

De Nederlandse hybride financiering wetgeving – een aanpassing vereist?

ABSTRACT:

In deze scriptie is de Nederlandse fiscale behandeling van hybride financieringen beschouwd. Door de autonome, afhankelijke kwalificatie leidt dit in grensoverschrijdende situaties mogelijk tot mismatches die onder andere non-heffing tot gevolg kunnen hebben. De aanbevelingen die de OESO doet in de vorm van oplossingen van de non-heffing zijn tot nu toe niet geïmplementeerd. Om te kunnen beslissen of een aanpassing vereist is worden de aangedragen oplossingen beoordeeld aan de hand van toetsingscriteria. De afhankelijke toepassing van fiscale voordelen (het aftrekrecht en de deelnemingsvrijstelling) van de fiscale behandeling in het buitenland wordt beoordeeld als een geschikte oplossing.

Bachelor scriptie Fiscale Economie

Naam:	S.P.P. (Sebastiaan) Renting
Studentnummer:	347995
Email:	sebastiaanrenting@gmail.com
Collegejaar:	2013-2014
Begeleider:	Prof. Dr. P. Kavelaars

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen en acroniemen	4
Hoofdstuk 1: Introductie	5
1.1 Inleiding	5
1.2 Stelling	6
1.3 Toetsingscriteria	7
1.4 Afbakening	7
1.5 Opbouw	8
Hoofdstuk 2: Hybride financieringen in binnenlandse context	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Onderscheid eigen vermogen en vreemd vermogen voor winstbelasting	9
2.3 Bedrijfseconomie en de ondernemingsfinanciering	10
2.4 Juridische kwalificatie van financieringen	10
2.5 Fiscale kwalificatie van financieringen	12
2.6 Werking van de deelnemingsvrijstelling	13
2.6.a Toepassing deelnemingsvrijstelling op hybride financieringen tot 2007	14
2.7 Slot	15
Hoofdstuk 3: Hybride financieringen in grensoverschrijdende context	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Financieringen naar vreemd recht	16
3.3 Grensoverschrijdende hybride financieringen	17
3.4 Gevolgen	18
3.4.1 Dubbele belasting	18
3.4.2 Non-heffing	18
3.5 Slot	19
Hoofdstuk 4: Oplossingen voor problematiek in internationale context	20
4.1 Inleiding	20
4.2 OESO Modelverdrag	21
4.2.1 Algemene antimisbruikwetgeving in verdragen	22
4.3 Oplossingen in nationale wetgeving	22
4.3.1 Algemene antimisbruikwetgeving in nationale wetgeving	23
4.3.1.a Aanpassing Moeder-dochterrichtlijn	24
4.3.1.b Visie Nederlandse wetgever	25
4.3.2 Specifieke antimisbruikbepalingen	26
4.3.2.1 Aftrekrecht wegnemen	27
4.3.2.2 Vrijstelling ontvangen betalingen weigeren	27
4.3.2.2.a Aanpassing Moeder-dochterrichtlijn	28
4.3.2.2.b Visie Nederlandse wetgever	28

4.3.2.3 Tie breaker test.....	29
4.4 Beoordeling van de oplossingen	29
4.4.1 Aftrekrecht wegnemen.....	30
4.4.2 Vrijstelling ontvangen betalingen weigeren	31
4.5 Slot	32
Hoofdstuk 5: Afsluiting.....	33
5.1 Beantwoording stelling	33
5.2 Conclusie.....	33
Literatuur en jurisprudentie.....	34
Literatuur	34
Jurisprudentie.....	34
Kamerstukken.....	35
Overige.....	35

Lijst van gebruikte afkortingen en acroniemen

A-G	Advocaat-Generaal
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
MDR	Moeder-dochterrichtlijn
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor de Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OMV	OESO Modelverdrag
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1: Introductie

1.1 Inleiding

In februari 2014 is een tweetal arresten geweest waarin enerzijds een methodiek is voorgeschreven om 'onbekende' financieringen naar vreemd, buitenlands recht te kwalificeren voor Nederlandse fiscale doeleinden,¹ en anderzijds een naar Nederlands recht cumulatief preferente aandelentransactie werd beoordeeld, welke door een samenstel van rechtshandelingen erg veel overeenkomsten had met een lening². Deze twee arresten vullen de jurisprudentie omtrent fiscale kwalificatievraagstukken van financieringen aan.

De kenmerken van een geldverstrekking bepalen of sprake is van eigen dan wel van vreemd vermogen. Deze kwalificatie is van betekenis voor de fiscale behandeling van de vergoeding die daar voor wordt betaald. In de eerste plaats is dit relevant voor de al dan niet aftrekbaarheid van de vergoeding van de winst; in beginsel³ zijn de betaalde vergoedingen op vreemd vermogen aftrekbaar bij de debiteur en die op eigen vermogen niet. De ontvangen vergoedingen ter zake van vreemd vermogen zijn belast bij de crediteur, zo ook de vergoedingen op eigen vermogen, behoudens in deelnemingsituaties⁴. Door de soms dunne scheidingslijn tussen beide financieringsvormen kan een geldverstrekking tot stand komen die karakteristiek van zowel eigen als vreemd vermogen heeft. Deze financieringen worden wel aangeduid als hybride financieringen.

Omdat dergelijke geldverstrekkingen in internationale context door de fiscale wetgevers van landen ook weer verschillende kunnen worden gekwalificeerd, kan dit door het afwijkende fiscale karakter van de vergoedingen op de financiering dubbele belastingheffing of juist non-belasting tot gevolg hebben.

Vanuit verschillende kringen en organisaties zijn oplossingen voorgesteld voor situaties waarin non-heffing zich voordoet. Onder andere de OESO heeft in een aantal rapporten oplossingen voorgesteld in de vorm van aanpassingen aan de wetgeving.

Het fenomeen van de hybride financieringen tezamen met de dubbele belasting of de non-heffing die hieruit voortvloeit vertoont sterke overeenkomsten met het verschijnsel hybride entiteiten. Hybride entiteiten zijn rechtsvormen die verschillend worden behandeld in verschillende staten, met alle gevolgen van dien. Hierbij waren ook verschillen die ontstonden in de manier hoe de nationale wetgeving van de staten naar de verschillende rechtsvormen keken. Doordat er rechtsvormen over de

¹ HR 7 februari 2014, BNB 2014/79.

² HR 7 februari 2014, BNB 2014/80.

³ Buiten de fiscale systemen waarin primair dividend aftrekbaar is.

⁴ Op ontvangen dividenden is in deelnemingsituaties de deelnemingsvrijstelling van toepassing.

grens heen kwamen die niet naar nationaal recht bekend zijn, moest er een manier worden gevonden waarop deze rechtsvormen werden behandeld. In verschillende bilaterale verdragen is inmiddels tegen deze hybride entiteiten een bepaling opgenomen als antimisbruikbepaling.

1.2 Stelling

De Nederlandse fiscale methodiek om geldverstrekkingen te kwalificeren kent een autonoom, zelfstandig karakter. In internationale context kan dit resulteren in dubbele heffing of non-heffing. Onder andere vanuit de OESO zijn hiertoe oplossingen aangedragen. In het kader hiervan wordt de volgende stelling beoordeeld:

Het Nederlandse fiscale kwalificatiesysteem van financieringen dient aangepast te worden aan de oplossingsrichtingen zoals voorgesteld door de OESO.

Om tot een correcte, goed onderbouwde beoordeling van de stelling te komen, wordt een aantal deelvragen beantwoord. Deze geven stap voor stap inzicht om de methodiek van fiscale kwalificatie in Nederland te begrijpen; zowel in binnenlandse als in grensoverschrijdende situaties. Ook de oplossingen die de OESO in haar rapporten heeft aangedragen worden besproken. Vervolgens wordt de Nederlandse fiscale methodiek van kwalificatie en de oplossingen van de OESO getoetst aan de hand van toetsingscriteria.

De deelvragen zijn de volgende:

- *Hoe worden hybride financieringen in binnenlandse situaties behandeld?*
- *Wat zijn de gevolgen van hybride financieringen in grensoverschrijdende situaties?*
- *Welke oplossingen zijn er vanuit de OESO aangedragen voor de negatieve gevolgen van de Nederlandse fiscale behandeling van hybride financieringen?*
- *Zijn de aangedragen oplossingen geschikt?*

1.3 Toetsingscriteria

Om de stelling te kunnen beantwoorden worden de huidige wetgeving en de gevonden oplossingen beoordeeld aan de hand van de criteria die de econoom/filosoof Adam Smith heeft geschetst in zijn magnum opus *Wealth of Nations*⁵. Dit boek wordt door velen gezien als het eerste werk op het gebied van de moderne economie en de grondlegger van het huidige kapitalisme. In dit boek worden een aantal criteria gesteld waaraan de fiscale wetgeving moet voldoen. Deze criteria zijn ingevuld met hedendaagse toetsingsgronden.

De criteria waaraan belastingheffing moet voldoen zijn de volgende:

- a. Gelijkheid; in dit criterium wordt getoetst aan het discriminatieverbod van artikel 18 VWEU.
- b. Zekerheid van belastingheffing; hier worden de mogelijkheden tot belastingontwijking en –uitstel geanalyseerd.
- c. Eenvoud; wetgeving dient eenvoudig te zijn en geen buitensporige administratieve lasten met zich brengen.
- d. Minimale verstoringen; hierbij wordt getoetst of⁶:
 - 1) de wetgeving in een belemmering van de vrijheden van vestingen of kapitaalverkeer met zich draagt,
 - 2) dit is geoorloofd indien het gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang,
 - 3) waarbij de wetgeving geschikt dient te zijn om het doel te verwezenlijken,
 - 4) en de toepassing van de wetgeving dient proportioneel te zijn.

1.4 Afbakening

In deze scriptie wordt de hybride lening wetgeving en jurisprudentie geanalyseerd. De Nederlandse renteaftrekbepalingen⁷ hebben geen invloed op de kwalificatie van de financiering; ze hebben louter een niet-aftrekbaarheid van bepaalde kosten (nl. rentekosten) als gevolg. Deze wetgeving wordt derhalve buiten beschouwing gelaten.

Voor de eenvoud beschouwen we de effecten van de herkwalificatie van de vergoeding als een herkwalificatie van deze financiering zelf in zijn geheel. Daarnaast wordt er uitgegaan van een situatie

⁵ Zie deel 2 van hoofdstuk 2 van *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Adam Smith, 1776

⁶ Zie ook Art. 10a Wet VPB 1969: het laatste lek in de vennootschapsbelasting?, mr. D.A. Hofland en mr.dr.s. P.B.N. van Os, *Forfaitair* editie 227, september 2012, pp. 19-22

⁷ Onder andere de artikelen 10a, 10b, 10d (Oud), 13L, 15ad Wet VpB 1969.

waarin de crediteur naast de verstrekte hybride-financiering een reguliere deelneming heeft in het aandelenkapitaal van de debiteur.

1.5 Opbouw

Om tot een correcte, logische beoordeling van de stelling te kunnen komen worden de individuele deelvragen stuk voor stuk behandeld. In hoofdstuk 2 zal de binnenlandse situatie op het gebied van de kwalificatie van financiering geanalyseerd worden. In hoofdstuk 3 zal de hybride lening in grensoverschrijdende context worden behandeld. Hier zal blijken waarom de hybride lening mismatches kan veroorzaken en worden de gevolgen hiervan beschreven. Zoals in de inleiding al is gezegd, zijn er verschillende oplossingen voorgesteld om de negatieve gevolgen van deze mismatches op te lossen. Deze genoemde oplossingen zullen in hoofdstuk 4 worden behandeld waarna deze aan de hand van de toetsingscriteria die genoemd zijn in paragraaf 1.3 worden getoetst op hun geschiktheid. Tenslotte wordt de hele situatie samengevat en wordt de stelling beoordeeld in het laatste hoofdstuk.

Hoofdstuk 2: Hybride financieringen in binnenlandse context

2.1 Inleiding

De fiscale kwalificatie van financieringen is door de jaren heen ontwikkeld in met name de rechtspraak. Op de vraag waarom deze fiscale kwalificatie van belang is en er veel over is geprocedeerd, is het antwoord gelegen in het fundamentele verschil tussen de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen. Ook de bedrijfseconomische implicaties zijn naast de fiscale aspecten van belang bij de ondernemingsfinanciering.

In dit hoofdstuk wordt ten aanzien van de hybride financieringen de deelvraag “*Hoe worden Nederlandse hybride financieringen in binnenlandse situaties behandeld?*” onderzocht. Eerst wordt een korte beschrijving gegeven op het gebied van ondernemingsfinanciering om zodoende de historische beweegredenen te achterhalen die de materiële scheidingslijn tussen vreemd en eigen vermogen hebben vertroebeld. Hierna volgt een korte juridische analyse betreffende het onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen. Deze analyse is van belang voor de ontstaansgeschiedenis van het fiscale kapitaalbegrip en voor de binnenlandse fiscale gevolgen van de hybride financieringen. Tot slot wordt de werking van de deelnemingsvrijstelling in het kader van de hybride financieringen besproken.

2.2 Onderscheid eigen vermogen en vreemd vermogen voor winstbelasting

Rentekosten zijn de kosten over het vreemd vermogen, ofwel een vergoeding aan de geldschieters voor het beschikbaar stellen van de geldlening. Deze rentekosten zijn in beginsel aftrekbaar van de winst bij de debiteur. Bij de crediteur is deze ontvangen vergoeding belast. Betalingen ter zake van geldverstrekkingen van partijen die zich met het “betalende lichaam zo nauw hebben verbonden, dat zij te zijnen aanzien niet als derden-geldschieters kunnen worden beschouwd”⁸, is als dividend niet aftrekbaar van de winst. Deze winstuitdelingen zijn bij de betalende partij niet aftrekbaar; bij de ontvangende partij zijn het inkomsten en behoren ze tot het reguliere resultaat. Om een winst en dus ook dividend niet dubbel te belasten met winstbelasting is de deelnemingsvrijstelling in het leven geroepen. In artikel 13 Wet VpB 1969 is de daartoe bepaald dat (onder andere) dividenden uit deelnemingen van meer dan 5% van het aandelenkapitaal vrij gesteld zijn. Zodoende ontstaat een evenwicht in deze situaties tussen het belasten in de vorm van winst bij de betaler en een vrijstelling van belasting over het verkregen dividend.

⁸ Citaat uit HR 7 februari 1951, B. 8939

2.3 Bedrijfseconomie en de ondernemingsfinanciering

In de ontwikkeling van de ondernemingsfinanciering werd aanvankelijk geen betekenis of effect toegekend aan het onderscheid tussen financiering met vreemd, dan wel eigen vermogen⁹. In het toonaangevende vervolgonderzoek¹⁰ kwamen ze echter terug op die stellingname ten aanzien van het effect van financieringsbeslissingen op de ondernemingswaarde.

Door de onderneming te financieren met schuld, daalt de vermogenskostenvoet ten gevolge van de belastingbesparingen, maar vervolgens stijgt het geëiste rendement op het eigen vermogen, daar de risico's van het financieren met vreemd vermogen, stijgt. Door de keuze voor vreemd vermogen wordt het garantievermogen, het risicodragende eigen vermogen wat de crediteuren in geval van insolventie uit kunnen hollen, ook minder; hierdoor lopen crediteuren extra risico en worden de rentekosten navenant hoger. Ook heeft vreemd vermogen in beginsel, in tegenstelling tot eigen vermogen, een bepaalde, vaste looptijd. Zodoende heeft het 'leveragen' van een bedrijf een duaal effect op de waarde. Het negatieve effect dat vreemd vermogen met zich brengt schuilt in het faillissementsrisico, de hogere rente-, transactie- en solvabiliteitskosten. Dit zorgt er voor dat de waarde van de onderneming minder wordt door de risico's die schuilen in de financiering met vreemd vermogen. Het positieve effect creëert waarde doordat de winstbelasting de vergoedingen op vreemd vermogen aftrekbaar stelt.

De karakteristieken van de financiering worden bepaald door de overeenkomst tussen de partijen. Zo kunnen financieringen ook op een bepaalde manier vorm worden gegeven dat ze van beide, zowel vreemd als eigen vermogen, eigenschappen hebben. Door het faillissementsrisico, de transactie-, solvabiliteits- en rentekosten te beperken door de lening zo vorm te geven dat deze als commercieel garantievermogen aan is te merken, blijven de kosten voor vreemd vermogen onveranderd en worden de negatieve effecten van vreemd vermogen geminimaliseerd.

2.4 Juridische kwalificatie van financieringen

De civielrechtelijke lening kenmerkt zich door het aanwezig zijn van een vaste looptijd en een verplichting tot terugbetaling¹¹, ook al is deze voorwaardelijk of zijn de omstandigheden onzakelijk en in beginsel een vaste rente. In HR 8 september 2006, BNB 2007/104 is dit bevestigd, in onder andere rechtsoverweging 3.4:

9 Propositie I van Modigliani & Miller (1958), uit "The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment", American Economic Review pp 261-297

10 Propositie II van Modigliani & Miller (1963), uit "Corporate income taxes and the cost of capital: a correction", American Economic Review pp 433-443

11 Artikel 7A:1800 BW: "Die iets ter leen ontvangt is verplicht hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven."

“Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden (...), respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met daarbij een voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.”

Het eigen vermogen is volgens het BW risicodragend en derhalve is de aandeelhouder aansprakelijk tot maximaal zijn inleg¹² voor schulden van de vennootschap. Bij faillissement en vereffening komen de kapitaalverstrekkers voor uitkeringen in aanmerking nadat de schuldeisers zijn afgelost.

“Bij vereffening van een besloten vennootschap doet de vereffenaar krachtens artikel 2:23b BW pas uitkeringen aan de aandeelhouders nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. (...) Uit deze regelingen volgt dat (achtergestelde) schuldeisers in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders, ook op de aandeelhouders die preferent zijn.”¹³

Uit het arrest HR 7 februari 2014, BNB 2014/79 blijkt dat de verplichting tot het na een bepaalde tijd intrekken van het kapitaal als in artikelen 2:99 en 2:208 BW het risicodragende karakter en de garantiefunctie van het kapitaal uit artikel 2:23b BW niet aantast. Dit is vreemd te noemen; in het eerder aangehaalde citaat uit HR 8 september 2006, BNB 2007/104 overwoog de Hoge Raad dat juist die terugbetalingsverplichting het karakter van een lening kenmerkt. Door de gewezen arresten van februari 2014 lijkt de bepalende factor in het onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen van de terugbetalingsverplichting naar het risicodragende karakter te zijn verlegd¹⁴.

Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven heeft de keuze tussen vreemd en eigen vermogen een duaal effect voor bedrijfseconomische doeleinden doordat het enerzijds invloed heeft op de aftrekbaarheid van de betalingen op deze geldverstrekkingen en anderzijds een risicocomponent met zich brengt. Door een terugbetalingsverplichting en een vaste looptijd in de financiering op te nemen wordt het formeel en civielrechtelijk aangemerkt als lening. Betalingen zijn hierop dus aftrekbaar bij de debiteur. Door de lening achtergesteld, langlopend en winstafhankelijk te maken kunnen de negatieve

¹² Artikel 2:175, eerste lid, laatste volzin BW: “Een aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen”

¹³ Citaat uit r.o. 3.4.3 van het arrest HR 7 februari 2014, BNB 2014/80

¹⁴ Zie ook “Kapitaal is toch geen geldlening!”, prof.dr. J.N. Bouwman en mr.dr. M.J. Boer in NTFR-Beschouwingen 2014-9, slotzin van hoofdstuk 4: “Blijkbaar heeft de Hoge Raad het accent in het kwalificatievraagstuk verlegd in die zin dat het bestaan van een terugbetalingsverplichting bij de kwalificatie van een geldverstrekking als kapitaal of geldlening niet langer doorslaggevend is, maar dat cruciaal is of de geldverstrekking al dan niet garantievermogen vormt.”

bedrijfseconomische effecten uitgebannen worden en functioneert de lening derhalve materieel als eigen vermogen zodat deze financiering het commercieel garantievermogen versterkt.

2.5 Fiscale kwalificatie van financieringen

De fiscale kwalificatie van financieringen is van belang door de verschillende behandelingen van de vergoedingen op het eigen dan wel vreemde vermogen, alsmede de al dan niet aftrekbaarheid van de vergoedingen ten laste van de fiscale winst. Met het oog op de hiervoor beschreven invloeden op de keuze tussen eigen en vreemd vermogen ontstonden financieringen die van beide vormen karakteristieken vertonen. Deze mengvormen tussen eigen en vreemd vermogen worden aangeduid als hybride financieringen.

De ontwikkeling van de fiscale jurisprudentie omtrent hybride lening is begonnen met het arrest HR 27 januari 1988, BNB 1988/217¹⁵. Hierin is beslist dat in beginsel de civielrechtelijke vorm leidend is voor de fiscale behandeling van deze financiering. De kwalificatiehoofdregel was geboren; desalniettemin is er een drietal uitzonderingen in dat arrest genoemd die deze hoofdregel doorbreken en een lening derhalve kwalificeren als kapitaal voor fiscale doeleinden: de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemlozeput-lening. Laatstgenoemde varianten worden voor fiscale doeleinden weliswaar als uitzondering gegeven op de juridische kwalificatie. Echter ligt de terugbetalingsverplichting ten grondslag aan een civielrechtelijke lening¹⁶; het ontbreken van dit vereiste is inherent aan de bodemlozeputlening, zoals deze in dat arrest is omschreven. Ook bij de schijnlening, waar het de vorm van een lening heeft maar een kapitaalstorting wordt beoogd, zorgt bij een discrepantie tussen wil en verklaring¹⁷ het civielrecht dat partijbedoelingen prevaleren boven de puur tekstuele interpretatie, waardoor de financiering civielrechtelijk niet als lening maar als kapitaal kwalificeert¹⁸. Derhalve zullen deze twee, in het basisarrest genoemde, uitzonderingen buiten beschouwing worden gelaten.

De deelnemerschapslening, een lening die “is verstrekt onder zodanige voorwaarden, dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar”¹⁹, heeft later in de jurisprudentie een concretere vorm gekregen door deze deelname in zekere mate te objectiveren door middel van een drietal kenmerken van de financiering, te weten het

¹⁵ Ook wel bekend als het Unilever-arrest

¹⁶ Zie ook Juridische kwalificatie van financieringen

¹⁷ Zie artikel 3:33 BW

¹⁸ In het stuk “Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip” van Mr. R. Snoeij en L. Wagenaar LLM in WFR 2014/622 wordt in voetnoot 6 gesteld dat “Een schijnlening kwalificeert immers civielrechtelijk reeds niet als geldlening terwijl onder omstandigheden hetzelfde zou kunnen gelden bij een bodemlozeputlening.”

¹⁹ Citaat uit r.o. 4.3 van het arrest HR 27 januari 1988, BNB 1988/217

ontbreken van een vaste looptijd en opeisbaarheid bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie, een winstafhankelijke rente en de achtergesteldheid van de lening ten opzichte van overige crediteuren²⁰.

Later is meer aangesloten bij de economische realiteit en zijn de criteria waaronder een hybride financiering 'feitelijk functioneert' als kapitaal meer verfijnd. Uit HR 25 november 2005, BNB 2006/82²¹ blijkt dat een looptijd van 50 jaar of meer geacht wordt geen vaste looptijd te zijn en dat de lening vrijwel geheel winstafhankelijk²² moet zijn.

De deelnemerschapslening is later gecodificeerd in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, te weten in artikel 10, eerste lid, onderdeel d²³. De reguliere criteria waaronder de geldlening 'feitelijk functioneert als eigen vermogen' zijn dezelfde als in de eerder aangehaalde arresten.

De civielrechtelijke lening kan onder omstandigheden in fiscaal opzicht als kapitaal worden behandeld; het omgekeerde is echter niet mogelijk, zo blijkt uit HR 7 februari 2014, BNB 2014/80²⁴:

“De Hoge Raad ziet geen reden tot een ander oordeel te komen indien in een zodanig geval ten tijde van de storting van het kapitaal het risico dat dit kapitaal daadwerkelijk zal worden aangesproken voor de betaling van schulden verwaarloosbaar lijkt en daardoor, in zoverre, nauwelijks verschil bestaat tussen die kapitaalstorting en het verstrekken van een geldlening. Het maken van een uitzondering op de hoofdregel afhankelijk van de mate van risico zou tot rechtsonzekerheid leiden over de vraag waar bij naamloze en besloten vennootschappen de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening.”²⁵

2.6 Werking van de deelnemingsvrijstelling

Voor de ontvangen vergoedingen op hybride leningen, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d Wet VpB 1969, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Bij de schuldeiser zijn de ontvangsten derhalve vrijgesteld²⁶. Er ontstaat in deze binnenlandse situatie, door de verwijzing in de toepassing van

20 HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

21 Ook wel bekend als het Prêt participatif-arrest

22 Er bestaat ruimte voor een vaste rentecomponent

23 Huidige wettekst: *“Bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek: vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van leningen, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige;”*

24 Ook wel Bankensyndicaat-arrest of Cumpref-arrest

25 Citaat uit r.o. 3.4.3. van het arrest HR 7 februari 2014, BNB 2014/80

26 Indien de schuldeiser of een verbonden lichaam een reguliere deelneming heeft in de schuldenaar zijn de ontvangen vergoedingen op de financiering middels artikel 13, vierde en vijfde lid, onderdeel b Wet VpB vrijgesteld.

artikel 13 voor deze hybride financieringen naar artikel 10, eerste lid, onderdeel d Wet VpB 1969²⁷, samenhang in de behandeling; Hierdoor ontstaat er symmetrie in de fiscale behandeling van de financiering bij crediteur en debiteur. Enerzijds worden de betaalde vergoedingen niet-afrekbaar bij de debiteur, anderzijds zijn de ontvangen vergoedingen vrijgesteld bij de crediteur. Hierdoor worden hybride leningen in een binnenlandse situatie op dezelfde manier voor de bepaling van de winst aangemerkt als regulier aandelenkapitaal.

De toepassing van de deelnemingsvrijstelling is mogelijk indien de financiering voldoet aan de in de jurisprudentie geformuleerde karakteristieken; de fiscale behandeling bij de debiteur is irrelevant²⁸.

De verwijzing in artikel 13, vierde en vijfde lid Wet VpB 1969 is echter geen niet-afrekbaarheidseis. Eventuele afrekbaarheid bij de debiteur in het buitenland doet niet af aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zo lang de hybride lening in kwestie voldoet aan de in de jurisprudentie genoemde eisen.

2.6.a Toepassing deelnemingsvrijstelling op hybride financieringen tot 2007²⁹

Bij de codificatie van de hybride lening was in eerste instantie voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de niet-afrekbaarheid van de vergoeding bij de debiteur een vereiste. Dit vereiste werd gezien als een specifieke antimisbruikbepaling³⁰ waarbij de wetgever de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in misbruiksituaties wilde weigeren.

27 HR 7 februari 2014, BNB 2014/80, r.o. 3.4.1.: “Artikel 13 (...) bepaalt dat de voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld. Deze vrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken (...). Uit deze strekking vloeit voort dat in beginsel de vergoeding voor een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap onder de deelnemingsvrijstelling valt wanneer deze vergoeding op grond van artikel 10 van de Wet, in verbinding met artikel 9 van de Wet, bij de dochtervernootschap niet voor aftrek in aanmerking komt.”

28 HR 7 februari 2014, BNB 2014/79 r.o. 3.3.2., slotzin: “Immers, de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is niet afhankelijk van het al dan niet afrekbaar zijn van de winst van de desbetreffende vergoeding bij de (in het buitenland gevestigde) deelneming.”

29 Voor een uitgebreidere behandeling van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij hybride leningen zie ook Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht, mr. J. Vleggeert, Fiscale monografieën nr. 132, 2009, paragraaf 5.7.3 (pp. 134-135)

30 Kamerstukken I, 28 034 nr. 123b: “Bij het opzetten van het wetsvoorstel is gekeken naar maatstaven die ook elders gehanteerd worden om een onderscheid te maken tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Het is echter niet mogelijk en ook niet wenselijk om in zijn algemeenheid in de nationale wetgeving zodanige voorzieningen op te nemen dat kwalificatieverschillen in alle gevallen worden voorkomen. Dit is ook niet de achtergrond van de regeling waar de commissieleden op doelen. De deelnemingsvrijstelling op een verstrekte hybride lening wordt geweigerd indien de belastingplichtige niet aannemelijk kan maken dat in het andere land geen renteaftrek mogelijk is. Deze regeling heeft het karakter van een specifieke anti-misbruikregeling en is er voor bedoeld te voorkomen dat belastingplichtigen welbewust inspelen op kwalificatieverschillen. De maatregel voorkomt dat dan een «double dip» kan ontstaan.”

Het vereiste van niet-afrekbaarheid voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is echter afgeschaft in 2007³¹. Bij dit afschaffen was wetgever zich er van bewust dat dit tot belastingbesparende structuren kon leiden. Het vereiste van niet-afrekbaarheid bij de debiteur werd afgeschaft om aansluiting te vinden bij de Nederlandse fiscale kwalificatie. Door de buitenlandse kwalificatie te volgen, blijven er in binnenlandse context kwalificatieverschillen over. Ook acht de wetgever het niet voor de hand liggend dat Nederland de belastingbesparende structuur aanpakt, gezien het feit dat dit mede afhankelijk is van de afrekbaarheid in het buitenland die volgt uit de fiscale kwalificatie³².

2.7 Slot

Voor Nederlandse fiscale doeleinden is de juridische kwalificatie van financieringen in beginsel leidend. Onder bepaalde voorwaarden vindt er echter op basis van de jurisprudentie een herkwalificatie voor fiscale doeleinden van vreemd naar eigen vermogen plaats; andersom is echter niet mogelijk. Vergoedingen over hybride leningen zijn niet aftrekbaar bij de schuldenaar op grond van artikel 10, eerste lid, onderdeel d Wet VpB 1969. Op de ontvangsten op geldverstrekkingen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d Wet VpB 1969, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Er is (in zoverre) een samenhang in de fiscale behandeling van hybride financieringen in binnenlandse situaties.

³¹ Kamerstukken I, 30 572 nr. C: "In het voorgestelde artikel 13, vierde lid, onderdeel b, is ten aanzien van hybride leningen de in het huidige artikel 13, derde lid, onderdeel b, van de Wet Vpb opgenomen eis vervallen dat de rente op de hybride geldlening bij de schuldenaar niet aftrekbaar mag zijn."

³² Kamerstukken I, 30 572, nr.2 : "In het onderhavige wetsvoorstel is er uitdrukkelijk voor gekozen om bij de beoordeling of sprake is van het verstrekken van eigen of van vreemd vermogen, de kwalificatie volgens Nederlandse normen als uitgangspunt te nemen. Eventuele kwalificatieverschillen worden dan ook niet weggenomen door de buitenlandse kwalificatie te volgen, omdat dan een geldverstrekking die volgens Nederlandse normen een kapitaalverstrekking is (en ook als zodanig wordt behandeld in Nederlandse verhoudingen) als geldlening zou moeten worden behandeld. Nu een eventuele belastingbesparende structuur mede afhangt van de afrekbaarheid van een vergoeding voor een (vanuit Nederlandse optiek) kapitaalverstrekking in het buitenland, ligt het niet voor de hand dat Nederland hier iets tegen doet."

Hoofdstuk 3: Hybride financieringen in grensoverschrijdende context

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de binnenlandse fiscale behandeling van de hybride financiering besproken. In zulke situaties zullen de financieringen meestal worden beheerst door het Nederlandse civiele recht. Ook treedt er door de onderworpenheid aan beide kanten van de financiering aan de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 een samenhang op qua kwalificatie van de financiering. In een internationale, grensoverschrijdende context waarbij een der partijen in Nederland belastingplichtig is ontstaan er complicaties ten opzichte van de hiervoor beschreven werking omtrent de kwalificatie. De vraag is onder andere hoe een (hybride) financiering naar buitenlands recht wordt gekwalificeerd, of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de ontvangen vergoedingen op hybride financieringen die in het buitenland anders worden behandeld en wat de gevolgen zijn van een mismatch in de kwalificatie in internationale context. De deelvraag “*Wat zijn de gevolgen van hybride financieringen in grensoverschrijdende situaties?*” wordt in dit hoofdstuk behandeld.

Eerst zal het juridische kwalificatievraagstuk worden behandeld omtrent de financieringen naar buitenlands recht, waarna de situatie in de grensoverschrijdende context omtrent hybride financieringen wordt geanalyseerd. De gevolgen hiervan en de uitwerking van het fiscale recht worden tenslotte beschreven.

3.2 Financieringen naar vreemd recht

De hoofdregel rondom het fiscale kapitaalbegrip houdt een aansluiting bij het civiele recht in; vervolgens rijst de vraag hoe in grensoverschrijdende situaties de Nederlandse fiscale behandeling van buitenlandse geldverstrekkingen plaatsvindt. Geldverstrekkingen naar vreemd recht genieten in het buitenland niet de standaard civielrechtelijke onderworpenheid aan het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en al haar bepalingen. Door verschillen in nationaal civielrechtelijke bepalingen omtrent kapitaalbescherming en de terugbetalingsverplichting kan een financiering door haar niet-eenduidige karakter in grensoverschrijdende situaties afwijkend aan de grens naar het civiele recht worden gekwalificeerd. In HR 7 februari 2014, BNB 2014/79 was dit aan de orde. De Hoge Raad oordeelde dat voor de hoofdregel bij kwalificatie (aansluiting bij het civiele recht) moet worden gekeken naar de karakteristieken van de geldverstrekking en de bepalingen omtrent deze financiering naar vreemd recht; deze dienen vervolgens naar de Nederlandse civielrechtelijke maatstaven te worden beoordeeld. Dit is blijkens het oordeel van de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.3. van het genoemde arrest:

“’s Hofs oordeel dat (...) zij – kennelijk: naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld – zijn aan te merken als “aandelen” geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

Het feit dat vergoedingen op deze naar vreemd recht gedane geldstrekking bij de schuldenaar, in het buitenland, in aftrek van de winst komen, doet niet af aan de Nederlandse kwalificatie, getuige rechtsoverweging 3.3.2 van het arrest:

“Evenmin behoefde het Hof zich van dit oordeel te laten weerhouden door de omstandigheid dat het door [X] Australia betaalde dividend bij haar op grond van Australisch fiscaal recht aftrekbaar is van de winst.”

Na deze Nederlandse civielrechtelijke ‘mal’ op de financiering te hebben gehouden en de geldverstrekking naar Nederlandse maatstaven te hebben beoordeeld, is een herkwalificatie volgens de reguliere fiscale wetgeving alsnog mogelijk.

3.3 Grensoverschrijdende hybride financieringen

In hoofdstuk 2 hebben we de hybride financieringen besproken in een binnenlandse, Nederlandse context. Zoals in paragraaf 2.6 reeds is beschreven, speelt er in deze situaties parallelliteit in de fiscale kwalificatie en daarmee de fiscale behandeling op. Zoals in paragrafen 2.6 en 2.6.a is vermeld, is de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de ontvangen vergoedingen bij de schuldeiser niet afhankelijk van de al dan niet aftrekbaarheid van de betaalde vergoedingen bij de schuldenaar.

Door de hiervoor beschreven autonome³³ manier van de fiscale (her-) kwalificatie van de financiering kan er een mismatch plaats vinden; de samenhang in behandeling aan weerszijden van de financiering in de fiscale behandeling kan ontbreken³⁴. Een geldverstrekking die naar het vreemde recht een lening is, kan door de autonome Nederlandse beoordeling als kapitaal worden aangemerkt en vice versa. Ook kan indien de geldverstrekking naar het civiele recht van beide landen overeenkomt maar door het zelfstandige fiscale kapitaalbeprijp, welke de mogelijkheid tot fiscale herkwalificatie behelst, de fiscale behandeling afwijken in de verschillende landen.

³³ Doordat er onafhankelijk van de kwalificatie in het buitenland wordt beoordeeld hoe de financiering in het Nederlandse civiele recht zou gelden en tevens de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de ontvangen vergoedingen op de hybride financieringen onafhankelijk van de fiscale behandeling in het buitenland geschiedt.

³⁴ “In the domestic context, coherence is usually achieved through a principle of matching – a payment that is deductible by the payer is generally taxable in the hands of the recipient, unless explicitly exempted. There is no similar principle of coherence at the international level”, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OESO (2013b)

3.4 Gevolgen

Bij eenzelfde kwalificatie in beide landen ten aanzien van de financiering zijn er geen problemen. Bij een mismatch ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de financiering zijn er twee mogelijke gevolgen³⁵:

- niet-afrekbare vergoeding bij de schuldenaar (dividend) en belaste ontvangst bij de schuldeiser (rente)
- aftrekbare vergoeding bij de schuldenaar (rente) en onbelaste, vrijgestelde ontvangst bij de schuldenaar (dividend en deelnemingsvrijstelling);

De verschillende gevolgen van de mismatch door de hybride financieringen in internationale context zijn in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

3.4.1 Dubbele belasting

Het gevolg waarbij de ontvangen vergoeding belast is en de betaalde vergoeding niet aftrekbaar is, heeft dubbele belasting als gevolg doordat de vergoeding aan beide kanten van de verhouding in de winst wordt betrokken. Dit resulteert in economische dubbele heffing. Deze vorm van dubbele belasting wordt niet beperkt of bereikt door de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Het niet-aftrekbaar zijn van de vergoedingen bij de schuldenaar, welke resulteert in een dubbele belasting, is echter niet strijdig met het EU-recht. Deze nadelige dubbele heffing is het gevolg van het parallel uitoefenen van belastingbevoegdheden door twee staten. Zie ook het arrest *Columbus Container Services*³⁶.

3.4.2 Non-heffing

In de tweede situatie beschreven in paragraaf 3.5 treedt er dubbele non-heffing op. Bij de debiteur in de bronstaat wordt de hybride financiering naar nationaal fiscaal recht als vreemd vermogen gezien; de vergoeding hierop is derhalve aftrekbaar van de winst. Aan de zijde van de crediteur in de woonstaat wordt de hybride financiering gekwalificeerd naar het nationale fiscale recht als eigen vermogen; ontvangsten hierop zijn vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling en worden derhalve niet in de winst betrokken.

³⁵ Zie ook Uitdagingen rondom mismatches, prof.dr. P. Kavelaars, Strikbundel, 2014, pp 147-161.

³⁶ HvJ EU 6 december 2007, C-298/05, r.o. 43, 44 en 51.

Deze non-heffing doet zich voor in de situatie waarin ofwel de Nederlandse fiscale wetgeving de geldverstrekking als eigen vermogen of door een fiscale herkwalificatie als deelnemerschapslening ziet en op de vergoedingen de deelnemingsvrijstelling toepast, ofwel de geldverstrekking voor Nederlandse fiscale doeleinden als lening wordt gezien en de vergoedingen die hierop zijn betaald zijn bij de schuldenaar, gevestigd in Nederland, aftrekbaar terwijl deze vergoedingen bij de schuldeiser, in het buitenland, onbelast of vrijgesteld zijn.

3.5 Slot

Bij hybride financieringen in een grensoverschrijdende situatie ligt het probleem in de verschillende fiscale behandeling aan weerszijden van de grens. Door het fundamentele verschil tussen vreemd en eigen vermogen en het feit dat iedere staat zijn eigen wettelijke bepalingen heeft omtrent de kwalificatie, kunnen mismatches ontstaan. Dit houdt in dat de financiering verschillend en onafhankelijk van de andere staat wordt gekwalificeerd in de verschillende staten. In dat geval zijn er twee mogelijke gevolgen van dit kwalificatieverschil.

Eenzijds kan dubbele belasting opspelen indien de betalingen bij de debiteur als vergoedingen op eigen vermogen niet-aftrekbaar zijn en bij de crediteur voor de fiscale behandeling als ontvangen vergoedingen op vreemd vermogen doorgaan, waardoor ze in de winst worden betrokken. Anderzijds bestaat de mogelijkheid op dubbele non-heffing, indien de betaalde vergoeding bij de debiteur aftrekbaar is door de kwalificatie van vreemd vermogen en de ontvangen vergoeding wordt gezien als vergoeding op eigen vermogen en derhalve door de deelnemingsvrijstelling of soortgelijke regimes zijn vrijgesteld.

Hoofdstuk 4: Oplossingen voor problematiek in internationale context

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de problematiek in internationale context omtrent de verstrekkingen van hybride financieringen uiteengezet. Door het autonoom kwalificeren zonder de fiscale uitwerking in het buitenland in ogenschouw te nemen, kunnen, afhankelijk van de fiscale behandeling in het andere land, mismatches ontstaan. Deze kunnen leiden tot zowel dubbele belasting als dubbele non-heffing. Ook de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, die in Nederland van toepassing is zonder de fiscale behandeling in het buitenland in ogenschouw te nemen, kan leiden tot non-heffing.

Beide gevolgen van de mismatches worden onwenselijk geacht. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO), een samenwerkingsverband van 34 landen op het gebied van sociaal en economisch beleid, heeft in een aantal rapporten kritiek geuit op het gebied van de fiscale mismatches³⁷. Het bestrijden van kunstmatige situaties die het belastbaar inkomen scheiden van de activiteiten die ze genereren³⁸ die leiden tot dubbele non-heffing geniet een hogere prioriteit dan het voorkomen van dubbele belasting waartoe de mismatches leiden³⁹. Er zijn een aantal alternatieven genoemd vanuit verschillende organisaties, waaronder de OESO, die non-heffing door deze mismatches moeten voorkomen of beperken.

In dit hoofdstuk worden deze door de OESO aangedragen oplossingen besproken en wordt tevens antwoord gegeven op de deelvraag *“Welke oplossingen zijn er vanuit de OESO aangedragen voor de negatieve gevolgen van de Nederlandse fiscale behandeling van hybride financieringen?”*.

Hierna zullen de meest reële aangedragen oplossingen worden getoetst op hun geschiktheid. Hierbij wordt antwoord gegeven op de deelvraag *“Zijn de aangedragen oplossingen geschikt?”*. Dit geschiedt aan de hand van de toetsingscriteria als beschreven in paragraaf 1.3.

³⁷ De OESO heeft in dit kader onder andere de rapporten Hybrid Mismatch Arrangements (2012), Addressing Base Erosion and Profit Shifting (2013a) en Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (2013b) gepubliceerd.

³⁸ Zie het rapport Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting van de OESO uit 2013, hoofdstuk 3 de openingszin: “Fundamental changes are needed to effectively prevent double non-taxation, as well as cases of no or low taxation associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it.”

³⁹ Prof.mr.dr. A.C.G.A.C. De Graaf stelt in “internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements”, ‘k Moet eerlijk zeggen, 24 mei 2013: “In geen van hun publicaties refereren zij daarbij echter aan situaties van dubbele belasting die als gevolg van zulke mismatches kunnen ontstaan. De afschaffing van dergelijke dubbelebelastingssituaties heeft klaarblijkelijk bij deze organisaties geen prioriteit.”

4.2 OESO Modelverdrag

“Als richtsnoer voor de verdeling van heffingsrechten heeft de OESO een Modelverdrag met bijbehorend commentaar ontwikkeld dat internationaal groot gezag heeft en waarnaar in deze notitie veelvuldig wordt verwezen. Nederland is actief lid van de OESO en de bilaterale verdragen die Nederland heeft gesloten zijn gebaseerd op het OESO modelverdrag.”⁴⁰

In het commentaar bij het OESO Modelverdrag (hierna: OMV) zijn bepalingen opgenomen voor de kwalificatie van de vergoedingen op de financiering ten einde de bepaling of het dividend of rente (vergoeding op respectievelijk eigen of vreemd vermogen) is.

Paragraaf 25 van het commentaar bij het derde lid van artikel 10 OMV sluit de behandeling van leningen als kapitaal onder nationaal recht niet uit, zoals bij hybride financieringen aan de hand is. In het commentaar, in paragraaf 25 bij artikel 10 OMV staat dat gekeken moet worden of de crediteur in het ondernemingsrisico van de debiteur mee deelt. In de volgende situaties is dat het geval volgens het commentaar:

- De omvang van de leningen is buitenproportioneel ten opzichte van het kapitaal
- De crediteur deelt in de winsten van de onderneming
- De lening is achtergesteld ten opzichte van andere crediteuren
- De betaling van de vergoeding of de hoogte hiervan is afhankelijk van de winsten van de onderneming
- De lening heeft geen vaste looptijd

De herkwalificatie die naar Nederlands fiscaal recht bij de hybride leningen plaatsvindt, is op basis van laatstgenoemde vier kenmerken. De Nederlandse fiscale kwalificatie is derhalve niet strijdig met het OMV.

De OMV-tekst focust zich op de betaalde dividenden⁴¹, wat een aansluiting bij het nationale fiscale recht van de bronstaat impliceert.⁴² Hierdoor mag de bronstaat, in de situatie van dubbele belasting als beschreven in paragraaf 3.5, geen of een gereduceerd tarief⁴³ aan bronbelasting op het dividend heffen.

⁴⁰ Citaat uit Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, paragraaf 1.3.3, pagina 23

⁴¹ Artikel 10, derde lid OMV: “The term ‘dividends’ as used in this Article means income from shares (...) as well as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.”

⁴² “De conclusie die uit het voorafgaande kan worden getrokken is dat art. 10 en art. 11 OESO-MV bewerkstelligen dat: 1. De bronstaatbenadering in principe beslissend is voor de kwalificatie van dividend en rente; 2. Er met name materiële kwalificatie wordt toegepast en 3. Dat indien zich toch een overlap voordoet art. 10 prevaleert boven art. 11. Dat brengt met zich dat verdragsrechtelijk leningen die in de bronstaat worden gekwalificeerd als eigen vermogen dat ook voor

Gezien het feit dat de Nederlandse verdragen ter voorkoming van dubbele belasting alsmede het OMV louter de heffingsbevoegdheden verdelen ingeval van juridisch dubbele belasting en de hierboven aangehaalde passage uit het commentaar op het OMV alleen iets zegt over de kwalificatie van vergoedingen op de financiering voor verdragsdoeleinden, biedt dit geen oplossing voor mismatches door dispariteiten en de dubbele heffing en de dubbele non-heffing.

4.2.1 Algemene antimisbruikwetgeving in verdragen

Zoals hiervoor gebleken is, bieden de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting geen uitkomst voor de aanpak van de hybride mismatch problematiek. Het probleem ligt gelegen in de nationale wetgeving; verdragen bieden hier geen oplossing. Wel ziet de OESO in het rapport Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting uit 2013 het OMV en de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting als middel om de effecten van hybride financieringen te beperken. Door het implementeren van algemene antimisbruikbepalingen worden de verdragsvoordelen⁴⁴, zoals het reduceren of elimineren van bronheffingen, ontzegd voor situaties waarin hybride financieringen voorkomen.

Het invoeren van een bepaling waarmee verdragsvoordelen worden ontzegd in het geval van een belastingbesparende structuur, kennen we van de main purpose test. Deze bepaling is opgenomen in verschillende verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en stelt de reductie van bronbelasting buiten werking stelt indien het voornaamste doel van de structuur het ontgaan van bronbelasting is.

4.3 Oplossingen in nationale wetgeving

In de meergenoemde rapporten van de OESO zijn er een aantal oplossingen gegeven voor de non-heffing op internationaal niveau indien sprake is van dubbele non-heffing bij de fiscale behandeling van de hybride financieringen. Omdat het strikt genomen een probleem is wat voortkomt uit een verschil in de fiscale behandeling van de financiering door de verschillende nationale wetgevingen is een logisch voorstel tot oplossing van dit probleem de aanpassing van de desbetreffende nationale wetgevingen. Dit kan op verschillende niveaus, te weten door algemene antimisbruikbepalingen die middels jurisprudentie haar werking moeten verkrijgen, door specifieke antimisbruikwetgeving die een

verdragsdoeleinden zijn en de woonstaat de bronstaat in dezen volgt. In zoverre doet zich derhalve verdragsrechtelijk geen mismatch voor.”, citaat van prof.dr. P. Kavelaars uit “Uitdagingen rondom mismatches”, Strikbundel, 2014, pp. 147-161.

⁴³ In het OMV is ruimte gelaten voor een bronbelasting op dividenden van 5% bij belangen van 25% en meer; 15% is toegestaan in alle overige gevallen. De ruimte om een ander tariefmaximum in een verdrag te bepalen is echter niet ongebruikelijk.

⁴⁴ In het rapport Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting van de OESO uit 2013 wordt gesteld: “changes to the OECD Model Tax Convention to ensure that hybrid instruments (...) are not used to obtain the benefits of treaties unduly”

aftrekrecht wegneemt of een vrijstelling weigert die hiermee de hybride financieringen specifiek aanpakt. Harmonisatie van de verschillende fiscale regelgeving wordt ook als oplossing aangedragen om de hybride financieringsproblematiek op te lossen. Dit is logisch; de problematiek ontstaat door de verschillende fiscale behandeling in grensoverschrijdende context, het harmoniseren van de fiscale wetgeving haalt de verschillen weg en daarmee ook de gevolgen die in deze dispariteiten liggen. Deze optie wordt echter niet haalbaar gezien en wordt slechts volledigheidshalve genoemd⁴⁵. Hieronder zijn de verschillende mogelijke oplossingen aangedragen door de OESO behandeld die betrekking hebben op aanpassingen van het nationale fiscale recht.

4.3.1 Algemene antimisbruikwetgeving in nationale wetgeving

In paragraaf 3.B van het rapport *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012) geeft de OESO als mogelijke oplossing voor de dubbele non-heffing door de mismatches om bepalingen in de nationale wetgeving op te nemen waarin de doctrines als misbruik van recht en *fraus legis* gecodificeerd zijn. Hiermee wordt getracht de kunstmatige internationale structuren⁴⁶ aan te pakken. Het toepassingsbereik hiervan is breed ondanks dat het bereik voornamelijk door de jurisprudentie bepaald moet worden. Op het moment kent de Nederlandse fiscale wetgeving geen codificatie van *fraus legis*. Het wordt echter wel gerechtelijk toegepast, waar dit leerstuk in de rechtspraak is ontwikkeld. In beginsel geldt de keuzevrijheid tot aan het punt waaraan wordt voldaan aan het motief- en het normvereiste⁴⁷. Indien er niet meer dan een bijkomstig zakelijk motief is en doordat de toepassing van de wet in zijn huidige vorm strijdig is met het doel en de strekking van de wet vormt het dogma *fraus legis* een rechtsinstrument. De problematiek omtrent de hybride financieringen schuilt zich in het feit dat de letter van de wet wordt nageleefd aan beide kanten van de grens, wat resulteert in een dispariteit. Indien het gebruiken van de keuzevrijheid naar de letter van de wet kan resulteren in strijd met het doel en de strekking hiervan is de rechtszekerheid ver te zoeken. Onlangs is nog in HR 7 februari 2014, BNB 2014/79, beslist dat het gebruiken van de hybride financieringen niet onder het dogma *fraus legis* valt. In zijn conclusie bij het arrest schreef A-G Wattel in punt 7.3:

⁴⁵ In paragraaf 3.A, punt 30, van het rapport *Hybrid Mismatch Arrangements* (2012) van de OESO wordt ook gesteld: "One theoretical approach to deal with hybrid mismatch arrangements is the elimination of (...) differences in the tax treatment of entities, instruments and transfers. As it does not seem possible (...) this option is simply mentioned for the sake of completeness."

⁴⁶ Eerste zin van punt 31 in het rapport *Hybrid Mismatch Arrangements* (2012) van de OESO: "General anti-avoidance rules (...) such as "abuse of law", "economic substance", "fiscal nullity", "business purpose" (...) can be an effective tool in addressing some hybrid mismatch arrangements, in particular those with (...) artificial features."

⁴⁷ HR 20 maart 1985, BNB 1985/171.

“(…) omdat mijns inziens niet kan worden gezegd dat de belanghebbende in strijd met doel en strekking van de Nederlandse wet heeft gehandeld. Zij heeft gebruik gemaakt van een dispariteit (een kwalificatie-mismatch) tussen twee soevereine belastingstelsels. Zij handelt aldus niet in strijd met doel en strekking van de Nederlandse wet, noch in strijd met doel en strekking van de Australische wet, nu de nationale wet, meer specifiek art. 13 Wet Vpb niet als doel of strekking heeft het wegnemen van ongewenste gevolgen van internationale dispariteiten zoals mismatches in kwalificatie van financieringsinstrumenten tussen de Nederlandse belastingwetgeving en alle andere nationale belastingstelsels ter wereld.”

De Hoge Raad overweegt dit ook in het arrest HR 7 februari 2014, BNB 2014/79, in rechtsoverweging 3.4:

“s Hofs oordeel getuigt niet van een onjuiste opvatting omtrent de keuzevrijheid van belanghebbende bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt. Benutting van die keuzevrijheid vormt, mede in aanmerking genomen de strekking van de deelnemingsvrijstelling, geen handelen in strijd met doel en strekking van de Wet.”

Doordat het naar de letter van de wet handelen niet strijdigheid met het doel van de wet kan opleveren, zal een algemene bepaling van het Europeesrechtelijke misbruik van recht ook niet slagen. Dit kan alleen indien er sprake is van een volstrekt kunstmatige situatie waarin het beoogde doel van de wet niet wordt bereikt.

Er kan echter wel concreter vorm worden gegeven door wettelijke criteria te vormen waarin een structuur strijdig is met het doel van de wet.

4.3.1.a Aanpassing Moeder-dochterrichtlijn⁴⁸

In Europese verhoudingen kan er direct een beroep worden gedaan op de moederdochterrichtlijn (hierna: MDR). Deze stelt binnen de EU vergoedingen op eigen vermogen vrij van bronbelasting indien een bepaald belang⁴⁹ in het lichaam wordt gehouden. Bij het ontbreken van een verdrag of het niet toepasbaar zijn van verdragsvoordelen kan er op de MDR beroep worden gedaan. In de MDR zijn

⁴⁸ Richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (PbEU 2011, L 345).

⁴⁹ Vanaf 10% van het kapitaal in een vennootschap; zie artikel 3 MDR.

tevens bepalingen opgenomen die er voor zorgen dat de ontvangen dividenden worden vrijgesteld in de woonstaat⁵⁰, verwant aan de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.

Inmiddels heeft de Europese Commissie een voorstel tot wijziging van de moederdochterrichtlijn gedaan. Hierin worden de voordelen van de MDR geweigerd ingeval van kunstmatige structuren die belastingvoordeel beogen⁵¹. In deze bepaling probeert de Europese Commissie tevens de misbruik situaties op te sommen⁵².

4.3.1.b Visie Nederlandse wetgever

Nadat de voorgestelde invoering van algemene antimisbruikbepalingen in de MDR waren voorgelegd door de Europese Commissie zijn deze ook in het parlement aangehaald. De regering acht de antimisbruikbepalingen niet doeltreffend; door de algemene werking en formulering is de interpretatie onzeker, niet eenduidig en kunnen per land verschillen, wat resulteert in rechtsonzekerheid voor bonafide bedrijven. Ook de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor het bestrijden van belastingontwijking van nationaal niveau naar de EU keurt de regering af; door deze verschuiving zou er aan effectiviteit en flexibiliteit worden ingeboet. Zodoende is de opsomming van de misbruiksituaties door de Europese Commissie ook niet in lijn met de visie van de Nederlandse regering. Dit blijkt uit de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2014⁵³.

Al met al kunnen we concluderen dat generieke antimisbruikbepalingen niet een effectieve oplossing zullen bieden voor de hybride financieringsproblematiek. Dit omdat het gebruik maken van de letter van de wet die op internationaal niveau een dispariteit impliceert geen voedingsbodem voor bestrijding via

⁵⁰ De MDR behelst ook een deelnemingsvrijstelling, artikel 4 MDR.

⁵¹ MDR "Artikel 1a:

1 Member States shall withdraw the benefit of this directive in the case of an artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of obtaining an improper tax advantage under this directive and which defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions invoked.

2 A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking is an artificial arrangement or a part of an artificial series of arrangements where it does not reflect economic reality.

In determining whether an arrangement or series of arrangements is artificial, Member States shall ascertain, in particular, whether they involve one or more of the following situations:

- (a) the legal characterization of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;
- (b) the arrangement is carried out in a manner which would not ordinarily be used in a reasonable business conduct;
- (c) the arrangement includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;
- (d) the transactions concluded are circular in nature;
- (e) the arrangement results in a significant tax benefit which is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows."

⁵² Zie ook "De introductie van een algemene antimisbruikbepaling zet de Europese Unie jaren terug in de tijd", prof.dr. H van den Hurk in WFR 2014/732

⁵³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2014, nr. IFZ/2014/88 U, V-N 2014/8.18

het fraus legis dogma biedt. Andere algemene antimisbruikbepalingen worden, ook welke concreet aan de beoogde kunstmatige structuren worden geadresseerd, worden onwenselijk geacht.

4.3.2 Specifieke antimisbruikbepalingen

Als laatste oplossing aangedragen door de OESO in het rapport Hybrid Mismatch Arrangements wordt in paragraaf 3.D van dat rapport het opnemen van bepalingen die specifiek de effecten van de hybride mismatch aanpakken genoemd. Het neemt de mismatch in de fiscale kwalificatie niet weg; de bepalingen neutraliseren de effecten hier echter wel van. Deze bepalingen worden aangehaald al 'linking rules' door prof.mr.dr. A.C.G.A.C. de Graaf in 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements'⁵⁴.

In de hoofdstukken 4 en 5 van het eerder aangehaalde Hybrid Mismatch Arrangements rapport wordt verder uitgeweid over deze oplossing. De fiscale voordelen van deze hybride mismatches moeten worden geweigerd. Tot deze fiscale voordelen behoren enerzijds het aftrekrecht op de betaalde vergoeding van de hybride financiering en anderzijds de vrijstelling van belasting voor de ontvangen vergoeding.

Het toekennen van de fiscale voordelen dient in deze oplossingen afhankelijk te worden gemaakt van de fiscale behandeling in de andere staat. Door deze afhankelijkheid ontstaat er een parallelle fiscale benadering aan weerszijden van de grens bij de hybride financiering. Hierdoor wordt het effect van de mismatches geneutraliseerd, wat A-G Wattel ook stelt in zijn conclusie bij het arrest BNB 2014/79 in punt 7.4 (slotzin):

“Daartegen (red: het gebruik van dispariteiten in nationale fiscale kwalificatie van financieringsinstrumenten) helpt alleen harmonisatie van nationale wetgevingen of een specifieke nationale maatregel die de nationaalrechtelijke vrijstelling terugneemt in geval van aftrek c.q. niet-belasting in de andere Staat.”

De varianten die deze fiscale voordelen afhankelijk maken worden in de volgende paragrafen beschreven.

⁵⁴ De Graaf, A.C.G.A.C., (2013), Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, 'k Moet eerlijk zeggen, SDU Uitgevers, Den Haag, p.67-77

4.3.2.1 Aftrekrecht wegnemen

Een van de fiscale voordelen die opspelen bij hybride financieringen is het recht op aftrek van de betaalde vergoedingen bij de debiteur. In het land waarin de debiteur gevestigd is wordt de geldverstrekking naar nationaal fiscaal recht als vreemd vermogen gekwalificeerd en derhalve zijn de vergoedingen op die financiering aftrekbaar. Een mogelijkheid om de dubbele non-heffing bij hybride financieringen te neutraliseren is het wegnemen van dit aftrekrecht. In dat geval wordt het recht op aftrek afhankelijk gemaakt van de fiscale behandeling bij de crediteur in het buitenland.

Vleggeert stelt deze oplossing in paragraaf 3.1 van zijn artikel in WFR 2013/1426⁵⁵ in toevoeging aan de Wet VpB 1969 voor:

“Ik stel voor om deze inconsistente benadering van mismatches te beëindigen door de volgende bepaling in de Wet VPB 1969 op te nemen ‘Rente, royalty’s en andere uitgaven die door een belastingplichtige worden betaald aan een lichaam waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b komen bij het bepalen van de winst niet in aftrek indien en voor zover deze inkomensbestanddelen voor de toepassing van de belastingheffing naar de winst waaraan dat lichaam is onderworpen niet behoren tot de winst van dat lichaam.’ ”

Door deze bepaling op te nemen worden dubbele non-heffing situaties voorkomen ingeval een hybride financiering naar Nederlands fiscaal recht als vreemd vermogen kwalificeert en derhalve aftrekbaar is. Hybride financieringen met een in Nederland gevestigde debiteur kennen in deze situatie geen dubbele non-heffing.

4.3.2.2 Vrijstelling ontvangen betalingen weigeren

Het andere fiscale voordeel dat een dubbele non-heffing door de hybride mismatch teweeg brengt, is de vrijgestelde ontvangen betaling. Hoofdstuk 4.C van het rapport Hybrid Mismatch Arrangements ziet in het introduceren van bepalingen die niet-aftrekbaarheid bij de debiteur vereisen voor een vrijstelling van de ontvangen betaling een oplossing die de fiscale gevolgen van de hybride mismatch kan neutraliseren.

In Nederland kent men de deelnemingsvrijstelling voor de ontvangen vergoedingen op eigen vermogen. Deze stelt de ontvangen vergoedingen op eigen vermogen vrij van de heffing van winstbelasting. Dit geldt ook, zoals reeds eerder vermeld in paragraaf 2.6, voor de vergoedingen ontvangen op financieringen die naar Nederlands fiscaal recht als deelnemerschapslening kwalificeren. In het

⁵⁵ Mr.dr. J.Vleggeert, ‘Maatregelen tegen dubbele niet-heffing door mismatches’, WFR 2013/1426

verleden heeft eenzelfde bepaling in de wet gestaan, vanaf 2007 is de “eis vervallen dat de rente op de hybride geldlening bij de schuldenaar niet aftrekbaar mag zijn.”⁵⁶ Deze is destijds afgeschaft met het oog op het vestigingsklimaat, de rechtszekerheid en de complexiteit van de wetgeving. Zie hiervoor ook paragraaf 2.6.a. Een herintroductie van deze bepaling treft echter alleen de gevallen aan waarin Nederland fiscaal herkwalificeert; voor reguliere mismatches biedt deze bepaling geen oplossing.

Het lijkt door het feit dat een verwante bepaling eerder is afgeschaft en dat een bepaling als aangedragen door de OESO een veel bredere werking heeft niet aannemelijk dat zo een bepaling wordt opgenomen in de wet.

4.3.2.2.a Aanpassing Moeder-dochterrichtlijn

Naast de aanpassingen van de algemene antimisbruikbepalingen als genoemd in paragraaf 4.3.1.a heeft de Europese Commissie tevens voorgesteld om de moederdochterrichtlijn aan te passen op het gebied van de vrijstelling van dividenden van kwalificerende belangen. In het wijzigingsvoorstel⁵⁷ van de Europese Commissie voor de MDR wordt de toepassing van deze vrijstelling geweigerd indien de betalingen aftrekbaar zijn bij de schuldenaar. De toevoeging in artikel 4 MDR is het onderstreepte gedeelte van de volgende zin:

‘(a) refrain from taxing such profits to the extent that such profits are not deductible by the subsidiary of the parent company;

4.3.2.2.b Visie Nederlandse wetgever

Het tegengaan van mismatches binnen de Europese Unie middels de aanpassing in de MDR acht het kabinet wenselijk, wat blijkt uit de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2014:

“Enerzijds staat het kabinet positief tegenover de oplossing van de hybride leningen (...) dat bij een dochtervennootschap aftrekbare winstuitdelingen worden belast bij de moedervernootschap om dubbele niet-heffing door ‘mismatches’ in kwalificatie door de landen te voorkomen”⁵⁸

Het elimineren van hybride financieringen die inspelen op mismatches in de kwalificatie tussen verschillende staten binnen de EU steunt Nederland. In deze oplossing wordt de kwalificatie van de

⁵⁶ Citaat uit Kamerstukken I, 30 572, nr. C

⁵⁷ EC, Proposal for a council directive, 25 november 2013, COM(2013)814final.

⁵⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2014, nr. AFP/2014/96 U, V-N 2014/8.17

bronstaat (de staat van de schuldenaar) gevolgd, een situatie die Nederland in het verleden juist heeft afgeschaft (zie paragraaf 2.6.a).

4.3.2.3 Tie breaker test

Als in de bovenstaande paragrafen is opgemerkt, veranderen de linking rules, die het recht op aftrek van betaalde vergoedingen dan wel de vrijstelling van de ontvangen vergoedingen weigeren, het karakter van de vergoeding en de financiering niet; het tast louter de fiscale gevolgen van de mismatch aan. Indien in een situatie van dubbele non-heffing bij zowel de debiteur als de crediteur linking rules worden geïmplementeerd, wordt aan beide kanten de fiscale voordelen weggenomen. Dit resulteert in zowel het niet-aftrekbaar zijn van de betaalde vergoeding als het weigeren van de vrijstelling voor de ontvangen vergoeding, wat dubbele belasting als uitkomst heeft. De linking rules buigen een situatie van dubbele non-heffing om in een situatie van dubbele belasting.

Om deze situaties van dubbele belasting te voorkomen wordt een zogenoemde tie breaker test geïmplementeerd in de wet⁵⁹. Deze tie breaker test zorgt er voor dat indien in bij zowel de debiteur als de crediteur de linking rules van toepassing zijn, de bronstaat (dus de staat waarin de debiteur is gevestigd) leidend is wat betreft de kwalificatie en dat de woonstaat via de linking rules haar fiscale gevolgen moet aanpassen⁶⁰. Deze bepaling sluit aan bij de kwalificatie van de bronstaat, welke in lijn ligt met de visie van de OESO die in het onderscheid tussen artikel 10 en 11 OMV tevens wordt gehanteerd⁶¹.

4.4 Beoordeling van de oplossingen

In voorgaande hoofdstukken zijn de binnenlandse en grensoverschrijdende situaties omtrent de huidige fiscale kwalificatie van hybride financieringen geanalyseerd. Ook is een aantal aangedragen oplossingen behandeld. De antimisbruikbepalingen specifiek voor hybride leningen wordt als effectief ervaren in de bestrijding van de effecten van hybride mismatches⁶².

⁵⁹ Zie ook punt 69 in hoofdstuk 5 van het rapport Hybrid Mismatch Arrangements van de OESO (2012)

⁶⁰ Zie ook Hoofdstuk 6 van A.C.G.A.C. de Graaf, Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, 'k Moet eerlijk zeggen, SDU Uitgevers, Den Haag, 2013, p.67-77.

⁶¹ "De woon-vestigingsstaat volgt de kwalificatie van de bronstaat. Deze benadering sluit mijns inziens het beste aan bij de benadering van art. 10 en art. 11 OESO-MV", prof.dr. P. Kavelaars in Uitdagingen rondom mismatches, Strikbundel, 2014, pp. 159.

⁶² Tweede zin van punt 64 in Hoofdstuk 5 uit het rapport Hybrid Mismatch Arrangements van de OESO (2012): "*In general, countries have found that these rules are effective and have impacted on taxpayers exploiting mismatches in the tax treatment of instruments*"

Deze oplossing wordt in de paragrafen hierna beoordeeld op hun geschiktheid aan de hand van de toetsingscriteria die genoemd zijn in paragraaf 1.3. Vervolgens wordt de deelvraag “Zijn de aangedragen oplossingen geschikt?” beantwoord.

4.4.1 Aftrekrecht wegnemen

Als behandeld in paragraaf 4.2.3.1 behoort een bepaling, die rentekosten niet-afrekbaar maakt indien deze bij de crediteur in het buitenland vrijgesteld of onbelast zijn, tot de aangedragen oplossingen van de OESO voor de hybride financiering problematiek.

De afwijkende fiscale behandeling van betaalde rente door de fiscale behandeling van de crediteur in het buitenland lijkt in strijd met het discriminatieverbod. Dit is echter niet zo, blijkt uit het arrest Schempp⁶³. Uit dit arrest blijkt dat de betaling aan een in het binnenland gevestigde partij niet vergelijkbaar is met een betaling aan een in het buitenland gevestigde partij indien de fiscale implicaties verschillend waren; door het niet vergelijkbaar zijn van beide situaties kan een onderscheid in de fiscale behandeling ook geen grond voor discriminatie zijn⁶⁴. Het is daarom niet in strijd met het discriminatieverbod.

De zekerheid van heffing wordt gewaarborgd in de situatie waarin het aftrekrecht van rentekosten afhankelijk wordt gesteld van de belastbaarheid bij de crediteur in het buitenland; ontwijkingmogelijkheden worden verminderd ingeval een bepaling als door Vleggeert wordt voorgesteld in WFR 2013/1426 (zie paragraaf 4.3.2.1) wordt opgenomen in de wet.

Daarnaast wordt de wetgeving, na het opnemen van de aangedragen oplossing, niet onnodig complex en verliest het de eenvoud niet uit het oog.

Het ontnemen van het aftrekrecht is alleen mogelijk indien de crediteur gevestigd is in het buitenland. Hierdoor kan deze bepaling worden gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Indien de bepalingen, die een belemmering van de verkeersvrijheden vormen, proportioneel en geschikt zijn om een dwingende reden van algemeen belang, is deze belemmering gerechtvaardigd.⁶⁵ Het bestrijden van kunstmatige situaties die belasting beogen te ontwijken valt aan te merken als een

⁶³ HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03.

⁶⁴ Rechtsoverwegingen 34 en 35 van HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03.

⁶⁵ ‘Art. 10a Wet VPB 1969: het laatste lek in de vennootschapsbelasting?’, mr. D.A. Hofla nd en mr.dr.s. P.B.N. van Os, Forfaitair editie 227, september 2012, pp. 19-22: “kan het bestrijden van belastingfraude wél een rechtvaardiging vormen voor een fiscale regeling, maar dan moeten de desbetreffende regels specifiek tot doel hebben gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten diegeen verband houden met de economische realiteit en zijn bedoeld om de belasting te ontwijken die normaal is verschuldigd over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.”

dwingende reden van algemeen belang. De belemmerende werking die het aftrekrecht afhankelijk maakt van de fiscale behandeling bij de crediteur in het buitenland heeft als doel het voorkomen van belastingontwijking door het opzetten van kunstmatige constructies; de linking rules voldoen hiermee aan de rechtvaardigingstoets.

De strekking van deze bepaling is het aanpakken van kunstmatige constructies die inspelen op mismatches waarmee belastingvoordeel kan worden behaald, welke middels deze linking rule effectief kan worden bestreden; het voldoet aan de geschiktheidstoets.

De bepaling, op te nemen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 welke aangedragen is door Vleggeert (zie paragraaf 4.3.2.1), oogt eenvoudig. Tevens strekt de bepaling niet verder dan het doel en draagt het geen overbodige complexiteit met zich mee, waardoor voldaan is aan de proportionaliteitstoets⁶⁶.

De linking rule die het aftrekrecht wegneemt ingeval de betaling bij de crediteur aftrekbaar of onbelast is, voldoet aan de toetsingscriteria en is derhalve geschikt.

4.4.2 Vrijstelling ontvangen betalingen weigeren

Evenals het wegnemen van het aftrekrecht is het weigeren van de vrijstelling voor ontvangen betalingen, afhankelijk van de fiscale behandeling in het buitenland, niet discriminerend van aard blijkt uit het arrest Schempp. Tevens heeft deze bepaling een beperkende werking op de mogelijkheden tot belastingontwijking; de hybride financieringen zorgen niet meer voor een dubbele non-heffing.

Het ontnemen van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling geschiedt louter indien er sprake is van een buitenlandse dochteronderneming. Hierdoor kan het wel worden gezien als een belemmering van de vrijheid van vestiging. De linking rules hebben als doel kunstmatige constructies welke belastingontwijking beogen tegen te gaan, wat wordt gezien als rechtvaardiging voor de belemmering. De bepaling strekt ook tot verwezenlijking van dit doel, waarmee het weigeren van de vrijstelling van ontvangen betalingen voldoet aan de geschiktheidstoets.

⁶⁶ Punt 50 in de zaak HvJ EG 5 juli 2012, C-318/10: *“wanneer zij zich voor de vraag of een transactie een uitsluitend voor belastingdoeleinden opgezette volkomen kunstmatige constructie is, baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen en zij de belastingplichtige in elk geval waarin het bestaan van een dergelijke constructie niet kan worden uitgesloten, in staat stelt om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom deze transactie heeft plaatsgevonden.”*

De bepaling strekt niet verder dan het doel en brengt geen onnodige complexiteit met zich mee, waardoor het voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.

Het afhankelijk maken van de vrijstelling voor ontvangen betalingen op hybride financieringen van de fiscale behandeling aan de zijde van de debiteur is derhalve een gerechtvaardigde belemmering van de verkeersvrijheden.

Aan de hand van de toetsingscriteria is de linking rule, die de toepassing van de deelnemingsvrijstelling weigert indien de betaling bij de debiteur aftrekbaar is, een geschikte bepaling om de dubbele non-heffing bij hybride financieringen tegen te gaan.

4.5 Slot

Verschillende oplossingen aangedragen door de OESO ter bestrijding van de dubbele non-heffing door hybride financieringen zijn behandeld. De algemene antimisbruikmaatregelen treffen hier geen doel; de dubbele non-heffing ontstaat door gebruik te maken van de letter van de wet, hierdoor kan strijdigheid met het doel en de strekking van de wet niet worden bepleit.

De linking rules zijn een efficiënte en geschikte manier om de dubbele non-heffing bij hybride financieringen tegen te gaan. Het antwoord op de deelvraag “*Zijn de aangedragen oplossingen geschikt?*” klinkt bevestigend. Wel dienen er tie breaker tests hierin te worden opgenomen die voorkomen dat een situatie van dubbele non-heffing omslaat in een dubbele heffing. De werking van de oplossing dekt het probleem en door de toetsingscriteria wordt de wetgeving ook geschikt bevonden. De vraag blijft echter wel in hoeverre er daadwerkelijk aanpassingen in de wet komen. Gezien het feit dat de aangedragen bepalingen een bredere werking hebben dan de eerdere afhankelijke toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor de deelnemerschapslening, welke in 2007 is vervallen, lijkt de kans klein dat de Nederlandse wetgever zonder harde, bindende afspraken vanuit de OESO en de EU de wetgeving zal implementeren. Dit, ondanks dat de Nederlandse regering positief oordeelt over de aanpassing van de moederdochterrichtlijn, welke de toepassing van de vrijstelling van dividenden bij de moeder afhankelijk stelt van de niet-aftrekbaarheid op het niveau van de dochter. Mogelijk schuilt hier het doel van een gelijke, interne markt achter waar tevens belastingconcurrentie met landen buiten de EU mogelijk is⁶⁷.

⁶⁷ Zie hoofdstuk 5 en 6 van het eerder aangehaalde artikel van A.C.G.A.C. de Graaf, Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, ‘k Moet eerlijk zeggen, SDU Uitgevers, Den Haag, 2013, p.67-77.

Hoofdstuk 5: Afsluiting

5.1 Beantwoording stelling

De stelling die in hoofdstuk 1 is beschreven luidt als volgt:

Het Nederlandse fiscale kwalificatiesysteem van financieringen dient aangepast te worden aan de oplossingsrichtingen zoals voorgesteld door de OESO.

Deze stelling moet bevestigend worden beantwoord; de oplossing aangedragen door de OESO om de fiscale voordelen zoals het aftrekrecht en de deelnemingsvrijstelling afhankelijk te maken van de fiscale behandeling bij de wederpartij is effectief in de bestrijding van de effecten die door mismatches ontstaan.

5.2 Conclusie

In het voorafgaande is geanalyseerd hoe de hybride lening wetgeving in Nederland werkt; door de autonome kwalificatie en onafhankelijke fiscale behandeling kan dit resulteren in een grensoverschrijdende context in een dubbele non-heffing door mismatches wat betreft de kwalificatie. De OESO heeft in verschillende rapporten oplossingen gegeven om deze dubbele non-heffing tegen te gaan.

Van die aangedragen oplossingen zijn de bepalingen waarin de fiscale voordelen weg worden genomen, ingeval deze leiden tot een dubbele non-heffing door aftrekbaarheid of vrijstelling in het andere land, een geschikte en efficiënte manier om de problematiek omtrent de hybride financieringen tegen te gaan. Deze linking rules treffen doel wat betreft het tegengaan van dubbele non-heffing bij hybride financieringen.

De vraag blijft echter maar of de wetgever bereid is zulke bepalingen op te nemen in de wet. In het verleden is de bepaling, waarin de deelnemingsvrijstelling geweigerd werd voor deelnemerschapsleningen waarop de vergoeding aftrekbaar was in het buitenland bij de debiteur, al vervallen met het oog op het vestigingsklimaat. Een breder werkende bepaling, die niet alleen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de deelnemerschapslening maar ook bij regulier (voor Nederlands fiscaal recht) eigen vermogen zal weigeren, zal derhalve niet waarschijnlijk worden opgenomen in de wet.

Literatuur en jurisprudentie

Literatuur

Bouwman, J.N.; Boer, M.J (2014), Kapitaal is toch geen geldlening!, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen 2014-9

Graaf, A.C.G.A.C. de, (2013), Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, 'k Moet eerlijk zeggen, Sdu Uitgevers, Den Haag, p.67-77

Hofland, D.A.; Os, P.B.N. van (2012) Art. 10a Wet VPB 1969: het laatste lek in de vennootschapsbelasting?, Forfaitair editie 227, pp. 19-22

Hurk, H. van den (2014), De introductie van een algemene antimisbruikbepaling zet de Europese Unie jaren terug in de tijd, Weekblad voor Fiscaal Recht 2014/732

Kavelaars, P. (2014), Uitdagingen rondom mismatches, Strikbundel, 2014, pp 147-161

Snoeijs, R.; Wagenaar, L. (2014) Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?, Weekblad voor Fiscaal Recht 2014/622

Verzameling Belastingwetten 2014, 45^e druk, Kluwer, Deventer

Verzameling Nederlandse Wetgeving Studietoestand 2013/2014, Sdu Uitgevers, 2013

Vleggeert, J. (2013), Maatregelen tegen dubbele niet-heffing door mismatches, Weekblad voor Fiscaal Recht 2013/1426

Vleggeert, J. (2009), Aftrekbeperkingen van rente in het internationale belastingrecht, Fiscale monografiën nr. 132, Kluwer, Deventer.

Wolhaar, W.H.H. (2013), Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Artikelen 2013-25

Jurisprudentie

HR 7 februari 1951, B. 8939

HR 27 januari 1988, BNB 1988/217

HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

HR 25 november 2005, BNB 2006/82

HR 8 september 2006, BNB 2007/104

HR 7 februari 2014, BNB 2014/79

HR 7 februari 2014, BNB 2014/80

HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97

HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04

HvJ EG 6 december 2007, C-298/05

HvJ EG 5 juli 2012, C-318/10

Kamerstukken

Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, nr. C

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 2006-2007, 30 572, nr. 3

Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2001-2002, 28 034, nr. 123b

Overige

OESO (2012), Hybrid Mismatch Arrangements

OESO (2013a), Addressing Base Erosion and Profit Shifting

OESO (2013b), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting

Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011

Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2014, nr. AFP/2014/96 U