijkheid.<sup>63</sup>

#### *4.3.1 Belastingopbrengsten*

Hybride financieringen kunnen (zoals gezegd) leiden tot hybride mismatches. Hybride mismatches kunnen leiden tot een verlaging van het totaal bedrag betaald aan belastingen door verschillende partijen die gebruik maken van de hybride financieringen. Het is moeilijk om precies te bepalen welk land in welke mate te kampen heeft met verminderde belastingopbrengsten als gevolg van hybride mismatches, omdat er vaak gebruik wordt gemaakt van ingewikkelde fiscale structuren waardoor niet alle betalingen meer te herleiden zijn, maar het staat wel vast dat landen als geheel minder belastingopbrengsten hebben als gevolg van hybride financieringen. Daarnaast is het nog zo dat de belastingplichtige bepaalde kosten zal maken voor het ontwerp en de uitvoering van de structuren van deze hybride financieringen, zoals vergoedingen die betaald moeten worden aan belastingadviseurs of kosten om bijvoorbeeld een SPV (buitenbalansvehikel) op te richten die, zoals uitgelegd in het vorige hoofdstuk, gebruikt worden bij hybride transacties. Deze kosten zullen in het algemeen aftrekbaar zijn, waardoor de belastingopbrengsten van landen nog verder af zullen nemen.

---

<sup>62</sup> OESO, 'Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues', pagina 8

<sup>63</sup> OESO, 'Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues', pagina 12

#### *4.3.2 Competitie*

Bepaalde ondernemingen, en dan vooral de zeer grote ondernemingen die in verschillende landen opereren (zoals multinationals) hebben veel makkelijker toegang tot goede en ingewikkelde fiscale adviezen, doordat ze in het algemeen over veel meer geld beschikken die dit soort dingen mogelijk maken. Door de mogelijkheid op betere fiscale adviezen hebben de grote ondernemingen een voordeel in vergelijking met de kleine en middelgrote ondernemingen, aangezien de grote ondernemingen op deze manier makkelijker gebruik kunnen maken van hybride mismatches dan kleinere ondernemingen, die hier geen of in mindere mate gebruik van kunnen maken. Dit werkt versturend voor de economie.

#### *4.3.3 Economische efficiëntie*

Als de mogelijkheid tot hybride mismatches bestaat, worden grensoverschrijdende investeringen voor een bepaalde investeerder vaak aantrekkelijker dan binnenlandse investeringen, waardoor de kapitaalexportneutraliteit wordt aangetast. Er is sprake van kapitaalexportneutraliteit als de heffingen geen effect hebben op de beslissingen van belastingbetalers als deze een keuze maken tussen investeren in het thuisland, of investeren in een ander land. In beide gevallen wordt men op dezelfde manier behandeld. Daarnaast is het mogelijk dat de mogelijkheid tot hybride mismatches zorgt voor financiële instabiliteit doordat ondernemingen meer leverage willen creëren (meer vreemd vermogen aantrekken ten opzichte van eigen vermogen), om zo met vreemd vermogen van fiscale faciliteiten te profiteren. Daarnaast kan een mogelijkheid tot hybride mismatches er voor zorgen dat ondernemingen meer risico gaan nemen bij investeringen. Dit komt omdat investeringen die eerst economisch gezien niet aantrekkelijk waren (bijvoorbeeld door een te hoog risico in verhouding tot de verwachte return) opeens aantrekkelijk worden omdat de marginale return op de investering hoger wordt als je gebruik kan maken van een hybride mismatch. Ook kan de mogelijkheid op hybride mismatches er voor zorgen dat de transparantie van ondernemingen afneemt, omdat ondernemingen structuren gaan vormen die er puur op gebaseerd zijn om fiscale voordelen te halen, wat de overzichtelijkheid van de economie niet ten goede komt. Een verminderde overzichtelijkheid is met name voor een probleem voor de overheid, die door deze ingewikkelde structuren meer moeite zal hebben met het op de juiste manier heffen van elke belastingplichtige.

#### *4.3.4 Transparantie*

Hybride mismatches komen de transparantie van de economie ook niet ten goede, aangezien de fiscale wetten en structuren ingewikkeld en moeilijk te begrijpen zijn voor de 'gewone belastingbetaler'. De gewone belastingbetaler zal zich er in het algemeen niet van bewust zijn dat de belastingplichtigen die gebruik kunnen maken van hybride mismatches een lagere effectieve belastingdruk hebben en zelfs al ziet de gewone belastingbetaler dat bepaalde ondernemingen een lage belastingdruk hebben, ze zullen de achterliggende gedachte niet helemaal begrijpen. De hybride

mismatches zorgen dus voor een gebrek aan transparantie voor het grote publiek, waardoor het vertrouwen in het fiscale systeem afneemt.

#### *4.3.5 Eerlijkheid*

Dit punt heeft te maken met het gebrek aan transparantie, veroorzaakt door hybride mismatches, bij het grote publiek. Het gebrek aan eerlijkheid zit in het feit dat mogelijkheden op hybride mismatches slechts voor een beperkte groep belastingplichtigen haalbaar zijn, aangezien hybride mismatches veel makkelijker te gebruiken zijn voor belastingplichtigen met inkomen uit kapitaal dan voor belastingplichtigen met inkomen uit arbeid. Het feit dat slechts een beperkte groep belastingplichtigen toegang heeft tot zulke fiscale voordelen kan gezien worden als oneerlijk, en kan het publieke vertrouwen in de eerlijkheid van het fiscale systeem aantasten, waardoor ook het vertrouwen in de overheid afneemt.

### **4.4 Voorgestelde oplossingen door de OESO**

In het eerdergenoemde rapport van de OESO van Oktober 2012 heeft de OESO een aantal opties geformuleerd om de problemen dat kan worden ondervonden als gevolg van hybride mismatches tegen te gaan. Ik zal de aangedragen opties kort bespreken.

#### *4.4.1 De harmonisatie van binnenlandse wetten*

Een mogelijke benadering om hybride mismatches tegen te gaan is het harmoniseren van nationale wetten, met het doel om verschillen in kwalificatie van entiteiten en instrumenten tussen verschillende landen tegen te gaan. De OESO ziet in dat deze optie onwaarschijnlijk is, aangezien het praktisch onmogelijk is om de wetten van alle landen te harmoniseren, omdat de landen dit niet willen. Zij willen zelf het fiscale systeem invullen. Deze optie is er dus vooral voor de volledigheid.

#### *4.4.2 Algemene anti-misbruikbepalingen*

Algemene anti-misbruikbepalingen kunnen een effectieve manier zijn om hybride mismatches tegen te gaan. Wat betreft algemene anti-misbruikbepalingen kan er gedacht worden aan maatregelen zoals een verbod op ‘misbruik van recht’, het verplichten van ‘zakelijke motieven’, etc.. In de praktijk zal het echter niet altijd even makkelijk zijn om misbruik van recht of onzakelijkheid te bewijzen, waardoor het moeilijk is om met slechts algemene anti-misbruikbepalingen het gehele probleem van hybride mismatches op te lossen. Daarnaast zal een algemene anti-misbruikbepaling niet effectief zijn tegen bijvoorbeeld onbedoelde dubbele niet-heffing.

#### 4.4.3 Specifieke anti-misbruikbepalingen

Een andere mogelijkheid om hybride mismatches tegen te gaan is het implementeren van specifieke anti-misbruikbepalingen, iets wat een aantal landen al heeft gedaan. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarbij aftrek op een betaling wordt geweigerd in het geval dat er geen compenserende heffing is op het niveau van de ontvanger van de betaling, of het weigeren van een vrijstelling op een ontvangen betaling als deze op het niveau van de betaler aftrekbaar is.

#### 4.4.4 Regels die specifiek ontworpen zijn voor hybride mismatches

Een aantal landen heeft regels geïmplementeerd die specifiek zijn gericht op het tegengaan van hybride mismatches. Het gaat dan vooral om regels die de kwalificatie van entiteiten en instrumenten in het ene land koppelen aan de kwalificatie zoals deze in het andere land gebruikt wordt, waardoor er geen mismatches meer kunnen zijn. Het kan soms lastig zijn voor landen om een deel van hun nationale wetgeving af te laten hangen van de fiscale behandeling in een ander land, maar toch ziet de OESO in dat dit soort regels in potentie een goed middel zijn om hybride mismatches tegen te gaan. De OESO geeft vier hoofdvormen van regels die specifiek zijn gericht op het tegengaan van hybride mismatches:

- Regels om meerdere malen aftrek te voorkomen.
- Regels om de aftrek van betalingen die vrijgesteld zijn bij de ontvanger tegen te gaan.
- Regels om een vrijstelling van een betaling die aftrekbaar is bij de betaler tegen te gaan.
- Regels om het kunstmatig tot stand brengen van buitenlandse verrekeningsmogelijkheden tegen te gaan.

### 4.5 Uitwerking van de voorgestelde oplossingen

Naar aanleiding van het OESO-rapport van Oktober 2012 heeft de OESO een nieuw, tweedelig rapport opgesteld waarin de voorgestelde oplossingen om hybride mismatches tegen te gaan worden uitgewerkt. Dit rapport heet *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* en bestaat uit de delen *Recommendations for Domestic Laws* en *Treaty Issues*. De OESO wil de problemen oplossen via de nationale wetgevingen van landen, en via de verdragen tussen landen. Dit wil de OESO op vijf mogelijke manieren doen<sup>64</sup>:

- Het aanpassen van het OECD modelverdrag om te verzekeren dat hybride entiteiten en instrumenten niet worden gebruikt om oneigenlijke voordelen te verkrijgen via verdragen.
- Regelingen opnemen in de nationale wetgevingen om vrijstelling voor betalingen die aftrekbaar zijn bij de betaler te voorkomen.

---

<sup>64</sup> OESO, 'Action Plan on Base Erosion and profit Shifting', 2013



- Regelingen opnemen in de nationale wetgevingen om een aftrek voor een betaling die vrijgesteld is bij de ontvanger te weigeren.
- Regelingen opnemen in de nationale wetgevingen om een aftrek op een betaling te weigeren als dezelfde betaling ook in een ander land aftrekbaar is.
- Daar waar nodig het invoeren van tie-breaker regels. Dit is een regel die de kwalificatie van een instrument of entiteit bepaalt als landen er samen niet uit komen.

#### *4.5.1 Recommendations for Domestic Laws*

Ik zal nu eerst het gedeelte ‘Recommendations for Domestic Laws’ van het OESO-rapport bespreken. De OESO onderscheidt twee kernvormen van hybride mismatches, namelijk het geval waarbij een betaling aftrekbaar is in het land van de betaler en diezelfde betaling vrijgesteld is in het land van de ontvanger (‘deduction/no inclusion outcomes’), en het geval waarbij over één betaling twee keer een aftrek wordt genoten (‘double deduction outcomes’). Hierbij valt op te merken dat een double deduction outcome kan worden tegengegaan door de aftrek op een betaling te weigeren die ook in een ander land aftrekbaar is, en dat een deduction/no inclusion outcome kan worden tegengegaan door ofwel geen vrijstelling te verlenen, ofwel geen aftrek toe te kennen op de betaling.

Zoals in een eerder hoofdstuk verteld kunnen bovengenoemde hybride mismatches ontstaan als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit, of als gevolg van het gebruik van een hybride instrument.

In bovengenoemd rapport noemt de OESO een aantal criteria waaraan de regels om hybride mismatches tegen te gaan aan zouden moeten voldoen. De OESO zegt hierover het volgende:

- Landen die de regels implementeren zouden niet hoeven te bewijzen dat ze belastinginkomsten zijn misgelopen als gevolg van hybride mismatches.
- De regels moeten veelomvattend zijn.
- De regels moeten automatisch van toepassing zijn.
- De regels moeten dubbele belastingheffing vermijden.
- De regels moeten ontwrichting van de bestaande nationale wetten minimaliseren.
- De regels moeten duidelijk en transparant zijn.
- De regels moeten coördinatie met andere landen vergemakkelijken.
- De regels moeten werkbaar zijn voor de belastingplichtigen.
- De regels moeten makkelijk te administreren zijn.

In haar rapport onderscheidt de OESO drie categorieën van financieringen die leiden tot hybride mismatches:

- ‘Hybrid financial instruments’, waarbij er een verschil in kwalificatie op betalingen is, waardoor een aftrekbare betaling in het ene land in het andere land niet behandeld wordt als belastbaar inkomen.

- ‘Hybrid entity payments’, waarbij verschillen in de kwalificatie van de betalende entiteit leiden tot een aftrekbare betaling die niet in een ander land wordt belast of leidt tot een aftrek in het tweede land.
- ‘Reverse hybrid and imported mismatches’, waarbij betalingen gedaan aan een ontvanger niet worden belast op het moment van ontvangst. In deze categorie zijn twee subcategorieën te onderscheiden:
  - ‘Reverse hybrids’, waarbij verschillen in de kwalificatie van de ontvanger leiden tot het negeren van betalingen in beide landen
  - ‘Imported mismatches’, waarbij mismatches geïmporteerd worden.

Ik zal vooral ingaan op de eerste twee categorieën.

Om dubbele belastingheffing tegen te gaan, verdeelt de OESO haar aanbevelingen in een ‘primary rule’, die in werking treedt als er een hybride mismatch ontstaat, en een ‘secondary’ of ‘defensive’ rule, welke zou moeten werken als een van de betrokken landen de primary rule niet heeft geïmplementeerd in de eigen wetgeving.

In het rapport staat een tabel die samenvat welke regels bij welke variant worden aanbevolen. In de tabel is te zien om welke categorie het gaat, welk hybride element daarbij hoort en welk type mismatch daaruit voortkomt, waarbij D/NI staat voor deduction/no inclusion en DD staat voor double deduction. Daarnaast staan de aanbevolen aanpassingen in de nationale wet en de eerder besproken ‘primary response’ en de ‘defensive rule’. de tabel is als volgt:

Table 1. Summary of Recommendations

Category	Hybrid element	Type of Mismatch	Recommended changes to domestic law	Recommended Linking rule		
				Primary Response	Defensive rule	Scope
Hybrid Financial Instruments & Transfers	Differences in the tax treatment of the instrument mean that payments under the instrument have a different character	D/NI	No dividend exemption for deductible payments  Proportionate limitation of withholding tax credits	Payer jurisdiction denies deduction	Payee jurisdiction includes payment as income	Under consideration
Hybrid entity payments	Differences in the tax treatment of the entity or arrangement mean that payments made by the entity or under the arrangement are characterised differently under the laws of two or more jurisdictions.	D/NI	-	Payer jurisdiction denies deduction	Payee jurisdiction includes payment as income	Related parties (incl. persons acting in concert) & structured arrangements.
		DD	-	Investor jurisdiction denies deduction	Subsidiary jurisdiction denies deduction	Primary rule no limitation. Defensive rule limits to related parties (incl. persons acting in concert) & structured arrangements.

#### 4.5.1.1 Aanbevelingen voor de hybrid instruments

Het doel dat bereikt moet worden is om de effecten van mismatches die ontstaan door hybride financieringsinstrumenten te neutraliseren door het implementeren van regels die ervoor zorgen dat de fiscale behandeling van een financieringsinstrument hetzelfde wordt bij zowel de betalende als de ontvangende partij. De OESO stelt dat de primary response het weigeren van aftrek aan de betalende

partij, voor betalingen die gedaan zijn onder een hybride financieringsinstrument met de ontvangende partij, moet zijn. De defensive rule moet zijn dat een aftrekbare betaling meegenomen moet worden in de heffing indien de betalende partij zich in een land bevindt dat de primary rule niet heeft geïmplementeerd. Daarnaast stelt de OESO dat landen die in hun nationale wetgeving een vrijstelling voor dividenden hebben, deze vrijstelling niet van toepassing moeten laten zijn op aftrekbare betalingen.

De OESO heeft ook geformuleerd welke betalingen onder de voorgestelde regels zouden moeten vallen. De soorten financieringsinstrumenten die onder de regel vallen zou bepaald moeten worden door de nationale wetgeving van de landen zelf, maar wat in ieder geval onder de regel zou moeten vallen is alles wat in de nationale wetgeving van het desbetreffende land wordt behandeld als eigen vermogen of vreemd vermogen. Onder deze definitie zouden ook financieringen moeten vallen waarbij belastingplichtigen alternatieven voor eigen vermogen en vreemd vermogen gebruiken. Volgens de OESO moet de term ‘hybride financieringsinstrument’ breed gedefinieerd worden, zodat elk financieringsinstrument waarbij een betaling aftrekbaar is op het niveau van de betalende partij en die niet in de heffing betrokken wordt op het niveau van de ontvangende partij als inkomen kan worden aangemerkt voor de belastingheffing op het niveau van de ontvangende partij.

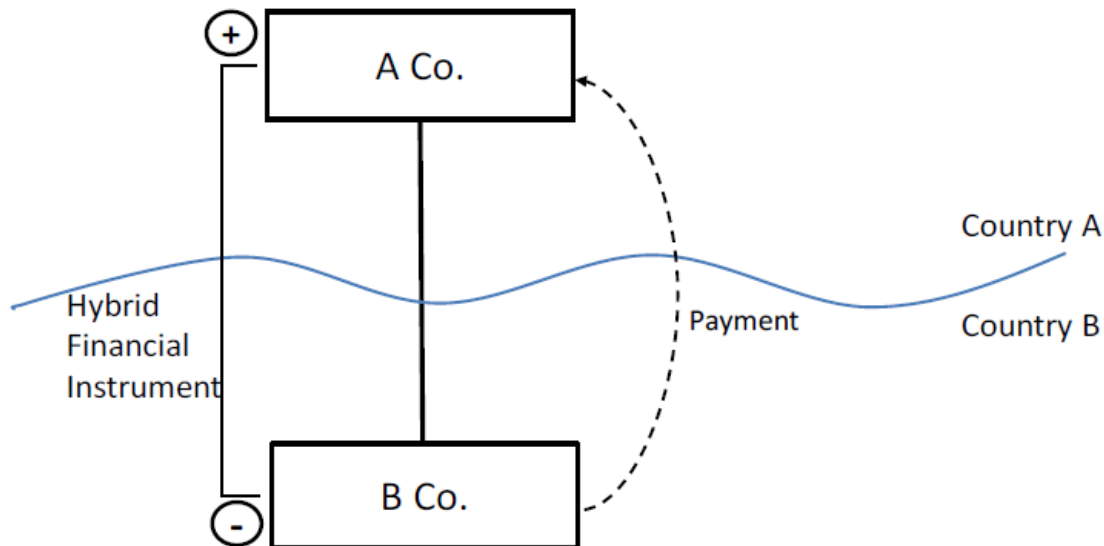
Een hybride transactie moet gedefinieerd worden als elke overeenkomst tussen een belastingplichtige en een andere partij met betrekking tot een activum, waarbij:

- De belastingplichtige de eigenaar van het activum is en de rechten van de andere partij op dat activum worden behandeld als verplichtingen van de belastingplichtige; en
- De andere partij onder haar nationale wet eigenaar is van het activum en de rechten van de belastingplichtige met betrekking tot dat activum behandeld worden als verplichtingen van de andere partij.

Ik zal aan de hand van een figuur<sup>65</sup> uitleggen hoe de aanbevelingen van de OESO met betrekking tot hybride financieringsinstrumenten werken als ze geïmplementeerd zijn:

---

<sup>65</sup> OESO, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws’, p. 19



Het effect van het implementeren van de aanbevelingen van de OESO in land A is als volgt:  
 Als de mismatch toe te rekenen is aan een dividendvrijstelling in land A weigert land A deze vrijstelling toe te passen op B Co. indien de betaling aftrekbaar was in land B. Dit is in de meeste gevallen voldoende om een mismatch te voorkomen die veroorzaakt zou zijn door een dividendvrijstelling en dus hoeft zowel land A als land B geen hybride mismatch regel toe te passen.

Het kan ook zo zijn dat de mismatch niet toe te rekenen is aan een dividendvrijstelling in land A. In dat geval past land A een hybride mismatch regel toe om de betaling te herkwalificeren om de inkomsten van A Co. in de heffing te betrekken als deze betaling aftrekbaar is in land B.

Het effect van het implementeren van de aanbevelingen van de OESO in land B is als volgt:  
 Als het weigeren van een dividendvrijstelling in land A voldoende is om de mismatch tegen te gaan is er geen noodzaak om een hybride mismatch regel toe te passen.

Als de mismatch niet toe te rekenen is aan een dividendvrijstelling in land A weigert land B om een aftrek toe te kennen aan B Co.

#### 4.5.1.2 Aanbevelingen voor de hybride entiteiten

Zoals uitgelegd in hoofdstuk 2 kunnen betalingen van hybride entiteiten leiden tot zowel een dubbele aftrek als tot een aftrek zonder heffing. De eenvoudigste manier om deze vorm van hybride financieringen tegen te gaan is het weigeren van deze dubbele aftrek indien de betaling niet dubbel is belast. Om dit te bewerkstelligen is het echter wel nodig dat de fiscale wetten op dit gebied in beide betrokken landen gelijk lopen om de aftrek in één of beide landen te kunnen weigeren, en dit zou erg ingewikkeld zijn. Het is eenvoudiger om een primary response en defensive rule te kiezen die toepasbaar is op een land zelf.

Een betaling door een hybride entiteit die leidt tot een dubbele aftrek noemen we een aftrekbare hybride betaling, en een betaling door een hybride entiteit die leidt tot een aftrek en geen heffing noemen we een genegeerde hybride betaling. Beide gevallen moeten afzonderlijk behandeld worden en daarom zijn er voor beide situaties afzonderlijke primary responses en defensive rules opgesteld door de OESO.

### **Aftrekbare hybride betaling**

De primary response bij een dubbele aftrek is het weigeren van de tweede aftrek die geclaimd wordt in het land van de moedermaatschappij/investeerder, indien de betaling niet twee keer in de belastingheffing wordt meegenomen. De aftrek bij de moedermaatschappij moet echter wel toegestaan worden als de betreffende entiteit de betaling wel in aftrek mag brengen in het land van de dochtermaatschappij, maar daar geen inkomen heeft waar het van afgetrokken kan worden.

Als de bovenstaande regel niet in werking treedt, is de defensive rule dat het land waar de dochtermaatschappij gevestigd is aftrek moet weigeren voor een betaling die ook ergens anders aftrekbaar is. Ook bij de defensive rule is het zo dat als een aftrek wel ergens anders geclaimd mag worden, maar dit niet kan doordat er bijvoorbeeld geen inkomen is om het van af te trekken, de aftrek alsnog toegekend moet worden.

### **Genegeerde hybride betaling**

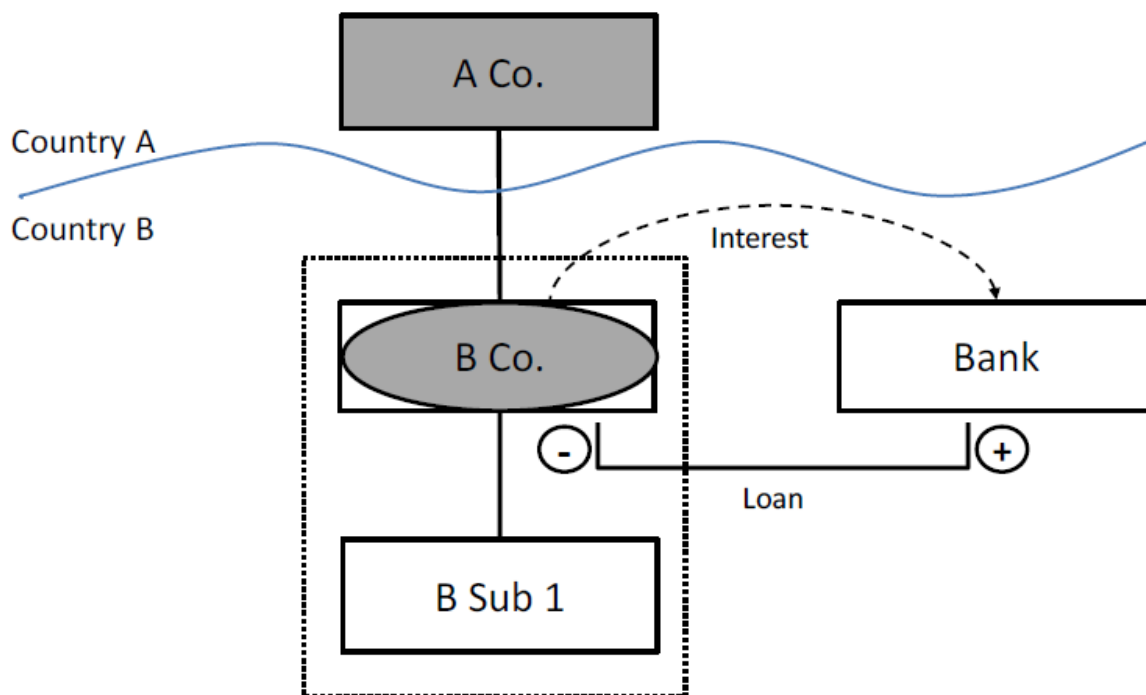
De primary response bij een aftrek waar geen heffing tegenover staat is dat de aftrek op een betaling, die wordt toegekend door het land van de betalende partij, het inkomen van die belastingplichtige voor die periode niet mag overschrijden.

De secondary rule is dat het mogelijk is voor de ontvangende partij om bij een ontvangen betaling, waarbij de aftrek van de betaler voor die betaling het inkomen van de betaler in haar land heeft overschreden, de overschrijding tot haar inkomen te rekenen.

Ik zal weer aan de hand van een figuur<sup>66</sup> uitleggen hoe de aanbevelingen van de OESO met betrekking tot aftrekbare hybride betalingen werken als ze geïmplementeerd zijn:

---

<sup>66</sup> OESO, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws', p. 44



In dit geval is A Co 100% aandeelhouder in een buitenlandse dochtermaatschappij (B Co). B Co is een hybride entiteit die door land A als fiscaal transparant wordt gezien. B Co leent van een bank en betaalt rente op de lening. B Co heeft geen verdere inkomsten. Omdat B Co door land A als transparant wordt gezien, wordt A Co in land A gezien als degene die leent van de bank.

In dit geval is er dus sprake van een aftrek van de rentebetaling in zowel land A als land B.

Het effect voor land A is als volgt:

Volgens de primary response moet land A de (tweede) aftrek weigeren als er in de heffing van land A niets wordt betrokken.

Het effect voor land B is als volgt:

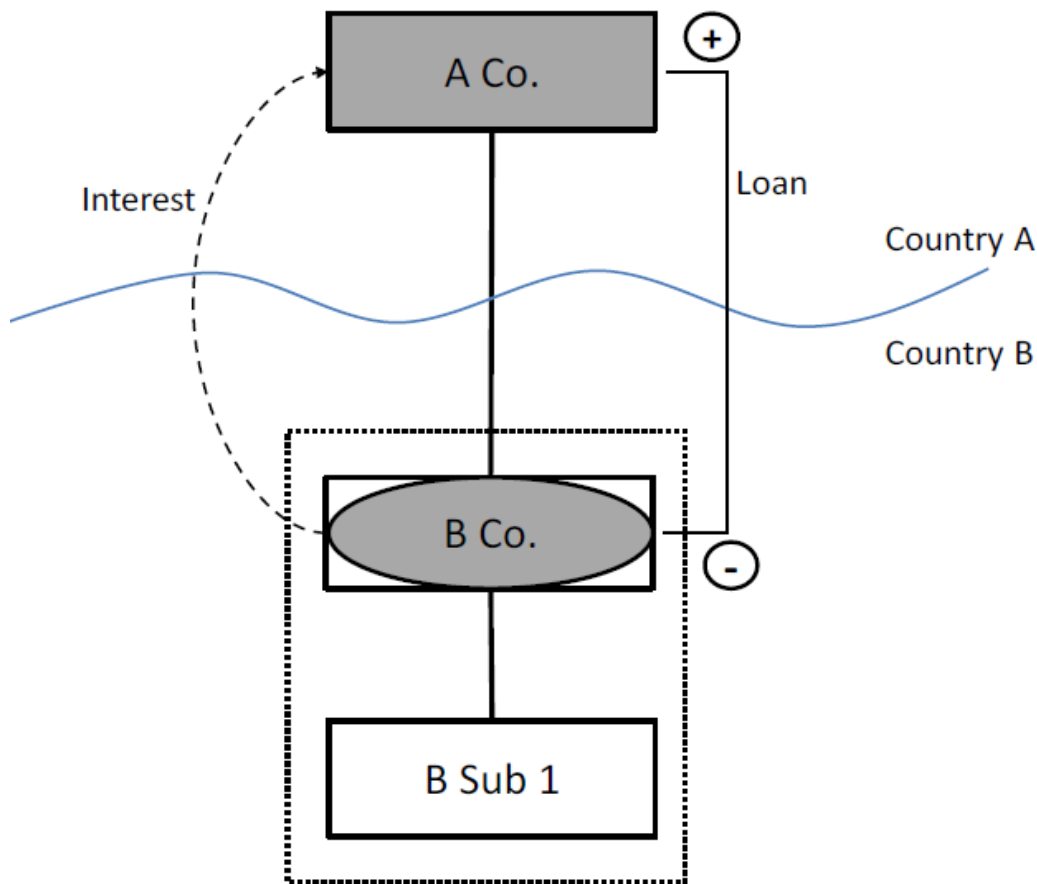
Als land A de primary response toepast is er geen reden voor land B om de defensive rule toe te passen aangezien er dan geen hybride mismatch meer is.

Als land A de primary response niet toepast dan zal land B een aftrek moeten weigeren aan B Co. voor de hybride financiering voor zover de aftrek die B Co. wil claimen haar inkomen in land B overtreft.

Als B Co. in land B een aftrek mag claimen maar dit niet kan, mag de aftrek alsnog in land A geclaimd worden.

Nu zal aan de hand van een figuur<sup>67</sup> worden uitgelegd hoe de aanbevelingen van de OESO met betrekking tot de genegeerde hybride betalingen werken als ze geïmplementeerd zijn:

<sup>67</sup> OESO, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws', p. 48



Deze betaling is een genegeerde hybride betaling omdat de betalende partij (B Co.) de betaling in aftrek kan brengen in land B, terwijl er geen compenserende heffing tegenover staat omdat het land van de ontvangende partij (land A) niets heft.

De primary response is dat de aftrek die wordt toegekend aan land B voor deze betaling het inkomen van de betalende partij voor die periode niet mag overschrijden.

Als land B geen hybride mismatch regel heeft, treedt de defensive rule in werking, waardoor land A hetgeen wat is afgetrokken, dat boven de inkomsten van B Co. voor die periode uitgaat, in de heffing mag betrekken.

#### 4.5.2 Treaty Issues

Nu zal ik het gedeelte 'Treaty Issues' van het OESO-rapport bespreken.

Zoals eerder gezegd bestaat het OESO-rapport over de aanbevelingen aangaande hybride mismatches uit 2 delen. Het tweede deel, Treaty Issues, behandelt een aantal aspecten van hybride mismatches dat te maken heeft met het OESO-modelverdrag, en die dus minder te maken hebben met de nationale wetgevingen.

Het rapport bestaat uit drie delen:

- In het eerste deel worden maatregelen besproken om te garanderen dat entiteiten die inwoner zijn van twee lidstaten, de zogenoemde ‘dual residents’, niet onbeperkt verdragsgerechtigd zijn;
- In het tweede deel worden maatregelen besproken om te garanderen dat transparante entiteiten niet onbeperkt verdragsgerechtigd zijn;
- in het derde deel wordt de samenhang tussen de voorstellen voor aanpassing van de nationale wetgevingen uit het eerder besproken deel van het rapport en de specifieke bepalingen uit het OESO-modelverdrag besproken.

In het eerste deel wordt een wijziging van artikel 4, lid 3, van het OESO-modelverdrag voorgesteld. De wijziging houdt in grote lijnen in dat om de vestigingsplaats van een lichaam te bepalen niet meer de gebruikelijke ‘tie-breaker’ wordt gebruikt, waarbij wordt gekeken naar de feitelijke vestigingsplaats die geldt als vestigingsplaats voor het verdrag, maar dat de vestigingsplaats voor het verdrag wordt bepaald op basis van de omstandigheden van het individuele geval. Na de wijziging zal de werkelijke leiding dus niet meer per definitie doorslaggevend zijn, maar zullen de bevoegde autoriteiten van de landen in kwestie in onderling overleg de vestigingsplaats van het lichaam voor het verdrag bepalen. In afwezigheid van een dergelijke overeenkomst zal het lichaam geen voordelen mogen genieten die voortkomen uit het verdrag.

De OESO ziet echter in dat een dergelijke bepaling niet in alle gevallen zal volstaan. Het zal bijvoorbeeld niet werken op een entiteit die inwoner is van een bepaald land op grond van nationale wetten, maar die ook inwoner is van een ander land op grond van verdragen. Dit probleem volgt uit het feit dat de verdragen en de nationale wet niet goed op elkaar aansluiten in de meeste gevallen. Om de mismatch tussen de verdragen en de nationale wetgeving op te lossen, stelt de OESO voor om in de nationale wetgeving een regel op te nemen die bepaalt dat als een entiteit inwoner is van een ander land op grond van een verdrag, deze entiteit wordt geacht geen inwoner te zijn op grond van de nationale wetgeving. Daarnaast heeft een wijziging van artikel 4, lid 3, van het OESO-modelverdrag geen effect op situaties waarin er geen verdrag is afgesloten tussen de betrokken landen.

In 1999 heeft de OESO het ‘Partnership Report’ opgesteld, waarin een analyse is ontwikkeld ten aanzien van de behandeling van samenwerkingsverbanden die al dan niet transparant zijn voor verdragstoepassingen. Dit Partnership Report ziet echter alleen op samenwerkingsverbanden, en niet op alle andere entiteiten die transparant kunnen zijn. Daarnaast hebben niet alle landen de conclusies van het Partnership Report in hun wetgeving geïmplementeerd.

Om te garanderen dat transparante entiteiten niet onbeperkt verdragsgerechtigd kunnen zijn, stelt de OESO voor om aan artikel 1 van het OESO-modelverdrag een tweede lid toe te voegen. Deze bepaling houdt in dat als een entiteit geheel of gedeeltelijk transparant is voor de wetgeving van een van beide staten het inkomen van die entiteit alleen als verdragsinkomen wordt aangemerkt als het ook inkomen



is van een inwoner voor de toepassing van het nationale recht van de staat waar de entiteit is gevestigd. Het doel van deze bepaling is dat er geen verdragsvoordelen worden toegekend aan een entiteit als de entiteit naar de nationale wetgeving van de woonstaat met het inkomen niet in de belastingheffing wordt betrokken, omdat het volgens de nationale wetgeving een transparante entiteit is.

## 5. Voorstellen van de Europese Commissie

### 5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de problemen die de OESO heeft geconstateerd als gevolg van hybride financieringen, alsmede de oplossingen die de OESO er voor heeft aangedragen. De OESO is niet het enige orgaan dat zich bezighoudt met deze problemen. Ook de Europese Commissie heeft een aantal rapporten opgesteld aangaande hybride financieringen, en dan voornamelijk met betrekking tot hybride leningen. Uit het rapport van de Europese Commissie blijkt welke problemen zij ziet en wat voor maatregelen zij wil nemen om de problemen die ontstaan als gevolg van hybride leningen tegen te gaan. Het gaat hier uiteraard over de problemen in Europees verband, en dus is met name de eerder besproken moeder-dochter richtlijn van belang. In dit hoofdstuk zullen de rapporten van de Europese Commissie worden besproken.

### 5.2 Problemen volgens de Europese Commissie

Ook de Europese Commissie ziet in dat uitholling van de vennootschapsbelastinggrondslag een steeds groter wordend probleem is.

In haar rapport<sup>68</sup> van 25 november 2013 heeft de Europese Commissie het met name over de hybride leningen. Hybride leningen zijn, zoals eerder uitgelegd, financieringsinstrumenten die kenmerken hebben van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. Doordat deze lening verschillend gekwalificeerd wordt in verschillende lidstaten, worden uitgekeerde betalingen op een grensoverschrijdende hybride lening in de betalende lidstaat behandeld als fiscaal aftrekbare kosten en in de ontvangende lidstaat wordt de betaling gekwalificeerd als eigen vermogen en wordt er niks belast. Dit leidt tot dubbele niet-heffing.

Om het probleem van hybride leningen binnen de EU tegen te gaan, heeft de gedragscodegroep richtlijnen opgesteld waarin is bepaald dat de ontvangende lidstaat de hybride lening op dezelfde manier moet kwalificeren als de bronlidstaat.<sup>69</sup> De gedragscodegroep is een Raadswerkgroep die bestaat uit afgevaardigden van lidstaten en de Europese Commissie.<sup>70</sup>

Er is echter een probleem met de oplossing van de gedragscodegroep. De oplossing kan namelijk niet zomaar uitgevoerd worden, aangezien de eerder genoemde moeder-dochter richtlijn ook nog werking

---

<sup>68</sup> COM(2013) 814

<sup>69</sup> Code of Conduct Group, Report to the Council (ECOFIN), Brussels, 25 may 2010, 10033/10, LIMITEE FISC 47, punt 27-31

<sup>70</sup> M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de EU is weer losgebarsten: een tussenbalans', p. 1

heeft op de lidstaten. Zoals uitgelegd zorgt de moeder-dochter richtlijn er voor dat de lidstaat op het niveau van de moedermaatschappij die een winstuitkering ontvangt van de dochtermaatschappij deze winstuitkering moet vrijstellen. Deze vrijstelling moet ook verleend worden als de betaling anders gekwalificeerd wordt in de lidstaat van de betalende partij, en deze betaling dus aftrekbaar is bij de dochter.

Naar aanleiding van dit probleem hebben zowel de Europese Raad<sup>71</sup> als het Europees Parlement<sup>72</sup> gezegd dat er concrete plannen moeten worden gemaakt om belastingfraude tegen te gaan. Het Europees Parlement heeft aangedrongen op een herziening van de moeder-dochter richtlijn om belastingontduiking als gevolg van hybride leningen tegen te gaan.

De Europese Commissie heeft naar aanleiding daarvan in 2012 een actieplan opgesteld om belastingfraude en belastingontduiking tegen te gaan waarin gezegd is dat een wijziging van de moeder-dochter richtlijn noodzakelijk zal zijn om hybride leningen tegen te gaan.<sup>73</sup>

In haar rapport van 25 november 2013 ziet de Europese Commissie in dat de huidige anti-misbruikbepaling in de moeder-dochter richtlijn niet duidelijk genoeg is en aanleiding kan geven tot verwarring, vandaar dat er wordt voorgesteld om aan de moeder-dochter richtlijn een algemene anti-misbruikbepaling toe te voegen die een bredere werking heeft.

### **5.3 Voorgestelde oplossingen door de Europese Commissie**

Zoals gezegd heeft de Europese Commissie geconcludeerd dat, om hybride leningen binnen de EU tegen te gaan, de moeder-dochter richtlijn aangepast moet worden. De Europese Commissie heeft een onderzoek gedaan om te beoordelen wat dergelijke maatregelen voor effect zouden hebben.

In haar rapport heeft de Europese Commissie geconcludeerd dat het aanpakken van dubbele niet-heffing als gevolg van hybride leningen een positief effect zal hebben op de belastinginkomsten van de lidstaten. Zoals echter uitgelegd in hoofdstuk 3, zijn verminderde belastinginkomsten niet de enige nadelige effecten van hybride leningen. De Europese Commissie is van mening dat de nadelige effecten van hybride financieringen als geformuleerd door de OESO, ook van toepassing zijn op hybride leningen binnen de EU. Volgens de Europese Commissie is het feit dat het aanpakken van hybride leningen een positief effect zal hebben op belastinginkomsten van de lidstaten niet doorslaggevend bij de beslissing om constructies met hybride leningen tegen te gaan. Factoren die ook meespelen en in dit geval wel een beslissende rol spelen zijn: concurrentie, economische efficiëntie, transparantie en billijkheid.

---

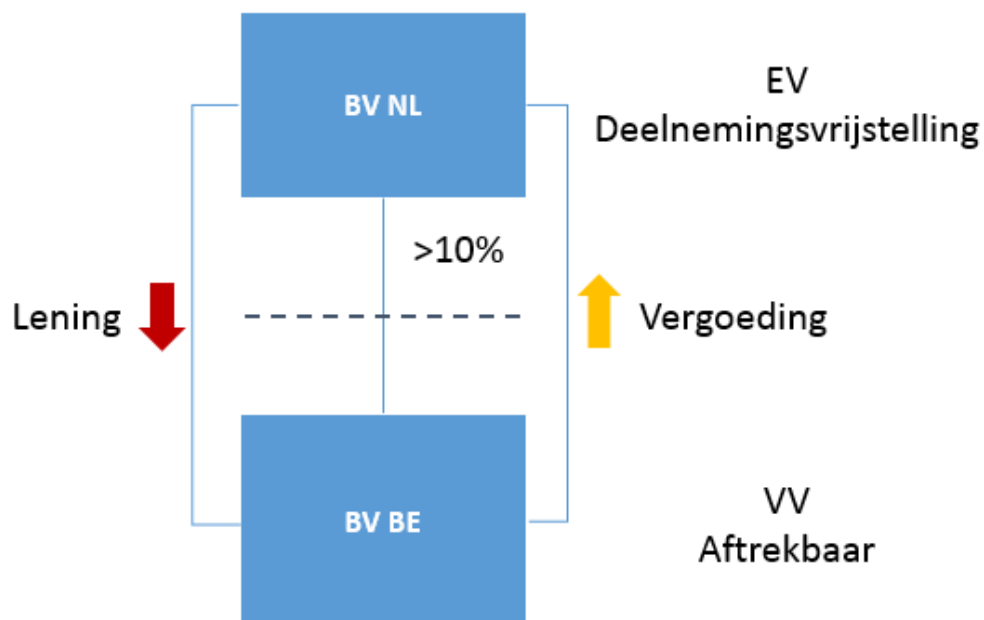
<sup>71</sup> Conclusies van maart 2012

<sup>72</sup> Resolutie van 19 april 2012

<sup>73</sup> COM(2012) 722

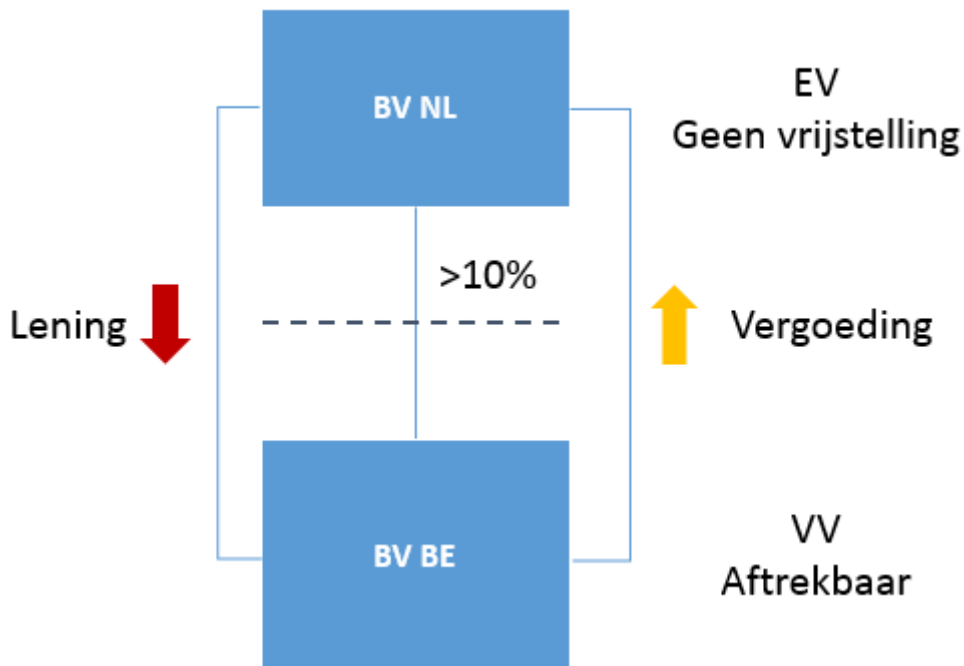
Volgens de Europese Commissie is de beste optie om de belastingvrijstelling van de moeder-dochter richtlijn niet toe te kennen indien de winstuitkering in kwestie fiscaal aftrekbaar is in de lidstaat van de betalende dochtermaatschappij (de bronlidstaat). Deze optie is het meest doeltreffend om dubbele niet-heffing als gevolg van hybride leningen te bestrijden, omdat hybride leningen op deze manier in elke lidstaat hetzelfde worden behandeld. Op deze manier wordt volgens de Europese Commissie het beoogde effect bereikt, namelijk dat alle ondernemingen in de EU over de gerealiseerde winsten worden belast, en dat er geen kunstmatige constructies kunnen worden gebruikt om belastingen te ontlopen. Daarnaast zal een gemeenschappelijke anti-misbruikbepaling in alle lidstaten zorgen voor duidelijkheid en zekerheid voor alle belastingplichtigen en belastingdiensten.

Ik zal aan de hand van een voorbeeld aangeven hoe de aangedragen oplossing van de Europese Commissie er uit zal zien:



Dit is de uitgangssituatie. Er wordt een lening van een Nederlandse moedermaatschappij verstrekt aan een Belgische dochtermaatschappij waar de moedermaatschappij meer dan 10% belang in heeft. De lening wordt als vreemd vermogen gekwalificeerd in België en als eigen vermogen in Nederland. Dit is dus een hybride lening. De vergoeding die op de hybride lening wordt betaald is dus aftrekbaar in België, omdat het daar als vreemd vermogen is gekwalificeerd, terwijl de vergoeding in Nederland onder de moeder-dochter richtlijn valt, en dus is vrijgesteld. Er vindt dus dubbele niet-heffing plaats, wat de Europese Commissie in haar voorstel tegen wil gaan.

Door de voorgestelde aanpassingen van de Europese Commissie zal dezelfde situatie er als volgt gaan uitzien:



Dit is dezelfde situatie als hiervoor beschreven, dus een hybride lening die door een Nederlandse moedermaatschappij aan een Belgische dochtermaatschappij wordt verstrekt, waarbij de lening in België als vreemd vermogen, en in Nederland als eigen vermogen wordt gekwalificeerd.

De voorgestelde oplossing van de Europese Commissie zorgt er echter voor dat de vrijstelling van de moeder-dochter richtlijn in Nederland wordt geweigerd, omdat de betaling bij de dochtermaatschappij in België aftrekbaar is.

Om een wijziging van de moeder-dochter richtlijn een kans van slagen te geven, zal het voorstel van de Europese Commissie moeten voldoen aan het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel. Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat een maatregel niet genomen moet worden door een hogere instantie indien deze maatregel ook genomen kan worden door een lagere instantie. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat het optreden van de instelling in kwestie beperkt moet blijven tot wat nodig is om de doelstellingen van de verdragen te bereiken. De omvang en de vorm van het optreden moeten dus in verhouding staan tot het doel daarvan.

Het voorstel van de Europese Commissie voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel aangezien een afzonderlijk optreden van de lidstaten om hybride leningen tegen te gaan geen doeltreffend antwoord zou bieden op het probleem, omdat het probleem juist geworteld is in de interactie tussen verschillende nationale belastingstelsels. Ook voldoet het voorstel van de Europese Commissie aan het evenredigheidsbeginsel, aangezien de voorgestelde wijzigingen niet verder gaan dan wat nodig is om de problemen die zich voordoen aan te pakken, om zo een goede en doeltreffende werking van de interne markt te bewerkstelligen.

## 5.4 Uitwerking van de voorgestelde oplossingen

De Europese Commissie splitst haar voorstel om dubbele niet-heffing als gevolg van hybride leningen te voorkomen op in twee delen. Ten eerste wil de Europese Commissie de huidige anti-misbruikbepaling in de moeder-dochter richtlijn vervangen door een algemene anti-misbruikbepaling, om lidstaten toe te staan om maatregelen te nemen tegen belastingfraude en -ontduiking. Ten tweede wil de Europese Commissie de moeder-dochter richtlijn buiten toepassing laten verklaren als er sprake is van een hybride lening, wat inhoudt dat de lidstaat van de moedermaatschappij de voordelen van de belastingvrijstelling voor winstuitkeringen niet toekent indien de betaling aftrekbaar is in de lidstaat van de dochtermaatschappij. Daarbij moet gezegd worden dat de Europese Commissie wil bereiken dat de lidstaat van de moedermaatschappij zich slechts onthoudt van het belasten van ontvangen winstuitkeringen in het geval dat deze winstuitkering niet aftrekbaar is in de bronlidstaat.

Deze wijzigingen wil de Europese Commissie doorvoeren door de moeder-dochter richtlijn aan te passen. Ze wil dit doen door aanpassingen te doen aan artikel 1 en artikel 4 van de moeder-dochter richtlijn. Ten eerste stelt de Europese Commissie voor om artikel 1, lid 2 te vervangen. De oude tekst luidt: ‘Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.’ Dit wil de Europese Commissie veranderen in: ‘Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter voorkoming van belastingontduiking.’

Ook wil de Europese Commissie een deel toevoegen aan artikel 1, namelijk artikel 1 bis. De voorgestelde tekst voor dit artikel bevat de algemene anti-misbruikbepaling die de Europese Commissie toe wil voegen. De inhoud van dit artikel komt er op neer dat lidstaten het voordeel van de moeder-dochter richtlijn niet toe mogen kennen indien de financiering in kwestie een kunstmatige regeling of een kunstmatige reeks van regelingen is, die in wezen bedoeld is om een oneigenlijk belastingvoordeel uit hoofde van de moeder-dochter richtlijn te verwerven, en die het doel, de geest en de toepassing van de belastingbepalingen waarop een beroep wordt gedaan, ondermijnt. In lid 2 van artikel 1 bis wordt aangegeven wanneer het voorgaande van toepassing is.

Daarnaast wil de Europese Commissie artikel 4, lid 1, punt a) vervangen. De oude tekst luidde: ‘ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst’, en dit wil de Europese Commissie aanpassen naar: ‘ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij.’

Op 7 mei 2014 werd het voorstel van de Europese Commissie niet aangenomen en uitgesteld door de raadsformatie Economische en Financiële Zaken (Ecofin). Op 20 juni 2014 werd het voorstel van de

Europese Commissie om hybride leningen tegen te gaan door het wijzigen van de moeder-dochter richtlijn aangenomen door de Ecofin, de precieze tekst van het voorstel wordt echter later vastgesteld.

## **6. Vergelijking van de voorgestelde oplossingen**

### **6.1 Inleiding**

Zoals besproken in voorgaande hoofdstukken hebben zowel de OESO als de Europese Commissie uitgebreide voorstellen gedaan om hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride financieringen tegen te gaan. In dit hoofdstuk zal ik bespreken in hoeverre de plannen uitvoerbaar zijn en met welke problemen landen eventueel te maken kunnen krijgen als de voorstellen zoals ze er nu zijn geïmplementeerd zouden worden. Ik zal eerst commentaar leveren op de voorstellen van de Europese Commissie en vervolgens zal ik commentaar leveren op de voorstellen gedaan door de OESO. Tot slot zal ik de voorstellen van beide partijen met elkaar vergelijken en kijken op welke punten de voorstellen van elkaar verschillen.

### **6.2 Commentaar op de voorstellen van de Europese Commissie**

Zoals uitgelegd in hoofdstuk 4 doet de Europese Commissie twee voorstellen om dubbele niet-heffing als gevolg van hybride leningen tegen te gaan. Ten eerste wil de Europese Commissie een algemene misbruikbepaling invoeren in de moeder-dochter richtlijn, en ten tweede wil de Europese Commissie artikel 4 van de moeder-dochter richtlijn aanpassen zodat de vrijstelling op een winstuitkering bij de moedermaatschappij niet meer onder de vrijstelling valt, indien de winstuitkering bij de dochtermaatschappij fiscaal aftrekbaar is.

Bij haar voorstellen om de moeder-dochter richtlijn aan te passen gaat de Europese Commissie voorbij aan een belangrijk probleem. In de moeder-dochter richtlijn is het begrip ‘uitgekeerde winst’ namelijk niet gedefinieerd, en ook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen geen algemene criteria afgeleid worden aan de hand waarvan vast kan worden gesteld of een hybride lening als eigen of als vreemd vermogen moet worden gekwalificeerd.

De Europese Commissie ziet het probleem van verschillende kwalificaties van financieringsinstrumenten tussen verschillende lidstaten wel in, en dat is dan ook de reden dat ze een voorstel doen tot wijziging van de moeder-dochter richtlijn. Ze proberen het probleem echter niet op te lossen door een definitie van het begrip uitgekeerde winst op te nemen in de moeder-dochter richtlijn, maar ze proberen dit op te lossen door in de moeder-dochter richtlijn op te nemen dat uitgekeerde winst vrij wordt gesteld van belastingheffing bij het ontvangende land voor zover deze winsten niet-aftrekbaar zijn in het uitdelende land.

Als er een definitie zou worden gegeven aan het begrip uitgekeerde winst, is het veel makkelijker om kwalificatieverschillen, en dus hybride mismatches, tegen te gaan. Als elke lidstaat het begrip uitgekeerde winst namelijk op dezelfde manier zou interpreteren, zouden er per definitie geen



mismatches door verschillende kwalificaties kunnen ontstaan, omdat financieringsinstrumenten dan in elke lidstaat op dezelfde manier gekwalificeerd zouden worden.

Er is nog een ander probleem aan het voorstel van de Europese Commissie, het voorstel is namelijk niet duidelijk genoeg. Als de voorgestelde tekst van artikel 4, lid 1, letterlijk gelezen wordt, is het voor landen niet verplicht om te heffen als de uitgekeerde winst in de betalende staat wel aftrekbaar is, er staat slechts dat het vrijgesteld moet zijn als dit niet-aftrekbaar is. De tekst is letterlijk: ‘Ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij.’

Uit de toelichting op het voorstel blijkt echter wel dat de Europese Commissie met de voorgestelde wijziging van de moeder-dochter richtlijn wil bereiken dat lidstaten bij de ontvangst van een winstuitkering, die aftrekbaar is bij de betalende partij, gaan heffen over het ontvangen bedrag, in plaats van deze vrij te stellen. De Europese Commissie heeft dus wel de bedoeling gehad om lidstaten te verplichten om aftrekbare uitgekeerde winsten te belasten, maar het niet is niet helemaal duidelijk geformuleerd.

Een ander punt is dat de Europese Commissie in haar voorstel geen rekening houdt met landen die een verrekeningsmethode, in plaats van een vrijstellingsmethode, hanteren.<sup>74</sup>

Een vrijstellingsmethode houdt in dat buitenlands inkomen niet in de heffingsgrondslag wordt meegenomen, door het heffingsobject vrij te stellen. Een verrekeningsmethode houdt in dat er over buitenlands inkomen op dezelfde manier wordt geheven als dat er geheven zou worden als het binnenlands inkomen betrof, maar de al in het buitenland betaalde belasting wordt verrekend met de te betalen belasting in het binnenland.

De Europese Commissie heeft in haar voorstel niet geregeld dat landen die een verrekeningsmethode hanteren, de verrekening van winstbelasting mogen weigeren.

Als het voorstel van de Europese Commissie wordt doorgevoerd, zou het zo zijn dat bij een land met de vrijstellingsmethode de aftrekbare uitgekeerde winst wordt belast en dat er geen verrekening gegeven hoeft te worden voor de eerder ingehouden winstbelasting.

Bij een land met de verrekeningsmethode zal de belasting echter verrekend worden met de winstbelasting die al is ingehouden bij de onderliggende schakels. Zo kan het dus gunstig zijn voor een moedermaatschappij om zich te vestigen in een land met een verrekeningsregime.

Een andere onduidelijkheid aan het voorstel van de Europese Commissie doet zich voor als er sprake is van renteaftrekbepkingen. Niet als het gaat om een specifieke renteaftrekbepking, want zowel uit de voorgestelde aanpassing van de wettekst als uit de toelichting op het voorstel van de Europese Commissie blijkt dat het slechts de bedoeling is om winstuitkeringen te belasten als deze anders

---

<sup>74</sup> I.M. de Groot, ‘Voorstel tot wijziging Moeder-dochter richtlijn in verband met hybride leningen’, NTFRA2014-9

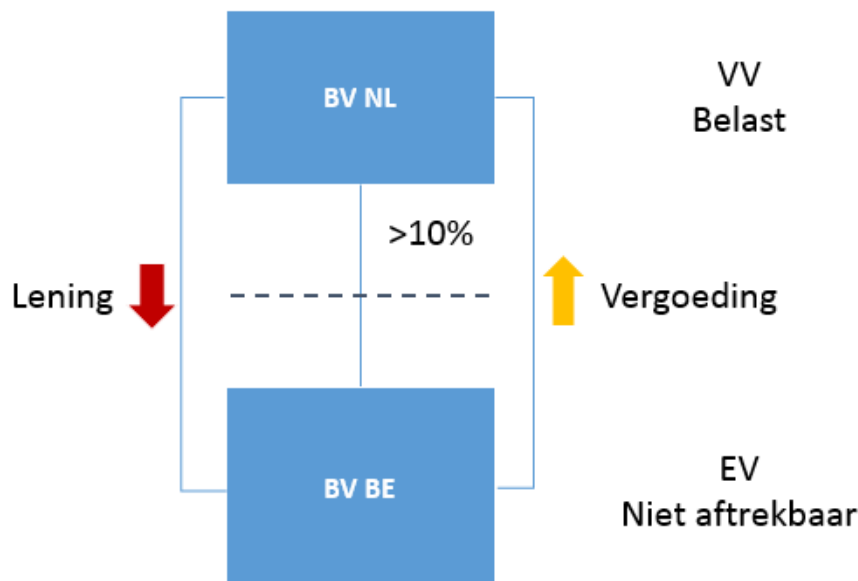
zouden leiden tot dubbele niet-heffing, wat bij een specifieke renteaftrekbeperking niet het geval zou zijn, aangezien de specifieke renteaftrekbeperking er voor zorgt dat een betaling geheel niet aftrekbaar is.

Er kan echter wel een probleem zijn als het gaat om een algemene renteaftrekbeperking, zoals een thincapregeling. Een thincapregeling zorgt er voor dat een gedeelte van het vreemd vermogen niet-aftrekbaar is als een onderneming een onevenwichtige verhouding tussen vreemd en eigen vermogen heeft. Met een thincapregeling probeert de overheid te voorkomen dat ondernemingen teveel vreemd vermogen aantrekken ten opzichte van hun eigen vermogen.

In het geval dat er sprake is van een algemene renteaftrekbeperking is dus een gedeelte van de betaling aftrekbaar en een gedeelte niet. De Europese Commissie heeft over deze situatie niets opgenomen in haar voorstel. Het is dus niet duidelijk of de winstuitkering in dit geval bij de moedermaatschappij is belast of vrijgesteld, ofwel dat de vrijstelling naar rato toegerekend zou moeten worden, waardoor een deel van de uitgekeerde winst onder de vrijstelling zou vallen en een gedeelte belast zou zijn.

Als laatste wil ik ingaan op het punt dat de Europese Commissie met haar voorstel slechts dubbele niet-heffing wil tegen gaan, en geen aandacht besteedt aan dubbele belastingheffing.

Aan de hand van de volgende figuur is te zien wanneer dubbele belastingheffing kan optreden:



Een Nederlandse BV heeft een belang van groter dan 10% in een Belgische BV. De Nederlandse BV verstrekt een lening aan de Belgische BV. Deze lening wordt in België gekwalificeerd als eigen vermogen, terwijl dezelfde lening in Nederland wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen. In deze situatie kan er sprake zijn van een niet-aftrekbare betaling in België, omdat een dividenduitkering in beginsel niet aftrekbaar is, en een belaste ontvangst in Nederland, omdat de betaling daar wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen, en dit valt dus niet onder de moeder-dochter richtlijn.

Een hybride lening kan dus ook leiden tot een dubbele belastingheffing, en hier heeft de Europese Commissie geen rekening mee gehouden in haar voorstel. In principe zal deze situatie weinig voorkomen, aangezien partijen hier van op de hoogte zijn, maar dubbele belastingheffing kan toch voorkomen in situaties waarbij er geen andere mogelijkheid is, of in de situatie dat er wel een andere mogelijkheid is, maar deze mogelijkheid bijvoorbeeld (te) hoge kosten met zich meebrengt om redelijkerwijs uitvoerbaar te zijn.

### **6.3 Commentaar op de voorstellen van de OESO**

Zoals besproken in het vorige hoofdstuk heeft de OESO een rapport opgesteld om hybride mismatches tegen te gaan. Dit rapport is onderverdeeld in twee delen, ‘recommendations for domestic laws’ en ‘treaty issues’.

In het gedeelte over de nationale wetgeving doet de OESO afzonderlijke voorstellen om hybride leningen, hybride entiteiten met een double deduction schema, en hybride entiteiten met een deduction – no inclusion schema tegen te gaan. Hiervoor gebruiken ze voor elke groep een primary response en een secondary (of defensive) rule.

In het gedeelte over de problemen in de verdragen doet de OESO voorstellen om hybride mismatches door gebruik te maken van een dual resident te voorkomen, en om hybride mismatches door gebruik te maken van hybride entiteiten te voorkomen. Het eerste probleem probeert de OESO tegen te gaan door de tie-breaker rule van artikel 4, lid 3, van het OESO-modelverdrag uit te breiden, en het tweede probleem probeert de OESO tegen te gaan door in artikel 1 van het OESO-modelverdrag op te nemen dat als er sprake is van een hybride entiteit, een verdragsvoordeel slechts hoeft te worden gegeven als het inkomensbestanddeel tot het fiscale inkomen van een inwoner van een betrokken staat behoort.

De voorstellen die de OESO doet, zoals ook besproken in vorig hoofdstuk, zijn vrij gecompliceerd. Vandaar dat het moeilijk kan zijn en daarom enige tijd kan duren voordat landen de voorstellen in hun wetgeving implementeren.

Als alle landen de voorstellen op de wijze implementeren zoals de OESO bedoelt, en dit op niet te lange termijn doen, kunnen de voorstellen effectief zijn om hybride mismatches tegen te gaan.

Als de implementatie echter lang duurt, of bepaalde landen implementeren de voorstellen sneller dan andere landen, kan dit slecht of in sommige gevallen zelfs averechts werken in de strijd tegen hybride mismatches. In het geval dat de situatie zich voor doet dat een aantal landen zogenoemde ‘early adopters’ zijn, en de voorstellen van de OESO dus als eerste implementeren terwijl andere landen deze voorstellen nog niet geïmplementeerd hebben, kan het zo zijn dat dit juist averechts werkt op de belastinginkomsten en de competitiviteit in de economie van deze landen. Als een aantal landen deze voorstellen hebben geïmplementeerd, terwijl andere landen dit nog niet gedaan hebben, kan de situatie

zich namelijk voordoen dat ondernemingen liever gaan opereren vanuit landen waar nog wel gebruik te maken is van hybride mismatches. Zo zal er een verschuiving zijn van ondernemingen van landen die de voorstellen al wel geïmplementeerd hebben, naar landen die deze voorstellen nog niet geïmplementeerd hebben. De OESO zou er dus over na kunnen denken om regels in te stellen wat betreft het tijdvak waarin de landen de voorstellen moeten implementeren, om de economie zo min mogelijk te schaden. Daarnaast blijft het punt dat als de OESO deze voorstellen wil doorvoeren, dat ze alleen effectief zijn als alle landen deze implementeren, omdat er anders alsnog gebruik kan worden gemaakt van tussenlanden die deze voorstellen niet hebben geïmplementeerd, om zo alsnog hybride mismatches te creëren.

Ook zal de OESO gedetailleerder moeten beschrijven hoe de regels precies geïmplementeerd moeten worden. Anders kan bijvoorbeeld de vraag spelen of het nodig is dat een onderneming bewijs levert dat de primary response op haar van toepassing is geweest in een bepaald land, om te voorkomen dat dat land ook de defensive rule toepast. Verschillende ondernemingen kunnen namelijk verschillende boekjaren hebben, en verschillende landen zullen verschillende aangiftetermijnen hebben. Het kan dus op het moment van belastingaangifte onduidelijk zijn of in een bepaald land de primary response van toepassing is, terwijl in een ander land de defensive rule van toepassing zou kunnen zijn.<sup>75</sup>

Ook is er bij de voorstellen van de OESO, net als bij de voorstellen van de Europese Commissie, geen rekening gehouden met bepaalde fiscale faciliteiten, zoals bijvoorbeeld een algemene renteaftrekbeperking of andere faciliteiten, die het bedrag dat aftrekbaar of belastbaar is kunnen beïnvloeden.

Bij het voorstel van de OESO om artikel 1 van het OESO-modelverdrag aan te passen om oneigenlijke belastingvoordelen door het gebruik van hybride entiteiten te voorkomen is het duidelijk wat de OESO wil bereiken. De voorgestelde tekst is echter niet helemaal in lijn met de bedoeling van de OESO. Deloitte UK geeft in haar commentaar op het voorstel van de OESO het volgende voorbeeld<sup>76</sup>: In de UK is het inkomen van een pensioenfonds hoofdzakelijk vrijgesteld van belasting. Het tekstvoorstel van artikel 1 van het OESO-modelverdrag is zo verwoord dat een UK pensioenfonds niet onder deze regeling zou vallen. In het tekstvoorstel gaat het namelijk over ‘belastbaar inkomen’. Een UK pensioenfonds is niet onderworpen aan belasting over haar inkomen en zou hier dus niet onder vallen. Het is dus belangrijk dat de OESO duidelijk verwoordt wat zij wil bereiken.

---

<sup>75</sup> OESO, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws’, Comments received on Public Discussion drafts, P. 165

<sup>76</sup> OESO, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws’, Comments received on Public Discussion drafts, P. 171

## 6.4 Vergelijking van de oplossingen van beide organen

Zoals uitgelegd in vorige paragrafen zijn de voorstellen die zowel de OESO als de Europese Commissie hebben gedaan om hybride mismatches te voorkomen nog niet helemaal waterdicht. Daar waar de OESO verschillende vormen van hybride financieringen, waaronder ook bijvoorbeeld het gebruik van hybride entiteiten, probeert tegen te gaan, richt de Europese Commissie zich in haar voorstellen vooral op de hybride leningen. Omdat de Europese Commissie zich slechts op het tegengaan van hybride leningen richt, zal ik mij bij het vergelijken van de oplossingen van beide organen ook slechts richten op de oplossingen die aangedragen zijn om hybride leningen tegen te gaan.

Als we kijken naar de oplossingen van beide partijen wat betreft het tegengaan van hybride leningen, is te zien dat beide partijen als het ware een tegenovergestelde benadering kiezen. De Europese Commissie stelt voor om hybride leningen tegen te gaan door een vrijstelling op een winstuitkering te weigeren, indien deze winstuitkering bij de betalende partij aftrekbaar is. De OESO stelt juist voor om hybride leningen tegen te gaan door de aftrek bij de betalende partij te weigeren als deze betaling bij de ontvangende partij niet in de belastingheffing wordt betrokken.

De OESO gebruikt in haar voorstel twee corrigerende regels om hybride leningen tegen te gaan, namelijk de primary response en de secondary rule, terwijl de Europese Commissie het bij één corrigerende regel houdt. De primary response die de OESO voorstelt is het niet toestaan van een aftrek op een betaling bij de betalende partij, als deze betaling bij de ontvangende partij buiten de heffingsgrondslag blijft. De secondary rule houdt in dat als de primary response niet van toepassing is, een vrijstelling op een betaling bij de ontvangende partij wordt geweigerd als deze betaling bij het betalende land aftrekbaar is. De corrigerende regel die de Europese Commissie voorstelt, is het weigeren van een vrijstelling op een winstuitkering bij de ontvangende partij, indien deze winstuitkering bij de betalende partij aftrekbaar is geweest.

Doordat de OESO ervoor kiest om twee corrigerende regels voor te stellen, kan het zo zijn dat landen veronderstellen dat ze een keuze hebben of ze wel of niet één van de regels of beide regels zullen implementeren. Dit kan er toe leiden dat landen de regels zullen uitkiezen die gunstig voor hen zijn, om zo een gunstig vestigingsklimaat voor ondernemingen te creëren, waardoor veel ondernemingen hun werkzaamheden naar dat land zullen verplaatsen.

Daar waar de voorstellen van de Europese Commissie geen rekening houden met eventuele dubbele belastingheffing, zoals voor kan komen als een lening in de ontvangende lidstaat als vreemd vermogen, en in het betalende land als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, kunnen de voorstellen van de OESO zelfs dubbele belastingheffing veroorzaken. Zoals aangegeven in de vorige paragraaf kunnen er namelijk miscommunicaties tussen landen ontstaan doordat er zowel een primary response

als een defensive rule is. Dit kan er toe leiden dat in het ene land de primary response wordt toegepast, en het andere land door onduidelijkheden de defensive rule toepast. In deze situatie kan het voorkomen dat er in het betalende land geen aftrek van de betaling wordt toegekend, terwijl in het ontvangende land een vrijstelling op de betaling wordt geweigerd. Dit zorgt voor economisch dubbele belastingheffing.

Zowel de Europese Commissie als de OESO zijn goed op weg om hybride mismatches tegen te gaan, echter zijn de voorgestelde oplossingen van beide partijen nog niet helemaal waterdicht. De voorstellen zouden weliswaar effectief kunnen zijn in de strijd tegen hybride mismatches, maar er zitten nog te veel onduidelijkheden in de voorstellen. Als de OESO en de Europese Commissie de hybride mismatches definitief willen verbannen, zullen ze hun voorstellen dus moeten herzien en is het met name zaak dat ze in hun voorgestelde wijzigingen zorgvuldig formuleren wat ze willen bereiken. Daarnaast zullen er regels moeten worden opgesteld wat betreft het tijdvak waarin de landen de regels in hun wetgeving moeten implementeren, zodat dit zo gecoördineerd mogelijk kan gebeuren, en het besproken probleem dat kan optreden als landen de regels niet tegelijkertijd implementeren kan worden geëlimineerd, zodat er geen ruimte meer is voor misvattingen of alternatieve constructies. Op deze manier zal er effectief strijd geleverd kunnen worden tegen oneigenlijke belastingvoordelen als gevolg van hybride mismatches.

## 7. Conclusie

In de inleiding van deze scriptie is de probleemstelling geformuleerd aan de hand waarvan deze scriptie is geschreven. De probleemstelling luidt als volgt:

*In hoeverre zijn de voorgestelde oplossingen van de Europese Commissie en de OESO, om de problemen als gevolg van hybride financieringen tegen te gaan, toereikend?*

Om tot een antwoord op deze probleemstelling te komen is aan de hand van de deelvragen, zoals geformuleerd in de inleiding, vijf hoofdstukken geschreven, die deze deelvragen beantwoordden.

In het eerste hoofdstuk is de moeder-dochter richtlijn besproken. Hier is ingegaan op de totstandkoming, het doel en de werking van de moeder-dochter richtlijn. Daarnaast is besproken welke betalingen en welke vennootschappen kwalificeren voor de moeder-dochter richtlijn. Dit hoofdstuk is opgenomen om een algemeen beeld van de moeder-dochter richtlijn te schetsen en een beter inzicht te geven in de voorstellen, gedaan door de Europese Commissie, om hybride financieringen tegen te gaan.

In het tweede hoofdstuk is uitgelegd wat hybride financieringen zijn. Een hybride financiering is een vorm van financieren waarbij er gebruik wordt gemaakt van verschillende kwalificaties van de financieringen tussen twee lidstaten. Vaak worden deze structuren gebruikt om een belastingvoordeel te halen. Verder is uitgelegd welke vormen van hybride financieringen er zijn en op welke manier deze gebruikt kunnen worden om belastingvoordeel te halen. De vormen van hybride financieringen die zijn besproken, zijn: hybride leningen, hybride entiteiten, 'dual-residence entities' en hybride transacties. Op de begrippen hybride leningen en hybride entiteiten is dieper ingegaan, omdat deze begrippen het meest relevant zijn voor het beantwoorden van de probleemstelling. Ook is er besproken hoe een hybride lening zich voor kan doen in de moeder-dochter richtlijn. Dit is het geval indien een kwalificerende moedervenootschap een lening verstrekt aan een kwalificerende dochtervenootschap, waarbij deze lening in de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd wordt gekwalificeerd als eigen vermogen, en de lening in de lidstaat waar de dochtermaatschappij is gevestigd wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen. Dit zorgt voor een aftrekbare betaling bij de dochtermaatschappij, terwijl deze betaling bij de moedermaatschappij is vrijgesteld door werking van de moeder-dochter richtlijn. Tot slot is besproken welke kwalificatiemethoden er zijn om entiteiten en financieringsinstrumenten te kwalificeren. Er is stilgestaan bij de 'similarity approach', de 'elective approach', de 'fixed approach' en de 'symmetrical approach'.

In het derde hoofdstuk is uitvoerig ingegaan op de door de OESO voorgestelde oplossingen om hybride financieringen tegen te gaan.

Ten eerste is besproken welke nadelige effecten, als gevolg van hybride financieringen, de OESO onderkent. Naast de belastinginkomsten die mis worden gelopen door landen als gevolg van belastingplichtigen die een belastingvoordeel halen door gebruik te maken van hybride financieringen, heeft het gebruik van hybride financieringen een negatief effect op: competitie, economische efficiëntie, transparantie en eerlijkheid.

Vervolgens is ingegaan op de daadwerkelijke voorstellen die de OESO gedaan heeft om hybride financieringen tegen te gaan.

De OESO heeft haar voorstellen gesplitst in voorstellen voor nationale wetgevingen en voorstellen met betrekking tot het OESO-modelverdrag.

Van de voorstellen die zijn gedaan met betrekking tot nationale wetgevingen zijn in dit hoofdstuk de voorstellen om hybride financieringsinstrumenten, en de voorstellen om hybride entiteiten tegen te gaan besproken.

Om hybride financieringsinstrumenten tegen te gaan heeft de OESO voorgesteld om een primary response en een secondary rule in te voeren. De primary response is het weigeren van aftrek aan de betalende partij voor betalingen die gedaan zijn onder een hybride financieringsinstrument met de ontvangende partij. De secondary rule is dat een aftrekbare betaling meegenomen moet worden in de heffing indien de betalende partij zich in een land bevindt dat de primary rule niet heeft geïmplementeerd.

De voorstellen die door de OESO zijn gedaan om hybride entiteiten tegen te gaan, zijn gesplitst in voorstellen om aftrekbare hybride betalingen en genegeerde hybride betalingen tegen te gaan. Een aftrekbare hybride betaling is een betaling, gedaan door een hybride entiteit, die leidt tot een dubbele aftrek, en een genegeerde hybride betaling is een betaling, gedaan door een hybride entiteit, die leidt tot een aftrek waar geen heffing tegenover staat.

Voor beide gevallen heeft de OESO wederom een primary response en een secondary rule voorgesteld.

Voor de aftrekbare hybride betaling is de primary response het weigeren van de tweede aftrek die geclaimd wordt in het land van de moedermaatschappij/investeerder, indien de betaling niet twee keer in de belastingheffing wordt meegenomen.

De secondary rule is dat het land waar de dochtermaatschappij gevestigd is aftrek moet weigeren voor een betaling die ook ergens anders aftrekbaar is.



Voor de genegeerde hybride betaling is de primary response dat de aftrek op een betaling, die wordt toegekend door het land van de betalende partij, het inkomen van die belastingplichtige voor die periode niet mag overschrijden.

De secondary rule is dat het mogelijk is voor de ontvangende partij om bij een ontvangen betaling, waarbij de aftrek van de betaler voor die betaling het inkomen van de betaler in haar land heeft overschreden, de overschrijding tot haar inkomen te rekenen.

De voorstellen die de OESO heeft gedaan in het deel over het OESO-modelverdrag, hebben als doel het garanderen dat ‘dual-residents’ en transparante entiteiten niet onbeperkt verdragsgerechtigd zijn. Om te garanderen dat ‘dual-residents’ niet onbeperkt verdragsgerechtigd zijn, heeft de OESO voorgesteld om artikel 4, lid 3, van het OESO-modelverdrag aan te passen, waar de zogenoemde ‘tie-breaker regel’ in vermeldt staat. De OESO stelt voor om in het geval van een ‘dual-resident’ niet meer altijd naar de plaats van de werkelijke leiding te kijken, maar om de vestigingsplaats per geval door de bevoegde autoriteiten te laten bepalen.

Om te garanderen dat transparante entiteiten niet onbeperkt verdragsgerechtigd zijn, stelt de OESO voor om artikel 1 van het OESO-modelverdrag aan te passen. Het doel van deze aanpassing is dat in het geval van kwalificatieverschillen van een entiteit, een verdragsvoordeel slechts hoeft te worden toegekend indien het inkomensbestanddeel tot het fiscale inkomen van een inwoner van een betrokken staat behoort.

Vervolgens is in hoofdstuk 4 ingegaan op de door de Europese Commissie voorgestelde oplossingen om hybride financieringen tegen te gaan. De Europese Commissie richt zich met name op het tegengaan van hybride leningen, en wil dit doen door de moeder-dochter richtlijn aan te passen. Ten eerste wil de Europese Commissie een algemene anti-misbruikbepaling invoeren. Hiervoor stelt zij voor om artikel 1 bis toe te voegen aan de moeder-dochter richtlijn, waarin staat dat lidstaten de vrijstelling van de moeder-dochter richtlijn mogen weigeren aan een vennootschap indien er sprake is van kunstmatige structuren, bedoeld om een oneigenlijk voordeel uit hoofde van de moeder-dochter richtlijn te halen. Ook stelt de Europese Commissie voor om de moeder-dochter richtlijn buiten toepassing laten verklaren als er sprake is van een hybride lening. Dit wil zij doen door artikel 4, lid 1, punt a) van de moeder-dochter richtlijn aan te passen, en de tekst van dat artikel zo te formuleren dat uitgekeerde winsten bij de ontvangende (moeder)maatschappij niet zijn vrijgesteld op grond van de moeder-dochter richtlijn, indien deze winstuitkering bij de betalende (dochter)maatschappij aftrekbaar is.

Tot slot is in het vijfde hoofdstuk commentaar geleverd op de voorstellen van de OESO en de Europese Commissie. Vervolgens zijn de voorstellen van beide partijen met elkaar vergeleken.

Als commentaar op de voorstellen van de Europese Commissie zijn een aantal verschillende dingen besproken. Het eerste probleem is dat er zowel uit de moeder-dochter richtlijn, als uit de jurisprudentie, geen definitie van het begrip ‘uitgekeerde winst’ blijkt. De Europese Commissie zou er goed aan doen om aan dit begrip een definitie te geven, want zoals besproken zou dit een groot deel van het probleem oplossen. Ook is het voorstel van de Europese Commissie niet duidelijk genoeg, de toelichting op het voorstel en het voorstel zelf zijn niet in lijn met elkaar. Verder houdt de Europese Commissie alleen rekening met landen die de vrijstellingsmethode toepassen, waardoor er alsnog fiscaal voordeel behaald kan worden via landen met een verrekeningsmethode. Ook is het onduidelijk hoe men volgens de voorstellen van de Europese Commissie moet handelen indien slechts een gedeelte van de winstuitkering aftrekbaar is. Tot slot is besproken dat de Europese Commissie met haar voorstellen slechts dubbele niet-heffing tracht tegen te gaan, er wordt geen rekening gehouden met economisch dubbele belastingheffing.

De voorstellen van de OESO zijn erg gecompliceerd, en als gevolg daarvan kan het even duren voordat landen de voorstellen in hun wetgeving geïmplementeerd hebben. Dit kan met name problemen veroorzaken als sommige landen de voorstellen al wel in hun wetgeving hebben geïmplementeerd, terwijl andere landen dit nog niet gedaan hebben. Landen die deze regels nog niet hebben geïmplementeerd kunnen dan nog gebruikt worden om hybride financieringen tot stand te laten komen, waardoor veel ondernemingen hun activiteiten naar die landen zullen verhuizen, waardoor landen die de regels al wel in hun wetgeving hebben geïmplementeerd belastinginkomsten zullen mislopen. Ook zal de OESO haar voorstellen gedetailleerder moeten beschrijven. Zoals besproken kunnen er in de huidige voorstellen onduidelijkheden zijn wat betreft het toepassen van de primary response of de secondary rule. Tot slot is besproken dat ook de voorstellen van de OESO geen duidelijkheid geven in het geval dat er sprake is van een betaling die gedeeltelijk aftrekbaar is.

In de vergelijking tussen de voorstellen van beide partijen is besproken dat de partijen een tegenovergestelde benadering kiezen om hybride leningen tegen te gaan. De Europese Commissie stelt voor om hybride leningen tegen te gaan door een vrijstelling op een winstuitkering te weigeren, indien deze winstuitkering bij de betalende partij aftrekbaar is. De OESO stelt juist voor om hybride leningen tegen te gaan door de aftrek bij de betalende partij te weigeren als deze betaling bij de ontvangende partij niet in de belastingheffing wordt betrokken.

Ook is besproken dat de OESO twee corrigerende regels voorstelt om hybride leningen tegen te gaan, terwijl de Europese Commissie een corrigerende regel voorstelt. Het feit dat de OESO er voor kiest om twee corrigerende regels voor te stellen, kan zorgen voor onduidelijkheid. Landen kunnen namelijk veronderstellen dat ze een keuze hebben of ze wel of niet één van de regels of beide regels zullen implementeren. Dit kan er toe leiden dat landen de regels zullen uitkiezen die gunstig voor hen zijn.

Tot slot is besproken dat de voorstellen van beide partijen geen rekening houden met dubbele belastingheffing, waarbij de voorstellen van de OESO zelfs dubbele belastingheffing kan veroorzaken. Zoals besproken kan het door de onduidelijkheden in het voorstel wat betreft de primary response en de secondary rule voorkomen dat het ene land de primary response toepast, en het andere land de secondary rule, waardoor zowel de aftrek als de vrijstelling op een betaling geweigerd wordt.

Uit alle hoofdstukken tezamen valt te concluderen dat de voorstellen van zowel de Europese Commissie, als van de OESO, op dit moment nog niet toereikend zijn om hybride financieringen tegen te gaan. Beide partijen zijn goed op weg, maar haar voorstellen zijn nog niet waterdicht. Als de OESO en de Europese Commissie hybride financieringen succesvol tegen willen gaan, zullen ze hun voorstellen moeten herzien en er voor moeten zorgen dat de voorstellen zorgvuldig worden geformuleerd, waardoor er geen onduidelijkheden meer zijn, en er geen ruimte meer is voor alternatieve constructies.

## Literatuurlijst

### Literatuur

- I. Anschutz, *'Harmonization of Direct Taxes in the European Economic Community'*, Harvard International Law Journal, 1972
- J. Barenfeld, *'Taxation of Cross-Border Partnerships'*, IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9
- W.H.H. Bolhaar, *'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches'*, NTFRA2013-25
- R.P.C.W.M. Brandsma e.a., *Cursus Belastingrecht*, Europees Belastingrecht
- Davis, *'Check-the-Box Entity Classification Regulations'*, 1996
- J. Doornebal, *'Cursus Belastingrecht'*, Vennootschapsbelasting
- J. van Egmond, *'De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting op een dividenuitkering aan een hybride entiteit'*, 2010
- I.M. de Groot, *'Voorstel tot wijziging Moeder-dochter richtlijn in verband met hybride leningen'*, NTFRA2014-9
- H. van den Hurk, *'De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie'*, WFR 2014/684
- P. Kavelaars, *'Internationale fiscale structuren en belastingbesparing: acties van EU en OESO'*, 2014
- H. Koster, *'Cursus Belastingrecht'*, Vennootschapsbelasting
- M.F. Nouwen, *'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de EU is weer losgebarsten: een tussenbalans'*
- OESO, *'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting'*, 2013
- OESO, *'BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws'*, 2014
- OESO, *'BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Recommendations for Domestic Laws, Comments received on Public Discussion drafts'*, 2014
- OESO, *'BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Treaty Issues'*, 2014
- OESO, *'Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues'*, 2012
- OESO, *'OESO-rapport 'Hybrid Mismatch Arrangements'*, V-N 2012/26.11
- Raad van de Europese Unie, *'Europese Raad bereikt overeenstemming over voorstel tot wijziging EU-moeder-dochterrichtlijn'*, V-N 2014/34.18
- Rachofsky, *'Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities'*, 2001
- A.J.A. Stevens, *'Hybride entiteiten en belastingverdragen'*, MBB 2010/04
- J.L. van de Streek, *'Cursus Belastingrecht'*, Vennootschapsbelasting
- J. Vleggeert, *'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches'*, WFR 2013/1426

## **Jurisprudentie**

HR 5 juni 1957, nr. 13 127, *BNB 1957/239*

HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB 1964/196*

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB 1988/217*

HvJ 17 oktober 1996, nr. C-283/94 (Arrest Denkavit)

HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*

HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-375/98 (Arrest Epson Europe)

HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, *BNB 2005/64*

HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB 2006/82*

HvJ EG 26 juni 2008, nr. C-284/06

HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (Gaz de France), *V-N 2009/59.16*

## **Overige stukken**

Conceptrichtlijn COM 69 6 (PbEG C, 1969, nr. C 39/7)

Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990, gepubliceerd in PbEG 1990 L 225

Besluit van 11 december 2009, kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden, nr.

CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, *BNB 2010/58*

Code of Conduct Group, Report to the Council (ECOFIN), Brussels, 25 may 2010, 10033/10,

LIMITEE FISC 47

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 776, nr. 3

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011, gepubliceerd in PbEG 2011 L 345/8

COM(2012) 722