

Kapitaalverstrekkingen aan buitenlandse dochterentiteiten

Het voorkomen van mismatches bij de deelnemingsvrijstelling

Naam student:	S.A. (Shreshta) Sanker Sing
Studentnummer:	339416
Begeleider:	R.C. de Smit MSc
Examinator:	Mr. R.B.N. van Ovost
Rotterdam	26 februari 2015

INHOUD

VOORWOORD	7
LIJST VAN AFKORTINGEN	8
INLEIDING	9
1.1 Probleem	9
1.2 Doel	13
1.3 Onderzoeksvraag.....	14
1.4 Afbakening.....	15
1.5 Onderzoekopzet.....	15
1.6 Toetsingskader	16
HOOFDSTUK 2 – CLASSIFICATIE VAN SAMENWERKINGSVERBANDEN	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Kapitaalvennootschap of personenvennootschap?	18
2.2.1 Inleiding	18
2.2.2 Oprichting	18
2.2.3 Aandeel of deelgerechtigdheid?	19
2.2.4 Aansprakelijkheid	19
2.2.5 Terug in de tijd: de relevantie van het onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen	22
2.3 Classificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden	23
2.4 Jurisprudentie.....	26
2.4.1 Inleiding	26
2.4.2 Wet op de Inkomstenbelasting 1914	26
2.4.3 Franse Société Civile d’Immobiliere	27
2.4.4 Duitse GmbH & Co. KG	27
2.4.5 Amerikaanse limited liability company	28
2.5 Nederlands beleid	30
2.5.1 Inleiding	30

2.5.2	Beleid tot 2009	31
2.5.3	Het Besluit van 11 december 2009	32
2.5.4	Specifieke verdragsbepalingen.....	36
2.5.4.1	<i>Inleiding</i>	36
2.5.4.2	<i>Verdrag Nederland – België 2001</i>	36
2.5.4.3	<i>Verdrag Nederland – Indonesië 2002 en vergelijkbare verdragen</i>	37
2.5.4.4	<i>Verdrag Nederland – Verenigde Staten 1992 (Protocol 2004) en vergelijkbare verdragen</i>	37
2.6	Conclusie	39
HOOFDSTUK 3 – KWALIFICATIE VAN GELDVERSTREKKINGEN		41
3.1	Inleiding	41
3.2	Deelnemingsvrijstelling	42
3.2.1	Inleiding	42
3.2.2	Voorwaarden	42
3.2.3	Economisch en juridisch dubbele heffing.....	43
3.3	Vormen van geldverstrekkingen	44
3.3.1	Inleiding	44
3.3.2	Geldlening.....	44
3.3.3	(Aandelen)kapitaal	45
3.3.3.1	<i>Inleiding</i>	45
3.3.3.2	<i>(Cumulatief) preferente en prioriteits aandelen</i>	46
3.3.3.3	<i>Certificaten van aandelen</i>	48
3.3.3.4	<i>Converteerbare obligaties</i>	48
3.3.3.5	<i>Opties en warrants</i>	49
3.4	Herkwalificeren (aandelen)kapitaal?	50
3.4.1	Inleiding	50
3.4.2	Visies in de literatuur voor 7 februari 2014.....	50
3.5	De arresten van 7 februari 2014	54

3.5.1 Inleiding	54
3.5.2 Australische RPS	54
3.5.4 Verhouding met de winstdrainagearresten	57
3.5.5 Reacties uit de literatuur	60
3.6 Conclusie	62
HOOFDSTUK 4 – DISPARITEITEN.....	65
4.1 Inleiding	65
4.2 Nadelige effecten van dispariteiten	66
4.2.1 Inleiding	66
4.2.2 Belastingopbrengst.....	66
4.2.3 Concurrentie.....	66
4.2.4 Economische efficiëntie	67
4.2.5 Transparantie	68
4.2.6 Eerlijkheid	69
4.3 Dispariteiten bij hybride samenwerkingsverbanden	69
4.3.1 Inleiding	69
4.3.2 Structuren met hybride samenwerkingsverbanden	70
4.3.2.1 <i>Gesimplificeerde inbound- en outboundsituaties</i>	70
4.3.2.2 <i>Financieringsstructuur</i>	71
4.4 Dispariteiten met hybride financieringsinstrumenten.....	72
4.4.1 Inleiding	72
4.4.2 Structuren met hybride financieringsinstrumenten	72
4.4.2.1 <i>Kapitaalverstrekking aan buitenlandse dochtervennootschap</i>	72
4.4.2.2 <i>Aanvullend tier 1-kapitaal</i>	75
4.5 Conclusie	76
HOOFDSTUK 5 – HUIDIG BELEID EN VOORSTELLEN TOT VERBETERING	78
5.1 Inleiding	78
5.2 Huidig beleid Nederland.....	79

5.2.1 Inleiding	79
5.2.2 Het Nederlands classificatie- en kwalificatiebeleid	79
5.2.3 Het beleid tot 2007: niet goed genoeg?.....	80
5.2.3.1 Inleiding	80
5.2.3.2 Tot 2007: de subjectieve onderworpenheidseis	80
5.2.3.3 2002 – 2007: objectieve belastingplicht voor hybride leningen	81
5.3 De OESO: huidig beleid en het BEPS-rapport	81
5.3.1 Inleiding	81
5.3.2 Partnership Report	82
5.3.3 Het doel van het BEPS-rapport.....	82
5.3.4 Actiepunt 2: het neutraliseren van de effecten van dispariteiten	83
5.3.4.1 Inleiding	83
5.3.4.2 Aanbevelingen voor het nationale recht	84
5.3.4.3 Aanbevelingen in verdragssituaties.....	85
5.3.4.4 Implementatie van de aanbevelingen	86
5.4 Huidig beleid EC.....	88
5.4.1 Inleiding	88
5.4.2 De nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn	88
5.5 Voorstellen uit de literatuur	90
5.6 Conclusie	93
HOOFDSTUK 6 – HET OORDEEL: WAT IS DE BESTE OPLOSSING?	95
6.1 Inleiding	95
6.2 Classificeren van samenwerkingsverbanden	96
6.2.1 Inleiding	96
6.2.2 Classificatiemethoden in het algemeen	96
6.2.3 Classificatiebesluit	98
6.2.4 Specifieke verdragsbepalingen met Nederland	99
6.3 Kwalificeren van geldverstrekkingen	100

6.3.1 Inleiding	100
6.3.2 Geen herkwalificatie van aandelenkapitaal in een geldlening mogelijk	100
6.4 De OESO: huidig beleid en voorstellen tot wijziging	102
6.5 De EC: huidig beleid en voorstellen tot wijziging	105
6.6 De ideale oplossing?	107
6.6.1 Inleiding	107
6.6.2 De realiteit door mijn ogen	107
6.7 Conclusie	109
HOOFDSTUK 7 – CONCLUSIE	112
BIJLAGE 1A: Verdrag Nederland – Indonesië 2002 en vergelijkbare verdragen.....	117
BIJLAGE 1B: Verdrag Nederland – Verenigde Staten 1992 (Protocol 2004) en vergelijkbare verdragen	120
LITERATUURLIJST.....	123
Literatuur	123
Jurisprudentie.....	127

VOORWOORD

Beste lezer,

Voor u ligt mijn masterscriptie. Deze scriptie is geschreven ter afsluiting van mijn opleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het schrijven van deze scriptie heb ik ervaren als het zwaarste onderdeel van mijn studie. Het heeft mij heel wat uren gekost, maar dat heeft ertoe geleid dat ik nu tevreden ben met het resultaat.

In mijn scriptie ga ik in op negatieve effecten van dispariteiten bij kapitaalverstrekkingen aan buitenlandse dochterentiteiten bij toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. *De wat?* Voor een beter begrip is het uiteraard de bedoeling om heel de scriptie te lezen. Ik heb deze scriptie met plezier geschreven, met name de hoofdstukken 4 en 6, en hoop dat u net zoveel plezier heeft met het lezen van alle hoofdstukken.

Deze scriptie heb ik niet kunnen schrijven zonder de (mentale) steun van anderen. Als eerste gaat mijn dank uit naar mijn begeleider Ruud de Smit. Zonder hem zou mijn schrijfvaardigheid nog steeds 'een klein drama' zijn. Ook wil ik hem danken voor de inhoudelijke feedback, de confronterende vragen waardoor ik werd gedwongen nog eens kritisch na te denken over wat ik schreef en vooral het maken van een goed te volgen verhaal waarbij ik de lezer aan de hand neem.

Verder wil ik Madhavi en Vikram bedanken voor het lezen van mijn scriptie en mij te behoeden voor taal- en spelfouten, maar ook inconsistenties in het geheel. Tot slot gaat mijn dank uit naar de belangrijkste personen in mijn leven, mijn ouders. Zij hebben mij de kans gegeven om aan de universiteit te studeren en dit ook af te ronden. Zij hebben altijd achter mij gestaan en mij gesteund in het gehele leertraject. In het bijzonder gaat mijn dank uit aan mijn moeder om mij in de afgelopen zes maanden mentaal bij te staan bij het schrijven van mijn scriptie, mijn stemmingswisselingen (met name in de kleine uurtjes) te verdragen en altijd in de gaten te houden of ik wel had gegeten.

Nogmaals, mijn dank ik groot! Heel veel leesplezier.

Shreshta Sanker Sing

Rotterdam, 26 februari 2015

LIJST VAN AFKORTINGEN

A-G	Advocaat – Generaal
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BEPS-rapport	Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingzaken
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CFC	Controlled Foreign Company
D/NI-uitkomst	deduction/no inclusion (<i>af trek zonder corresponderende heffing</i>)
DD-uitkomst	double deduction (<i>dubbele aftrek</i>)
EC	Europese Commissie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
FED	FED Fiscaal Weekblad
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GAAR	General Anti-Avoidance Rules
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (<i>benaming t/m 2008</i>)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (<i>benaming sinds 2009</i>)
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRC	International Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
LOB-bepalingen	limitation on benefits bepalingen
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
(M)RPS	(Mandatorily) Redeemable Preference Shares
NCCTB	new common corporate tax base (<i>nieuwe gemeenschappelijke grondslag voor de vennootschapsbelasting</i>)
NGO	niet-gouvernementele organisatie
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
open CV	open commanditaire vennootschap
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Stcrt.	Staatscourant
Trb.	Tractatenblad
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
V-N	Vakstudie Nieuws
V&O	Vennootschap en Onderneming
verdrag(en)	belastingverdrag(en) ter voorkoming van dubbele belasting
VN	Verenigde Naties
Wet DB 1965	Wet op de Dividendbelasting 1965
Wet IB 1914	Wet op de Inkomstenbelasting 1914
Wet IB 1964	Wet op de Inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet OB 1968	Wet op de Omzetbelasting 1968
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WvK	Wetboek van Koophandel

INLEIDING

1.1 Probleem

Er zijn verschillende Nederlandse rechtsvormen die in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) al dan niet als transparant worden aangemerkt. In Nederland worden kapitaalvennootschappen in beginsel aangemerkt als niet-transparant en personenvennootschappen als transparant, maar het kan voorkomen dat de buitenlandse fiscus deze samenwerkingsverbanden niet hetzelfde classificeert. Deze lichamen die vanuit Nederland als transparant, maar vanuit het buitenland als niet-transparant worden aangemerkt, of vice versa, worden hybride entiteiten genoemd. Het land wat het samenwerkingsverband als non-transparant classificeert zal deze entiteit als belastingplichtige behandelen en een winstbelasting heffen in het geval de entiteit volgens de lokale regels belastingplichtig is. Het andere land ziet de entiteit als transparant en belast de achterliggende personen met winstbelasting of inkomstenbelasting indien die personen lokaal belastingplichtige zijn.¹

In de Nederlandse belastingwetgeving is geen classificatiemethode vastgelegd. Dit is voorbehouden aan de belastingrechter. De classificatiemethode is slechts te herleiden uit de jurisprudentie. Deze methode komt er kortweg op neer dat de kenmerken van de buitenlandse entiteit worden bekeken en op grond daarvan naar een Nederlands equivalent wordt gezocht. Het probleem van deze methode is dat er niet altijd een Nederlandse equivalent is aan te wijzen. In het verleden is hier verscheidene malen over geprocedeerd waarbij de belastingrechter een knoop heeft doorgehakt. In navolging daarvan is uit de rechtsregels van de Hoge Raad af te leiden dat er geen zuivere vergelijking te maken is. De besluitgever heeft in het besluit van 11 december 2009² vier toetsingscriteria voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden opgenomen die (deels) zijn gebaseerd op de jurisprudentie. Daarbij is het van belang of het samenwerkingsverband eigendom kan hebben, hoe de aansprakelijkheid van de participanten is verdeeld, of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en of de participaties vrij overdraagbaar zijn. Naar het standpunt van de besluitgever vormen deze criteria een juiste richtlijn. Door de beantwoording van deze vragen kan worden geoordeeld dat er sprake is van een transparante, non-transparante of CV-achtige entiteit. Lichamen zoals in artikel 2, eerste lid, onderdeel b en c Wet VPB 1969 (onder andere coöperaties) vallen buiten het derde toetsingscriterium, waaruit wederom blijkt dat deze criteria niet bepalend zijn. Bovendien moet

¹ Ministerie van Financiën, *Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011*, 2011, p. 37

² Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58

worden bedacht dat de belastingplichtige uiteindelijk, in tegenstelling tot de Belastingdienst, niet gebonden is aan het genoemde besluit.

Uiteraard classificeert Nederland de (hybride) entiteiten naar de eigen wet- en regelgeving, maar zal het buitenland hetzelfde doen voor zijn classificatie onder haar eigen wet- en regelgeving. Nederland kent 90 verdragen ter voorkoming van dubbele belasting (hierna: verdrag(en)).³ Waar verdragen doorgaans tot doel hebben om de heffingsbevoegdheid zodanig te verdelen dat geen belasting kan worden ontlopen, wordt de toepassing van een verdrag bij (onder andere) hybride entiteiten bemoeilijkt, omdat er internationaal verschillende opvattingen bestaan over welk land leidend is bij de classificatie van samenwerkingsverbanden. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) heeft in het Partnership Report⁴ geprobeerd situaties van dubbele belasting of dubbele non-heffing te verminderen. Nederland geeft echter de voorkeur aan een oplossing uit eigen initiatief. De conclusies uit het OESO-rapport worden namelijk niet duidelijk bevonden en worden alleen gevolgd als dit ook duidelijk uit een belastingverdrag, een afspraak op grond van een onderlinge overlegprocedure of unilateraal beleid volgt (paragraaf 27 OESO-commentaar bij artikel 1 OESO-modelverdrag). In een aantal verdragen is een specifieke bepaling met betrekking tot hybride entiteiten opgenomen. Hierbij kan worden gedacht aan artikel 24, vierde lid van het verdrag met de Verenigde Staten. Daarnaast kent Nederland eenzijdige tegemoetkomingen die in besluiten zijn opgenomen.⁵ Het classificatieprobleem zorgt er kortom voor dat er onduidelijkheden bestaan hoe een verdrag moet worden toegepast, tenzij uiteraard wel een specifieke verdragsbepaling is opgenomen.

Naast een verschil in de classificatie van entiteiten is er ook een verschil in de kwalificatie van kapitaalverstrekkingen. Op 7 februari 2014 heeft de Hoge Raad in twee arresten een lijn gezet of sprake is van rente of vrijgesteld deelnemingsdividend, waarbij de civielrechtelijke kwalificatie wordt gevolgd. In BNB 2014/79⁶ was een lening afgelost en werden Redeemable Preference Shares (RPS) verkregen in een Australische vennootschap. De RPS lijken zodanig op cumulatief preferente aandelen dat de vergoeding op dergelijke vermogenstitels wordt aangemerkt als vrijgesteld deelnemingsdividend. Door mogelijke kwalificatieverschillen kan een vergoeding in het bronland

³ Per 18 december 2014

⁴ OESO, *The application of the OECD model tax convention to partnerships*, Issues in International Taxation, nr. 6, 1999

⁵ Ministerie van Financiën, *Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011*, 2011, p. 38

⁶ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79

aftrekbaar zijn (in casu: Australië), terwijl het bij de ontvangende partij vrijgesteld is (in casu: Nederland).

In BNB 2014/80⁷ is sprake van een financiering met een geldlening die was omgezet in cumulatief preferente aandelen. Voor civielrechtelijke geldleningen zijn er uitzonderingen (deelnemerschapslening, bodemloze putlening, schijnlening) waarbij de geldlening voor fiscale doeleinden kwalificeert als eigen vermogen, maar waar het is niet mogelijk dat aandelenkapitaal wordt geherkwalificeerd in een geldlening (met uitzondering van aanvullend tier 1-kapitaal). In casu is er een vergoeding op een civielrechtelijke kapitaalverstrekking en is derhalve de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De keuzevrijheid die in de wet open wordt gelaten voor de financieringswijze zorgt er volgens de Hoge Raad niet voor dat de belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet handelt (*fraus legis*).

De Europese Commissie (hierna: EC) richt zich in het kader van een oplossing van het classificatieprobleem onder andere op een herziening in de Moeder-Dochterrichtlijn waar de ministers van Financiën van alle lidstaten op 20 juni 2014 mee akkoord zijn gegaan.⁸ Het voorstel van een algemene antimisbruikregeling (*General Anti-Avoidance Rule*, hierna: GAAR) is geaccepteerd na overeenstemming van de Europese Ministerraad op 27 januari 2015.⁹ Een mogelijke oplossing is om de benadering van het ene land te volgen in het andere land.

Verder heeft de OESO op verzoek van de G-20 in punt 2 van het Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS-rapport)¹⁰ stappen ondernomen om de dispariteiten bij hybride entiteiten en hybride financieringsinstrumenten op te lossen. Volgens het rapport worden deze dispariteiten veroorzaakt door agressieve fiscale planning (*aggressive tax planning*¹¹). Naar

⁷ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80

⁸ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PbEU 2014, nr. L 219

⁹ Europese Commissie, *Commissioner Moscovici welcomes the adoption of measures against tax evasion and aggressive tax planning*, STATEMENT/15/3720, 27 januari 2015

¹⁰ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

¹¹ *Tax planning* wordt toegepast binnen de grenzen van de wetgeving en heeft tot doel om de belasting te minimaliseren.

aanleiding van dit rapport zijn de ministers van Financiën van de G-20 op 18 en 19 juli 2013 bijeengekomen waarbij een van de actiepunten is om de fiscale dispariteiten te neutraliseren^{12,13}.

¹²OESO, *Closing tax gaps - OECD launches Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 19 juli 2013, <http://www.oecd.org/newsroom/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm>

Zie ook OESO, *OECD Secretary-General report to the G20 leaders*, 5-6 september 2013

¹³ Op 19 maart 2014 heeft de OESO twee documenten (actiepunt 2 BEPS-rapport) uitgebracht die na het commentaar van o.a. belastingadvieskantoren, het bedrijfsleven en niet-gouvernementele organisaties (hierna: NGO's) met aanbevelingen voor het nationale recht respectievelijk de verdragsproblematiek. Voor de definitieve versie van de documenten wordt gewacht op de uitwerking van de overige actiepunten. De afronding van vrijwel alle actiepunten is naar verwachting in december 2015. Slechts bij actiepunt 15 (multilateraal verdrag) is het doel om uiterlijk 31 december 2016 de onderhandelingen af te ronden ("OESO, *Action 15: A mandate for the development of a multilateral instrument on tax treaty measures to tackle BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p. 6"

1.2 Doel

De Nederlandse deelnemingsvrijstelling is opgenomen in artikel 13 Wet VPB 1969. Een noodzakelijke voorwaarde is dat daarvoor sprake moet zijn van een deelneming. Het tweede lid bepaalt wanneer sprake is van een deelneming in een non-transparante entiteit. Onderdeel a stelt bijvoorbeeld als eis dat sprake moet zijn van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Voor een buitenlandse samenwerkingsverband moet worden vastgesteld of deze vergelijkbaar is met een Nederlandse vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Zo ook in een arrest van de Hoge Raad waarbij in geschil was of een Amerikaanse limited liability company (hierna: US LLC) transparant was voor Nederlandse fiscale doeleinden.¹⁴ Daarbij komt uit de overwegingen van de Hoge Raad naar voren dat het vrij lastig is om één-op-één een vergelijkbaar Nederlands samenwerkingsverband te vinden. Deze entiteit heeft met andere woorden gemengde kenmerken van meerdere Nederlandse samenwerkingsverbanden. De LLC is hier slechts een voorbeeld van, maar hetzelfde geldt ook voor andere type buitenlandse samenwerkingsverbanden. Met betrekking tot de geldverstrekkingen was, zoals hiervoor al kort besproken, vrij recent in geschil of Australische Redeemable Preference Shares (hierna: RPS), welke overeenkomsten vertoont met de preferente aandelen, kunnen worden aangemerkt als aandelen.¹⁵ Deze arresten zijn slechts een greep uit de praktijk. Het is duidelijk dat de classificatie van een samenwerkingsverband of kwalificatie van een geldverstrekking van belang is voor de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.

Het classificatieprobleem van samenwerkingsverbanden en kwalificatieprobleem van geldverstrekkingen zijn vraagstukken waar al enige tijd wordt gepoogd tot een oplossing te komen. Belastingplichtigen maken gebruik van de verschillen in de belastingsystemen tussen landen in samenhang met belastingverdragen om zo een lagere effectieve belastingdruk te realiseren. De belastingplichtige handelt evenwel nog altijd volgens de wet van de betrokken landen en er is volgens de Hoge Raad geen sprake van strijd met doel en strekking van de wet (*fraus legis*) indien de belastingplichtige profiteert van deze dispariteiten (*mismatches*).

In het kader van een oplossing van voor het classificatieprobleem richt de EC zich op een herziende Moeder-Dochterrichtlijn. De OESO heeft het BEPS-rapport uitgebracht. Ook in de literatuur zijn mogelijke oplossingen en/of wijzigingen voorgesteld. Het doel van dit onderzoek is om de huidige stappen van de internationale organen te vergelijken met de voorstellen uit de literatuur.

In de scriptie is ten eerste het probleem van de hybride entiteiten uiteengezet. Daarna is de kwalificatie van buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal voor de toepassing van de Nederlandse

¹⁴ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288

¹⁵ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79

deelnemingsvrijstelling geanalyseerd. Vervolgens zijn de dispariteiten bij zowel de hybride entiteiten als hybride financieringsinstrumenten behandeld. Verder is gekeken naar de mogelijke oplossingen die op tafel liggen en de invalshoeken hierop uit de literatuur. Tot slot zijn de plus- en minpunten van de voorstellen vergeleken en getoetst aan effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid om zo uiteindelijk tot een voorstel voor een goede oplossing te komen.

1.3 Onderzoeksvraag

De vraag die met dit onderzoek moet worden beantwoord luidt als volgt:

Welke dispariteiten kunnen ontstaan bij kapitaalverstrekkingen aan buitenlandse dochterentiteiten en welke voorstellen zijn er om deze dispariteiten op te heffen? Welk voorgestelde aanpassing is het best als wordt getoetst aan de criteria voor een goed belastingstelsel?

Allereerst kunnen dispariteiten zowel op het niveau van de moeder- als dochterentiteiten ontstaan. Omwille van het aantal pagina's beperk ik mij tot de dochterentiteiten. Daarnaast kan het begrip kapitaalverstrekking zowel vanuit het buitenland als vanuit Nederland worden beoordeeld. Ik richt mij op de gevallen waarin de geldverstrekking de kwalificatie vanuit het Nederlands (civiele en fiscale) recht heeft.

Vervolgens zal de toetsing plaatsvinden aan de hand van de criteria van een goed belastingstelsel: effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid. Deze criteria zijn nader gedefinieerd in het toetsingskader.

Een antwoord op de hoofdvraag wordt onderzocht aan de hand van de volgende vragen:

- Wanneer is er bij buitenlandse rechtsvormen sprake van een (niet-)transparante entiteit voor de Nederlandse vennootschapsbelasting?
- Wanneer is buitenlandse (civielrechtelijk) kapitaal tevens kapitaal voor de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling?
- Welke dispariteiten kunnen door deze Nederlandse fiscale behandeling ontstaan en waarom moeten de dispariteiten worden voorkomen?
- Welke wijzigingen worden door de OESO, de EC en in de literatuur voorgesteld om deze dispariteiten op te heffen?
- Welke oplossing verdient de voorkeur?

1.4 Afbakening

Het probleem rondom hybride entiteiten wordt in een breed scala bekeken, omdat het een probleem is dat zich mondiaal voordoet. Daarbij richt ik me zowel op de dispariteiten in verdragssituaties met Nederland als op dispariteiten zonder een oplossing door middel van een specifieke verdragsbepaling. De classificatie van Nederlandse rechtsvormen is ook verschillend binnen de Nederlandse belastingwetgeving (welteverstaan het onderscheid tussen directe en indirecte belastingen). Hierbij zal ik uitgaan van de classificatie in de Wet VPB 1969.

In het kader van mijn scriptie zijn er kortweg twee dispariteiten die ik onderzoek, waarbij situaties van dubbele (non-)heffing ontstaan. Wanneer geld wordt verstrekt aan een buitenlandse entiteit is het enerzijds mogelijk dat de entiteit waaraan geld wordt verstrekt verschillend wordt geclassificeerd. Anderzijds kan de geldverstrekking verschillend worden gekwalificeerd. In laatstgenoemde situatie laat ik de zelfstandige kwalificatie van geldleningen buiten beschouwing. Andere dispariteiten zoals de verrekenprijzen (*transfer pricing*) laat ik eveneens buiten beschouwing.

1.5 Onderzoeksopzet

In het tweede hoofdstuk is uitgelegd wat de hybride entiteit is. Vervolgens is ingaan op de verschillende invalshoeken voor de classificatie van deze entiteiten. Daarna is gekeken naar de constructies die hier opgetuigd kunnen worden met dubbele belasting tot gevolg of, en dat komt vaker voor, dubbele non-heffing.

In hoofdstuk drie is behandeld wat civielrechtelijk onder kapitaal wordt verstaan. Vervolgens is gekeken naar de kwalificatie van kapitaal in de fiscaliteit. Daarna is de kwalificatie van buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal in Nederland behandeld.

Het vierde hoofdstuk staat in het teken van dispariteiten. Allereerst zijn de nadelen van dispariteiten behandeld. Daarnaast komen onder andere concrete praktijkvoorbeelden aan bod.

In hoofdstuk vijf zijn de wijzigingen tot op heden behandeld. Vervolgens is gekeken naar de huidige voorstellen tot mogelijke oplossingen. Hierbij is het voorstel van de EC tot de aanpassing van de Moeder-Dochterrichtlijn en punt 2 uit het BEPS-rapport van de OESO besproken. Daarnaast ga ik ook in op visies uit de literatuur. Bij de oplossingen heb ik rekening gehouden met mogelijke obstakels.

In het zesde hoofdstuk toets ik de bevindingen aan de criteria van een goed belastingstelsel. Aan de hand van deze analyse geef ik een aanbeveling van wat in mijn optiek het beste voorstel is. Tot slot volgt een alomvattende conclusie in hoofdstuk zeven.

1.6 Toetsingskader

De oplossingen zijn onderling vergeleken aan de hand van de drie criteria van een goed belastingsysteem: rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Dit zijn begrippen waarvan de invulling deels afhankelijk is van de maatschappelijke opvattingen op een bepaald moment in de tijd. De maatschappelijke opvattingen zijn vooral te zien bij het begrip rechtvaardigheid. Dat er door dispariteiten niet wordt geheven, wordt in toenemende mate als onrechtvaardig ervaren door maatschappelijke organisaties (NGO's) en het grote publiek (zie paragraaf 4.2.6). Daarnaast dient een regeling niet uit te monden in willekeur. Effectiviteit weerspiegelt in hoeverre het doel van de wetgever om dubbele (non-) heffing te voorkomen wordt bereikt. Efficiëntie ziet tot slot op de uitvoerbaarheid van de maatregelen om tot een gerichte oplossing te komen. Deze moet redelijkerwijs haalbaar en niet (te) complex zijn. In het geval dat regelingen ongewenst verder reiken dan beoogt (*overkill*) dan wel niet alle beoogde doelen worden behaald (*underkill*), is geen sprake van volledige efficiëntie.

HOOFDSTUK 2 – CLASSIFICATIE VAN SAMENWERKINGSVERBANDEN

2.1 Inleiding

In mijn hoofdvraag focus ik mij op kapitaalverstrekkingen aan entiteiten. In het civiele recht is een onderscheid gemaakt tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Voor het fiscale recht worden personenvennootschappen doorgaans aangemerkt als transparant en kapitaalvennootschappen doorgaans als niet-transparant¹⁶, maar ook daar zijn uitzonderingen op. Dit hoofdstuk betreft de classificatie voor de Wet VPB 1969, Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en de Wet op de Dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965). De Wet op de Omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB 1968) classificeert entiteiten niet altijd hetzelfde als in de hiervoor genoemde wetten, dus blijft voor de rest van de scriptie om die reden buiten beschouwing. Een open commanditaire vennootschap (hierna: open CV) zoals is gedefinieerd in artikel 2, derde lid, onderdeel c Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR) is een verbijzondering van de personenvennootschap voor het fiscale recht. Bij een transparante vennootschap wordt niet het samenwerkingsverband, maar de achterliggende participanten belast. Bij een niet-transparante vennootschap is het samenwerkingsverband zelfstandig aan de belasting onderworpen. De vraag is wanneer een buitenlandse rechtsvorm voor de Nederlandse vennootschapsbelasting (niet-) transparant is. Na de classificatie van een entiteit is immers duidelijk welk subject al dan niet belastingplichtig is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Het verschil tussen een kapitaalvennootschap en personenvennootschap is uiteengezet in paragraaf 2.2.

Samenwerkingsverbanden die zijn opgericht naar het buitenlands recht kunnen naar Nederlandse standaarden gemengde kenmerken van kapitaal- en personenvennootschappen bezitten, waardoor in die situaties sprake is van een classificatieprobleem. Deze samenwerkingsverbanden staan bekend als de hybride entiteiten. Indien een hybride entiteit tussen een Nederlandse en buitenlandse samenwerkingsverband is geplaatst kunnen belastingplichtigen gebruik maken van het feit dat een dergelijke entiteit in Nederland als transparant en in het buitenland als niet-transparant wordt geclassificeerd of vice versa. Het doel van een dergelijke structuur is doorgaans om een dubbele non-heffing te realiseren. De situaties waarin sprake is van een classificatieprobleem en de classificatiemethoden die zijn te herleiden uit de literatuur zijn behandeld in paragraaf 2.3.

In paragraaf 2.4 is de jurisprudentie omtrent bepaalde buitenlandse samenwerkingsverbanden besproken. De rechtsregels van de gerechtshoven en de Hoge Raad zijn (deels) overgenomen in het classificatiebesluit. Dit besluit vormt slechts een richtlijn voor de classificatie van buitenlandse

¹⁶ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58, p. 2

samenwerkingsverbanden. Een besluit is slechts bindend voor de besluitgever, en niet voor belastingplichtige. Ook zijn bepaalde samenwerkingsverbanden niet te classificeren aan de hand van de vragen in het classificatiebesluit. Naast het (eenzijdige) besluit kent Nederland ook specifieke verdragsbepalingen. Het unilateraal en bilateraal beleid van Nederland zijn behandeld in paragraaf 2.5. In paragraaf 2.6 volgt een deelconclusie.

2.2 Kapitaalvennootschap of personenvennootschap?

2.2.1 Inleiding

Ten eerste moet duidelijk zijn wanneer er sprake is van een kapitaalvennootschap of een personenvennootschap, dan wel in het bijzonder van een open CV. De verschillen per type samenwerkingsverband zijn per aspect uitgewerkt. In het Nederlandse civiele recht zijn de naamloze vennootschap (NV), besloten vennootschap (BV) en de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid (CVOA) normaliter als kapitaalvennootschap aangemerkt.¹⁷ De type personenvennootschappen zijn de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. De maatschap is doorgaans een samenwerkingsvorm voor de uitoefening van het vrije beroep. Bij de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap wordt doorgaans een bedrijf uitgeoefend.

2.2.2 Oprichting

Een kapitaalvennootschap is een rechtspersoon ontstaan door oprichting bij notariële akte (artikel 2:64/2:175, tweede en derde lid BW). Daarnaast beschikt een kapitaalvennootschap over vennootschapsorganen: de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA), de raad van commissarissen (RvC) en het bestuur (Boek 2 BW). Met het houden van een kapitaalvennootschap wordt in beginsel beoogd om een vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van de aandeelhouders te realiseren. Het ontbreken van dat voordeel als een op zichzelf staand doel doet niet af aan de classificatie als kapitaalvennootschap. De inbreng anders dan geld moet naar economische maatstaven kunnen worden gewaardeerd, en omvat niet het recht op het verrichten van werk of een dienst (artikel 2:80b, eerste lid jo. 2:191b, eerste lid BW).

De personenvennootschap heeft daarentegen geen rechtspersoonlijkheid en ontstaat bij wijze van overeenkomst, mondeling dan wel schriftelijk, tussen twee of meer vennoten met het doel om winst te behalen. Iedere vennoot brengt arbeid, geld en/of (het genot van) goederen in (artikel 7A:1662, eerste lid BW).

¹⁷ Gemakshalve zal ik in het vervolg alleen ingaan op de NV en BV, tenzij anderszinds genoodzaakt is.

2.2.3 Aandeel of deelgerechtigdheid?

Zoals het begrip kapitaalvennootschap al aanduidt gaat het om een vennootschap met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. Een belangrijk verschil in dit kader is dat bij de kapitaalvennootschap en (fiscaal) de open CV sprake is van een aandeel in het kapitaal, maar bij de personenvennootschap sprake is van een deelgerechtigdheid in het vermogen. Een aandeel is krachtens artikel 2:79 BW een gedeelte waarin het maatschappelijk kapitaal bij statuten is verdeeld. Voor de besloten vennootschap spreekt artikel 2:190 BW van een stemrecht en/of een aanspraak op de uitkering van de winst of reserves. In beginsel worden gelijke rechten en plichten naar verhouding van het (nominale) bedrag per aandeel toegekend, wat volgens de Hoge Raad kenmerkend is voor een aandeel.¹⁸ Indien in het buitenland aandelen zonder nominale waarde zijn uitgegeven, oordeelt de Hoge Raad dat aansluiting wordt gezocht met de grootheid of de grootheden in het desbetreffende buitenlands recht die naar Nederlandse begrippen zoveel mogelijk het nominaal kapitaal benaderen.¹⁹ De uitkering van winst (artikel 2:105, zesde lid jo. 2:216, zesde lid BW) of inzake vereffening van het vermogen (artikel 2:23b, eerste lid BW) is tevens in verhouding tot het nominaal bedrag van een aandeel.

Een vennoot in een personenvennootschap is in juridische en/of economische zin deelgerechtigd tot de goederen die behoren tot het vennootschapsvermogen. Het vennootschapsvermogen vormt een goederenrechtelijke gemeenschap (een onverdeeldheid), wat betekent dat de goederen en schulden toekomen aan alle vennoten, maar de schulden tevens op elk van de vennoten verhaalbaar is. De vennoten zijn mede-eigenaar van dezelfde goederen. Dit betekent overigens niet dat de deelgerechtigdheid tot de goederen tevens behoort tot de gemeenschap van goederen waarin de vennoot is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan.²⁰ De vennoten zijn veelal in verhouding tot hun inbreng gerechtigd door hun deelneming in de vennootschap.²¹ Daarnaast mogen de vennoten onderling de winst- en verliesverdeling bepalen. De winst mag niet slechts aan één vennoot toekomen, het verlies wel (artikel 7a:1672 BW).

2.2.4 Aansprakelijkheid

Artikel 2:64/2:175, eerste lid BW stelt dat een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap niet persoonlijk aansprakelijk is voor de handelingen van een kapitaalvennootschap. De rechtspersoonlijkheid heeft tot gevolg dat de aandelen een afgescheiden, zelfstandig vermogen

¹⁸ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288, r.o. 5.8

¹⁹ HR 11 maart 1998, nr. 30 936, BNB 1998/265

²⁰ Zie o.a. HR 6 januari 1960, nr. 14 161, BNB 1960/52; HR 13 maart 1963, nr. 14 998, BNB 1963/117; Rb. Noord-Nederland (Voorzieningenrechter) 25 juni 2014, nr. C/17/134245/KG ZA 14-138, RFR 2014/116

²¹ M. van Olffen, *Personenvennootschappen*, Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/155 en 2010/157

vormen. Schuldeisers mogen slechts aanspraak maken op het zakelijk vermogen. Hoofdelijke aansprakelijkheid is mogelijk bij onder andere onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement (artikel 2:138/2:248 BW) of een misleidende voorstelling van de jaarrekening (artikel 2:139/2:249 en 2:150/2:260 BW). Artikel 2:105, tweede lid/2:216, eerste lid BW bepaalt dat een winstuitkering slechts plaatsvindt indien het eigen vermogen hoger is dan de wettelijke dan wel statutaire reserves (NV: verhoogd met het gestort en opgevraagd deel van het kapitaal), ook wel de balanstest genoemd. Voor de BV is hoofdelijke aansprakelijkheid tevens mogelijk in het geval de betaling van de opeisbare schulden na uitkering in gevaar komt (uitkeringstest). De bestuurders moeten in dat geval het tekort aan de BV vergoeden (artikel 2:216, derde lid BW).

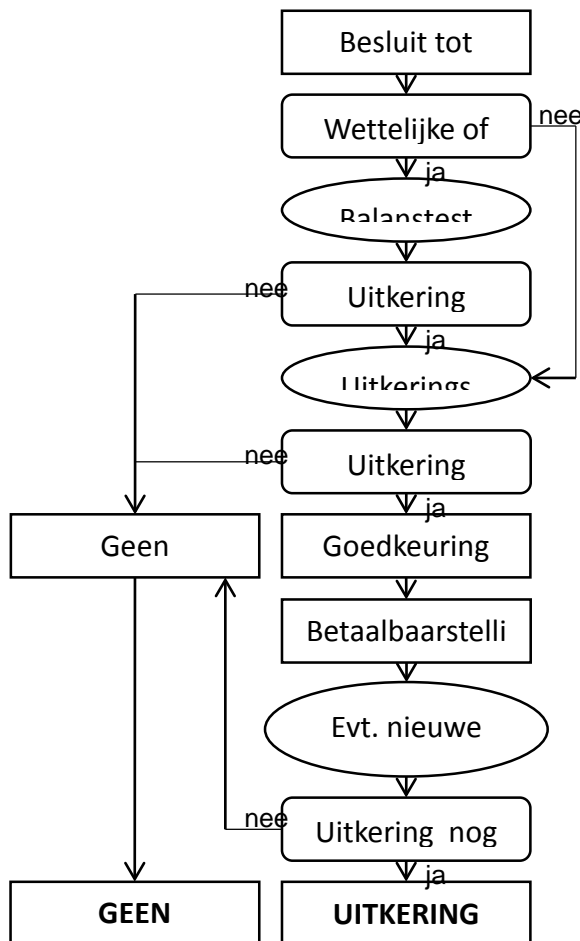
Een commanditaire vennootschap heeft minimaal één beherend en één commanditaire (stille) vennoot. De beherend vennoot is doorgaans actief in de vennootschap en is hoofdelijk aansprakelijk. Artikel 20 van het Wetboek van Koophandel (hierna: WvK) stelt dat de commanditaire vennoot slechts aansprakelijk is voor de eigen inbreng en niet naar buiten mag treden. In artikel 21 WvK is bepaald dat een commanditaire vennoot die toch naar buiten treedt hoofdelijk verbonden is voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap, dus ook schulden en verbintenissen die betrekking hebben op de periode vóór de beheersdaden. Zodra de beheersdaden zijn verricht is sprake van een materiële aansprakelijkheid. De hoofdelijke verbondenheid loopt door tot het moment van staking van het samenwerkingsverband.²² De commanditair vennoot is vanaf het moment dat de beheersdaden zijn verricht tevens ondernemer voor de Wet IB 2001.²³ Zoals ik eerder heb behandeld is in het fiscale recht sprake van een onderscheid tussen een besloten en open CV. Bij de besloten CV is toestemming van alle vennoten noodzakelijk voor de toe- en uittreding van zowel commanditaire als beherende vennoten. Krachtens artikel 2, derde lid, onderdeel c AWR is toestemming van alle vennoten niet noodzakelijk bij de open CV. De open CV is in tegenstelling tot de besloten CV niet-transparant voor het commanditaire deel en belastingplichtig voor de Wet VPB

²² *Kamerstukken II 1999/00*, 26 727, nr. 17, p. 62 (Nota naar aanleiding van het nader verslag)

²³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 6 februari 2010, nr. DGB2010/671M, Stcrt. 2010, 2094, BNB 2010/159. Dit punt is gewijzigd ten opzichte van het Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 september 2003, nr. CPP2003/1711M, V-N 2003/49.8 ten gevolge van de uitspraak van de Hoge Raad in HR 23 januari 2009, nr. 43963, BNB 2009/99. Vóór 6 februari 2010 was na een beheersdaad niet direct sprake van ondernemerschap.

1969. Het behorende deel van de open CV is transparant krachtens artikel 9, eerste lid, onderdeel e Wet VPB 1969²⁴.

Ook bij de vennootschap onder firma is iedere vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden. De maten van de maatschap zijn slechts aansprakelijk voor gelijke delen van de schuld. Schuldeisers kunnen bij personenvennootschappen aanspraak maken op zowel het zakelijk als privévermogen.



Kortom, het onderscheid tussen de type samenwerkingsverbanden is niet in een regel samen te vatten. Er moet worden teruggekeken naar de kenmerken zoals beschreven in onder andere het Burgerlijk Wetboek. Door de ontwikkelingen in het vennootschapsrecht, zoals de flexibilisering van het BV-recht sinds 1 oktober 2012, is het steeds lastiger om het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen duidelijk te houden. Met de flex-BV is het bijvoorbeeld mogelijk om aandelen uit te reiken met slechts stemrecht of slechts winstrecht, waardoor niet iedere aandeelhouder deelt in het resultaat dan wel zeggenschap heeft. Daarnaast is de oprichting van de BV mogelijk met €0,01 startkapitaal (vóór 1 oktober 2012: €18.000 startkapitaal), waardoor de inbreng

bij oprichting van een BV en een personenvennootschap vrijwel gelijk is. Het intrekken van het wetsvoorstel voor Boek 7, Titel 13 BW inzake personenvennootschappen is naar mijn mening positief vanuit het perspectief dat het onderscheid niet nog verder wordt verkleind. Indien dit voorstel ingevoerd zou zijn, zouden de huidige personenvennootschappen vervallen en vijf nieuwe personenvennootschappen in de plaats komen. Dit zou het onderscheid tussen een kapitaal- en personenvennootschap beslechten, mede omdat de nieuwe personenvennootschappen

²⁴ Zie ook HR 7 juli 1982, nr. 20 655, BNB 1982/268

rechtspersoonlijkheid zouden kunnen verkrijgen. In dat geval zou de vraag of het verschil in de fiscale behandeling van personenvennootschappen nog houdbaar is nog nadrukkelijker naar voren komen. Naar mijn mening is de grens tussen een personenvennootschap en kapitaalvennootschap nu het best te herleiden uit de aansprakelijkheid. De participanten in een personenvennootschap zijn zowel voor het zakelijk als privévermogen aansprakelijk, terwijl de aandeelhouders in een kapitaalvennootschap alleen voor het zakelijk vermogen aansprakelijk zijn. Het tweede belangrijke verschil is dat bij een personenvennootschap het regelend recht het uitgangspunt is, en bij een kapitaalvennootschap het dwingend recht, onder andere vanwege het institutioneel karakter van de rechtspersonen zoals ook blijkt uit Boek 2 BW. Met de flexibilisering van het BV-recht is het dwingend recht nog steeds het uitgangspunt, maar is ook ruimte voor het regelend recht wat onder andere is te herleiden uit de verdelingsvrijheid van het winst- en stemrecht. In het huidige BV-recht is er ruimte om de interne structuur van de vennootschap naar eigen wensen in te richten. Het is mogelijk om 'bij de statuten' een regeling te treffen in afwijking van de wet, mits de regeling tevens in de statuten is opgenomen. De verwijzing naar de inhoud van een (aandeelhouders)overeenkomst is met andere woorden niet voldoende indien de bedoelde regeling niet in de statuten is opgenomen.²⁵

De eisen van de oprichting, het onderscheid tussen een aandeel en deelgerechtigdheid, en het verschil in aansprakelijkheid zorgen voor een grens tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Het is begrijpelijk dat gezien het, wellicht voor velen, vage onderscheid de vraag opkomt waarom niet slechts personenvennootschappen dan wel slechts kapitaalvennootschappen bestaan.

2.2.5 Terug in de tijd: de relevantie van het onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen

De vraag is of een onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen daadwerkelijk relevant is. Zoals eerder naar voren kwam, is het fiscale recht het verlengde van het civiele recht. Voor het fiscale recht zou het, indien er geen onderscheid zou zijn, ook niet meer nodig zijn om buitenlandse entiteiten te classificeren voor Nederlandse belastingdoeleinden.

Tot 1602 kenden we slechts handelsvennootschappen waarbij de inbrenger het risico liep zijn inleg te verliezen, zoals typerend is voor de personenvennootschappen van nu. Met de komst van de Vereenigde Oost-Indische Compagnie (hierna: VOC) in 1602 was kapitaal nodig om risicovolle en jarenlange expedities te financieren. De kapitaalbrengers liepen slechts risico tot de eigen inbreng

²⁵ R.H.A. Franken, M.J. van Vliet, *Het nieuwe BV-recht*, Fiscaal Actueel nr. 14, 2014/1.2

en kregen een winstuitkering naar verhouding van het aandeel. De VOC wordt dan ook beschouwd als de eerste NV. De VOC (1602 – 1798) was ten tijde van het Wetboek van Koophandel (hierna: WvK; tegenwoordig voor een groot deel omgezet in het Burgerlijk Wetboek) een ‘bijzondere maatschapsvorm’. Na de ondergang van de VOC was de handel sterk gedaald, maar met de opening van het Suezkanaal in 1870 werd Oost-Indië weer een handelsgebied waarna 175 NV’s werden opgericht in 1909. De NV wordt sinds 1928/1929 als rechtspersoon gezien. In 1957 wilde de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG) tevens richtlijnen invoeren om de vennootschapswetgevingen van de lidstaten te harmoniseren, voor het eerst vastgesteld in 1968. Ten gevolge van deze richtlijn is het sinds 29 juni 1971 mogelijk om een BV op te richten, waarmee tegelijkertijd in 1970/1971 het NV-recht wederom ingrijpend is gewijzigd. Het BV-recht is sinds 1 oktober 2012 geflexibiliseerd.²⁶

Uit het voorgaande blijkt dat het verschil in belang van een samenwerkingsverband²⁷ het bestaan van zowel de personenvennootschap als de kapitaalvennootschap rechtvaardigt. De ontwikkelingen in het vennootschapsrecht zijn niet relatief lang geleden in werking getreden, waardoor de komende jaren redelijkerwijs genoeg ontwikkelingen te verwachten zijn. De volgende stap is om een buitenlandse samenwerkingsverband die mogelijk gemengde kenmerken heeft in te delen in een categorie ten behoeve van de fiscale regelgeving.

2.3 Classificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden

Uit paragraaf 2.2 komt naar voren dat er geen duidelijk onderscheid is tussen kapitaalvennootschappen, personenvennootschappen en de open CV. Indien Nederland (of ieder ander land) voor de classificatie van een buitenlandse entiteit de classificatie van het buitenland zou gebruiken, zou er geen hybride entiteit zijn. Het classificatieprobleem ontstaat echter doordat Nederland een autonome benadering hanteert, waardoor de situatie is gecreëerd dat een naar

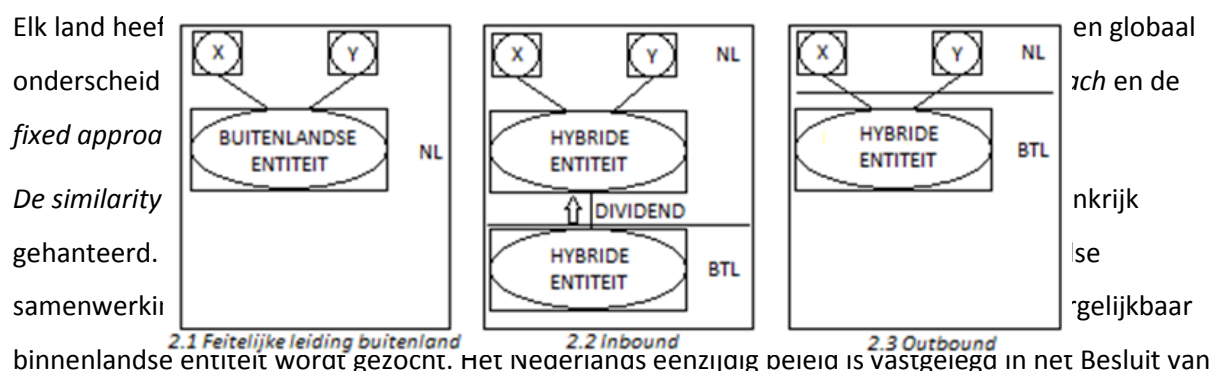
²⁶ P.L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Kluwer, 2003, p. 3-12

²⁷ Een samenwerkingsverband dat gericht is op lange termijn, grootschalige projecten waar veel budget voor nodig is zal doorgaans investeerders aantrekken die niet meer risico dan de inbreng willen lopen. Vennoten van een plaatselijke advocatenkantoor gericht op particulieren zijn doorgaans bereid een groter risico dan de inbreng te lopen.

buitenlands recht opgerichte vennootschap gemengde kenmerken van een Nederlands samenwerkingsverband heeft. Het classificatievraagstuk speelt in drie gevallen:

1. Een naar buitenlands recht opgericht samenwerkingsverband heeft de feitelijke leiding in een andere staat (woonstaat);
2. Een naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverband (woonstaat) met inkomsten in een andere staat (bronstaat). Dit is de inboundsituatie;
3. Een binnenlandse participant (woonstaat) met inkomsten uit een samenwerkingsverband gevestigd in een andere staat (bronstaat). Dit is de outboundsituatie.²⁸

De eerste situatie ziet op een verschil in de gehanteerde heffingsbeginselen (het land van oprichting hanteert het nationaliteitsbeginsel), of de situatie waarin de plaats van feitelijke leiding in twijfel wordt getrokken. Er is geen sprake van een grensoverschrijdende situatie waar de classificatieproblematiek aan bod komt, dus dit onderdeel blijft in het vervolg van deze scriptie buiten beschouwing. De inboundsituatie ziet op de ontvangst van een inkomensbestanddeel uit het buitenland. De outboundsituatie komt voor in situaties waarbij de deelnemingsvrijstelling al dan niet wordt toegepast.



²⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, FED nr. 39, Kluwer: Deventer, 2013, p. 181

²⁹ J. Barenfeld, *Taxation of cross-border partnerships*, IBFD 2005, Doctoral Series, Volume 9, p. 111 e.v.

³⁰ W.H.H. Bolhaar, *Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches*, NTFR-A 2013/10, p. 2

11 december 2009³¹ waarin naar een vergelijkbaar samenwerkingsverband wordt gezocht door beantwoording van vier vragen met betrekking tot het juridisch eigendom van het vermogen, de aansprakelijkheid van de participanten, het houden van een in aandelen verdeeld kapitaal en de toetreding en vervanging van participanten (zie paragraaf 2.5).

De *elective approach* is bijvoorbeeld terug te zien in het Amerikaanse 'check-the-box system', waarbij kan worden gekozen of het binnenlandse of buitenlandse samenwerkingsverband als transparant (*partnership of disregarded entity*) dan wel niet-transparant (*corporation*) is aan te merken. In de Treasury Regulations, Subchapter F, Reg. 301.7701-2, onder (b)(8)(i)-(v) is tevens een regeling opgenomen waardoor niet alle entiteiten als *corporation* mogen worden gekwalificeerd. In beginsel is geen verdragstoepassing mogelijk als de achterliggende participanten worden belast. Dit wordt genuanceerd, omdat de Verenigde Staten met artikel 24, vierde lid in het verdrag Nederland – Verenigde Staten 1992 mogelijk misbruik van het 'check-the-box system' beogen te voorkomen. Naar mijn mening is het 'check-the-box system' een onaantrekkelijke methode, omdat door te opteren mogelijkheden tot *tax planning* ontstaan. De Amerikaanse CV/BV-structuur of de BV1/BV2-structuur zijn daar praktijkvoorbeelden van.

Verder is een *fixed approach* mogelijk. Met deze methode worden alle buitenlandse entiteiten op één manier behandeld, dus transparant of niet-transparant. Deze methode wordt bijvoorbeeld in Italië gehanteerd, waar alle buitenlandse samenwerkingsverbanden als niet-transparant worden beschouwd. Er wordt een uitzondering gemaakt voor Controlled Foreign Companies (hierna: CFC's)³², die voor fiscale doeleinden als transparant wordt behandeld.

Tot slot is een *symmetrical approach* mogelijk. Met deze methode wordt classificatie van het vestigingsland van de entiteit als uitgangspunt genomen voor de heffing. Het nadeel van deze benadering is dat landen de autonomie op het gebied van belastingheffing opgeven. Dit is dan ook de reden dat dit systeem niet door alle landen wordt toegepast.³³ *Stevens* ondervindt het nadeel dat buitenlandse samenwerkingsverbanden mogelijk niet hetzelfde worden behandeld als vergelijkbare binnenlandse samenwerkingsverbanden, wat in zijn optiek grondwettelijk dan wel EG-rechtelijk problematisch kan zijn.³⁴ *Pancham* stelt daarentegen dat als wordt gelet op de autonomie van landen bij de afbakening van het belastingobject, de keuze voor de erkenning van de buitenlandse status of voor een onafhankelijke benadering in beginsel vrij is. De voorwaarde is dat het gevolg van deze keuze binnen de grenzen van de fiscale jurisdictie zoals vastgesteld in de rechtspraak van het Hof van

³¹ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58

³² Ondernemingen in het buitenland die gehouden worden door een inwoner van een ander land

³³ W.H.H. Bolhaar, *Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches*, NTFR-A 2013/10, p. 4

³⁴ A.J.A. Stevens, *Hybride entiteiten en belastingverdragen*, MBB 2010/4, p. 2

Justitie EU (hierna: HvJ EU) inzake de vrije verkeersbepalingen vallen.³⁵ Hieruit volgt in mijn optiek dat een verschil in behandeling van een buitenlandse entiteit en vergelijkbare binnenlandse entiteit een louter binnenlandse situatie is. Er is dus ook geen sprake van een schending van de vrije verkeersbepalingen in het EU-recht.

Zoals gezegd hanteert Nederland de *similarity approach*. Door de autonome benadering ontstaat een classificatieprobleem. Voor slechts een beperkt aantal buitenlandse samenwerkingsverbanden is duidelijk hoe de classificatie in Nederland dient te zijn.

2.4 Jurisprudentie

2.4.1 Inleiding

Tot nu toe is uiteengezet wat het verschil tussen een kapitaalvennootschap, personenvennootschap en open CV in Nederland is. Vervolgens zijn diverse classificatiemethoden besproken, zoals deze zijn af te leiden uit de literatuur. In deze paragraaf komen de verschenen arresten op het gebied van de classificatieproblematiek (chronologisch) aan bod. Het aantal verschenen arresten is schaars, maar in de meest recente arresten zijn criteria opgesteld die tevens de basis vormen voor de vragen in het classificatiebesluit. Het classificatiebesluit wordt toegepast op buitenlandse samenwerkingsverbanden waarvan de classificatie niet blijkt uit de jurisprudentie.

2.4.2 Wet op de Inkomstenbelasting 1914

De eerste uitspraken betreffende de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden dateren van meer dan 60 jaar geleden, nog onder de Wet IB 1914. In een tweetal arresten stond de vraag centraal of het samenwerkingsverband al dan niet als buitenlands belastingplichtig lichaam werd aangemerkt. Het criterium van de Hoge Raad was in beide gevallen of de gemaakte winst toekomt aan de achterliggende vennoten of niet. Dit materieel criterium geldt ook onverkort voor artikel 3 Wet VPB 1969. Het voorgaande resulteert tevens in belastingplicht voor de vennoten zodra de vennoten aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Dit betekent dus ook dat, ook al heeft een lichaam rechtspersoonlijkheid naar het recht van oprichting en wordt de rechtspersoonlijkheid erkend naar Nederlands internationaal privaatrecht, de erkenning zelf niet genoeg is om als genietter van binnenlands inkomen onder artikel 3 Wet VPB 1969 te vallen.³⁶

In B. 3569³⁷ oordeelt de Hoge Raad dat een Duitse offene Handelsgesellschaft (hierna: OHG) zowel in Duitsland als in Nederland als fiscaal transparant aangemerkt. De winst komt dus toe aan de

³⁵ S.R. Panchar, *Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie*, MBB 2010/4, p. 5-6

³⁶ A.J. van Soest, *Belastingen*, Kluwer: Deventer, 2007, p. 493

³⁷ HR 31 december 1924, B. 3569

achterliggende vennoten. In Duitsland is de OHG geregeld in §105-§160 van het *Handelsgesetzbuch* (hierna: HGB). De OHG wordt opgericht om handelsdaden te verrichten, maar is geen rechtspersoon. Echter bezit ze de bevoegdheid om zelfstandig aan het rechtsverkeer deel te nemen en kan ze voor zichzelf in rechte optreden (*legitima persona standi in iudicio*, §124 HGB). De OHG is het meest vergelijkbaar met de Nederlandse vennootschap onder firma.³⁸

In B. 6925³⁹ was in geschil hoe een Franse Société à responsabilité limitée (hierna: Société) geclassificeerd werd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechten en verplichtingen toekomen aan de Société en niet aan de (gezamenlijke) individuele deelgenoten. De Société wordt aangemerkt als lichaam, dus de winst is niet rechtstreeks toerekenbaar aan de achterliggende vennoten.

2.4.3 Franse Société Civile d'Immobilie⁴⁰

Belanghebbende in het arrest bezit alle participaties in een Franse Société Civile d'Immobilie (hierna: SCI) die onroerende zaken verhuurt. De SCI heeft verlies geleden en belanghebbende wil dit als negatieve inkomsten uit vermogen aanmerken. Het Hof oordeelt dat de participaties '*rechten die niet op goederen zijn gevestigd*' zijn, zoals bedoeld in artikel 24 Wet op de Inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964). Het negatief resultaat is geen voordeel uit de participaties. Belanghebbende wil zich beroepen op het begrip *lichaam* uit artikel 3, eerste lid, onderdeel e van het verdrag met Frankrijk. Het begrip *lichaam* omvat *elke rechtspersoon of elke eenheid die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld*. Het Hof verwerpt dit punt door ervan uit te gaan van dat in Frankrijk is gekozen om de SCI als rechtspersoon te behandelen. Het negatief resultaat is niet aan te merken als een uitdeling zoals in artikel 10 van het verdrag. (Mogelijke) transparantie in Frankrijk doet niet af aan de Nederlandse classificatie.

2.4.4 Duitse GmbH & Co. KG⁴¹

Een GmbH & Co. KG is een personenvennootschap die in Duitsland als transparant wordt aangemerkt. In het arrest heeft de GmbH & Co. KG als doel het verwerven, verhuren en verpachten van onroerende zaken in Nederland. Uit het Besluit van 8 september 1999⁴² (vraag 7) komt naar voren dat de classificatie als besloten commanditaire vennootschap afhankelijk is van de statutaire bepalingen en feitelijke gedragingen. De Inspecteur is van mening dat sprake is van een besloten commanditaire vennootschap. Het Hof verwijst in ro. 5.6 naar BNB 1953/142⁴³ waarin uitdrukkelijk is

³⁸ W.J. Slagter, *Personenassociaties*, Groene Serie: 4. Duitsland, p. 1

³⁹ HR 7 juni 1939, B. 6925

⁴⁰ Hof Arnhem 18 maart 1992, nr. 89/1926, V-N 1992/1884

⁴¹ Hof Arnhem, 13 april 2000, nr. 00/0101, V-N 2000/40.5

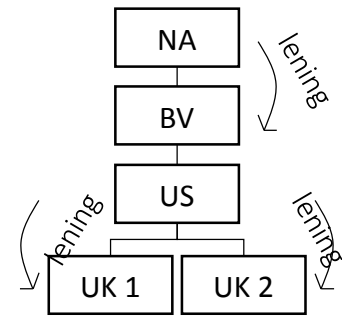
⁴² Besluit staatssecretaris van Financiën 8 september 1999, nr. DB 99/2344, V-N 1999/46.12

⁴³ HR 25 maart 1953, nr. 11 276, BNB 1953/142

bepaald dat hetgeen in de statuten met betrekking tot het toestemmingsvereiste bepalen doorslaggevend is voor de classificatie als open of besloten commanditaire vennootschap. Het Hof oordeelt dat uit het Gesellschaftsvertrag nimmer blijkt dat de toestemming van A GmbH nodig is, omdat A GmbH niet deelneemt in het kapitaal van de GmbH & Co. KG. De GmbH & Co. KG moet dus, aldus het Hof, worden aangemerkt als een open CV.

2.4.5 Amerikaanse *limited liability company*⁴⁴

Belanghebbende in dit arrest is een houdster- en financieringsmaatschappij in Nederland (hierna: BV) die 20% van de aandelen houdt in een Amerikaanse *limited liability company* (hierna: US LLC), opgericht naar het recht van de staat Delaware. Deze US LLC houdt 100% van de aandelen in twee vennootschappen gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. In geschil is of de participatie in de US LLC een deelneming is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling (artikel 13 Wet VPB 1969).



Het Hof stelt duidelijke criteria voor het oordeel of de US LLC al dan niet transparant is in Nederland, namelijk aansprakelijkheid van de participanten, eigendom van de onderneming en het houden van het feitelijk rekening en risico. In de Verenigde Staten is de US LLC in beginsel transparant, tenzij is geopteerd voor zelfstandig belastingplicht (r.o. 5.2). In Nederland is sprake van gemengde kenmerken van een besloten vennootschap en een vennootschap onder firma. In dit arrest zijn de participanten slechts aansprakelijk tot de inleg, is de onderneming van de US LLC eigendom van die US LLC, en wordt de onderneming niet feitelijk voor rekening en risico van de participanten gedreven. Naar Nederlands recht is aldus het Hof sprake van een transparante entiteit. De Verenigde Staten zijn niet verplicht deze classificatie te volgen. De US LLC heeft een in aandelen verdeeld kapitaal, wat volgens het Hof economisch en maatschappelijk vergelijkbaar is met een besloten vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal (r.o. 3.3.1). Door de aandeelhoudersverhouding tussen de BV en de US LLC is duidelijk sprake van een deelneming. Het Hof concludeert dat de US LLC een niet-transparante entiteit met een in aandelen verdeeld kapitaal is.

Belanghebbende is in cassatie gegaan, maar de Hoge Raad verklaart het beroep ongegrond. De Hoge Raad en de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) oordelen in BNB 2006/288c⁴⁵ namelijk bevestigend op de aangehaalde punten van het Hof. De toetsing voor (niet-) transparantie geschiedt wederom aan

⁴⁴ Hof Amsterdam 18 februari 2004 (opgenomen in BNB 2006/288)

⁴⁵ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288

de hand van de drie genoemde criteria. De Hoge Raad laat het criterium van vrije toe- en uittreding zoals opgenomen in het Besluit van 18 december 2004 achterwege.

In BNB 2012/12⁴⁶ is in geschil of een US LLC opgericht naar de staat van Ohio niet-transparant is, waarbij het aansprakelijkheids criterium ter discussie is gesteld. In de Verenigde Staten is geopteerd voor transparantie. Belanghebbende (X BV) wil zijn herinvesteringsreserve aanwenden door een 98% belang in US LLC te verwerven. In tegenstelling tot het arrest BNB 2006/288 is de aansprakelijkheid van de leden van de US LLC in de *operating agreement* uitgebreid tot bankschulden en overige schulden aan derden.

Rechtbank Arnhem⁴⁷ oordeelt aan de hand van de criteria in BNB 2006/288 dat de US LLC niet-transparant is. De onderneming van de US LLC is diens eigendom en de leden zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor de schulden, verplichtingen en aansprakelijkheden van de US LLC. De doorslaggevende overweging is dat er geen stukken zijn geleverd waaruit de feitelijke aansprakelijkheid met betrekking tot bepaalde schulden duidelijk werd.

Het Hof Arnhem⁴⁸ stelt verder vast dat de leden slechts tot het ingelegd vermogen aansprakelijk zijn. De extra aansprakelijkheden opgenomen in de *operating agreement* doen niet af aan het oordeel met betrekking tot de aansprakelijkheid van de leden, omdat de aansprakelijkheid niet voortvloeit uit het lidmaatschap als zodanig, maar uit de eis om op die wijze überhaupt een lidmaatschap te krijgen. Uit de nationale wet van Ohio volgt ook dat een afwijking van de beperkte aansprakelijkheid van de leden in de US LLC niet mogelijk is.

De Hoge Raad komt net als de Rechtbank en het Hof tot de conclusie dat de US LLC niet-transparant is in Nederland. De Hoge Raad houdt hierbij de benadering van de buitenlandse nationale wet (Ohio) aan om te oordelen in hoeverre leden aansprakelijk zijn voor de schulden. Naar mijn mening is dit tevens de beste grondslag om tot het eindoordeel te komen. .

In de arresten onder de Wet IB 1914 is transparantie gekoppeld aan de vraag of de winst al dan niet toekomt aan de achterliggende participanten. Bij de Franse SCI komt naar voren dat Nederland een autonome benadering hanteert. Bij de Duitse GmbH is het criterium met betrekking tot de toestemmingsvereiste benoemd. In de Amerikaanse LLC-arresten komen voor het eerst drie van de vier vragen uit het Besluit van 11 december 2009 naar voren (aansprakelijkheid van de participanten, eigendom van de onderneming en het houden van het feitelijk rekening en risico). Tezamen met het vierde criterium van het classificatiebesluit (vrije overdraagbaarheid van de participaties) zijn de

⁴⁶ HR 23 september 2011, nr. 10/03724, BNB 2012/12

⁴⁷ Rb. Arnhem 29 april 2009, nr. AWB 08/213 en 08/214, V-N 2009/40.2.5

⁴⁸ Hof Arnhem 13 juli 2010, nr. 09/00178 en 09/00179, V-N 2010/48.1.3

criteria al indirect af te leiden uit de arresten voor de LLC-arresten. Indien de classificatie van een type samenwerkingsverband niet is af te leiden uit de arresten wordt getoetst aan de vragen in het classificatiebesluit.

2.5 Nederlands beleid

2.5.1 Inleiding

Zoals ook in paragraaf 2.3 werd vermeld classificeert Nederland buitenlandse entiteiten door een vergelijkbare Nederlandse entiteit te vinden aan de hand van vier vragen in het Besluit van 11 december 2009. Het Nederlands beleid is dus niet vastgelegd in de belastingwetgeving, maar is voorbehouden aan de rechter. Het (eenzijdig) beleid van de staatssecretaris komt naar voren in het classificatiebesluit, maar is slechts bindend voor de Belastingdienst. Nederland poogt ook bilateraal met behulp van specifieke bepalingen in verdragen tot een classificatie te komen. Indien sprake is van een specifieke verdragsbepaling geldt die bepaling als het beleid tussen de verdragspartners (*lex specialis*) en komen belastingplichtigen niet aan het classificatiebesluit toe.⁴⁹

⁴⁹ In artikel 94 Grondwet is bepaald: “*Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.*” Ook hanteert Nederland het monistisch stelsel, wat betekent dat verdragen direct doorwerken en het is niet zoals in een dualistisch stelsel nodig om de verdragsbepalingen eerst om te zetten in een nationale bepaling (zie C. van Raad, *Cursus Belastingrecht IBR*, IBR.3.1.3.B).

2.5.2 Beleid tot 2009

Om het huidig beleid van Nederland beter te begrijpen ga ik in deze paragraaf kort in op het beleid dat tot 2009 werd aangehangen. Nederland kende al een eenzijdig beleid met betrekking tot de verdragstoepassing op hybride entiteiten voordat de OESO het Partnership Report had gepubliceerd, namelijk het Besluit van 19 maart 1997.⁵⁰ Aan de orde is of de achterliggende participanten van een entiteit die zelf niet kwalificeren voor verdragstoepassing zich kunnen beroepen op het verdrag tussen Nederland en de woonstaat van deze participanten. In het Besluit is in het kader van redelijke verdragstoepassing goedgekeurd dat de ten laste van de achterliggende participanten ingehouden dividendbelasting mag worden verminderd tot het tarief zoals opgenomen in het desbetreffend verdrag, indien en voor zover de achterliggende participanten een beroep hadden kunnen doen op het dividendartikel wanneer ze de dividenden rechtstreeks hadden genoten. De vermindering is naar rato van het aandeel in het vermogen in de buitenlandse entiteit. De vermindering wordt ook toegepast als ter zake van de hybride entiteit sprake is van buitenlands belastingplicht in Nederland. Het Besluit is tevens van toepassing op de achterliggende participanten die inwoner zijn van een derde land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten. In dit Besluit werd de eis gesteld dat het aandeel in het vermogen van de hybride entiteit minstens een onafgebroken jaar gehouden moest worden. De voorwaarden van inwonerschap en uiteindelijk gerechtigde zijn nog terug te zien in bijvoorbeeld het verdrag met België 2001, maar de bezitseijs komt niet terug in specifieke verdragsbepalingen.

Volledigheidshalve merk ik op dat Nederland het Besluit van 18 september 1997⁵¹ heeft ingetrokken bij het Besluit van 18 december 2004.⁵² Laatstgenoemd Besluit dient ter vervanging van Onderdeel Vb van het Besluit van 18 september 1997. Het Besluit van 18 december 2004 is geactualiseerd in het Besluit van 11 december 2009⁵³, waarbij tevens de weging en formulering van de classificatievragen zijn aangepast. Een van de belangrijke wijzigingen is dat de bijlage van het classificatiebesluit in 2004 nog dwingend was, maar sinds 2009 is overgegaan op een classificatie afhankelijk van het specifieke vennootschapscontract. De wijziging is naar mijn mening terecht, omdat een equivalent meer concreet kan worden bepaald, namelijk door de kenmerken in het vennootschapscontract. Dat de kenmerken uit het vennootschapscontract wel degelijk relevant zijn sluit aan bij BNB 2012/12 (toets aan de *operating agreement*). De keerzijde is dat minder rechtszekerheid voor de belastingplichtigen

⁵⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 1997, nr. IFZ 97/204M, BNB 1997/168

⁵¹ Besluit van 18 september 1997, DGO97/00417, BNB 1998/15

⁵² Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88

⁵³ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58

kan worden ontleend aan het besluit.⁵⁴ Waar de grens tussen de (indicatieve) classificatie in het besluit is ten aanzien van een classificatie anderzijds is niet geheel duidelijk.

2.5.3 Het Besluit van 11 december 2009

Het Nederlands beleid kan worden afgeleid uit de jurisprudentie en komt er kort gezegd op neer dat aan de hand van het buitenlandse civiele recht wordt gekeken naar de relevante juridische kenmerken van het buitenlandse samenwerkingsverband en vervolgens naar een vergelijkbaar Nederlandse samenwerkingsverband wordt gezocht (*similarity approach*). De methode is naar mijn mening niet onbegrijpelijk, omdat wordt beoogd om een buitenlandse samenwerkingsverband gelijk te behandelen als een Nederlandse equivalent. Het probleem ontstaat als er geen één-op-één Nederlands equivalent te vinden is, omdat sommige buitenlandse samenwerkingsverbanden gemengde kenmerken van Nederlandse samenwerkingsverbanden bevatten (zie bijvoorbeeld de US LLC in BNB 2006/288).

De besluitgever heeft voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden vier toetsingscriteria opgenomen in het Besluit van 11 december 2009:

(A) Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?

Het juridisch eigendom volgt uit het civiele recht. Op grond van het civiele recht moet het samenwerkingsverband vermogensbestanddelen kunnen verwerven en verplichtingen kunnen aangaan. Het juridisch eigendom kan tevens worden verkregen ten gevolge van een inschrijving in het handelsregister of een register van een vergelijkbaar instituut. Door de inschrijving heeft het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid verkregen. Uit deze toelichting van het Besluit volgen geen cumulatieve voorwaarden. Daardoor kan ook een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid welke op eigen naam vermogensbestanddelen kan verwerven juridisch eigendom hebben en niet slechts een buitenlandse entiteit met rechtspersoonlijkheid. In het Besluit van 18 december 2004⁵⁵ stond het voor de Duitse AG&Co KG, GmbH&Co KG, KG en OHG niet vast of volgens het Duitse civiele recht de eigendom bij het samenwerkingsverband kan liggen. In het vernieuwd Besluit is dit twijfelgeval weggenomen, en is die vraag bij alle vier samenwerkingsverbanden bevestigend beantwoord.

(B) Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?

Bij de beperkte aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid gemaximeerd tot het ingelegd vermogen

⁵⁴ Zie ook A.J.A. Stevens, *Het nieuwe classificatiebesluit*, NTFR-B 2010/12, p. 3

⁵⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88, p. 10

dan wel de volstortverplichting. Dit is bijvoorbeeld terug te zien bij de commanditaire vennoot in een open CV. Bij de onbeperkte aansprakelijkheid is er geen gemaximeerd vast bedrag. In het Besluit van 18 december 2004 was deze vraag nog omgedraaid: *“Is er ten minste één participant onbeperkt aansprakelijk voor de schulden en verplichtingen van het samenwerkingsverband?”* In de toelichting stond dat onder de onbeperkte aansprakelijkheid ook de hoofdelijke aansprakelijkheid als de aansprakelijkheid voor gelijke delen viel. Verder kon dit zowel de primaire als secundaire (na liquidatie of faillissement) onbeperkte aansprakelijkheid zijn. Secundair houdt in dat eerst de vennootschap is aangesproken voordat crediteuren verhaal hebben op het privévermogen van de participanten. Onbeperkte aansprakelijkheid van de participanten kan daarnaast zowel intern als extern zijn. Intern geldt dat het bestuur verantwoordelijk is voor een behoorlijke taakvervulling jegens de rechtspersoon (artikel 2:9 BW). Extern geldt dat de bestuurders verantwoordelijk zijn voor de nakoming en het rechtmatig handelen jegens derden (onder andere crediteuren). Participanten zijn, zoals bestuurders in een rechtspersoon, ook zowel intern als extern aansprakelijk. Het aansprakelijkheids criterium kan ruim of eng worden uitgelegd. *Van Kempen* stelt in de Geschriften van de Vereniging van de Belastingwetenschap (hierna: de Vereniging) voorstander te zijn voor een ruime uitleg van het aansprakelijkheids criterium. De onbeperkte aansprakelijkheid van een of meer participanten voor de schulden van het samenwerkingsverband moet bepalend zijn. *Van Kempen* ziet tezamen met de commissie van de Vereniging⁵⁶ geen reden om een onderscheid in een rechtstreeks externe aansprakelijkheid of een interne aansprakelijkheid te maken, welke tot uitdrukking komt in een onbegrensde bijstortingsplicht bij liquidatie van het samenwerkingsverband.⁵⁷ Naar mijn mening is dit een terecht punt, aangezien ook geen onderscheid wordt gemaakt tussen de primaire en secundaire aansprakelijkheid. Het omkeren van de formulering in het vernieuwd Besluit zorgt slechts voor meer eenvoud, omdat een toelichting overbodig is geworden. Inhoudelijk zijn er geen wijzigingen.

(C) Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?

Aandelen zijn overdraagbare participaties. Het kapitaal in maatschappelijke zin wordt gelijkgesteld met een in aandelen verdeeld kapitaal indien het vennootschappelijk kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige gedeelten (participaties). De participaties moeten recht geven op een evenredig deel in zowel de winst en liquidatie-uitkering als in de zeggenschap. Het vereiste van de evenredige

⁵⁶ De Commissie Samenwerkingsverbanden bestaat op 31 januari 2001 uit R.W. Tieskens (voorzitter), A.H.M. Daniels, F.A. Engelen, M.L.M. van Kempen, J. Kluit en A.J.A. Stevens

⁵⁷ M.L.M. van Kempen, *Rapport en bespreking van het rapport Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 223, p. 83-84

verdeling van zeggenschap werd niet gesteld in het LLC-arrest in 2006⁵⁸, waardoor kan worden gesteld dat de besluitgever in het vernieuwd Besluit een stap verder is gegaan. Ten aanzien van het Besluit van 18 december 2004 is verder de zinsnede “...in civielrechtelijke zin” toegevoegd.

(D) Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

De regeling betreffende toetreding of vervanging van participanten is geregeld in de statuten of bij overeenkomst op grond van de wettelijke bepalingen. Om de vraag te kunnen beantwoorden worden de statuten of de overeenkomst beoordeeld en getoetst aan het Besluit van 11 januari 2007.⁵⁹ Dit Besluit is specifiek op ‘vraag D’ van het classificatiebesluit gericht en is tevens een aanvulling op artikel 2, derde lid, onderdeel c AWR, waarin de definitie van een open CV is gegeven. De toelichting is ten aanzien van het Besluit van 18 december 2004 uitgebreid door te verwijzen naar de wettelijke bepalingen, en door de toetsing van de statuten dan wel overeenkomst aan het Besluit van 11 januari 2007.

Het buitenlandse samenwerkingsverband wordt aangemerkt als een kapitaalvennootschap als tenminste drie van de vier bovenstaande vragen bevestigend kunnen worden beantwoord of in gevallen waarin vaststaat dat de aansprakelijkheid van alle participanten in een samenwerkingsverband beperkt is tot hun inleg dan wel volstortingsverplichting, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming ook overigens niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven.⁶⁰ In de gevallen dat niet aan de criteria van een kapitaalvennootschap wordt voldaan, is sprake van een personenvennootschap. Een personenvennootschap is in beginsel transparant, tenzij [a] het buitenlandse samenwerkingsverband overeenkomt met een Nederlandse (open) commanditaire vennootschap of [b] indien de personenvennootschap als een kapitaalvennootschap deelneemt in het economisch verkeer.

Ad a

Het eerste punt waarop wordt beoordeeld, is of het samenwerkingsverband overeenkomsten met de Nederlandse commanditaire vennootschap heeft. Het Besluit somt zes kenmerken op waaraan moet worden voldaan. Er moet in ieder geval (1) een onderneming worden gedreven. Hierin moet (2) minimaal één beherend en één commanditaire vennoot zijn. Hierbij moet (3) de beherend vennoot onbeperkt of voor een gelijk deel aansprakelijk zijn, zoals onder *vraag B* is behandeld. De commanditaire vennoot is slechts intern draagplichtig tot maximaal het door hem ingelegd vermogen (4). De commanditaire vennoot mag krachtens artikel 20 en 21 WvK geen externe daden

⁵⁸ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288, r.o. 5.6

⁵⁹ Besluit Minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, Stcrt. 2007, 15, V-N 2007/8.15

⁶⁰ Zie HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288

van beheer en bestuur verrichten (5). Rechtbank Haarlem⁶¹ heeft geoordeeld dat een paragraaf uit de CV-akte van eiser (commanditair vennoot) waaruit hoofdelijke aansprakelijkheid jegens door de bank verstrekte kredietfaciliteiten ontstaat dient te worden aangemerkt als een persoonlijke verbondenheid tegenover een bepaalde crediteur. Dit is niet hetzelfde als een verbondenheid voor verbintenissen betreffende (de onderneming van) de commanditaire vennoot, waardoor geen sprake is externe daden van beheer en bestuur. In BNB 2009/99⁶² is sprake van een commanditair vennoot die tevens directeur en enig aandeelhouder is van de BV die beherend vennoot is. De Hoge Raad oordeelt dat hier strijd is met het beheersverbod, en de commanditair vennoot dus hoofdelijk aansprakelijk is. Tot slot (6) heeft de vennootschap geen in aandelen verdeeld kapitaal.

Indien aan deze zes kenmerken wordt voldaan komt het samenwerkingsverband overeen met een Nederlandse commanditaire vennootschap, waarna moet worden beoordeeld of sprake is van een open CV zoals in artikel 2, derde lid, onderdeel c AWR. Dit komt naar voren in *vraag D*, dus bij een bevestigend antwoord is sprake van een niet-transparant lichaam (open CV).

Ad b

Het is tevens mogelijk dat een samenwerkingsverband meer overeenkomsten met een besloten commanditaire vennootschap vertoont. In dat geval worden de antwoorden van *vraag C* en *vraag D* in combinatie met het arrest BNB 1978/13⁶³ getoetst om te oordelen of toch sprake is van deelname aan het maatschappelijk verkeer als kapitaalvennootschap. Dit is het geval indien er sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal⁶⁴ en vrij overdraagbare participaties, en dus een niet-transparant lichaam.

Indien *ad a* en *ad b* ontkennend zijn beantwoord is alsnog sprake van een transparant lichaam.

Naar het standpunt van de besluitgever vormen deze criteria een juiste richtlijn. Door de beantwoording van deze vragen wordt beoordeeld of sprake is van een transparante, non-transparante of CV-achtige entiteit. Lichamen zoals in artikel 2, eerste lid, onderdeel b en c Wet VPB 1969 (onder andere coöperaties) vallen buiten het derde toetsingscriterium, waardoor nogmaals duidelijk is dat deze criteria niet bepalend zijn.

⁶¹ Rb. Haarlem 15 december 2008, nr. 08/4134, V-N 2009/29.13

⁶² HR 23 januari 2009, nr. 43963, BNB 2009/99

⁶³ HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13

⁶⁴ Een uitgebreide behandeling van *in aandelen verdeeld kapitaal* volgt in hoofdstuk 3

2.5.4 Specifieke verdragsbepalingen

2.5.4.1 Inleiding

Nederland heeft ook specifieke bepalingen in bepaalde verdragen opgenomen. Specifieke bepalingen hebben als voordeel dat een classificatieverschil wat kan leiden tot een dubbele heffing of dubbele vrijstelling wordt voorkomen. Indien sprake is van een classificatie ten gevolge van de toepassing van een specifieke verdragsbepaling worden de criteria van het classificatiebesluit niet toegepast. De verdragen met zo een specifieke bepaling worden in deze paragraaf behandeld.

2.5.4.2 Verdrag Nederland – België 2001

In het verdrag met België zijn twee protocolbepalingen met betrekking tot hybride entiteiten opgenomen. Het classificatieverschil doet zich onder andere voor bij maatschappen, vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen en (Belgische) tijdelijke verenigingen.⁶⁵ In Protocol I, punt 2 is de doelstelling van de bepaling opgenomen, namelijk het voorkomen van dubbele (non-)heffing. Na toepassing van de bepaling mag er geen dubbele heffing dan wel totale of gedeeltelijke vrijstelling blijven bestaan. De belasting, het inkomen en het vermogen van de vennootschap worden als fictie toegerekend aan de gerechtigden tot de vennootschap naar rato van de gerechtigdheid tot het vermogen in de vennootschap. Voorkoming wordt verleend door de belasting die is geheven ten laste van de vennootschap bij de gerechtigden naar een ieder zijn aandeel te verrekenen met de belasting die de gerechtigden zelf over het inkomen en/of vermogen verschuldigd zijn in de andere verdragssluitende staat. Daarnaast zal de vestigingsstaat niet heffen over winstuitdelingen aan gerechtigden indien die inwoner is van de andere verdragssluitende staat.

Protocol I, punt 4, onderdeel b biedt rechtszekerheid voor hybride entiteiten. Indien sprake is van een classificatieverschil kan op verzoek van de vennootschap de staat waarin de vennootschap als zodanig wordt belast de bepalingen van de hoofdstukken III, IV en V van het verdrag toepassen. Het verdrag wordt toegepast in de mate waarin die zou worden toegepast indien ieder van de achterliggende gerechtigden zijn aandeel rechtstreeks zou hebben genoten en/of bezeten. Dit doet niet af aan het feit dat de staat waarin de vennootschap als zodanig wordt belast volgens zijn nationale wet de grondslag voor belastingheffing bepaalt, en slechts in zoverre vermindert als

⁶⁵ H.N. de Bruijn, *Nederlandse belastingverdragen met België, Luxemburg en Duitsland*, Kluwer: Deventer, 2009, p. 26-27

rechtstreeks uit voorgaande voortvloeit. Deze protocolbepaling is in wezen een concretisering van punt 7 uit het reeds behandelde Besluit van 19 maart 1997.⁶⁶

2.5.4.3 Verdrag Nederland – Indonesië 2002 en vergelijkbare verdragen⁶⁷

In het verdrag met Indonesië is in het protocol, punt I een bepaling voor hybride entiteiten opgenomen waarbij bevoegde autoriteiten maatregelen mogen nemen om enerzijds dubbele heffing te voorkomen, maar waarbij anderzijds wordt voorkomen dat door de verdragstoepassing inkomsten deels of in het geheel niet in de heffing worden betrokken. Nederland heeft eenzelfde type bepaling in meerdere verdragen opgenomen, doch enkele tekstuele nuanceringen daargelaten (dus: *participant tegenover gerechtigde, lichaam tegenover eenheid*). In het verdrag met Albanië is tevens een toevoeging opgenomen waardoor bevoegde autoriteiten in noodzakelijke gevallen mogen afwijken van de nationale wetgeving, mits de regeling wel in overeenstemming is met de context van het verdrag.

De bepaling in het verdrag met Indonesië (en de expliciete oplossingen die zijn opgenomen in de verdragsbepalingen van Uganda en Slovenië) sluiten aan bij hetgeen in de eerste volzin van Protocol I, punt 2 in het verdrag met België is opgenomen. In tegenstelling tot het verdrag met België laat het verdrag met Indonesië de ruimte open om na onderling overleg te komen tot een adequate oplossing.

2.5.4.4 Verdrag Nederland – Verenigde Staten 1992 (Protocol 2004) en vergelijkbare verdragen⁶⁸

In het verdrag met de Verenigde Staten is per 1 januari 2005 een protocol opgenomen met daarin een specifieke bepaling met betrekking tot hybride entiteiten. De bepaling heeft betrekking op een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel welke verkregen is van een entiteit die door een van de verdragssluitende staten als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Het bedoelde bestanddeel wordt behandeld als zijnde verkregen door een inwoner van een staat, voorzover het bestanddeel krachtens het belastingrecht van die staat wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van een inwoner. Artikel 24, vierde lid van het verdrag komt inhoudelijk overeen met de

⁶⁶ H.N. de Bruijn, *Nederlandse belastingverdragen met België, Luxemburg en Duitsland*, Kluwer: Deventer, 2009, p. 36

⁶⁷ Georgië (2002): Protocol, onderdeel I, punt 2; Albanië (2004): Protocol, onderdeel II; Slovenië (2004): Protocol, onderdeel II; Uganda (2004): Protocol, onderdeel I; Ghana (2008): Protocol, onderdeel II; Oman (2009): Protocol, onderdeel II; Panama (2010): Protocol, onderdeel II; zie [bijlage 1A](#) voor de verdragsteksten. Nog nader in werking te treden: Ethiopië (2012), Protocol, onderdeel I, punt 2

⁶⁸ Barbados (2006): Protocol, onderdeel 1, punt 2; Bahrein (2008): Protocol, onderdeel A, punt 2 en 3; Verenigd Koninkrijk (2008): artikel 22, derde lid; Japan (2010): artikel 4, vijfde lid, onderdeel d en e; Zwitserland (2010): Protocol, onderdeel I; Noorwegen (1990, Protocol 2013): Protocol, onderdeel IB; zie [bijlage 1B](#) voor de verdragsteksten.

uitgangspunten die in het OESO Partnership Report naar voren komen. De verdragsbepaling ziet alleen op een verschil in de behandeling van samenwerkingsverbanden, en niet op een (mogelijk) verschil in de behandeling van inkomensbestanddelen.⁶⁹ De toepassing van artikel 24, vierde lid van het verdrag blijft achterwege als de hybride entiteit deelneemt in een in Nederland gevestigd lichaam dat in of via Nederland reële activiteiten verricht.⁷⁰

De hoofdregel is dat de bronstaat de classificatie en daarmee dus de allocatie van inkomensbestanddelen van de woonstaat volgt.⁷¹ De *Memorandum of Understanding*⁷² bij het Protocol bevat twee bepalingen. Volgens de eerste bepaling hoeft het bronland de classificatie en dus tevens allocatie van het woonland voor een hybride entiteit gevestigd in het bronland niet te volgen indien deze entiteit in het woonland als transparant en in het bronland als niet-transparant wordt gekwalificeerd. Deze bepaling gaat tegen de bepaling van artikel 24, vierde lid van het verdrag in, maar uit het OESO Partnership Report (punt 131) is te herleiden dat de meerderheid van de OESO-lidstaten deze visie onderkent, omdat vanuit de bronstaat bezien sprake is van een binnenlandse situatie. Deze bepaling is tevens opgenomen in de verdragen met Bahrein, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk. De gedachte achter deze bepaling is naar mijn mening niet onbegrijpelijk, omdat door deze bepaling de bronstaat niet wordt belemmerd in de uitvoering van diens nationale wet.⁷³ Een dergelijke oplossing wordt niet geboden in de twee andere type specifieke verdragsbepalingen.

Volgens de tweede bepaling kunnen bevoegde autoriteiten ondanks de toepassing van artikel 24, vierde lid van het verdrag toch verdragsvoordelen toekennen, zelfs als het inkomensbestanddeel in de woonstaat niet wordt behandeld als een inkomensbestanddeel dat door een inwoner is verkregen, mits bij rechtstreekse verkrijging de achterliggende participant in de woonstaat een belastingvrijstelling zou krijgen. Dit is bijvoorbeeld ook terug te zien in artikel 22, vierde lid in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk.

Naast het verdrag met de Verenigde Staten heeft Nederland in diverse andere verdragen een soortgelijke bepaling opgenomen. Deze bepalingen komen op enkele tekstuele nuanceringen na overeen. In de verdragen met de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland is tevens een bepaling opgenomen waardoor vrijgestelde pensioenfondsen die inkomsten verwerven via een hybride entiteit gebruik kunnen maken van de verdragsvoordelen. Het verdrag met Bahrein is het enige verdrag dat ook een expliciete voorkomingsbepaling heeft opgenomen als de hybride entiteit is

⁶⁹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 632, nr. 3, p. 29 (Memorie van Toelichting)

⁷⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M, BNB 2005/280

⁷¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 632, nr. 3, p. 29 (Memorie van Toelichting)

⁷² *Memorandum of Understanding*, onderdeel XIV, Trb. 2004, nr. 166, p. 38

⁷³ OESO Partnership Report, punt 64

gevestigd in de bronstaat en daar als niet-transparant wordt aangemerkt. De strekking van het Besluit van 19 maart 1997 is terug te zien in het onder andere het verdrag met het Verenigd Koninkrijk, waarbij de eis dat de participant tenminste een onafgebroken jaar zijn aandeel in het vermogen van de hybride entiteit heeft moeten houden niet meer in specifieke verdragsbepalingen is opgenomen. Naar mijn mening is dit begrijpelijk, mits er in het desbetreffend verdrag een antimisbruikbepaling is opgenomen (bijvoorbeeld een *main purpose test*).

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wanneer er voor buitenlandse rechtsvormen sprake is van een (non-)transparante entiteit voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Allereerst is aandacht besteed aan het begrip kapitaalvennootschap. Daarbij is duidelijk geworden dat een eenduidige definitie ontbreekt, maar dat classificatie mogelijk is aan de hand van een aantal kenmerken. Verder is het mogelijk dat sprake is van een personenvennootschap of (fiscaal meer specifiek) een open CV. Met de komst van onder andere de flex-BV is de grens tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen vervaagd.

Vervolgens is besproken wanneer er sprake is van een classificatieprobleem. Ten eerste is dit het geval bij een samenwerkingsverband in Nederland met een feitelijke leiding in het buitenland, waarbij dubbele heffing mogelijk is door de gehanteerde heffingsbeginselen. Deze situatie is niet grensoverschrijdend, dus blijft verder onbesproken. Daarnaast is een naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverband (woonstaat) met inkomsten in een andere staat (bronstaat) mogelijk, ofwel de inboundsituatie. Tot slot kan sprake zijn van een binnenlandse participant (woonstaat) met inkomsten uit een samenwerkingsverband gevestigd in een andere staat (bronstaat). Dit is de outboundsituatie. Er zijn doorgaans vier classificatiemethoden te herleiden uit de literatuur: de *similarity approach* zoals onder andere Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk hanteren, de *elective approach* zoals bekend uit het 'check-the-box system' in de Verenigde Staten, de *fixed approach* zoals Italië hanteert of de *symmetrical approach* zoals de OESO in het Partnership Report voorstelt.

Ondanks de classificatiemethoden is discussie over de classificatie van een bepaald samenwerkingsverband mogelijk. Van een (beperkt) aantal samenwerkingsverbanden is de classificatie bepaald na het oordeel van een gerechtshof of de Hoge Raad. Ondanks de gewezen arresten staat nog steeds niet voor elk type samenwerkingsverband de classificatie vast. In dat geval wordt getoetst aan de vragen in het classificatiebesluit.

Nederland hanteert de *similarity approach* en heeft het eenzijdig beleid tegenwoordig vastgelegd in het Besluit van 11 december 2009, maar deze is slechts bindend voor de besluitgever. Classificatie

vindt plaats na beoordeling van het juridisch eigendom, de aansprakelijkheid van de participanten, het aandelenkapitaal en de toetredingsvereisten. Daarnaast hanteert Nederland een bilateraal beleid dat is vastgelegd in de belastingverdragen of het daarbij behorende protocol.

Na dit hoofdstuk is duidelijk dat de classificatie van hybride entiteiten niet altijd vast staat. Voor de kwalificatie van buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal is het tevens mogelijk dat een geldverstrekking gemengde kenmerken van een geldlening of kapitaalverstrekking heeft. Hoofdstuk 3 is gericht op de kwalificatie van buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.

HOOFDSTUK 3 – KWALIFICATIE VAN GELDVERSTREKKINGEN

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is naar voren gekomen wanneer er voor buitenlandse rechtsvormen sprake is van een (non-)transparante entiteit voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. De hoofdvraag is gericht op dispariteiten die kunnen ontstaan door geldverstrekkingen aan buitenlandse dochtervennootschappen. In dit hoofdstuk staat het kapitaalbegrip centraal. De vraag die wordt beantwoord, is wanneer buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal tevens kapitaal is voor de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. In paragraaf 3.2 zijn daarom de werking, voorwaarden en relevante begrippen van de deelnemingsvrijstelling uitgewerkt.

Om een geldverstrekking te kwalificeren is het eerst nodig om de kenmerken van een geldlening en (aandelen)kapitaal te kennen. In paragraaf 3.3 ligt de focus op het begrip geldverstrekking. Allereerst is het begrip geldlening behandeld, en zijn kort de drie hybride leningen aangestipt die in het civiele recht de vorm van vreemd vermogen hebben, maar in het fiscale recht als eigen vermogen worden behandeld. Een verdiepende benadering van de zelfstandige herkwalificatie van de geldleningen valt buiten de reikwijdte van mijn scriptie. Vervolgens behandel ik de vormen van kapitaalverstrekkingen in Nederland. Naast de ‘gewone’ aandelen die een vennootschap kan verstrekken is het namelijk mogelijk om aandelen onder andere voorwaarden te verstrekken of slechts de certificaten van aandelen te houden. Verder kan een converteerbare obligatie worden verstrekt, waardoor niet direct kapitaal wordt aangetrokken, of kan een optie op aandelen staan die meegesleept kan worden.

Zodra duidelijk is wat voor Nederlandse (civiele en fiscale) doeleinden als kapitaal wordt aangemerkt ontstaat een maatstaf om buitenlands kapitaal te kwalificeren. Het is mogelijk dat buitenlands civielrechtelijk kapitaal voor Nederlandse begrippen gemengde kenmerken van een geldlening en een kapitaalverstrekking heeft, de zogenoemde hybride financieringsinstrumenten. Het is al duidelijk dat een geldlening voor fiscale doeleinden in drie gevallen wordt geherkwalificeerd als een kapitaalverstrekking, maar in paragraaf 3.4 komt naar voren wat de visie in de literatuur is op een mogelijke herkwalificatie van een kapitaalverstrekking tot een geldlening voor 7 februari 2014.

De Hoge Raad heeft zijn oordeel over dit vraagstuk namelijk uitgesproken in twee arresten op 7 februari 2014. In BNB 2014/79 (Australische RPS-arrest) is sprake van een grensoverschrijdende situatie en BNB 2014/80 (bankensyndicaatarrest) betreft een binnenlandse situatie. Indien een herkwalificatie mogelijk is, ontstaan nieuwe mogelijkheden tot belastingplanning. Als anderzijds het civiele recht onder alle omstandigheden leidend is blijft de rechtszekerheid gewaarborgd. De Hoge Raad benoemt in beide arresten een mogelijke toepassing van *fraus legis*, een begrip dat zorgvuldig aan bod is gekomen in de winstdrainagearresten. De behandeling van BNB 2014/79 en BNB 2014/80,

en de verhouding van deze arresten met de winstdrainagearresten komen aan de orde in paragraaf 3.5. Uiteraard hebben ook verscheidene auteurs hun visie gegeven over de uitspraak. De bespreking van verschillende visies en oordelen door auteurs over de overwegingen van de Hoge Raad volgt tevens in paragraaf 3.5. In paragraaf 3.6 volgt een alomvattende conclusie.

3.2 Deelnemingsvrijstelling

3.2.1 Inleiding

Uit de hoofdvraag van deze scriptie komt naar voren dat er dispariteiten zijn bij een geldverstrekking aan een buitenlandse dochterentiteit. In dit hoofdstuk ligt de focus specifiek op de dispariteiten bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

De deelnemingsvrijstelling is uitgewerkt in artikel 13 e.v. Wet VPB 1969. Het eerste lid luidt:

“Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).”

De deelnemingsvrijstelling is geen faciliteit, maar vindt toepassing zodra aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan. Kort gezegd worden voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking gelaten. De voordelen omvatten zowel de positieve als de negatieve waardeveranderingen bij de dochtervennootschap. Verder moeten de voordelen zijn ontstaan in de hoedanigheid van aandeelhouder om onder de deelnemingsvrijstelling te vallen. Het doel van de deelnemingsvrijstelling is om economisch dubbele heffing⁷⁴ binnen een concern te voorkomen. Door de vrijstelling worden de winsten die door de dochtervennootschap (deelneming) zijn uitgekeerd niet nogmaals bij de moedervennootschap belast. Bij de moedervennootschap is er geen sprake van een heffing dan wel een aftrek, uitzonderingen daargelaten.⁷⁵

3.2.2 Voorwaarden

Vanaf artikel 13, tweede lid Wet VPB 1969 is opgesomd wanneer sprake is van een deelneming. In het tweede lid, onderdeel a is ten eerste sprake van een deelneming indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.⁷⁶ Een minderheidsbelang kan tevens

⁷⁴ Economisch dubbele heffing houdt in dat hetzelfde belastingobject bij twee subjecten in de heffing wordt betrokken. Nederland hanteert van oudsher het klassiek stelsel waardoor uitdelingen van de winst (het object) door de dochtervennootschap eerst wordt belast met de vennootschapsbelasting, en de aandeelhouders vervolgens onder de inkomstenbelasting vallen (twee subjecten).

⁷⁵ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 307, nr. 3, p. 4 (Memorie van Toelichting)

⁷⁶ Ervan uitgaande dat geen sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming waarbij de deelnemingsverrekening van toepassing is.

onder de deelnemingsvrijstelling vallen door de meetrek- of meesleepregeling (vijfde lid). In de volzin van het tweede lid, onderdeel a is het begrip 'in aandelen verdeeld kapitaal' van belang. Dit begrip komt vaker voor in de Nederlandse belastingwetgeving (o.a. artikel 2, eerste lid, onderdeel a Wet VPB 1969), maar een nadere definitie ontbreekt.

De Hoge Raad heeft reeds in BNB 1978/13⁷⁷ geoordeeld dat voor '*andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld*' zoals in artikel 2, eerste lid, onderdeel a Wet VPB 1969 als maatstaf geldt dat het vennootschappelijk kapitaal van de vennootschap al dan niet in gelijke of evenredige aandelen is verdeeld. Daarnaast is mede bepalend of de vennootschap naar haar aard economisch en maatschappelijk overeenstemt met de naamloze vennootschap, besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of open CV. In BNB 2006/288⁷⁸ is tevens de gerechtigdheid tot de winst naar rato van het belang van de participanten beslissend, in casu participanten in een US LLC.

3.2.3 Economisch en juridisch dubbele heffing

In paragraaf 2.5.4 zijn de specifieke verdragsbepalingen behandeld. De verdragsbepalingen zien op juridisch dubbele heffing, ofwel een subject (persoon) wordt ten aanzien van een object (bijvoorbeeld rente, interest, royalty of vermogenswinst) door twee instanties in de heffing betrokken. Dit ontstaat door een combinatie van het woonstaat-, bronstaat- en nationaliteitsbeginsel.⁷⁹ De belastingverdragen leiden ertoe dat slechts een land (instantie) heffingsbevoegd is. Een verdrag zorgt er slechts voor dat duidelijk is wie mag heffen, maar kan niet zelfstandig belastingplicht creëren.⁸⁰ De deelnemingsvrijstelling ziet daarentegen op de voorkoming van economisch dubbele heffing, waarbij over een object wordt geheven bij twee subjecten (door eenzelfde of verschillende instanties).⁸¹ Door middel van belastingverdragen wordt dubbele (niet-) heffing voorkomen door een specifieke (classificatie)bepaling op te nemen. Met de deelnemingsvrijstelling wordt dubbele (niet-)heffing⁸² voorkomen door tegenover de heffing (vrijstelling) een aftrek (geen aftrek) te plaatsen. De deelnemingsvrijstelling en het verdrag hangen ook samen, omdat de deelnemingsvrijstelling als objectvrijstelling ervoor zorgt dat de grondslag

⁷⁷ HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13

⁷⁸ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288

⁷⁹ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht IBR*, IBR.1.1.2

⁸⁰ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht IBR*, IBR.3.1.3.C

⁸¹ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht IBR*, IBR.1.1.2

⁸² In het geval van de deelnemingsvrijstelling wordt bij de hybride financieringsinstrumenten vaak gesproken van de *single dip with no pick-up*, wat inhoudt dat tegenover een aftrek in het buitenland (*single dip*) geen corresponderende heffing (*pick-up*) staat.

wordt verlaagd, en dus ook in die zin doorwerkt dat het vrijgesteld deel niet meer meetelt voor de berekening van de voorkoming in het verdrag.⁸³

3.3 Vormen van geldverstrekkingen

3.3.1 Inleiding

Uit paragraaf 3.2 volgt dat een van de voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is dat de deelneming een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. De vraag is wanneer sprake is van kapitaal. Een geldverstrekking kan namelijk plaatsvinden in de vorm van een geldlening of in de vorm van (aandelen)kapitaal. In dit hoofdstuk staat het begrip geldverstrekking centraal. Voor de classificatie van een geldverstrekking is er een onderscheid tussen het civielrechtelijk en fiscaal begrip. Het is goed mogelijk dat op papier sprake is van een geldlening, maar materieel beoordeeld wordt beoogd om kapitaal te verstrekken, of vice versa. De moederverenootschap kan geld verstrekken aan de dochterverenootschap. De vraag daarbij is of deze verstrekking als een geldlening of kapitaalverstrekking aangemerkt moet worden. Dit vraagstuk is relevant, omdat de Hoge Raad doorgaans de civielrechtelijke benadering handhaaft als leidraad voor de fiscale behandeling. Een geldlening valt onder vreemd vermogen waarbij de rentelasten aftrekbaar zijn bij de dochterverenootschap, renteaftrekbepalingen daargelaten. De rentebaten zijn belast bij de moederverenootschap. De kapitaalverstrekking betreft eigen vermogen waarbij dividenden ontvangen worden. Het dividend valt, mits aan de hiervoor behandelde voorwaarden is voldaan, onder de deelnemingsvrijstelling, waardoor het door de aandeelhouders ontvangen dividend niet belast is en het uitgekeerd dividend niet aftrekbaar is bij de dochterverenootschap.⁸⁴

3.3.2 Geldlening

In artikel 2:375 BW is simpelweg opgesomd wat als schuld wordt aangemerkt, voor wat betreft de deelnemingsvrijstelling in het bijzonder in het eerste lid, onderdeel f (schulden aan groepsmaatschappijen) en onderdeel g (schulden aan rechtspersonen en vennootschappen die een deelneming hebben in de rechtspersoon of waarin de rechtspersoon een deelneming heeft, voor zover niet reeds onder f vermeld). Het civielrechtelijk begrip *kapitaalverstrekking* is vrij duidelijk vastgelegd in Boek 2, Titel 9 van het Burgerlijk Wetboek. De Hoge Raad houdt doorgaans de civielrechtelijke benadering aan om de fiscale benadering te bepalen, maar in het geval van

⁸³ Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht VPB*, VPB.2.4.3.B.e4.IX

⁸⁴ Zonder toepassing van de deelnemingsvrijstelling is het ontvangen dividend belastbaar bij de aandeelhouders, maar het uitgekeerd dividend niet aftrekbaar bij de dochterverenootschap krachtens artikel 10, eerste lid, onderdeel a Wet VPB 1969. Aftrek is ook niet mogelijk doordat het dividend (winstuitdeling, geen invloed op de winst van de dochterverenootschap) krachtens artikel 3.8 Wet IB 2001 jo. artikel 8 Wet VPB 1969 als onttrekking is aan te merken. Zie A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht IB*, IB.3.4.4.B.a2

geldleningen heeft de Hoge Raad in drie gevallen een uitzondering gemaakt (hybride leningen⁸⁵): de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Door deze uitzondering wordt voorkomen dat de rente ten onrechte aftrekbaar is. De hybride leningen worden behandeld als eigen vermogen, en de vergoeding daarop als dividend (niet aftrekbaar). Er wordt in die gevallen zodanig afgeweken van de gangbare voorwaarden van een geldlening welke zien op de rentevergoeding, aflossing en zekerheidstelling door de debiteur dat geen sprake is van een geldlening.

Voor de schijnlening geldt dat uit de feiten en omstandigheden moet blijken of feitelijk sprake is van een geldlening, waarbij de economische werkelijkheid voor de juridische vorm gaat (*substance over form*). Hiervan is onder andere sprake als een aflossingsverplichting en/of rentebetalingverplichting ontbreekt. Het vermoeden van een schijnlening is sterker als tevens een zekerheidsstelling door de geldnemer ontbreekt.⁸⁶ In tegenstelling tot de schijnlening is het bij de bodemlozeputlening de bedoeling van beide partijen om een schuldverhouding te creëren, maar daarbij is de debiteur insolvent. Het is in dit geval van begin af aan duidelijk dat geen (gehele) terugbetaling plaats zal vinden. De derde vorm is de deelnemerschapslening. Deze lening heeft een onbeperkte looptijd (Hoge Raad: meer dan 50 jaar), een (vrijwel geheel) winstafhankelijke rente en een volledige achtergesteldheid ten opzichte van andere crediteuren.⁸⁷

Een nadere behandeling van deze leningen is niet relevant in het kader van de scriptie. De Hoge Raad heeft met deze leningen duidelijk gemaakt dat voor geldleningen in beginsel de civielrechtelijke vorm bepalend is, tenzij sprake is van deze drie uitzonderingen. Andersom is het ook mogelijk dat (aandelen)kapitaal wordt verstrekt, terwijl de geldverstrekking materieel beoordeeld meer kenmerken heeft van een geldlening. De vraag komt op of een dergelijke geldverstrekking voor fiscale doeleinden alsnog dient te worden behandeld als een verstrekking van (aandelen)kapitaal, of dat een herkwalificatie tot geldlening plaatsvindt.

3.3.3 (Aandelen)kapitaal

3.3.3.1 Inleiding

Op 7 februari 2014 heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten geoordeeld dat voor het (aandelen)kapitaal geen herkwalificatie tot een geldlening mogelijk is, en dat de kwalificatie in het civiele recht dus altijd leidend is. Voor het civiele recht geldt in beginsel het formeel criterium, dat wil zeggen de civielrechtelijke vorm die aan een geldverstrekking is gegeven, aldus de Hoge Raad in BNB

⁸⁵ Niet te verwarren met de hybride leningen die tot 2007 in artikel 10, tweede tot en met vierde lid (oud) Wet VPB 1969 stonden

⁸⁶ H. Koster, *Cursus Belastingrecht VPB*, VPB 2.0.5.E.e2

⁸⁷ Zie HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357 (schijnlening), HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/271 (Unileverarrest m.b.t. bodemlozeputlening) en HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 (deelnemerschapslening)

2007/104⁸⁸, r.o. 3.3. Een schijnhandeling heeft op zichzelf geen invloed op de kwalificatie in het civiele recht. Echter heeft de Hoge Raad bij zijn oordeel gesteld dat een herkwalificatie tot een geldlening niet mogelijk is, tenzij sprake is van een schijnhandeling. Op dit punt acht de Hoge Raad de materiële werkelijkheid als doorslaggevend boven de civielrechtelijke vorm. Allereerst moet duidelijk zijn over welke situaties een eventuele herkwalificatie voor ogen stond. In deze paragraaf zijn de verschillende vormen van de kapitaalverstrekking behandeld.

3.3.3.2 (Cumulatief) preferente en prioriteits aandelen

Kapitaal kan in de vorm van 'gewone' aandelen worden verstrekt, maar een verstrekking van preferente aandelen is ook mogelijk. Voor de preferente aandeelhouder zijn een aantal voordelen toegekend aan de aandelen, bijvoorbeeld meer stemrechten. Echter is het ook mogelijk dat geen stemrecht aan de preferente aandelen is verbonden, hetgeen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet in de weg staat indien de preferente aandelen 5% in het nominaal gestort aandelenkapitaal vormen. Andersom leidt het houden van 5% stemrecht niet tot de deelnemingsvrijstelling, tenzij sprake is van een deelneming in een EU-lidstaat (artikel 13, derde lid Wet VPB 1969). Ook verkrijgen de preferente aandeelhouders eerder winstuitkeringen, uiteraard naar rato van bezit indien de aanwezige winst niet voldoende is.. Een preferent aandeelhouder krijgt een vast percentage aan dividend uitgekeerd over het nominaal gestort kapitaal, maar het vast percentage zorgt dat de aandelen gevoeliger zijn voor fluctuaties op de markt. Bij een faillissement kunnen de preferente aandeelhouders eerder aanspraak maken op (een evenredig deel van) hun vermogen ten aanzien van overige aandeelhouders.⁸⁹

Naast de preferente aandelen bestaan ook cumulatief preferente aandelen (tevens bekend als *cum prefs*). Het voordeel ten opzichte van preferente aandelen is dat het recht op dividend dat in enig jaar niet is uitgekeerd ten gevolge van een winsttekort in een volgend jaar alsnog uitgekeerd wordt naast de normale uitkering in het betreffende jaar, indien en voor zover de winst dit toestaat. Cumulatief preferente aandelen zijn qua rangorde voor uitkeringen gelijk aan preferente aandelen, dus indien achterstallig dividend wordt uitgekeerd is dit tegelijkertijd met het dividend op preferente

⁸⁸ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.3

⁸⁹ P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013, p. 148

aandelen. Indien de winst alle uitkeringen niet toelaat, zijn de uitkeringen weer naar rato van het (cumulatief) preferent aandelenbezit.⁹⁰

Tot slot zijn er ook prioriteitsaandelen waar een bepaalde zeggenschap aan verbonden is. Prioriteitsaandelen zijn eigenlijk 'gewone' aandelen en zijn voor de winstuitdelingen achtergesteld aan (cumulatief) preferente aandelen.⁹¹

⁹⁰ P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013, p. 148

⁹¹ P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013, p. 148-149

3.3.3.3 Certificaten van aandelen

Het is ook mogelijk dat aandelen zijn uitgegeven via een administratiekantoor, meestal een stichting administratiekantoor (STAK), in plaats van direct aan de kapitaalverstrekker. De uiteindelijk aandeelhouder verkrijgt dan certificaten van aandelen. De STAK houdt het zeggenschap op de aandelen, maar de dividenden komen toe aan de certificaathouder. Een certificaat is royeerbaar, beperkt royeerbaar of niet royeerbaar. Een royeerbaar certificaat kan te allen tijde worden omgewisseld in aandelen. Een beperkt royeerbaar certificaat wordt onder omstandigheden omgewisseld, meestal binnen een bepaalde periode, met toestemming van het bestuur van de BV/NV, tot een bepaald percentage van het kapitaal, etc. Niet royeerbare certificaten worden nooit omgewisseld. Verder kan een certificaat net als het aandeel op naam of aan toonder zijn.⁹² Uit BNB 1986/118⁹³ blijkt dat het uiteindelijk economisch belang bepalend is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De certificaathouder heeft het volledig economisch belang in de vennootschap waar aandelen, waarop de Hoge Raad in BNB 1986/4⁹⁴ heeft geoordeeld dat de certificaathouder een middellijk aandeelhouder is. De deelnemingsvrijstelling kan van toepassing zijn.

Met de flexibilisering van het BV-recht kan het stemrecht en winstrecht per definitie al gescheiden worden, waardoor tussenkomst van een STAK bij een BV niet langer nodig is. Bij de NV is een scheiding van het stemrecht en winstrecht niet mogelijk, waardoor een STAK nog altijd een mogelijkheid is.

3.3.3.4 Converteerbare obligaties

Het is tevens mogelijk dat obligaties worden gehouden. Obligaties zijn schuldbewijzen voor een lening die een instelling is aangegaan en vormt vreemd vermogen waarop de obligatiehouder een rentevergoeding ontvangt. Op deze manier kan een instelling aan financiering komen. Obligaties worden niet meegerekend voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Soms geeft een entiteit obligaties in de vorm van converteerbare obligaties uit, ook wel *convertibles* genoemd. De converteerbare obligaties worden op enig moment omgewisseld voor aandelen van de entiteit, waardoor het vreemd vermogen wordt vervangen door eigen vermogen.⁹⁵ Het conversierecht kan onder de deelnemingsvrijstelling vallen, aldus de Hoge Raad in BNB 2008/6⁹⁶. De Hoge Raad stelt de voordelen uit het conversierecht gelijk aan voordelen uit (toekomstig) aandeelhouderschap, indien

⁹² P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013, p. 149-150

⁹³ HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118

⁹⁴ HR 13 november 1985, nr. 23 077, BNB 1986/4

⁹⁵ P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013, p. 150

⁹⁶ HR 12 oktober 2007, nr. 43 643, BNB 2008/6

de bij conversie te verkrijgen aandelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Uit BNB 2005/254⁹⁷ komt naar voren dat het niet uitmaakt of de conversierechten zien op bestaande of nieuw uit te geven aandelen, en dat waardemutaties tevens onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

3.3.3.5 Opties en warrants

Met een optie heeft de koper het recht om op enig afgesproken moment tegen een vooraf vastgestelde koers aandelen te kopen (calloptie) of te verkopen (putoptie). Het is een tijd onduidelijk geweest of een optie op aandelen ook meetellen voor de deelnemingsvrijstelling. In BNB 2003/34⁹⁸ (Falconsarrest) volgt dat de opbrengst ten gevolge van het uitoefenen van de optie onder de deelnemingsvrijstelling valt. Uit het besluit van 12 juli 2010 komt naar voren dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de opbrengst uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang indien een verbonden lichaam⁹⁹ een deelneming heeft (artikel 13, vijfde lid Wet VPB 1969: meetrekregeling). Het optierecht kan onder de deelnemingsvrijstelling vallen, maar kan geen aandelenbelangen van minder dan 5% van een verbonden lichaam meetrekken. Een aandelenbelang van minder dan 5% van de belastingplichtige zelf valt eveneens niet onder de deelnemingsvrijstelling (geen artikel 13, vierde lid Wet VPB 1969: meesleepregeling).¹⁰⁰ Bij het vervreemden van een deelneming waar de houder (belastingplichtige) aan een derde het recht geeft om een of meer van de in zijn bezit zijnde aandelen tegen een vooraf vastgestelde prijs te kopen (calloptie), wordt de vervreemdingsprijs van de deelneming gesteld op de optie-uitoefenprijs. Het resultaat valt onder de deelnemingsvrijstelling. De verkrijgingsprijs bij de verkrijger van de deelneming is de optie-uitoefenprijs vermeerderd met de vergoeding voor het uitoefenen van het optierecht.

Indien bij een derde het recht is bedongen om de in het bezit zijnde aandelen tegen een vooraf vastgestelde prijs te verkopen (putoptie), is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de premie die de houder heeft betaald. Bij de verkrijger is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de optie-uitoefenprijs verminderd met de betaalde vergoeding om het optierecht uit te oefenen. Uit het Falconsarrest komt tevens het belangrijke punt naar voren dat voor de bepaling van de

⁹⁷ HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254

⁹⁸ HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34

⁹⁹ Artikel 10a, vierde lid Wet VPB 1969 definieert een verbonden lichaam als:

a. Een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;

b. Een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;

c. Een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige [...]; of

d. Een lichaam dat met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid als bedoeld in de artikelen 15 en 15a"

¹⁰⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Stcrt. 2010, 11 223, BNB 2010/278, p. 3

deelnemingsvrijstelling zonder juridisch eigendom een gedeeltelijk economisch eigendom voldoende is, waardoor het arrest BNB 1986/118¹⁰¹ in zoverre achterhaald is dat het volledig economisch belang niet langer maatgevend is voor de deelnemingsvrijstelling.¹⁰²

Naast opties is het ook mogelijk om warrants uit te geven. Warrants lijken op opties, met het belangrijkste verschil dat de handel en uitgifte van een optie via de Amsterdamse beurs plaatsvindt, en dat slechts een financiële instelling warrants kan uitgeven. Opties worden op de beurs verhandeld, maar warrants zijn alleen ten opzichte van de financiële uitstelling die de warrant heeft uitgegeven. Een warrant heeft doorgaans een langere looptijd dan een optie.

3.4 Herkwalificeren (aandelen)kapitaal?

3.4.1 Inleiding

Het onderscheid tussen een geldlening en (aandelen)kapitaal is in paragraaf 3.3 duidelijk gemaakt. Een (civielrechtelijke) geldlening die materieel beoordeeld functioneert als eigen vermogen wordt in het fiscale recht tevens als eigen vermogen behandeld. Andersom is het mogelijk dat kapitaal wordt verstrekt dat materieel beoordeeld kenmerken heeft van een geldlening. De vraag of ook hier herkwalificatie aan de orde is, heeft diverse auteurs vóór en na de uitspraak van de Hoge Raad bezig gehouden. De standpunten voor de uitspraak zijn in paragraaf 3.4.2 behandeld. De reacties op de arresten zijn opgenomen in paragraaf 3.5.5.

3.4.2 Visies in de literatuur voor 7 februari 2014

Voor het oordeel van de Hoge Raad zijn in de literatuur diverse auteurs geweest die een visie hebben gegeven over een mogelijke herkwalificatie van kapitaal. Er zijn zowel voor- als tegenstanders voor de herkwalificatie, ieder met een eigen argumentatie.

Allereerst zijn er voorstanders die menen dat een materiële beoordeling leidend moet zijn, waardoor herkwalificatie in bepaalde situaties mogelijk moet zijn. *Bos*¹⁰³ is een pionier in de literatuur op het gebied van een mogelijke herkwalificatie van eigen vermogen. *Bos* stelt dat, indien de parallel wordt getrokken met de herkwalificatie van vreemd vermogen, het belemmeren van een herkwalificatie van eigen vermogen gelijk staat aan onrecht. De auteur is zich bewust van de mogelijke overtreding van verbodsbepalingen of het intreden van nietigheden voor het civiele recht. Desalniettemin betekent dat niet dat die gevolgen ook invloed hebben op de fiscaaljuridische kwalificatie van de

¹⁰¹ HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118

¹⁰² HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34, noot R.J. de Vries, punt 3-4

¹⁰³ E. Bos, *Eigen vermogen: schijn of wezen?*, Nico de Vriesbundel: Veranderd belastingklimaat, Gouda Quint BV: Arnhem, 1995, p. 31-34

feiten. De auteur heeft de voorkeur op kwalificatie afhankelijk van 'het wezen' in plaats van 'de schijn', en meent tevens dat dit leerstuk subtieler werkt dat *fraus legis*.

Ook A-G Wattel lijkt een van de voorstanders te zijn. Hij merkt op dat bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969 de wetgever uitgaat van één kapitaalbegrip voor alle belastingplichtige lichamen in de Wet VPB 1969. Inleggelden in verband met de winstbepaling van coöperaties worden op een lijn behandeld als het aandelenkapitaal van een naamloze vennootschap.¹⁰⁴ In B 8843¹⁰⁵ komt naar voren dat een herkwalificatie bij de coöperaties mogelijk is. Gezien de Ausgangssituatie van één kapitaalbegrip meent de A-G dat de herkwalificatie ook moet gelden voor andere vennootschappen.

*Grabarz en Hesselberth*¹⁰⁶ zijn tevens voorstanders van een herkwalificatie, maar niet volgens de maatstaven van de A-G (het volgen van het buitenlandse civiele recht). In plaats daarvan zien ze liever een aantal vaste criteria, aansluitend bij de indicatieve maatstaf van de rechtbank, of een aansluiting bij de International Financial Reporting Standards (hierna: IFRS).

De auteurs gaan eerst in op de maatstaven die zijn neergelegd door de rechtbank en het hof (zie paragraaf 3.5.2). Vervolgens halen de auteurs twee redenen voor herkwalificatie aan. Ten eerste in het licht van het leerstuk van zelfstandige fiscale kwalificatie, indien de aan de gekozen rechtsvorm fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economisch resultaat ervan en gelet op de belastingwet.¹⁰⁷ Er wordt gebruik gemaakt van een dispariteit, en niet in strijd met doel en strekking van de wet gehandeld, omdat met artikel 13 Wet VPB 1969 niet is beoogd om dispariteiten in nationale wetgevingen te voorkomen. Ten tweede is het leerstuk van schijn en wezen aangehaald. De Hoge Raad stelt in BNB 1954/357¹⁰⁸ "*dat als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmee een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan.*" De auteurs stellen dat (bijvoorbeeld) cumulatief preferente aandelen kenmerken van eigen vermogen heeft door de benaming, de achtergesteldheid ten opzichte van crediteuren bij faillissement en het daarmee samenhangend hoger risicoprofiel. Echter zijn er meer eigenschappen van vreemd vermogen, namelijk het recht op een vaste opbrengst, een bevoorrechte positie voor het dividend ten opzichte

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 12(rk) (Memorie van Toelichting). De gelijkstelling is tevens af te leiden uit artikel 14, zesde lid Wet VPB 1969.

¹⁰⁵ HR 18 oktober 1950, B. 8843

¹⁰⁶ J. Grabarz, G.J. Hesselberth, *Fiscale herkwalificatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628

¹⁰⁷ HR 15 december 1999, nr. 33 830, BNB 2000/126

¹⁰⁸ HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357

van andere aandeelhouders en het niet delen in winstreserves. Om die reden, en in combinatie met de twee behandelde leerstukken, menen de auteurs dat een herkwalificatie mogelijk moet zijn.¹⁰⁹

Tot slot gaat *Bruins Slot*¹¹⁰ reeds in 1996 in op hybride financieringsinstrumenten, in het bijzonder de cumulatief preferente aandelen. In de Nederlandse wetgeving wordt eigen vermogen voor onbepaalde tijd verstrekt. In artikel 2:23b BW bestaat slechts de mogelijkheid tot de vereffening van het vermogen dat resteert na voldoening aan de schuldeisers. *Bruins Slot* haalt de mogelijkheid aan om de bank te laten participeren in het eigen vermogen, waardoor de belastingplichtige geen lening hoeft aan te gaan en de bank door het karakter van de cumulatief preferente aandelen nauwelijks afwijkt van een financiering met vreemd vermogen. De vergoeding op cumulatief preferente aandelen is niet tussentijds te wijzigen, en is net als rente een vast bedrag. De auteur wijst op de mogelijkheid om een clause van terugkoop in een overeenkomst bij de kapitaalverstrekking (in dit geval cumulatief preferente aandelen) op te nemen, waardoor de belanghebbende de aandelen na een bepaalde tijd wederom in kan kopen tegen de nominale waarde. *Bruins Slot* is van mening dat indien een gelijkwaardige clause is opgenomen, de kapitaalverstrekking zodanige overeenkomsten vertoont met vreemd vermogen dat herkwalificatie mogelijk moet zijn.

*Schonis*¹¹¹ schrijft in reactie op het artikel van *Bruins Slot* dat een dergelijke clause tot een verlaagd risico leidt voor de aandeelhouder, maar niet gesproken mag worden van een terugbetaling. De aandeelhouder blijft delen in de resultaten van de vennootschap, en het terugontvangen van de aandelen naar de nominale waarde is afhankelijk van de resultaten van de vennootschap. Naar mijn mening is het punt van *Schonis* beter verdedigbaar, aangezien nog steeds sprake is van risicodragend vermogen.

Naast *Schonis* zijn er meerdere tegenstanders van een herkwalificatie met als voornaamste reden de mogelijkheid tot belastingplanning¹¹², onder andere omdat (vergoedingen op) de aandelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen, terwijl de rentebetaling aftrekbaar is bij de buitenlandse deelneming. Verder zien diverse auteurs bij een herkwalificatie de relevantie van het civielrechtelijk begrip niet langer in, omdat de materiële werkelijkheid leidend wordt voor de fiscale kwalificatie, terwijl uit het arrest BNB 2007/104¹¹³ volgt dat de Hoge Raad het formeel criterium hanteert voor de kwalificatie

¹⁰⁹ J. Grabarz, G.J. Hesselberth, *Fiscale herkwalificatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628, p. 2-3

¹¹⁰ W. Bruins Slot, *De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal*, WFR 1996/1625, p. 8-9

¹¹¹ H.M.N. Schonis, *Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen*, TVVS 1997, p. 2071k-208rk

¹¹² W. Bon, R.P.C. Cornelisse, *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137; S.I. Hoogenberg, *Fiscale herkwalificatie van leningen en kapitaal*, V&O 2012, nr. 9

¹¹³ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104

van een geldverstrekking. De civielrechtelijke vorm is daarbij beslissend voor de fiscale gevolgen.¹¹⁴ Volgens *Bon en Cornelisse* zijn de beschikkingsmacht, achtergesteldheid van de lening en winstafhankelijkheid van de vergoeding van belang voor een herkwalificatie van een geldlening, maar leidt het omdraaien van de redenering volgens de auteurs niet tot een herkwalificatie tot vreemd vermogen. De auteurs zien slechts in het uitzonderlijke geval dat sprake is van een schijnhandeling een mogelijkheid tot herkwalificatie in lijn met BNB 1988/217.¹¹⁵ Dit is het geval indien feitelijk is beoogd een geldlening tot stand te brengen of indien de kapitaalverstrekker niet deelneemt in de onderneming van de schuldenaar.

Voor een kwalificatie als kapitaalverstrekking moet een reële terugbetalingsverplichting ontbreken. In tegenstelling tot de conclusie van A-G Overgaauw in BNB 2007/104 (indien de overeenkomst naar buitenlands recht is opgesteld, is de kwalificatie van het buitenlands civiele recht bepalend) meent *Snoei* dat te allen tijde de Nederlandse civielrechtelijke kwalificatie dient te worden gevolgd. Ik sluit op dit punt aan bij *Snoei*, omdat zoals ook in het artikel aangestipt is, het volgen van de buitenlandse kwalificatie er ten eerste toe leidt dat kennis van het buitenlands civiele recht per situatie vereist is. Ten tweede, naar mijn mening belangrijker, zal het gevolg van het volgen van de buitenlandse kwalificatie zijn dat gelijke gevallen vanuit Nederlands perspectief niet langer gelijk worden behandeld. De staatssecretaris heeft in de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet werken aan de winst¹¹⁶ tevens aangegeven dat de Nederlandse normen als uitgangspunt gelden. Op deze manier wordt de wens tot een consistente behandeling gewaarborgd.

In sommige landen bestaat de mogelijkheid dat een entiteit naar het buitenlands civiele recht (stemrechtloze cumulatief preferente) aandelen uitgeeft met een terugbetalingsverplichting. Terugbetaling van de inbreng komt uit de winstreserves van de emittent (de uitgever van de aandelen) of de opbrengst op de aandelen die speciaal voor de terugbetaling nieuw zijn uitgegeven. Het is mogelijk dat deze aandelen in sommige landen als vreemd vermogen wordt aangemerkt, terwijl dit naar het Nederlandse civiele recht als eigen vermogen kwalificeert.¹¹⁷ *Snoei* baseert dit op de gedachtegang dat volgens de Hoge Raad en binnen de kwalificatiehoofdregel (civiele recht bepalend) de term geldverstrekking verwijst naar geldverstrekkings anders dan stortingen op aandelen. Ieder type (binnenlands en buitenlands) aandeel kwalificeert volgens *Snoei* dus als

¹¹⁴ W. Bon, R.P.C. Cornelisse, *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137; R. Snoei, *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582

¹¹⁵ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 41 (Nota naar aanleiding van het verslag)

¹¹⁷ Redeemable Preference Shares (hierna: RPS) of Mandatory Redeemable Preference Shares (hierna: MRPS). De landen waar de RPS en/of MRPS als vreemd vermogen kwalificeren zijn behandeld in paragraaf 4.4.2. In onder andere Duitsland en Denemarken kwalificeren de RPS en MRPS als eigen vermogen.

kapitaal. Ik prefereer de gedachtegang dat naar het formeel criterium aandelen per definitie kapitaal vormen. Zeker in het licht van de mogelijkheden tot verschillende type aandelen sinds de flexibilisering van het BV-recht meen ik dat de aandelen met een terugbetalingsverplichting alsnog kapitaal vormen.

*Van Strien*¹¹⁸ is noch voorstander, noch tegenstander van een herkwalificatie, maar overweegt de mogelijkheid om eigen vermogen te behandelen als vreemd vermogen in het kader van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Dit is een aangedragen oplossing om de financiering met vreemd vermogen niet langer voordeliger te behandelen ten opzichte van eigen vermogen, omdat zowel de betaalde rente als het betaalde dividend aftrekbaar is. De mogelijkheden tot belastingplanning ontstaan namelijk door dit verschil in behandeling van eigen vermogen (geen dividendaftrek) en vreemd vermogen (wel renteaftrek). Als kanttekening bij een rente- en dividendaftrek wordt neergezet dat de vennootschapsbelasting alleen over niet-uitgedeelde winst wordt geheven, en dus een budgettaire achteruitgang optreedt. Een mildere variant om de vergoedingen op eigen en vreemd vermogen gelijk te behandelen reduceren de belastingderving. Een verminderde belastingderving wordt bereikt door slechts een deel van de vergoeding (en niet de gehele vergoeding) op het eigen vermogen ten laste van de winst te laten komen. Dit kan bijvoorbeeld door aftrek van het primair dividend, een fictieve rente over eigen en vreemd vermogen (eventueel beperkt tot groepsrelaties) of een aftrek van het primair rendement.

3.5 De arresten van 7 februari 2014

3.5.1 Inleiding

Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat de civielrechtelijke kenmerken leidend zijn voor het oordeel of sprake is van eigen of vreemd vermogen. Voor de geldlening is al bekend dat herkwalificatie tot eigen vermogen in drie gevallen verplicht is. In de literatuur is de vraag naar voren gekomen of deze criteria ook gebruikt mogen worden voor een eventuele herkwalificatie van een kapitaalverstrekking in een geldlening. Diverse auteurs hebben, zoals in paragraaf 3.4 naar voren is gekomen, uiteenlopende visies gegeven, maar op 7 februari 2014 heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten uiteindelijk een oordeel gegeven. In deze paragraaf komen de arresten en reacties daarop naar voren.

3.5.2 Australische RPS

In het eerste arrest¹¹⁹ vormt belanghebbende X een fiscale eenheid met X International. X International is volledig aandeelhouder van X Belgium NV, welke weer volledig aandeelhouder is van

¹¹⁸ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de VPB*, Fiscale Monografieën nr. 119, 2006/8.5.5.1

¹¹⁹ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79

plaats van een zelfstandige geldverstrekking.

B NV heeft haar deelneming in de zin van artikel 13 Wet VPB 1969 in C NV verworven met een lening welke in november 2007 is verstrekt door een syndicaat van banken, waaronder F. Belanghebbende X is opgericht op 9 november 2007. Belanghebbende is een van de drie participanten in H, een fonds van gemene rekening niet zijnde een lichaam in de Wet VPB 1969, opgericht op 15 november 2007. B NV participeert met 'A'- en 'B'-aandelen in G. Op 15 november 2007 kent G tevens een calloptie toe aan B NV op aandelen in C NV en heeft B NV de uitstaande aandelen in C NV ingebracht in G middels een agiostorting. Verder heeft Fonds H een kredietfaciliteit verleend aan G voor de financiering van het cumulatief preferent dividend op B NV. Daarnaast heeft B NV de 'B'-aandelen in G verkocht aan Fonds H en met dat geld de lening op het oude syndicaat deels afgelost. Op 21 november 2007 zijn F en belanghebbende gevoegd in een fiscale eenheid.

De rechtbank oordeelt dat het samenstel van handelingen van Fonds H en B NV in het civiele recht duidt op het verstrekken van aandelenkapitaal, maar dat deze handelingen voor de Wet VPB 1969 als geldlening kwalificeren. De rechtbank oordeelt in haar overweging dat een terugbetalingsverplichting van drie jaar gold waardoor slechts een kredietrisico zoals van een 'gewone' crediteur aanwezig was. Verder is de Euribor even hoog als de marktrente. Deze overwegingen leiden er volgens de rechtbank toe dat feitelijk sprake is van een geldlening waardoor de deelnemingsvrijstelling niet mag worden toegepast. Het Hof oordeelt dat met het samenstel van handelingen een herfinanciering van de lening van het oude syndicaat is beoogd. Er rust een pandrecht op de 'A'-aandelen en de aandelen in C NV, de betaling van Fonds H aan B NV voor de 'B'-aandelen kent een terugbetalingsverplichting binnen drie jaar [*Hof: geldlening*] met een winstonafhankelijke vergoeding [*Hof: rente*]. De Hoge Raad heeft in BNB 2000/126¹²² geoordeeld dat een zelfstandige fiscale kwalificatie alleen mogelijk is indien aan de gekozen rechtsvorm fiscale gevolgen onaanvaardbaar gezien het economisch resultaat daarvan in het licht van de strekking van de belastingwet. Zoals Advocaat-Generaal (A-G) Wattel ook concludeert wijkt de eindsituatie na de rechtshandelingen wel degelijk af van de beginsituatie, waardoor de voordelen van de herfinanciering met eigen vermogen in plaats van vreemd vermogen niet mag worden onthouden. Verder is het, zoals een aantal auteurs¹²³ al ruim voor de uitspraak concludeerden, sinds de invoering van de flex-BV mogelijk per overeenkomst vast te stellen dat aandelen op een bepaald moment worden ingekocht, dan wel een optie op de aandelen is vastgelegd. Op die manier kan het aandelenkapitaal terugkomen bij de uitdeling en neemt het

¹²² HR 15 december 1999, nr. 33 830, BNB 2000/126

¹²³ W. Bon, R.P.C. Cornelisse, *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137 (onder 5); R. Snoeij, *De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582 (onder 6.2)

feitelijk de vorm aan van een 'aflossing', maar doet dit niet af aan het feit dat sprake is van risicodragend vermogen.

Zoals de Hoge Raad in mijn optiek ook terecht oordeelt is het onder andere om die reden niet terecht om het kapitaal te herkwalficeren als een geldlening. De Hoge Raad stelt verder dat een herkwalficatie vanwege de mate van risico leidt tot te veel rechtsonzekerheid. Daarnaast is de belanghebbende volgens de wet vrij in de keuze bij de financiering van de deelneming. Dat deze keuze wordt benut, is niet in strijd met doel en strekking van de wet (geen *fraus legis*).¹²⁴

3.5.4 Verhouding met de winstdrainagearresten

In beide arresten concludeert de Hoge Raad dat door het gebruik van een dispariteit niet in strijd is gehandeld met de doel en strekking van de wet. Het *fraus legis*-leerstuk komt uitdrukkelijk naar voren in de winstdrainagearresten. De toepassing van *fraus legis* is het laatste redmiddel (*ultimum remedium*) om het voordeel van een rechtshandeling niet toe te kennen aan de belastingplichtige. De Hoge Raad heeft twee cumulatieve voorwaarden gesteld om tot *fraus legis* te komen:

- Het motiefvereiste (subjectief): de doorslaggevende beweegreden voor de rechtshandeling was het behalen van een belastingvoordeel.¹²⁵
- Het normvereiste (objectief): de gekozen wijze om het belastingvoordeel te behalen is in strijd met doel en strekking van de wet, indien het voordeel aan belastingplichtige is toegekend.¹²⁶

Vervolgens zijn de arresten gecodificeerd in artikel 10a Wet VPB 1969. De vraag is of de Hoge Raad dit leerstuk terecht niet heeft toegepast in de arresten van 7 februari 2014, of dat de Inspecteur het *fraus legis*-leerstuk terecht had gesteld.

In het Australische RPS-arrest is volgens de rechtbank sprake van *fraus legis*, omdat slechts redenen ter belastingbesparing en niet tevens zakelijke redenen zijn aangehaald om de omzetting van de eerder verstrekte lening in RPS te motiveren (motiefvereiste). Dat de beloning op een verstrekking oorspronkelijk belast was en na omzetting onbelast is acht de rechtbank in strijd met doel en strekking van de wet (normvereiste). Ik meen dat niet aan het normvereiste wordt voldaan, omdat belastingplichtige de omzetting binnen de redelijke kaders van de Wet VPB 1969 uitvoert. Hiermee sluit ik overigens niet uit dat het bij een gewijzigde situatie mogelijk is om de situatie te toetsen aan *fraus legis*. De A-G neemt hetzelfde standpunt in. Daarbij is naar mijn mening het standpunt van het Hof onterecht, omdat daarin naar mijn interpretatie is geïmpliceerd dat het voorgaande niet mogelijk

¹²⁴ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80, r.o. 3.6

¹²⁵ HR 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32

¹²⁶ HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171

is. Het Hof sluit *fraus legis* namelijk in het geheel uit, omdat de financiering met RPS ook in de oorspronkelijke situatie een mogelijkheid was. Daarnaast sluit ik ook niet uit dat de omzetting heeft plaatsgevonden met het oog op een belastingvoordeel (motiefvereiste), maar aangezien aan *fraus legis* cumulatieve voorwaarden verbonden zijn, is de conclusie dat geen sprake is van *fraus legis*.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat niet aan het normvereiste is voldaan, omdat het benutten van de financieringsvrijheid niet in strijd met doel en strekking van de wet is. Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt tevens dat niet de kwalificatie van het Australisch civiele recht (geldlening), maar het Nederlands civiele recht leidend is (kapitaalverstrekking). Om die reden is de deelnemingsvrijstelling van toepassing, ondanks het bestaan van een dispariteit. Dat een dispariteit de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet in de weg staat volgt tevens uit de *prêt participatif* arresten¹²⁷, aldus de conclusie van de A-G.

In het Bankensyndicaatarrest oordeelt de rechtbank wederom dat sprake is van *fraus legis*. De rechtbank stelt dat de rechtshandelingen tot gevolg hebben dat feitelijk en economisch sprake is van rente. Er zijn materieel beoordeeld veel overeenkomsten met een lening, en de gekozen rechtsvorm is in strijd met doel en strekking van de wet. De rechtbank stelt dat door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de voordelen uit de aandelen ten onrechte niet zijn belast. Ten aanzien van het oordeel van de rechtbank is de A-G van mening dat belastingplichtige met deze handeling een *match* beoogt te creëren. De rechtbank heeft niet geoordeeld dat de lening achtergesteld is ten aanzien van andere schuldeisers bij voortijdig faillissement, en de A-G stelt dat om die reden geen sprake is van vreemd vermogen. Aangezien de deelnemingsvrijstelling op eigen vermogen van toepassing is, is hier geen reden om de deelnemingsvrijstelling te onthouden. Er is geen onaanvaardbaar fiscaal resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet. Ook in dit geval ben ik van mening dat niet aan het normvereiste is voldaan, en dus terecht geen sprake is van *fraus legis*.

Het Hof komt net als de rechtbank tot de conclusie dat de deelnemingsvrijstelling ten onrechte is toegepast, omdat sprake zou zijn van een schijnhandeling. Echter ontbreekt een overtuigende onderbouwing. De A-G stelt daarentegen dat de partijen hun bedoeling duidelijk in een overeenkomst hadden vastgesteld. Ook de redactie van de Vakstudie Nieuws is van mening dat het Hof te snel tot een schijnhandeling is gekomen. Anderzijds zou *fraus legis* een mogelijkheid geweest kunnen zijn indien het Hof meer aandacht had besteed aan de belastingverijdeling als

¹²⁷ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82

doorslaggevende motief (motiefvereiste). De redactie kan zich niet vinden in zowel de uitspraken van de rechtbank en het Hof, maar ondersteund de benadering van de rechtbank meer.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat juist geen sprake is van *fraus legis*. Hierbij wordt dezelfde benadering als in het Australische RPS-arrest gevolgd, namelijk dat de financieringswijze een keuze van belastingplichtige is. Een herfinanciering valt ook onder deze keuzevrijheid waardoor geen sprake van *fraus legis*. Al met al ben ik van mening dat de Hoge Raad terecht heeft geoordeeld dat geen sprake is van *fraus legis*, aangezien de financieringswijze voor belastingplichtige een vrije keuze is. Ook komt uit de arresten onvoldoende naar voren dat aan zowel het normvereiste als het motiefvereiste is voldaan.

Zowel bij de Australische RPS-arrest en het bankensyndicaatarrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen sprake is van *fraus legis*. Als ik de feiten uit de arresten volg en toets aan de cumulatieve vereisten van *fraus legis*, kan ik er niet omheen dat inderdaad geen sprake is van *fraus legis*. De vraag is echter of de keuze van de Hoge Raad om herkwalificatie niet toe te staan ook de juiste is als een parallel wordt getrokken met de winstdrainagearresten.

In de winstdrainagearresten¹²⁸ komt in grote lijnen naar voren dat tegenover een renteaftrek ook een compenserende heffing moet staan. Verder komt naar voren dat de renteaftrek wordt geweigerd als een structuur wordt opgezet met als voornaamste of een van de voornaamste doelen het behalen van een belastingvoordeel. De opbrengst blijft (ongewijzigd) belast, maar door de arresten (en later de invoering van artikel 10a Wet VPB 1969)¹²⁹ wordt de aftrekbaarheid van de rentekosten beperkt. Per saldo blijft er een belastbare component over. (Onrechtmatige) renteaftrek, of renteaftrek zonder compenserende heffing, zijn een probleem binnen de totaalwinst. Nu is als het ware sprake van de spiegelbeeldsituatie. Bij de deelnemingsvrijstelling worden de baten belast of vrijgesteld (al dan niet toepassing van de deelnemingsvrijstelling). Rentebaten worden niet meegenomen in de winst. Met andere woorden is een hogere kostenaftrek wel een probleem, maar een lagere opbrengstzijde (rentebaten maken immers geen deel uit van de belastbare winst) niet.

¹²⁸ HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217: de omzetting van een aandelenbelang A in een aandelenbelang in belanghebbende met een rentedragende lening draagt niet bij aan de financiering en uitoefening van de onderneming, dus *fraus legis*; HR 10 maart 1993, nr. 27 295, BNB 1993/194 (compenserende heffing): in het uiterste geval kan de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking en na goedkeuring van de minister van Financiën besluiten 'richtige heffing' (zie artikel 31-36 AWR) toe te passen (al wordt tegenwoordig nagenoeg uitsluitend *fraus legis* toegepast). In casu was geen richtige heffing, omdat tegenover de aftrek een heffing in Nederland stond; HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196: geen *fraus legis* door onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting; HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5: de heffing van belasting naar de winst of het inkomen moet leiden tot een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing; HR 08 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118: een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing is 10%.

¹²⁹ Artikel 10a Wet VPB 1969 is ingevoerd op 26 december 1996, gevolgd door een ingrijpende wijziging op 1 januari 2007 bij de Wet werken aan de winst.

Per saldo is bij beide alternatieven sprake van een lagere fiscale winst, maar wordt bij de deelnemingsvrijstelling geen *fraus legis* geconstateerd. De Hoge Raad haalt aan dat de belastingplichtige vrij is in de keuze van de financiering, maar deze keuze is in zoverre dat geen misbruik wordt gemaakt ten aanzien van artikel 3.8 Wet IB 2001 jo. artikel 8 Wet VPB 1969 (totaalwinst). Naar mijn mening is het verschil tussen de situaties dat bij de winstdrainagearresten kunstmatige financieringsstromen gecreëerd worden om een belastingvoordeel te behalen, terwijl bij de 7 februari arresten sprake is van een vervanging van een bestaande financiering. Verder is bij de deelnemingsvrijstelling sprake van voorkoming van economisch dubbele heffing (*ne bis in idem*). Nog belangrijker is dat de wetgever het onbelast blijven van de vergoeding accepteert door toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de deelnemerschapslening¹³⁰ en op geldverstrekkingen waarvan de vergoeding aftrekbaar is in het buitenland.¹³¹ Er wordt niet in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld, dus aan de normvereiste wordt niet voldaan. Verder is de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet afhankelijk van het feit of in het buitenland al dan niet sprake is van een aftrek van de betaalde vergoeding. Naar mijn mening is dus geen sprake van *fraus legis*. Uit praktijkoverwegingen lijkt het behoud van rechtszekerheid mij de juiste oplossing. Echter doet dit niet af aan het feit dan in theorie, na een toets aan de eisen van een goed belastingstelsel, de herkwalificatie van eigen vermogen de betere optie is (zie paragraaf 6.3).

3.5.5 Reacties uit de literatuur

De Hoge Raad heeft zijn oordeel gegeven en uit de analyse van paragraaf 3.5.4 kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat de Hoge Raad het *fraus legis*-leerstuk terecht niet heeft toegepast. Ook diverse auteurs geven (voor het eerst of nogmaals) hun visie op het oordeel van de Hoge Raad.

*Snoeij en Wagenaar*¹³² hebben na de uitspraak van de Hoge Raad hun standpunt kenbaar gemaakt. *Snoeij* gaf voor de uitspraak van de Hoge Raad al aan dat ondanks een terugbetalingsverplichting de kwalificatie van het Nederlands civiele recht leidend moet zijn. Uit het artikel van *Snoeij en Wagenaar* komt naar voren dat de grens tussen een kapitaalverstrekking en een geldlening voor de auteurs nog niet duidelijk is, indien een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting in het instrument is opgenomen. Naar hun mening is het een mogelijkheid om de positie van de geldverstrekker bij ontbinding als doorslaggevende factor aan te merken. Op die manier is slechts sprake van een civielrechtelijke geldlening indien de terugbetalingsverplichting op het moment van ontbinding blijft bestaan. Het idee van een afbakening die de Hoge Raad wellicht in de toekomst kan vaststellen is

¹³⁰ Artikel 10, eerste lid, onderdeel d jo. artikel 13 Wet VPB 1969

¹³¹ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 (pret participatief); HR 25 november 2005, nr. 40 991, BNB 2006/83 (titre subordonnée – durée indéterminée, hierna: TSDI)

¹³² R. Snoeij, L. Wagenaar, *Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?*, WFR 2014/622

begrijpelijk om duidelijkheid te scheppen over de grens tussen een geldlening en kapitaalverstrekking. Echter, naar mijn interpretatie is de voorgestelde afbakening pas feitelijk te bepalen op het moment van ontbinding, en kan een 'echte' terugbetalingsverplichting dus niet blijken op enig moment voor ontbinding. Zodoende is de positie voor ontbinding alsnog niet duidelijk. Met andere woorden, ik interpreteer het voorstel op zo een wijze dat, ongeacht het contract van de geldverstrekking dat al voor de ontbinding bestaat, de auteurs pas een grens tussen eigen en vreemd vermogen willen trekken als bij de ontbinding nog sprake is van een terugbetalingsverplichting. In het geval dat een contract vijf jaren loopt en in het vijfde jaar sprake is van een ontbinding, meen ik dat met de voorgestelde methode van de auteurs geen grens is vast te stellen in de eerste vier jaren.

*Van Sprundel*¹³³ vat het oordeel van de Hoge Raad samen: wat civielrechtelijk eenmaal is bestempeld als kapitaal, blijft kapitaal. Civielrechtelijk (en dus ook fiscaal) betreft dit risicodragend kapitaal dat door aandeelhouders aan de vennootschap is verstrekt. Naar aanleiding van BNB 2014/79 en BNB 2014/80 is, net zoals in het prôt participatifarrest¹³⁴, duidelijk dat de Hoge Raad het gebruik maken van dispariteiten toestaat. De Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van *fraus legis*, dus blijven dispariteiten mogelijk en is de deelnemingsvrijstelling onverkort van toepassing, ondanks een mogelijke aftrek van de betaling in het buitenland. *Van Sprundel* stelt tot slot tevreden te zijn met de uitspraak van de Hoge Raad. Hij stelt dat de Hoge Raad een consistente koers vaart door de civielrechtelijke kwalificatie te laten leiden voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. Dat er drie uitzonderingen bestaan voor de herkwalificatie van vreemd vermogen doet hier volgens de auteur niet aan af. Ook stipt *Van Sprundel* aan dat de wetgever de dispariteit door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling toestaat door op 1 januari 2007 de wet zodanig te hebben aangepast dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de deelnemerschapslening onafhankelijk is van de fiscale behandeling van de vergoeding van de lening in het buitenland.

Ook *Boer en Bouwman*¹³⁵ zijn tevreden met de uitspraak van de Hoge Raad. Ze maken de vergelijking met het arrest BNB 2007/104¹³⁶ waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een (voorwaardelijke dan wel onzekere) terugbetalingsverplichting kenmerkend is voor een geldlening. Naar de mening van deze auteurs heeft de Hoge Raad deze maatstaf in de arresten van 7 februari 2014 niet langer als doorslaggevend beschouwd. Cruciaal is of een geldverstrekking al dan niet garantievermogen vormt. In het Burgerlijk Wetboek is de geldlening in artikel 2:375 BW gedefinieerd, terwijl de definitie van

¹³³ Redactie TaxLive, *Hoge Raad stopt discussie over dispariteit en deelnemingsvrijstelling*, 10 februari 2014, <http://taxlive.nl/-/hoge-raad-stopt-discussie-over-dispariteit-en-deelnemingsvrijstelling>

¹³⁴ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82

¹³⁵ M.J. Boer, J.N. Bouwman, *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFR-B 2014/9

¹³⁶ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104

een kapitaalverstrekking is verspreid over verschillende artikelen in Boek 2, Titel 9 BW. De geldverstrekking is ook vrij beperkt tot een opsomming, en de kapitaalverstrekking is ruimer geformuleerd. Ik ben het dan ook eens met de auteurs dat de Hoge Raad een nieuwe criterium hanteert (het vormen van garantievermogen). Voor wat betreft het oordeel dat geen sprake is van *fraus legis* stellen de auteurs dat het in lijn is met BNB 2005/196¹³⁷. In dat arrest is tevens geoordeeld dat het benutten van de financieringsvrijheid niet in strijd is met doel en strekking van de wet.

Tot slot kan ook *Van Lindonk*¹³⁸ zich schikken in het oordeel, maar heeft hij ook commentaar op de arresten van 7 februari 2014. De auteur vindt het opvallend dat de Hoge Raad *fraus legis* niet toepast in het Australische RPS-arrest gelet op de strekking van de deelnemingsvrijstelling. *Van Lindonk* stelt dat van dubbele heffing geen sprake was, omdat de vergoeding fiscaal aftrekbaar was. Echter, in lijn met de parlementaire behandeling bij de Wet werken aan de winst¹³⁹ is de deelnemingsvrijstelling tevens van toepassing indien de rente van een hybride schuldvordering in het buitenland in aftrek is gebracht. *Van Lindonk* constateert dan ook dat toetsing naar Nederlandse maatstaven plaatsvindt. Aangezien naar Nederlandse maatstaven sprake is van kapitaal en de vergoeding op kapitaal niet aftrekbaar is, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing.

3.6 Conclusie

De centrale vraag in dit hoofdstuk is wanneer buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal tevens kapitaal is voor de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Allereerst is de deelnemingsvrijstelling, in het bijzonder het eerste lid, uitgewerkt. Het vennootschappelijk kapitaal moet al dan niet in gelijke of evenredige delen verdeeld zijn, waarbij de gerechtigheid tot de winst naar rato van het belang van de participanten is.

Vervolgens is het onderscheid tussen een geldlening (artikel 2:375 BW) en kapitaalverstrekking (Boek 2, Titel 9 BW) duidelijk gemaakt. Het civielrechtelijk begrip is in beginsel leidend. Voor het fiscale recht worden de hybride leningen, zijnde de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening, geherkwalificeerd tot een (verkapte) kapitaalverstrekking. Een kapitaalverstrekking kan in diverse vormen plaatsvinden, zoals behandeld de (cumulatief) preferente

¹³⁷ HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/196

¹³⁸ C.L. van Lindonk, *Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor toepassing deelnemingsvrijstelling*, NTFR 2014/738

¹³⁹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 89 (Nota naar aanleiding van het verslag)

aandelen, de prioriteitsaandelen, de certificaten van aandelen, de converteerbare obligaties, of in de vorm van opties of warrants.

Tot de arresten van 7 februari 2014 kwam in de literatuur geregeld de vraag op of een kapitaalverstrekking ook onder omstandigheden geherkwalificeerd kon worden tot een geldlening voor fiscale doeleinden, waardoor wordt afgeweken van het civiele recht. Situaties waarin voorstanders graag een herkwalificatie zien zijn bij de mogelijkheid tot het opnemen van een terugkoopclausule, gelijkheid in het kader van renteaftrekbepalingen, het volgen van het buitenlands recht met een buitenlandse overeenkomst, mogelijkheden tot belastingplanning, één beoogd kapitaalbegrip bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969, het leerstuk van de zelfstandige kwalificatie en het leerstuk van schijn en wezen. Argumenten tegen zijn dat zelfs met een terugkoopclausule sprake is van risicodragend vermogen, het ontbreken van de bedoeling van de Hoge Raad in oude jurisprudentie (met uitzondering van de schijnhandeling) en het gelijkheidsbeginsel.

Op 7 februari 2014 oordeelt de Hoge Raad in de Australische RPS-arrest (grensoverschrijdend) en het Bankensyndicaatarrest (binnenlandse herfinanciering) omwille van de rechtszekerheid dat een herkwalificatie van een kapitaalverstrekking niet mogelijk is, en dat in beide arresten geen sprake is van *fraus legis*. In de winstdrainagearresten heeft de Hoge Raad twee cumulatieve voorwaarden gesteld om tot *fraus legis* te komen: het motiefvereiste (het belastingvoordeel als doorslaggevende beweegreden voor de rechtshandeling) en het normvereiste (de gekozen wijze om het belastingvoordeel te behalen is in strijd met doel en strekking van de wet). In beide arresten is naar mijn mening niet voldaan aan het normvereiste en aangezien voor *fraus legis* cumulatieve voorwaarden gelden ben ik van mening dat de Hoge Raad terecht heeft geoordeeld. Ik sluit dus ook niet uit dat in de arresten aan het motiefvereiste is voldaan. Als het parallel wordt getrokken met de winstdrainagearresten lijkt sprake te zijn van een spiegelbeeldsituatie. Zowel de beperking van kostenaftrek als de vrijstelling van baten leidt tot een verlaagde fiscale winst. Het onbelast blijven van baten door de deelnemingsvrijstelling wordt echter geaccepteerd door de wetgever. Ook is de deelnemingsvrijstelling niet afhankelijk van het al dan niet aftrekbaar zijn van de betaalde vergoeding in het buitenland. Naar mijn mening is geen sprake van *fraus legis*.

De meeste auteurs zijn tevreden met de uitspraak van de Hoge Raad, al wordt wel aangestipt dat in tegenstelling tot oude arresten niet langer bepalend is of al dan niet sprake is van een terugbetalingsverplichting, maar dat het vormen van een garantievermogen cruciaal is. *Snoei* en *Wagenaar* zijn tot slot van mening dat de grens tussen een geldlening en kapitaalverstrekking niet

duidelijk is bij een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting, maar onderbouwen dit naar mijn mening onvoldoende.

Na de afgelopen hoofdstukken is duidelijk wanneer al dan niet sprake is van een kapitaalvennootschap of al dan niet sprake is van een kapitaalverstrekking. Dit zijn tevens de twee situaties waarin dispariteiten mogelijk zijn. Het volgend hoofdstuk staat in het teken van deze dispariteiten.

HOOFDSTUK 4 – DISPARITEITEN

4.1 Inleiding

In de hoofdstukken 2 en 3 is naar voren gekomen dat binnen de Nederlandse wetgeving een eigen methode wordt gehanteerd om zowel hybride entiteiten te classificeren als hybride financieringsinstrumenten te kwalificeren voor Nederlandse fiscale doeleinden. In beide gevallen wordt een buitenlandse samenwerkingsverband of buitenlandse financieringsinstrument getoetst aan het Nederlands civiele en fiscale recht. In deze situaties is het mogelijk dat het buitenland niet tot dezelfde kwalificatie komt als Nederland. Deze verschillen in wetgeving, dispariteiten, leiden doorgaans tot mogelijkheden voor belastingplanning waar de belastingplichtige veelvuldig gebruik van maakt. De belastingplichtige die gebruik maakt van een dispariteit handelt niet vanzelfsprekend in strijd met doel en strekking van de wet.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke dispariteiten binnen de grenzen van de wetgeving mogelijk zijn door de besproken Nederlandse classificatiemethoden. Dispariteiten zijn een probleem, met als meest vooraanstaande nadeel de verlaging van de belastingopbrengst. Er zijn echter meerdere nadelen aan het gebruik van dispariteiten welke tezamen met de belastingopbrengst in paragraaf 4.2 aan bod komen. Pas na de behandeling van de nadelen is de basis gelegd om in te gaan op specifieke dispariteiten die dus binnen de grenzen van de fiscale wetgeving mogelijk zijn.

Er zijn twee dispariteiten mogelijk: het samenwerkingsverband wordt niet eenduidig geclassificeerd of het financieringsinstrument wordt niet eenduidig gekwalificeerd. In paragraaf 4.2 staan de hybride samenwerkingsverbanden centraal, en in paragraaf 4.3 zijn de hybride financieringsinstrumenten behandeld. In beide gevallen is beoogd om aan de hand van gesimplificeerde structuren duidelijk te maken hoe de dispariteiten doorgaans tot dubbele non-heffing leiden.

In theorie is het ook voor te stellen dat een structuur wordt opgezet waarbij beide dispariteiten worden gecombineerd. Dit betreft een complexe uitwerking die de onderzoeksvraag te buiten gaat. Een dergelijke structuur wordt zeer zeldzaam toegepast in de praktijk. Kort gezegd komt de uitwerking erop neer dat een hybride kapitaalverstrekking niet zichtbaar is indien het hybride samenwerkingsverband vanuit Nederland gezien transparant is.

Tot slot worden de (voorbeeld)situaties samengevat in paragraaf 4.4. Dit hoofdstuk dient alleen om de dispariteiten aan te kaarten, de voorstellen tot oplossingen volgen in hoofdstuk 5.

4.2 Nadelige effecten van dispariteiten

4.2.1 Inleiding

Zoals al eerder is benoemd zijn er dispariteiten waarvan de belastingplichtige gebruik maakt, doorgaans met het doel om een dubbele non-heffing te realiseren, waardoor de belastingopbrengst minder is. Het is evident dat de dubbele non-heffing door geen van de landen bedoeld is. Echter zijn er meer nadelen verbonden aan de dispariteiten: de concurrentie (ontbreken *level playing field*), de economische efficiëntie, transparantie en eerlijkheid.¹⁴⁰

4.2.2 Belastingopbrengst

Door diverse structuren is het mogelijk om (1) een aftrek in meer landen te realiseren, (2) een aftrek te realiseren zonder een corresponderende heffing of (3) meerdere belastingkortingen te realiseren terwijl over dat belastingobject slechts een keer is geheven. Het totale effect is in alle situaties hetzelfde, namelijk een verminderde belastingbetaling. Het is echter lastig te bepalen in hoeverre de benadeling toerekenbaar is aan elk van de landen, mede omdat de structuren voor belastingbesparing zeer complex kunnen zijn. Daarnaast is de fiscale wetgeving vooral intern consistent. Met andere woorden, de problemen van dispariteiten doen zich slechts voor in grensoverschrijdende situaties door verschillen in belastingstelsels. Naast de belastingbesparing op zich zijn ook diverse kosten aftrekbaar, wat het belastingvoordeel voor de belastingplichtige vergroot (zie bijvoorbeeld artikel 9, eerste lid, onderdeel d Wet VPB 1969 ten behoeve van oprichtingskosten).¹⁴¹

4.2.3 Concurrentie

Multinationale ondernemingen (*multinationals*) zijn, zoals de naam ook zegt, ondernemingen met vestigingen in meerdere landen. Denk bijvoorbeeld aan concerns zoals McDonald's, Hennes & Mauritz (H&M) en Royal Dutch Shell. Deze multinationals hebben doorgaans toegang tot specifieke deskundigheid op fiscaal gebied om van de dispariteiten te profiteren. Relatief kleine of middelgrote ondernemingen, bijvoorbeeld The Swiss Bakery, hebben doorgaans minder budget en andere middelen om een gelijkwaardig belastingvoordeel te behalen. Door dit verschil ontstaat (bewust of onbewust) een concurrentievoordeel voor multinationals waardoor sprake is van een economische verstoring.¹⁴²

¹⁴⁰ OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 12

¹⁴¹ OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 12

¹⁴² OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 12

4.2.4 Economische efficiëntie

Dispariteiten zijn een belangrijke overweging in de keuze om in het binnenland of in het buitenland te investeren. De belastingheffing is pas internationaal neutraal in de situatie dat de belastingheffing geen invloed heeft op de economische aangelegenheden.¹⁴³ De belastingplichtige zal in het land investeren waar de hoogste netto-opbrengst (opbrengst na belasting) wordt gerealiseerd. Aangezien dit in de praktijk niet het geval is, zullen de staten doorgaans een afweging maken tussen kapitaalimportneutraliteit (belastingvrijstelling) en kapitaalexportneutraliteit (belastingverrekening). Kapitaalimportneutraliteit houdt in dat indien in een bepaald land is geïnvesteerd, dat land geen onderscheid in de heffing maakt tussen investeerders die inwoner zijn van dat land en niet-inwoners. Er is sprake van kapitaalexportneutraliteit indien de keuze van de investeerder die inwoner is van een land niet afhankelijk is van de belastingheffing over de investering en de opbrengst in het land van inwonerschap of het ander land.^{144, 145}

In het geval van een dispariteit is de neutraliteit verstoort. Een grensoverschrijdende investering is mogelijk aantrekkelijker voor de investeerder dan een investering in zijn woon- of vestigingsland, waardoor de kapitaalexportneutraliteit wordt beïnvloed. Het is ook mogelijk dat een buitenlandse investering aantrekkelijker wordt ten opzichte van een investeerder die inwoner is in dat land en tevens in dat land investeert, waardoor de kapitaalimportneutraliteit wordt beïnvloed. Met andere woorden: een investering in land A wordt aantrekkelijker voor een inwoner van land B ten opzichte van een inwoner van land A.

Het tweede punt waarbij economische inefficiëntie bestaat is het verschil in behandeling van eigen en vreemd vermogen. Investeerders willen het rendement op eigen vermogen vergroten door

¹⁴³ Voor het ideaal van een optimaal functionerende economie is het cruciaal dat de beschikbare middelen (kapitaal, arbeid) daar worden aangewend waar de efficiëntievoordelen en daardoor ook de opbrengst het hoogst is. De investering met het hoogste resultaat voor zowel de staat als de investeerder is het meest aantrekkelijk.

¹⁴⁴ De belastingdruk in een land kan hoger zijn indien in dat land een *full credit* wordt verleend. Met andere woorden, het teveel aan belastingen wordt teruggegeven aan de woon- of vestigingsstaat.

¹⁴⁵ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht IBR*, IBR.1.2.3.F

vreemd vermogen aan te trekken, waarbij de opbrengst over het totaal vermogen groter is dan de te betalen interest over het vreemd vermogen (hefboomeffect of *leveragefactor*).¹⁴⁶ In paragraaf 3.4.2 is reeds naar voren gekomen dat *Van Strien* een gelijke behandeling in eigen en vreemd vermogen toejuicht om dit effect van de dispariteiten op te lossen.

Daarnaast kunnen ondernemingen door de dispariteiten meer risico nemen. Investerings die aanvankelijk economisch gezien niet aantrekkelijk waren, bijvoorbeeld doordat de return te laag was in verhouding met het risico, zijn aantrekkelijk als door gebruik van een hybride samenwerkingsverband of financieringsinstrument een hoger marginaal rendement is te behalen.

Tot slot leiden de dispariteiten tot minder transparantie van de ondernemingen, omdat de handelingen gericht zijn op het behalen van fiscale voordelen. In een ideale economie is er perfect transparante informatie, maar op deze manier ontstaat een belemmering van de transparantie. Met name de overheid en andere bevoegde lichamen zullen last ondervinden van de verminderde transparantie, omdat onduidelijk is wie belastingplichtig is.¹⁴⁷

4.2.5 Transparantie

Zoals in paragraaf kort is aangestipt maakt het gebrek aan transparantie het lastig voor de overheid en andere bevoegde lichamen¹⁴⁸ om de belastingplichtige aan te wijzen. Daarnaast is de gemiddelde belastingbetaler zich er niet van bewust dat ondernemingen profiteren van dispariteiten en zo een lagere effectieve belastingdruk kan genereren. Zelfs als een lager effectief belastingtarief enigszins zichtbaar is, zijn de onderliggende oorzaken niet openbaar. Dit komt het vertrouwen in het (Nederlands) belastingstelsel niet ten goede.¹⁴⁹

¹⁴⁶ De belastingplichtige kan bijvoorbeeld de inkoop van aandelen financieren met vreemd vermogen. Bij de vervreemding van de aandelen na waardeestijging moet de vervreemdingswinst hoger zijn dan de interestkosten op het vreemd vermogen. Dit is het hefboomeffect.

In formulevorm: $REV = RTV + [(RTV - /- RVV)] * (\frac{\text{gemiddeld VV}}{\text{gemiddeld EV}})$, waarbij

REV (Rentabiliteit Eigen Vermogen) = $\frac{\text{nettowinst vóór / na belasting}}{\text{Eigen Vermogen}} * 100\%$

RVV (Rentevoet Vreemd Vermogen) = $\frac{\text{rentelasten + uitkering aandelen van derden}}{\text{Vreemd Vermogen (incl. aandeel van derden)}} * 100\%$

RTV (Rentabiliteit Totaal Vermogen) = $\frac{\text{winst voor interest en belasting}}{\text{gemiddeld Totaal Vermogen}} * 100\% = \text{omloopsnelheid gemiddeld TV} * \text{brutowinstmarge van de omzet}$

¹⁴⁷ OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 12

¹⁴⁸ Ook rechtbanken, gerechtshoven, de Hoge Raad en de HvJ EU zullen in hun uitspraken de belastingplichtige vaststellen.

¹⁴⁹ OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 12

4.2.6 Eerlijkheid

De eerlijkheid is gerelateerd aan het feit dat een belastingplichtige met een inkomen uit kapitaal op relatief eenvoudigere wijze gebruik kunnen maken van dispariteiten dan een belastingplichtige met een inkomen uit arbeid. Dat een selecte groep belastingplichtigen de mogelijkheid heeft om een belastingvoordeel te behalen wordt als oneerlijk ervaren. Dit resulteert in een verminderd vertrouwen in het (Nederlands) belastingstelsel. Hiermee hangt samen het concurrentievoordeel dat deze groep kan behalen zoals reeds behandeld in paragraaf 4.2.3.¹⁵⁰

4.3 Dispariteiten bij hybride samenwerkingsverbanden

4.3.1 Inleiding

De eerste dispariteit ontstaat door een verschil in classificatie van een samenwerkingsverband tussen twee landen. De OESO heeft in het Partnership Report aanbevelingen gedaan om met dergelijke structuren om te gaan, maar Nederland heeft een algeheel voorbehoud op dat rapport gemaakt. De aanbevelingen zijn slechts te herleiden in het eenzijdig beleid, de specifieke verdragsbepalingen of uit een onderlinge overlegprocedure (artikel 25 OESO-modelverdrag).

Allereerst is een gesimplificeerde structuur mogelijk om een voordeel te behalen bij de betaling van een inkomensbestanddeel (dividend, interest, royalty). Aan de andere kant gebruiken ondernemingen meerdere entiteiten om een voordelige financieringsstructuur op te zetten. Ook zijn er zeer specifieke structuren uit de praktijk bekend, waaronder de nog steeds veelgebruikte Amerikaanse CV/BV-structuur¹⁵¹, en de Double Irish with a Dutch Sandwich (hierna: DIDS-structuur) die door nieuwe Ierse wetgeving nog slechts mogelijk is tot 2020 voor bestaande gevallen¹⁵². In deze paragraaf zijn diverse standaardsituaties behandeld die wellicht mogelijk zijn met meerdere landen dan behandeld.

¹⁵⁰ OESO, *Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues*, 2012, p. 13

¹⁵¹ De dispariteit in de Amerikaanse CV/BV-structuur ontstaat doordat een Inc. een LLC opricht. De Inc. (99,9%) en LLC (0,1%) hebben een aandeel in een Nederlandse CV die vanuit het Amerikaans perspectief niet-transparant is ('check-the-boxsystem'). Vanuit Nederland is de CV transparant. De LLC heeft geen aanmerkelijk belang en in Nederland krijgt de belastingplichtige ook niet de maken met de regelingen voor buitenlands belastingplicht (artikel 17 en 17a Wet VPB 1969).

¹⁵² De DIDS-structuur is als volgt opgebouwd: een belastingplichtige (stel: Verenigde Staten) heeft een deelneming in een vennootschap opgericht naar het Iers recht, maar gevestigd in een *tax haven*. Die vennootschap heeft een deelneming in Nederland, en daaronder hangt een deelneming in Ierland. Vanuit de topvennootschap wordt een licentie verstrekt, maar de betaalde royalty's blijven onbelast door een combinatie van de toepassing van de Moeder-Dochterrichtlijn, door het ontbreken van Nederlandse bronbelasting en het onbelast blijven van de royalty's in de *tax haven*. In Nederland is het saldo ontvangen (belast) en betaalde (aftrekbaar) royalty's nihil. Per 1-1-2015 wordt een naar Iers recht opgerichte vennootschap geacht in Ierland te zijn gevestigd, waardoor nieuwe structuren in deze vorm niet meer mogelijk zijn.

4.3.2 Structuren met hybride samenwerkingsverbanden

4.3.2.1 Gesimplificeerde inbound- en outboundsituaties

In het tweede hoofdstuk is het Nederlands beleid behandeld ten aanzien van de classificatie van hybride entiteiten. Het Nederlands beleid is echter (nog) niet waterdicht. In paragraaf 2.3 is behandeld dat het classificatieprobleem voorkomt in inbound- en outboundsituaties, waarbij een entiteit in zowel het woonland als bronland als transparant of niet-transparant wordt aangemerkt. Dit leidt tot vier mogelijke situaties, waarbij de achterliggende participanten zowel natuurlijk personen als rechtspersonen kunnen zijn:

1. Inboundsituatie: transparant in woonland (Nederland), niet-transparant in bronland

In het Besluit van 19 maart 1997 (eenzijdig) en de specifieke bepalingen zoals artikel 24, vierde lid in het verdrag met de Verenigde Staten wordt de benadering van de OESO gevolgd ('het bronland volgt de classificatie van het woonland') en aangevuld met de bepaling dat de achterliggende participanten in de woonstaat de inkomensbestanddelen toegerekend krijgen.¹⁵³

2. Inboundsituatie: niet-transparant in woonland (Nederland), transparant in bronland.

De OESO volgt de classificatie van de woonstaat. Nederland biedt slechts de geclaimde voorkoming in de verdragen met de Verenigde Staten (artikel 24, vierde lid) en het Verenigd Koninkrijk (artikel 22, derde lid).¹⁵⁴

3. Outboundsituatie: transparant in woonland (Nederland), niet-transparant in bronland.

Nederland probeert slechts een oplossing te bieden in het verdrag met België of verdragen zoals met Indonesië. Het probleem dat echter optreedt is dat een buitenlandse bronbelasting niet zichtbaar is voor Nederland, omdat Nederland een onttrekking waarneemt. Een verrekening lijkt zo alsnog niet mogelijk.¹⁵⁵

4. Outboundsituatie: niet-transparant in woonland (Nederland), transparant in bronland.

De OESO maakt een onderscheid tussen een classificatie- en allocatieprobleem. Nederland zal het aanmerkelijk belang aanmerken als een regulier voordeel (artikel 4.12, onderdeel a Wet IB 2001) dan wel de deelnemingsvrijstelling toepassen (artikel 13 Wet VPB 1969). Bij een vaste inrichting in het

¹⁵³ Zie ook OESO Partnership Report, Example 4.

¹⁵⁴ Zie ook OESO Partnership Report, Example 5.

¹⁵⁵ Zie ook OESO Partnership Report, Example 18.

buitenland is sprake van een vaste inrichting, en bij het ontbreken van een vaste inrichting is sprake van een heffingsvacuüm waar zowel de OESO als Nederland geen oplossing voor biedt.¹⁵⁶

De classificatie voor de verdragstoepassing sluit onder toepassing van artikel 4 OESO-modelverdrag aan bij de feitelijke vestigingsplaats om de inwonerschap te bepalen, maar voor de inwonerschap is niet in elk verdrag een duidelijke *tie-breaker* opgenomen. In bijvoorbeeld het artikel 4, vierde lid van het verdrag met het Verenigd Koninkrijk is de vestigingsplaats te bepalen na een onderlinge overlegprocedure, waarbij voor een 'dual listed company arrangement' het land van oprichting heffingsbevoegd is. De woonplaatsbepaling kan ook gecompliceerder uitwerken als landen niet tot een overeenstemming komen en er geen nadere bepalingen zijn om alsnog tot een conclusie te komen, zoals in het verdrag met de Verenigde Arabische Emiraten.

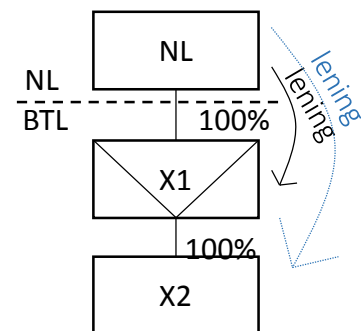
In de outboundsituaties is sprake van een dubbele economische heffing, maar de belastingverdragen bieden slechts voorkoming voor juridisch dubbele heffing (artikel 9 OESO-modelverdrag daargelaten). De OESO onderkent in outboundsituaties drie problemen bij het bieden van voorkoming. Ten eerste heft het buitenland over de winst en de uitkering, terwijl Nederland slechts over de winst heft (de uitkering is een onttrekking). Daarnaast is de tijdstip van heffing afwijkend: het buitenland heft bij de uitkering, Nederland pas bij de winstrealisatie. Tot slot betreft het buitenland onderneming C in de heffing, terwijl Nederland X en Y voor hun aandeel belast (economisch dubbele heffing).

4.3.2.2 Financieringsstructuur

Het gebruik van de deelnemingsvrijstelling in combinatie met een hybride entiteit kan voor de deelnemingsvrijstelling leiden tot een aftrek zonder compenserende heffing. Dit kan alleen als de buitenlandse deelneming niet-transparant is vanuit Nederlands perspectief, en transparant is vanuit het buitenland bezien. In de omgekeerde situatie kan de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn, omdat de dochtervennootschap geen lichaam in de zin van de Wet VPB 1969 is.

Opzet van de structuur

In de volgende structuur is een NL een lichaam in Nederland en enig aandeelhouder van X1, een hybride entiteit. X1 is niet-transparant vanuit Nederlands perspectief, en transparant vanuit het buitenland



¹⁵⁶ Dit voorbeeld wordt niet behandeld in het OESO Partnership Report, maar is in wezen de spiegelbeeldsituatie van Example 18. De OESO ziet hier namelijk een allocatieprobleem, en geen classificatieprobleem. Nederland zal het aanmerkelijk belang aanmerken als een regulier voordeel (artikel 4.12, onderdeel a Wet IB 2001) dan wel de deelnemingsvrijstelling toepassen (artikel 13 Wet VPB 1969). Bij een vaste inrichting in het buitenland is sprake van een vaste inrichting, en bij het ontbreken van een vaste inrichting is sprake van een heffingsvacuüm waar zowel de OESO als Nederland geen oplossing voor biedt.

bezien. X1 houdt een 100% deelneming in X2, beide gevestigd in hetzelfde land. Als de deelneming (X1) in de EU is gevestigd blijft de bronbelasting in beginsel achterwege door toepassing van de Moeder-Dochterrichtlijn of de Interest- en Royaltyrichtlijn.

Werking van de structuur

X1 is niet-transparant vanuit Nederlands perspectief, waardoor toepassing van de deelnemingsvrijstelling mogelijk is. Vervolgens verstrekt NL een lening aan X1. Vanuit Nederland bezien zijn de rentebaten vrijgesteld van heffing en is er een aftrek bij X1. X1 is echter transparant voor buitenlandse doeleinden, waardoor de lening vanuit het buitenland bezien toekomt aan X2. X2 zal vervolgens de rente aftrekken in het buitenland, want de deelnemingsvrijstelling wordt niet toegepast op X2. De rentebetaling moet vanuit het buitenland bezien worden belast bij NL. Het resultaat is geen heffing in Nederland, maar wel een renteaftrek in het buitenland.

4.4 Dispariteiten met hybride financieringsinstrumenten

4.4.1 Inleiding

Paragraaf 4.3 geeft een aantal suggesties voor de mogelijke structuren, maar de mogelijkheden zijn uitputtend en in de praktijk is elke structuur met de nodige creativiteit net iets anders vormgegeven. Naast een hybride entiteit kan een belastingplichtige tevens een hybride financieringsinstrument gebruiken om bijvoorbeeld twee keer een renteaftrek te creëren op een vermogensbestanddeel dat slechts een keer in de heffing is betrokken (*double dip*). De mogelijke structuren met hybride leningen zijn al veelvoudig in de literatuur behandeld, maar de vraag is wat de mogelijkheden zijn na de uitspraak van de Hoge Raad in het Australische RPS-arrest en het bankensyndicaatarrest. Door het oordeel van de Hoge Raad ('herkwalificatie van een kapitaalverstrekking in een geldlening is niet mogelijk') is rechtszekerheid voor de belastingplichtige ontstaan. Door de uitspraak ontstaan niet per definitie nieuwe planningsmogelijkheden, maar is er wel bevestiging voor structuren die in de praktijk zijn toegepast.

4.4.2 Structuren met hybride financieringsinstrumenten

4.4.2.1 Kapitaalverstrekking aan buitenlandse dochtervennootschap

In tegenstelling tot de structuren die mogelijk zijn met hybride samenwerkingsverbanden is de situatie met een hybride financieringsinstrument te herleiden tot een simpele situatie, namelijk een Nederlandse moedervernootschap die kapitaal verstrekt aan een buitenlandse dochtervennootschap. Uit de arresten van 7 februari 2014 volgt dat in Nederland hoe dan ook sprake is van eigen vermogen, ongeacht de kwalificatie van de geldverstrekking naar het buitenlands civiele recht. Dit heeft tot gevolg dat in een deelnemingsverhouding vanuit Nederlands perspectief een

vergoeding op eigen vermogen is ontvangen die is vrijgesteld door toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Het buitenland zal alsnog een renteaftrek verlenen aan de dochtervennootschap. Ten behoeve van een meer concrete (praktische) benadering volgen een aantal buitenlandse type geldverstrekkingen waar een dispariteit kan voorkomen.

Allereerst zijn er Australische Redeemable Preference Shares (hierna: RPS) die, zoals ook al naar voren kwam in BNB 2014/79, kenmerken hebben van cumulatief preferente aandelen met een beperkt stemrecht. Uit ro. 3.1.4 van dat arrest komt naar voren dat de RPS een jaarlijkse, cumulatieve vergoeding dragen, uitgifte en aflossing plaatsvindt tegen een vooraf vastgestelde nominale waarde (in casu: AUD 1) en de RPS de voorrang hebben boven gewone aandelen bij de betaling van de financieringsvergoeding en terugbetaling van de hoofdsom. Verder kunnen de RPS op elk moment binnen een maximum van tien jaar worden afgelost en hebben de houders van de RPS slechts stemrecht bij bedrijfsbeëindiging of besluiten die rechtstreeks betrekking hebben op de rechten van de RPS. In Australië kwalificeren de RPS als vreemd vermogen.

Luxemburg kent Madatorily RPS (hierna: MRPS) die volgens een ATR uit 2012¹⁵⁷ kwalificeert als vreemd vermogen voor fiscale doeleinden in Luxemburg. MRPS hebben als kenmerken een looptijd van tien jaar, geen stemrechten, een vaste (jaarlijkse) en een voorkeurspositie bij de uitkering van dividend of in het geval van liquidatie. De MRPS kunnen op elk moment worden geconverteerd naar gewone aandelen of andere MRPS. Aflossing kan tot uiterlijk aan het einde van de looptijd van de MRPS.

De houder van RPS of MRPS heeft een bevoordeelde positie in het geval van een dividenduitkering of bij een uitkering ten gevolge van een liquidatie. Een dividenduitkering kan op een vast bedrag zijn vastgesteld, en kunnen zowel cumulatief als niet-cumulatief zijn. De aandelen kunnen niet of juist verplicht aflosbaar zijn, maar het is ook mogelijk dat er nieuwe aandelen in de plaats komen op de vervaldatum. Aan de aandelen is geen, beperkt of volledig stemrecht verbonden. Converteerbare aandelen kunnen worden omgewisseld met een ander soort aandelen of met vreemd vermogen (zie ook paragraaf 3.3.3.2).

Ook in de Verenigde Staten zijn er bekende voorbeelden van preferente aandelen. Ten eerste is er de Preferred Equity Redemption Cumulative Stock (hierna: PERCS), een converteerbare preferente aandeel waarin slechts beperkte deelname mogelijk is. Na de vervaldatum is het mogelijk om PERCS in de wisselen in reguliere aandelen van de deelneming.¹⁵⁸ Daarnaast zijn er Preferred Redeemable Increased Dividend Equity Securities (hierna: PRIDES), die op elk moment converteerbaar zijn in

¹⁵⁷ ATR, 2012-0452291R3-E, 1 januari 2012, Tax Interpretations, <http://taxinterpretations.com/?p=12934>

¹⁵⁸ J.C. Francis, W.W. Toy, J.G. Whittaker, *The handbook of equity derivatives*, John Wiley & Sons, Inc., 2000, p. 240-241

reguliere aandelen, maar verplicht converteren naar de vervaldatum.¹⁵⁹ Tot slot is de *Dividend Enhanced Convertible Stock* (hierna: DECS) een bekend voorbeeld. RPS kunnen als vreemd vermogen kwalificeren. Een van de voorwaarden die meestal de doorslag geeft is de verplichte aflossing aan het einde van de looptijd. De *Monthly Income Preferred Stock* (hierna: MIPS) zijn een voorbeeld van aandelen die als vreemd vermogen kwalificeren, en dit is nogmaals bevestigd door de *Internal Revenue Service*¹⁶⁰ (hierna: IRS) in een *Technical Advice Memorandum* (hierna: TAM).¹⁶¹ In de gepubliceerde TAM is tevens aangegeven dat de emittent de interest op een MIPS-achtige instrument kan aftrekken. Nog recenter is een arrest van de Hewlett-Packard Company¹⁶² waarin de *United States Tax Court* heeft geoordeeld dat indien een complexe investeringsstructuur gericht is op het behalen van een belastingvoordeel, de preferente aandelen die samenhangen met die structuur kwalificeren als een geldlening.

Volgens IAS32.18 (a) kwalificeren preferente aandelen met een vast dividend en een verplichte (toekomstige) aflossingsdatum als vreemd vermogen, aangezien er een contractuele verplichting is om gelden te verstrekken. Bij het ontbreken van de voorwaarden is sprake van eigen vermogen. Zoals al blijkt bij de RPS in Australië en de MRPS in Luxemburg heeft een aantal landen specifieke regelingen geïntroduceerd waardoor dit kapitaal kwalificeert als vreemd vermogen. Een van de landen is Canada om het dividend op preferente aandelen te kunnen belasten.¹⁶³

In het Verenigd Koninkrijk volgt uit een uitspraak van de *UK High Court* in 1954¹⁶⁴ dat een preferente aandeel met een 5% winstafhankelijke vergoeding gelijk is aan een crediteurenrelatie met een houder van obligaties. Het Verenigd Koninkrijk heeft specifieke regelingen geïntroduceerd met betrekking tot vermeende geldleningen en onzichtbare rentevergoedingen, meer specifiek ten aanzien van niet-participerende RPS of RPS met een vaste rentevergoeding. In het Verenigd Koninkrijk worden aandelen die daar als vreemd vermogen kwalificeren, uitzonderingen daargelaten, belast als vreemd vermogen. De vergoeding op zo een geldverstrekking wordt behandeld als een vergoeding op vreemd vermogen.

In Spanje is de *Plan General de Contabilidad* (de Spaanse *Generally Accepted Accounting Principles* (hierna: GAAP)) leidend, wat in het algemeen overeenkomt met de kwalificatie volgens IAS 32 en

¹⁵⁹ C.L. Culp, *Structured finance and Insurance: the ART of managing capital and risk*, John Wiley & Sons, Inc.: New Jersey, 2006, H14: Structured Notes

¹⁶⁰ Vergelijkbaar met de Belastingdienst in Nederland

¹⁶¹ TAM 199910046

¹⁶² United States Tax Court 14 May 2012, T.C. Memo. 2012-135, *Hewlett-Packard Company and consolidated subsidiaries*, Docket Nos. 21976-07, 10075-08

¹⁶³ S. Bärsch, *Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context*, Springer, 2012, p. 246 e.v.

¹⁶⁴ UK High Court 1954, *Inland Revenue Commissioners v. Pullman Car Co. Ltd.* (1954) 12 TC 1159

IAS 39.¹⁶⁵ Er kunnen aandelen zonder stemrechten worden uitgegeven die volgens de GAAP kwalificeren als vreemd vermogen.

Tot slot zijn er naast de RPS en MRPS zijn er meerdere type (aandelen)kapitaal mogelijk. In Oostenrijk is het mogelijk om als stille vennoot zonder stemrecht deel te nemen in de resultaten van een samenwerkingsverband.¹⁶⁶ Daarbij is het mogelijk om een uitsluitel van deelneming te verkrijgen met betrekking tot de verliezen. In het geval van insolventie is sprake van een vordering, vergelijkbaar met een schuld. De deelname in het management is beperkt tot het verzamelen van de nodige informatie om de crediteurenvordering te bepalen. Voor vennootschappelijke doeleinden kwalificeert de participatie als vreemd vermogen. Deze kwalificatie geldt ook in het fiscale recht.¹⁶⁷ Een tweede mogelijkheid is het houden van winstrechten. Buiten het belang dat hieruit voortvloeit om zijn de rechten niet vergelijkbaar met de rechten van de aandeelhouder. Als de houder van winstbewijzen tevens niet deelt in de verliezen, kwalificeren de winstbewijzen als vreemd vermogen.¹⁶⁸

4.4.2.2 Aanvullend tier 1-kapitaal

In paragraaf 4.4.2.1 is gesteld dat in Nederland hoe dan ook sprake is van eigen vermogen, en dat een herkwalificatie naar vreemd vermogen niet mogelijk is. Maar zoals altijd het geval is in het fiscale recht, is er een uitzondering op de regel, namelijk bij een de verstrekking van aanvullend tier 1-kapitaal door banken.

Het kapitaal dat banken aanhouden is in het prudentiële overzicht, zoals opgenomen in het internationaal Bazel III-akkoord, in Europees verband omgezet in het kapitaaleisenraamwerk banken en beleggingsondernemingen (CRD IV). Het CRD IV is per 1 januari 2014 is ingevoerd.¹⁶⁹ In het CRD IV is het kapitaal ingedeeld in verschillende categorieën: tier 1-kernkapitaal, aanvullend tier 1-kapitaal en tier 2-kapitaal. Voor banken die de NV als rechtsvorm hebben bestaat het tier 1-kernkapitaal uit

¹⁶⁵ M. Lorán, *Spanish tax issues in tax restructurings: the tax treatment of cancellation of debt*, Derivatives and Financial Instruments, september/oktober 2011, p. 269

¹⁶⁶ Section 179-188 *Unternehmensgesetzbuch* (hierna: UGB; het Oostenrijkse vennootschapsrecht)

¹⁶⁷ Section 4, paragraph 4 Individual Income Tax Act (hierna: IITA): aftrek bij debiteur; Section 21-23 IITA: stille vennoot belast met betrekking tot ondernemingswinst (of Section 27 IITA: met betrekking tot kapitaal)

¹⁶⁸ Section 8, paragraph 3 *Körperschaftsteuergesetz* (hierna: KStG; het Oostenrijkse Wet VPB) bepaalt dat betalingen op winstbewijzen niet aftrekbaar zijn indien die kwalificeren als eigen vermogen doordat er sprake is van een deelname in de winst en liquidatieprocedures van de onderneming (dus: in andere gevallen kwalificatie als vreemd vermogen). Zie tevens W. Schön, *Debt and equity: What's the difference? A comparative view*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, No. 09-09, p. 11-12

¹⁶⁹ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU 2013, nr. L 176 en Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PbEU 2013, nr. L 176

aandelenkapitaal, agio en ingehouden winsten. Het dividend is niet aftrekbaar van de fiscale winst van de bank. Voor banken op coöperatieve grondslag is de winstuitkering aan leden eveneens niet aftrekbaar. Aanvullend tier 1-kapitaal en tier 2-kapitaal kunnen een hybride karakter hebben, waardoor de kwalificatie afhankelijk is van de feiten waaronder en de omstandigheden waarin het geld is verstrekt.

De kenmerken van het aanvullend tier 1-kapitaal zoals vastgelegd in het CRD IV dient fiscaal als kapitaal te worden aangemerkt. De tier 1-instrumenten vallen onder het bereik van artikel 10, eerste lid, onderdeel c Wet VPB 1969, waardoor de vergoeding op het aanvullend tier 1-kapitaal niet aftrekbaar is. Volgens artikel 1, eerste lid jo. artikel 2 Wet DB 1965 is geen dividendbelasting verschuldigd.¹⁷⁰ Het gevolg is dat een concurrentienadeel voor Nederlandse banken ten opzichte van andere Europese banken ontstaat, wat de staatssecretaris van Financiën als onwenselijk beschouwd. Uit de brief van 16 december 2013¹⁷¹ aan de Tweede Kamer komt eveneens naar voren dat het kabinet voornemens is om de vergoeding op hybride aanvullend tier 1-kapitaal in aftrek toe te staan bij de banken en in de heffing te betrekken bij de ontvanger.¹⁷²

Uit de arresten van 7 februari 2014 komt naar voren dat de herkwalificatie van kapitaal in een geldlening niet mogelijk is. De wetgever maakt hier een inbreuk op met het voorgestelde artikel 29a Wet VPB 1969 waardoor aanvullend tier 1-kapitaal met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2014 is aan te merken als vreemd vermogen. Gezien het feit dat andere Europese banken het aanvullend tier 1-kapitaal wel aanmerken als vreemd vermogen, voorkomt Nederland met deze inbreuk op de uitspraak van de Hoge Raad naar mijn mening terecht de vorming van een dispariteit.

4.5 Conclusie

Tot nu toe is naar voren gekomen dat Nederland een eigen methode hanteert om hybride entiteiten te classificeren of hybride samenwerkingsverbanden te kwalificeren voor Nederlandse fiscale doeleinden. De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond is tot welke dispariteiten de besproken Nederlandse classificatiemethoden leiden. Dit zijn een tweetal dispariteiten, namelijk het niet eenduidig classificeren van het samenwerkingsverband of het niet eenduidig kwalificeren van het financieringsinstrument.

Voordat de dispariteiten zijn behandeld, is stilgestaan bij de negatieve effecten van het gebruik van dispariteiten. Het meest bekend en wellicht het meest voor de hand liggend is een budgettair nadeel door verminderde belastingopbrengsten. Verder hebben ondernemingen en concerns met een

¹⁷⁰ *Kamerstukken I 2014/15*, 33 950, nr. C, p. 2 (Memorie van Antwoord)

¹⁷¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 32 013, nr. 48, p. 2 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)

¹⁷² *Kamerstukken II 2013/14*, 32 013, nr. 58, p. 1-2 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)

breder budget en overige middelen meer mogelijkheden om te profiteren van de dispariteiten. In het perspectief van economische efficiëntie wordt niet voldaan aan de vereisten van een perfecte vrije markteconomie, omdat de belastingheffing de economische aangelegenheden beïnvloedt en de informatie niet transparant is. Het gebrek aan transparantie zorgt voor belemmeringen bij het bepalen van de belastingplichtige. Tot slot is er sprake van een morele kwestie: een verschil in heffing is niet eerlijk.

Vervolgens zijn de dispariteiten aan bod gekomen, als eerst met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden. Het heffingsprobleem komt naar voren in de gesimplificeerde inbound- en outboundsituaties. Zowel de OESO als Nederland ondervinden problemen met het oplossen van economisch dubbele heffing. Aan de hand van een voorbeeld is duidelijk gemaakt hoe het tussenvoegen van een transparante entiteit kan leiden tot een renteaftrek in het buitenland zonder een compenserende heffing in Nederland.

Tot slot is aandacht besteed aan de dispariteiten met hybride financieringsinstrumenten. Uit paragraaf 4.4 komt naar voren dat het in verschillende landen goed mogelijk is dat een financiering naar buitenlandse maatstaven kwalificeert als vreemd vermogen en naar Nederlandse maatstaven als eigen vermogen. Dit betreft onder meer RPS, MRPS en winstrechten. Bijna vanzelfsprekend is ook een uitzondering op de rechtsregel dat eigen vermogen niet geherkwalificeerd mag worden in vreemd vermogen. Nederland behandelt aanvullend tier 1-kapitaal als vreemd vermogen.

De dispariteiten zorgen tot nog toe voor ontevredenheid, en de OESO heeft met actiepunten 2 dan ook de eerste stappen gezet om onder meer de behandelde structuren tegen te werken. Naast de OESO heeft ook de EC de Moeder-Dochterrichtlijn aangepast en zijn er ook voorstellen uit de literatuur gekomen om het gebruik van dispariteiten te belemmeren. Het huidig beleid en de mogelijke verbeterpunten komen in het volgend hoofdstuk naar voren.

HOOFDSTUK 5 – HUIDIG BELEID EN VOORSTELLEN TOT VERBETERING

5.1 Inleiding

Tot nu toe is aandacht besteedt aan het vaststellen van hybride entiteiten en financieringsinstrumenten. In hoofdstuk 4 is vervolgens naar voren gekomen dat een groot aantal varianten mogelijk is om effectief gebruik te maken van dispariteiten. Om grondslaguitholling en winstverschuiving door gebruik van de hybride entiteiten en financieringsinstrumenten tegen te gaan is een aanpassing van de wetgeving nodig.

In paragraaf 5.2 is het huidig beleid van Nederland, de OESO en de EC behandeld. Daarbij komen de tekortkomingen naar voren. Daarbij is aandacht besteed aan de tekortkomingen van de verschillende manieren om hybride samenwerkingsverbanden te classificeren en hybride financieringsinstrumenten te kwalificeren. Ook zijn de tekortkomingen van de voorstellen om (de negatieve effecten van) dispariteiten met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden en hybride financieringsinstrumenten behandeld. In de fiscaliteit is het een continu streven om tekortkomingen in het belastingstelsel of tekortkomingen in de internationale samenhang tussen diverse belastingstelsels tegen te gaan. De tekortkomingen leiden immers doorgaans tot een uitholling van de belastinggrondslag. In het kader van de het gebruik (misbruik) van dispariteiten bij hybride samenwerkingsverbanden en hybride financieringsinstrumenten zijn er vanuit diverse perspectieven voorstellen voorgelegd om de dispariteiten te exploiteren.

Daarnaast heeft de OESO voorstellen op grondslaguitholling en winstverplaatsing tegen te gaan. Deze voorstellen zijn in paragraaf 5.3 behandeld. Het meest actueel zijn de 15 actiepunten uit het BEPS-rapport, waarbij in het kader van deze scriptie slechts *Action 2 (Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements)* relevant is. Zodra de actiepunten van de BEPS concreet zijn uitgewerkt en in werking zijn gesteld, zal Nederland net als de overige OESO-landen¹⁷³ de wetgeving moeten aanpassen.

Vervolgens komt het voorstel van de EC aan bod. De EC heeft de Moeder-Dochterrichtlijn¹⁷⁴ aangepast. De richtlijn bevat nu een antimisbruikregeling waardoor een aftrek bij de

¹⁷³ Oprichting (1961): België, Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zweden, Zwitserland.

Later toegetreden: Japan (1964), Finland (1969), Australië (1971), Nieuw-Zeeland (1973), Mexico (1994), Tsjechië (1995), Hongarije (1996), Polen (1996), Zuid-Korea (1996), Slowakije (2000), Chili (2010), Estland (2010), Israël (2010), Slovenië (2010)

¹⁷⁴ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PbEU 2014, nr. L 219

dochtervennootschap en onbelast zijn van de uitkering bij de moedervennootschap niet per definitie mogelijk is bij een deelneming van tenminste 10%. De algemene antimisbruikregeling is (in lijn met het BEPS-rapport) ingevoerd om belastingontwijking tegen te gaan. Meer hierover volgt in paragraaf 5.4.

Tot slot zijn ook in de literatuur diverse auteurs die een voorstel of voorstellen tot verbetering hebben. In paragraaf 5.5 worden die voorstellen behandeld. In paragraaf 5.6 volgt een conclusie.

5.2 Huidig beleid Nederland

5.2.1 Inleiding

Na hetgeen in hoofdstuk 4 is behandeld is het duidelijk dat het huidig beleid genoeg tekortkomingen heeft om de dispariteiten te exploiteren. In hoofdstuk 2 en 3 is het huidig beleid van Nederland met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden respectievelijk hybride financieringsinstrumenten al uitgebreid behandeld. In dit hoofdstuk is een korte samenvatting voldoende.

5.2.2 Het Nederlands classificatie- en kwalificatiebeleid

Nederland hanteert met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden de *similarity approach*, wat betekent dat naar de kenmerken van een buitenlandse samenwerkingsverband wordt gekeken zoals in het buitenlandse civiele recht geldt, waarna naar een vergelijkbaar binnenlandse entiteit wordt gezocht. In de jurisprudentie is voor de Duitse OHG, de Duitse GmbH & Co. KG, de Franse Société, de Franse SCI en de US LLC naar het recht van Ohio en Delaware vastgesteld hoe die entiteiten classificeren in het Nederlands fiscale recht. Voor de overige entiteiten geldt dat een toets naar het classificatiebesluit plaatsvindt door de beantwoording van vragen met betrekking tot het juridisch eigendom, de aansprakelijkheid van de participanten, het al dan niet hebben van in aandelen verdeeld kapitaal en toestemming bij de toetreding of vervanging van participanten. Bij een bevestigend antwoord op drie van de vier vragen is sprake van een kapitaalvennootschap. Het is ook mogelijk dat sprake is van een specifieke verdragsbepaling met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden en/of hybride financieringsinstrumenten. In dat geval prevaleert de verdragsbepaling het classificatiebesluit. De verdragsbepalingen verdelen slechts de heffingsbevoegdheid en creëren op zichzelf geen heffingsrecht. De specifieke verdragsbepalingen zorgen ervoor dat slechts een van de landen mag heffen, of dat de verdragslanden onderlinge maatregelen treffen om de dubbele (niet-)heffing te voorkomen. De vormgeving van voorkomingsmethoden worden ook onderling bepaald.

Met betrekking tot hybride financieringsinstrumenten is al vastgesteld dat een geldlening wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen indien sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of

deelnemerschapslening. Andersom heeft de Hoge Raad in het Australische RPS-arrest en in het bankensyndicaatarrest geoordeeld dat een herkwalificatie van eigen vermogen in een geldlening niet mogelijk is, omwille van het behoud van rechtszekerheid. Het is na hoofdstuk 4 ook duidelijk dat er buitenlandse geldverstrekkingen in het buitenland als vreemd vermogen kwalificeren, maar naar het Nederlandse fiscale recht eigen vermogen vormen, waardoor een aftrek zonder corresponderende heffing mogelijk is. Slechts aanvullend tier 1-kapitaal vormt een uitzondering op de regel en vormt vreemd vermogen.

5.2.3 Het beleid tot 2007: niet goed genoeg?

5.2.3.1 Inleiding

Tot 2007 was in de Wet VPB 1969 de subjectieve onderworpenheidseis opgenomen. Daarnaast was tussen 2002 en 2007 ook de objectieve belastingplicht opgenomen voor hybride leningen. Beide regelingen hadden als doel om het gebruik van dispariteiten tegen te gaan, maar zijn inmiddels afgeschaft. De werking van beide regelingen en de reden van afschaffing komen in deze paragraaf aan bod.

5.2.3.2 Tot 2007: de subjectieve onderworpenheidseis

Tot 2007 was een van de eisen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling dat de ter zake van de door de moeder vennootschap genoten voordelen uit hoofde van een deelneming een buitenlandse heffing naar de winst plaatsvindt.¹⁷⁵ De kritiek op deze regeling was echter dat de eis alleen gold voor buitenlandse deelnemingen, en dus vermeend werd dat sprake was van strijdigheid met het EU-recht.¹⁷⁶ Er zou mogelijk strijd zijn met de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG-verdrag, nu artikel 49 VwEU) en het vrij verkeer van kapitaal (artikel 56 EG-verdrag, nu artikel 63 VwEU). Verder was de oude onderworpenheidseis zeer eenvoudig te omzeilen door een minimale heffing toe te passen, omdat de er geen materiële eisen waren en de hoogte van het belastingtarief geen criterium was.¹⁷⁷

Bij de inwerkingtreding van de Wet werken aan de winst op 1 januari 2007 is de onderworpenheidseis (tezamen met de niet-ter-beleggingseis) vervangen voor de regeling van de laagbelaste beleggingsdeelneming.¹⁷⁸ Ook zijn alle eisen nu op zowel de binnenlandse als de buitenlandse deelnemingen van toepassing. De regeling ontvangt weer kritiek, waardoor de regeling

¹⁷⁵ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 13 Wet VPB 1969 (vanaf 28 april 1990), aantekening 6.3, De onderworpenheidseis

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 7 (Memorie van Toelichting)

¹⁷⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, BNB 2006/161, p. 7

¹⁷⁸ Artikel 13, negende en tiende lid Wet VPB 1969: indien de deelneming voor meer dan 50% bestaat uit vrije beleggingen is de deelnemingsvrijstelling pas van toepassing indien de deelneming is onderworpen aan een belasting naar de winst van minimaal 10%

in 2010 wederom ingrijpend wordt veranderd. De staatssecretaris van Financiën vat het kritiek als volgt samen: “De regeling wordt in de praktijk als bewerkelijk ervaren en geeft niet altijd de gewenste zekerheid omtrent de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.”¹⁷⁹ De deelnemingsvrijstelling in de huidige vorm kent een regeling voor de kwalificerende beleggingsdeelneming met de herintroductie van de oogmerktoets. Een beleggingsdeelneming kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling indien is voldaan aan de onderworpenheidstoets dan wel de bezittingentoets (artikel 13, negende lid e.v. Wet VPB 1969).

5.2.3.3 2002 – 2007: objectieve belastingplicht voor hybride leningen

Met betrekking tot hybride leningen was door de wetgever beoogd om een andere invulling te geven aan de deelnemerschapslening dan de criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁸⁰ De eisen waren opgenomen in artikel 10, tweede lid, onderdeel a tot en met c Wet VPB 1969, en omvatte een lening met (a) een volledig winstafhankelijke vergoeding en een looptijd van meer dan tien jaar, (b) een gedeeltelijk winstafhankelijke vergoeding, relatie met de markttrente en een looptijd van meer dan tien jaar, of (c) achterstelling, geen looptijd of looptijd van meer dan vijftig jaar en een winstafhankelijke vergoeding. De nadere wettelijke invulling van het begrip hybride lening bleek in de praktijk weinig te zijn toegepast gezien de complexiteit van de bepaling. Daardoor is besloten om te volstaan met een abstracte formulering: “*lening onder zodanige voorwaarden aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen.*” Met deze formulering wordt teruggevallen op het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen aan de hand van de criteria die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld.¹⁸¹

5.3 De OESO: huidig beleid en het BEPS-rapport

5.3.1 Inleiding

Naast Nederland heeft ook de OESO een voorkeur om hybride structuren tegen te gaan. Dit is al kort naar voren gekomen in paragraaf 4.3.2.1 met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden. De voorkeur van de OESO gaat naar de *symmetrical approach* zoals ook naar voren komt in het Partnership Report.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 369, nr. 6, p. (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)

¹⁸⁰ Artikel 10, eerste lid, onderdeel d en artikel 10, tweede tot en met vierde lid(oud) Wet VPB 1969. De eisen van de deelnemerschapslening uit de jurisprudentie zijn een onbeperkte looptijd (Hoge Raad: meer dan 50 jaar), een (vrijwel geheel) winstafhankelijke rente en een volledige achtergesteldheid ten opzichte van andere crediteuren.

¹⁸¹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3, p. 18-19 (Memorie van Toelichting)

5.3.2 Partnership Report

Het Partnership Report en het BEPS-rapport vormen de basis voor het huidige en toekomstige beleid van de OESO. De OESO heeft in het Partnership Report¹⁸² met aanbevelingen geprobeerd situaties van dubbele belasting of dubbele non-heffing te verminderen. Daarin wordt uitgegaan van het nationaal recht van een land. Artikel 3, tweede lid OESO-modelverdrag luidt als volgt:

“As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.”

Bij allocatieconflicten wordt een onderscheid gemaakt tussen inbound- en outboundsituaties. Voor inboundsituaties geldt dat de bronstaat voor de vermindering van bronbelasting moet aansluiten bij de allocatie en classificatie van de vestigingsstaat van de hybride entiteit (§8.8 OESO-commentaar bij artikel 4 OESO-modelverdrag). Voor outboundsituaties geldt dat voor de voorkoming van dubbele belasting de classificatie van de bronstaat wordt gevolgd door de woonstaat. Een aantal landen, waaronder Nederland, heeft een voorbehoud op deze aanbeveling gemaakt.

Een van de punten die in punt 2 van het BEPS-rapport naar voren komt is dat het Partnership Report slechts ziet op *partnerships*. De OESO stelt voor om dit toepassingsbereik expliciet verbreden (zie paragraaf 5.3.4). Een tweede tekortkoming in het Partnership Report is dat de voorbeelden geen rekening houden met outboundsituaties waarbij een samenwerkingsverband niet-transparant is vanuit het woonland gezien, maar transparant vanuit het perspectief van het bronland (zie paragraaf 4.3.2.1, onderdeel 4).

5.3.3 Het doel van het BEPS-rapport

Het Partnership Report vormt een basis voor het huidige beleid, maar in het BEPS-rapport zijn voorstellen neergelegd voor een verbeterd beleid. De OESO wil meer transparantie van de effectieve

¹⁸² OESO, *The application of the OECD model tax convention to partnerships*, Issues in International Taxation, nr. 6, 1999

belastingtarieven van multinationale ondernemingen, en wil dit bereiken door zes kernproblemen aan te pakken:

1. Internationale dispariteiten in het classificeren van samenwerkingsverbanden en kwalificeren van financieringsinstrumenten, daaronder begrepen belastingarbitrage. Dit onderdeel valt samen met deze scriptie.
2. Toepassing van verdragsconcepten op winsten afkomstig van de levering van digitale goederen en diensten;
3. De fiscale behandeling van schuldfinancieringen, interne verzekeringen en andere concernttransacties aan verbonden partijen;
4. Verrekenprijproblematiek, in het bijzonder met betrekking tot het verplaatsen van risico's en immateriële activa, het kunstmatig verdelen van eigendom van activa tussen juridische entiteiten binnen een groep, en transacties tussen twee juridische entiteiten binnen een groep die een onafhankelijke derde niet zou accepteren;
5. De effectiviteit van antimisbruikregelingen, in het bijzonder de GAAR, de CFC-wetgeving, de *thin capitalisation*-regelingen¹⁸³ en de regelingen ter voorkoming van verdragsmisbruik.
6. De mogelijkheden tot schadelijke voorkeursregelingen¹⁸⁴

De OESO wil deze problemen aanpakken aan de hand van 15 actiepunten in het BEPS-rapport. Slechts punt 2 uit het BEPS-rapport, *neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, is relevant in het kader van mijn scriptie. De overige punten worden niet behandeld.

5.3.4 Actiepunt 2: het neutraliseren van de effecten van dispariteiten

5.3.4.1 Inleiding

Op 19 maart 2014 heeft de OESO twee documenten uitgebracht met als doel dat belangstellenden (o.a. belastingadvieskantoren, het bedrijfsleven of NGO's) hun reacties geven om een discussie op gang te brengen. Het eerste document ziet op aanbevelingen voor het nationale recht¹⁸⁵, het tweede document ziet op de verdragsproblematiek.¹⁸⁶ Beide documenten zijn concepten. Voor de definitieve

¹⁸³ Nederland kende tot en met 31 december 2012 een *thin capitalisation*-regeling in artikel 10d (oud) Wet VPB 1969. Er is sprake van *thin capitalisation* als het kapitaal relatief meer vreemd vermogen dan eigen vermogen bevat.

¹⁸⁴ OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, p. 6, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

¹⁸⁵ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 27-76

¹⁸⁶ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 77-99

versie wordt gewacht op de publicaties van de overige actiepunten in de loop van 2015 (uiterlijk december 2015).

5.3.4.2 Aanbevelingen voor het nationale recht

De OESO definieert de problematiek omtrent dispariteiten als volgt: “*A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement.*”¹⁸⁷

Vervolgens gaat de OESO in op twee mogelijke situaties waar maatregelen tegen worden getroffen. Deze maatregelen dienen universeel door ieder van de betrokken landen worden toegepast. Op de eerste plaats betreft het de situatie met een aftrek zonder corresponderende heffing (*deduction/no inclusion*, hierna: D/NI-uitkomst) en op de tweede plaats een dubbele aftrek (*double deduction*, hierna: DD-uitkomst).

Bij een D/NI-uitkomst moet aftrek bij de betalende vennootschap worden geweigerd voor zover tegenover de aftrek geen corresponderende heffing in het ander land is. Indien de lidstaat waarin de betalende vennootschap geen maatregelen treft, is de aanbeveling dat de lidstaat waarin de ontvangende lidstaat is gevestigd de betaling als regulier inkomen behandelt. Dit geldt ook voor een D/NI-uitkomst ten gevolge van een verschil in het tijdstip dat een bepaalde betaling naar voren komt.¹⁸⁸ De regeling is niet van toepassing indien een betaling is verricht door een investeringsvehikel onderworpen aan een bijzondere regeling in het vestigingsland, met als doel van het vestigingsland om dat vehikel niet of minimaal te belasten.¹⁸⁹ De aanbeveling van de OESO is niet van toepassing als tegenover de aftrek een heffing in het vestigingsland van zowel de betaler als de ontvanger is.¹⁹⁰ Met behulp van de geldlening zou de regeling eenvoudig te ontwijken zijn door het effect van de dispariteit te verplaatsen naar een derde land. Ook in het geval dat een belaste ontvangst wordt gecompenseerd door een aftrek in verhouding met een derde land is het aanbevolen om aftrek te weigeren in het land waar de betalende vennootschap is gevestigd. De OESO geeft specifieke aanbevelingen gericht op een aantal situaties, waaronder een *reverse hybrid*, ofwel de situatie dat een entiteit transparant is volgens de regelingen in het vestigingsland,

¹⁸⁷ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 29

¹⁸⁸ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 36

¹⁸⁹ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 39

¹⁹⁰ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 44

en niet-transparant in het andere land. Een specifiek voorbeeld is de Amerikaanse CV/BV-structuur (zie paragraaf 4.3.2.2). Als de aanbeveling van de OESO op de Amerikaanse CV/BV-structuur wordt toegepast, resulteert dat in het volgende. Ten eerste is geen aftrek mogelijk, of is tegenover de aftrek altijd een corresponderende heffing. Ten tweede zullen ook regelingen die dispariteiten in de hand werken aangepast moeten worden. In relatie met de Verenigde Staten zorgt het 'check-the-box system' vrijwel altijd voor de mogelijkheid om een dispariteit te creëren, waardoor ik van mening ben dat dit systeem dient te worden aangepast om het uithollen van de belastinggrondslag tegen te gaan in de verhouding Nederland met de Verenigde Staten. Verder wijst de OESO ook op nationale CFC-wetgeving, maar die worden in deze structuur ongedaan gemaakt door het 'check-the-box system'.

Bij een DD-uitkomst is de aanbeveling dat een tweede aftrekmogelijkheid wordt geweigerd in het land waar de moedervenootschap is gevestigd. Dit is een voor zover bepaling, wat inhoudt dat alleen dat deel van de aftrek wordt geweigerd wat dubbelop is.¹⁹¹ In het geval dat deze aanbeveling wordt genegeerd, is het de bedoeling dat de aftrek wordt geweigerd in het land waar de betalende vennootschap is gevestigd. Er is geen sprake van een dispariteit indien en voor zover tegenover de dubbele aftrek een compenserende heffing is in het vestigingsland van zowel de betalende als ontvangende partij.¹⁹²

5.3.4.3 Aanbevelingen in verdragssituaties

De aanbeveling in het tweede onderdeel van actiepunt 2 heeft betrekking op een mogelijke aanpassing in het OESO-modelverdrag, waarbij in het bijzonder de aandacht uitgaat naar de interactie tussen mogelijke veranderingen in de nationale wetgeving versus aanbevelingen voor wijzigingen in het OESO-modelverdrag.¹⁹³

Op de eerste plaats is gekeken naar het Partnership Report, waarin een analyse is gemaakt over de toepassing van verdragen bij dispariteiten die ontstaan bij de fiscale behandeling van vennootschappen (*partnerships*), maar de term *partnerships* dekt niet alle type samenwerkingsverbanden. Het voorstel is om een nieuwe regeling op te nemen in het OESO-modelverdrag die tezamen met een gedetailleerde OESO-commentaar bij die regeling ervoor zorgt dat transparante entiteiten voor verdragstoepassing in lijn met de beginselen van het Partnership Report worden behandeld. Dat heeft tot gevolg dat de verdragsvoordelen onder redelijke

¹⁹¹ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 29

¹⁹² OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 53

¹⁹³ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 79

omstandigheden worden toegekend, maar de voordelen worden geweigerd als geen van de verdragsstaten naar zijn lokale wetgeving het inkomen van een entiteit behandeld als het inkomen van een inwoner van dat land.

5.3.4.4 Implementatie van de aanbevelingen

De OESO heeft dus voor beide onderdelen een aanbeveling gegeven, en een ‘back-upmaatregel’ voorgesteld indien een van de landen zich niet aan de aanbeveling houdt. De OESO gaat er blijkbaar vanuit dat niet elk land de aanbevelingen zal implementeren, al lijkt de kans dat een groot deel van de landen de aanbevelingen negeert mij vrij klein aangezien de G20¹⁹⁴ het BEPS-rapport toejuichen.¹⁹⁵

Vooralsnog is het plan om uiterlijk in september 2015 een commentaar te publiceren waarin in details (met voorbeelden) is uitgelegd hoe de implementatie moet worden vormgegeven. Per direct zullen de regels niet worden geïmplementeerd, aangezien een deel van het BEPS-rapport nog wordt gepubliceerd. De actiepunten mogen niet botsen, waardoor (kleine) aanpassingen in het huidig plan nog mogelijk zijn voor de definitieve vormgeving. Dit betekent niet dat landen de fiscale wetgeving niet al ontwikkelen. Nederland heeft bijvoorbeeld in het kader van het BEPS-rapport meer richtinggevendende substance-eisen ingevoerd.¹⁹⁶ Ten behoeve van de nationale implementatie zijn standaarddefinities van onder andere verbonden personen (*related persons*), controlegroep (*control group*) en samenwerking (*acting together*) opgenomen.¹⁹⁷

Er wordt bij de implementatie van punt 2, onderdeel 2 van het BEPS-rapport rekening gehouden met een aantal aanbevelingen uit punt 6 van het BEPS-rapport (het voorkomen van verdragsmisbruik), zoals bijvoorbeeld *limitation-on-benefits* bepalingen (hierna: LOB-bepalingen), *main purpose tests* en antimisbruikmaatregelen voor het houden van een vaste inrichting in een derde land.¹⁹⁸ Het voorstel is om een nieuwe artikel 4, derde lid OESO-modelverdrag in te voeren met betrekking tot *dual resident*-lichamen:

¹⁹⁴ De G20 bestaat uit de EU en 19 landen: Argentinië, Australië, Brazilië, Canada, China, Duitsland, Frankrijk, India, Indonesië, Italië, Japan, Mexico, Rusland, Saoedi-Arabië, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zuid-Afrika, Zuid Korea. Een aantal landen uit de EU is zelfstandig lid en vertegenwoordigd door de EU vanwege deelname in de G8.

¹⁹⁵ OESO, *Closing tax gaps – OECD launches Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 19 juli 2013 (bijeenkomst Ministers van Financiën van de G20); OESO, *OECD Secretary-General report to the G20 leaders*, 5-6 september 2013 (bijeenkomst regeringshoofden van de G20)

¹⁹⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3101, Stcrt. 2014, 15957, V-N 2014/32.5. In de bijlage van het Besluit zijn de minimum substance-eisen opgenomen.

¹⁹⁷ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 69-75

¹⁹⁸ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 79

“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.”

Echter zijn niet alle problemen rondom *dual resident*-lichamen opgelost. De problemen blijven bestaan indien geen verdrag tussen twee landen is overeengekomen.¹⁹⁹

Met betrekking tot hybride entiteiten geeft het Partnership Report al richtlijnen zoals de OESO graag ziet, maar is niet expliciet vastgesteld dat het rapport ook van toepassing is op andere samenwerkingsverbanden dan *partnerships*. Het voorstel van de OESO is om artikel 1 van het OESO-modelverdrag uit te breiden met een tweede lid en het bijbehorend commentaar zodanig aan te passen dat de richtlijnen van het Partnership Report van toepassing zijn op alle hybride samenwerkingsverbanden.²⁰⁰

Het is belangrijk om te realiseren dat de aanpassing van het OESO-modelverdrag geen enkel effect heeft zolang het concreet belastingverdrag tussen twee landen niet dienovereenkomstig is aangepast. Ook richt de OESO zich (in dit geval) op hybride entiteiten en hybride financieringsinstrumenten, maar er zijn nog steeds andere dispariteiten die niet zijn opgelost, zoals het verschil in het belastingtarief. Ierland heft bijvoorbeeld 12,5% (2015) vennootschapsbelasting op actief inkomen, maar in Nederland is de vennootschapsbelasting 25% (2015).²⁰¹

Een tweede belangrijk punt is dat een belastingverdrag geen heffingsrecht creëert, maar slechts een hulpmiddel is om de heffingsbevoegdheid tussen twee landen vast te stellen. Stel dat Nederland heffingsbevoegd is maar de deelnemingsvrijstelling toepast (objectieve vrijstelling), dan is er kans dat sprake is van een negatief effect ten gevolge van een dispariteit. Het verdrag kan hier niet in voorzien. De enige oplossing die ook met de nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn wordt bereikt (zie paragraaf 5.4) is het opnemen van een antimisbruikmaatregel. De aanbevelingen ten aanzien van het nationale recht zijn ook niet afdwingbaar, en de OESO spreekt ook geen zekerheid uit met betrekking

¹⁹⁹ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 81-82

²⁰⁰ OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 85-91

²⁰¹ Artikel 22 Wet VPB 1969: het belastingtarief in de Wet VPB 1969 is 20% tot een bedrag van €200.000. Elke euro meer is onderworpen aan een tarief van 25%.

tot de implementatie van de *linking rule* en/of *defensive rule* door alle OESO-landen.²⁰² Wanneer Nederland deze regels implementeert, zullen ze als antimisbruikmaatregel bij de deelnemingsvrijstelling moeten gelden.

5.4 Huidig beleid EC

5.4.1 Inleiding

De EC heeft op 25 november 2013 aangekondigd de Moeder-Dochterrichtlijn te willen aanpassen.²⁰³ Dit voorstel is geaccepteerd na overeenstemming van de Europese Ministerraad op 27 januari 2015.²⁰⁴ De Moeder-Dochterrichtlijn is van toepassing op aandelenbelangen van ten minste 10% in het geplaatst aandelenkapitaal van een buitenlandse dochtervennootschap, waarbij zowel de moeder- als dochtervennootschap in de EU gevestigd is en de betrokken vennootschappen zijn benoemd in bijlage 1 van de richtlijn. Bij de uitkering van winst (waaronder dividend) houdt het land waar de uitkerende vennootschap is gevestigd geen bronheffing in, waardoor geen sprake meer is van een economisch dubbele heffing. Onder de huidige Moeder-Dochterrichtlijn is het mogelijk om dubbele niet-heffing te realiseren, in het bijzonder veroorzaakt door het gebruik van een hybride financieringsinstrument.²⁰⁵

5.4.2 De nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn

Om te voorkomen dat door belastingplanning een dubbele niet-heffing wordt gerealiseerd heeft de EC, tevens in lijn met de BEPS-discussie, een algemene antimisbruikmaatregel opgenomen die bepaald dat de uitkerende partij geen aftrekrecht heeft indien er geen corresponderende heffing in het andere land is. Uit een brief van de Staatssecretaris van Financiën²⁰⁶ blijkt dat Nederland een algemene antimisbruikbepaling in de eerste instantie niet steunde. De bepaling werd allereerst te algemeen en subjectief bevonden, wat voor uiteenlopende interpretaties over de toepassing van de bepaling en dus ook onzekerheid bij bonafide internationaal opererende bedrijven. Daarnaast is de EU verantwoordelijk voor de regelgeving om belastingontwijking te bestrijden, waardoor de effectiviteit en flexibiliteit om nieuwe vormen van misbruik te bestrijden achteruit gaat. De

²⁰² OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 36

²⁰³ Europese Commissie, *Tackling tax avoidance: Commission tightens key EU corporate tax rules*, IP/13/1149, 25 november 2013. Dit voorstel is in lijn met en ten gevolge van een eerdere publicatie van de EC waarin een actieplan tegen belastingplanning is opgenomen: "Europese Commissie, *Clamping down on tax evasion and avoidance: Commission presents the way forward*, IP/12/1325, 6 december 2012"

²⁰⁴ Europese Commissie, *Commissioner Moscovici welcomes the adoption of measures against tax evasion and aggressive tax planning*, STATEMENT/15/3720, 27 januari 2015

²⁰⁵ Europese Commissie, *Questions and answers on the Parent Subsidiary Directive*, Memo/13/1040, 25 november 2013

²⁰⁶ Ministerie van Financiën, *Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2014*, nr. IFZ/2014/88 U

Nederlandse regering vreest dat gerichte maatregelen tegen onbedoeld gebruik van de deelnemingsvrijstelling en specifieke antimisbruikbepalingen in verdragen niet meer bruikbaar zijn, en in plaats van het boeken van vooruitgang een terugval ontstaat.²⁰⁷ De nieuwe richtlijn is op 20 juni 2014 alsnog geaccepteerd door de Raad van de EU, en op 27 januari 2015 is overeenstemming bereikt door de Europese Ministerraad, maar de vraag is vooralsnog hoe Nederland de richtlijn zal implementeren in de nationale wetgeving. Duidelijk is dat de algemene antimisbruikregeling verplicht wordt opgenomen bij de deelnemingsvrijstelling. De lidstaten dienen de nieuwe richtlijn uiterlijk 31 december 2015 te hebben geïmplementeerd.²⁰⁸

De nieuwe richtlijn bevat een aantal wijzigingen, maar stelt nog steeds als eis dat er heffing van een belasting naar de winst moet zijn. Neem als voorbeeld de notionele renteaftrek van België, wat inhoudt dat een (notionele) rentepercentage over het eigen vermogen aftrekbaar is (een vermogensaftrek). De besparing die door de kostenaftrek optreedt kan in de vorm van dividend worden uitgekeerd, waardoor de Moeder-Dochterrichtlijn alsnog van toepassing is. Dit betekent dan ook dat tegenover de aftrek een corresponderende heffing zal komen. Indien de dochtervennootschap (subjectief) is vrijgesteld is nog steeds sprake van een onderworpenheid (0%). In theorie heeft de Moeder-Dochterrichtlijn ook dan toepassing, maar effectief gebeurt er niets. Bij een objectieve vrijstelling is geen sprake van onderworpenheid, dus is de richtlijn niet van toepassing.

Er is een aantal opvallende punten aan de nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn. Op de eerste plaats voorkomt de nieuwe richtlijn slechts dubbele niet-heffing, maar is een dubbele heffing nog steeds mogelijk. *Van der Hurk* merkt op dat indien bijvoorbeeld sprake is van een renteaftrekbeperking in Nederland, en deze rente wel volledig wordt belast in het ontvangstland, sprake is van een dubbele heffing. Tegenover een niet-aftrekbare rentecomponent staat immers een heffing, waardoor geen sprake is van een belastingneutraliteit.²⁰⁹ Ten tweede moeten lidstaten een richtlijn implementeren in de nationale wet, maar is er ruimte voor de vormgeving, mits het beoogde resultaat van een richtlijn wordt behaald.²¹⁰ Nederland heeft, zoals *De Smit* ook opmerkt, twee keuzes: een strikte of een brede implementatie. Bij een strikte implementatie geldt de algemene antimisbruikmaatregel slechts voor de situaties die onder de richtlijn vallen, waardoor binnen de Europese Unie (hybride

²⁰⁷ Ministerie van Financiën, *Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2014*, nr. IFZ/2014/88 U, p. 1-3

²⁰⁸ Raad van de Europese Unie, *Council agrees to close tax loophole for corporate groups*, 9402/14, 20 juni 2014. Het besluit is genomen op een bijeenkomst van de Raad van Economische en Financiële Zaken (Ecofin)

²⁰⁹ Redactie TaxLive, *Aanpassing Moeder-Dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan*, 27 juni 2014, <http://taxlive.nl/-/aanpassing-moeder-dochterrichtlijn-eenvoudiger-gezegd-dan-gedaan>. Zie tevens H. van der Hurk, *Proposed amended Parent-Subsidiary Directive reveals the European Commission's lack of vision*, Bulletin for International Taxation, 2014, Volume 68, nr. 9

²¹⁰ Artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU)

lening aan zustervennootschap leidt tot renteaftrek, maar deelnemingsvrijstelling bij de moedervennootschap) of in verhouding tot derde landen een dispariteit mogelijk is. Bij een brede implementatie worden alle dispariteiten onder de deelnemingsvrijstelling voorkomen.²¹¹

5.5 Voorstellen uit de literatuur

In paragraaf 5.3 is al kort verwezen naar een artikel met de meningen van *Van den Hurk* en *De Smit*. *Van der Hurk* stelt dat (bijvoorbeeld) een renteaftrekbeperking met daartegenover een heffing in een andere lidstaat alsnog leidt tot dubbele heffing. Het voorstel is om de Moeder-Dochterrichtlijn en de Interest- en Royaltyrichtlijn te vervangen door één verordening met een garantie voor de neutraliteit van intragroepfinancieringen.²¹² Dit houdt overigens een wijziging van het VwEU in waarvoor alle lidstaten dienen in te stemmen. *De Smit* onderkent het voorstel van *Van der Hurk* voor een verordening, aangezien Nederland in internationaal verband streeft naar *hard laws*. Hij stelt dat wel het risico bestaat dat Nederland bij een brede implementatie een verslechterde concurrentiepositie krijgt als andere lidstaten een strikte implementatie hanteren.²¹³ Nederland heeft een stabiel vestigingsklimaat, maar gezien de politiek-economische overweging om de concurrentiepositie op peil te houden ben ik voorstander van een strikte implementatie. Een brede implementatie is pas aantrekkelijk als dit ook door de overige lidstaten wordt gevolgd.

Vleggeert heeft in 2013 al vraagtekens gezet bij het voorstel van de EC. De auteur constateert dat het HvJ EU meerdere malen het belang van het OESO-modelverdrag en het OESO-commentaar heeft aangestipt²¹⁴, waardoor het naar zijn mening niet mogelijk is om aan het dividendbegrip van artikel 10, derde lid OESO-modelverdrag voorbij te gaan. Een inkomensbestanddeel is volgens dit artikel dividend indien dat inkomensbestanddeel in en volgens de wetgeving van de bronstaat (het vestigingsland van de uitkerende vennootschap) hetzelfde in de heffing wordt betrokken als inkomsten uit aandelen. Hierdoor is het begrip 'uitgekeerde winst' niet autonoom. De auteur concludeert dat de aanpassing van de Moeder-Dochterrichtlijn niet nodig is om de rente op een hybride lening te belasten bij de moedervennootschap.²¹⁵

²¹¹ Redactie TaxLive, *Aanpassing Moeder-Dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan*, 27 juni 2014, <http://taxlive.nl/-/aanpassing-moeder-dochterrichtlijn-eenvoudiger-gezegd-dan-gedaan>

²¹² Artikel 288 VwEU bepaalt dat de verordening algemeen strekkend is, verbindend is voor al haar onderdelen en rechtstreeks toepasbaar is op alle lidstaten. In tegenstelling tot een richtlijn is er geen implementatie in de nationale wetgeving en is er ook geen ruimte voor een zelfstandig vormgegeven regeling.

²¹³ Redactie TaxLive, *Aanpassing Moeder-Dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan*, 27 juni 2014, <http://taxlive.nl/-/aanpassing-moeder-dochterrichtlijn-eenvoudiger-gezegd-dan-gedaan>

²¹⁴ HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96, BNB 1998/305, r.o. 31 (Zaak Gilly); HvJ EG 23 februari 2006, nr. C-513/03, BNB 2006/194, r.o. 48 (Zaak Van Hilten-Van der Heijden); HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22, r.o. 45-46 (Zaak N)

²¹⁵ J. Vleggeert, *Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches*, WFR 2013/1426, p. 2-4

Waar *De Groot* zich kan vinden in de constatering van *Vleggeert* dat de HvJ EU het OESO-modelverdrag en OESO-commentaar belangrijk vindt, is *De Groot* het er niet mee eens dat de desbetreffende rechtsoverwegingen een uitleg volgens artikel 10, derde lid OESO-modelverdrag impliceert. Integendeel, *De Groot* stelt dat in de gehele richtlijn niet is aangesloten bij het nationaal begrip van een land, wat duidt op een autonoom begrip.²¹⁶ Hoewel ik van mening ben dat een autonoom begrip idealiter de oplossing zou zijn om dispariteiten op te heffen, is het onmogelijk om een uitputtend begrip op papier te krijgen. De auteur merkt dit probleem ook op, en komt tot de conclusie dat een definitie in de richtlijn in combinatie met de antimisbruikmaatregel zoals nu is overeengekomen tot de meest effectieve oplossing leidt.²¹⁷

De aanpassing van de Moeder-Dochterrichtlijn ziet erop dat een dubbele niet-heffing wordt voorkomen op inkomensbestanddelen. *Fibbe* heeft in zijn proefschrift voorgesteld om ook binnen het EU-recht een richtlijn te implementeren ter voorkoming van classificatieconflicten van hybride entiteiten. Op die manier is in ieder geval binnen de EU sprake van een gelijke classificatie van samenwerkingsverbanden, aangezien de lidstaten niet meer autonoom classificeren. Beide lidstaten volgen de classificatie van het land waarin de entiteit is gevestigd. Een kanttekening die *Fibbe* ook erkent is dat een naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverband anders kan worden geclassificeerd dan een vergelijkbare entiteit opgericht naar de lokale fiscale regelgeving.²¹⁸

Met betrekking tot de plannen van de OESO zijn er niet zozeer nieuwe voorstellen, maar wat betreft de inhoud van is er op een aantal punten ruimte voor verbetering. Zo stellen *Van Gelder* en *Niels* de vraag waarom in punt 2 van het BEPS-rapport de primaire *linking rule* ('weigeren van aftrek bij het ontbreken van een corresponderende heffing') prevaleert boven de secundaire of *defensive rule* ('de aftrekpost als onderdeel van de belastbare winst in het land van ontvangst'). De OESO focust zich namelijk op de groepsfinancieringen, waarbij de moedervernootschap een vrijstelling en de dochtervernootschap een aftrek vraagt. Aangezien de moedervernootschap meer informatie heeft over de dochtervernootschap, en niet andersom, is het makkelijker voor de moedervernootschap om een vrijstelling te eisen. Hierdoor is het naar de mening van de auteurs logischer als de secundaire regel boven de primaire regel prevaleert.²¹⁹

²¹⁶ I.M. de Groot, *Voorstel tot wijziging Moeder-Dochterrichtlijn in verband met hybride leningen*, NTFR-A 2014/9, paragraaf 2; Zie tevens B.J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer: Deventer, 2012, p. 533

²¹⁷ I.M. de Groot, *Voorstel tot wijziging Moeder-Dochterrichtlijn in verband met hybride leningen*, NTFR-A 2014/9, paragraaf 4

²¹⁸ G.K. Fibbe, *EC Law aspects of hybrid entities*, Doctoral Series, Volume 15, 2009, p. 323-383

²¹⁹ G. van Gelder, B. Niels, *Recent developments in hybrid financial instruments*, IBFD: Derivatives & Financial Instruments, september/oktober 2014, p. 222

De OESO stelt met betrekking tot de primaire en secundaire regel dat een van de landen moet terugtrekken, een uitwerking die wordt bewerkstelligd met een verdelingsregel (*tie-breaker rule*). Met een verdelingsregel wordt overeengekomen dat het heffingsrecht alsnog aan slechts een land toekomt. De OESO laat na om een uitwerking op zo een verdelingsregel te geven. *Dziurdz* stelt drie oplossingen voor. Ten eerste kan een land besluiten om de primaire dan wel secundaire regel pas toe te passen indien het andere land geen regeling toepast. Het probleem is dat opnieuw een verdelingsregel moet worden toegepast indien beide landen de initiële verdelingsregel willen toepassen. Op de tweede plaats kan een land in de nationale wetgeving besluiten om de nationale wetgeving van het ander land te negeren. Wederom ontstaat hier een risico op dubbele heffing indien het andere land een identieke regeling kent, waardoor weer een verdelingsregel nodig is. De derde optie is om in het OESO-modelverdrag een definitie voor zowel eigen als vreemd vermogen op te nemen.²²⁰ Naar mijn mening is ook dit niet de meest effectieve oplossing. De OESO bestaat uit 34 landen, en zou het definiëren van eigen en vreemd vermogen nog steeds leiden tot dispariteiten met alle niet-OESO landen. Het bereik van de Verenigde Naties (hierna: VN) is met meer dan 190 aangesloten landen veel breder, maar een overeenstemming tussen alle landen is in mijn optiek geen realistisch streven.

*Popa*²²¹ stipt aan dat de implementatie van welke regeling dan ook tot op heden altijd heeft geleid tot aanpassingen achteraf. Ook bij de is het naar mijn idee helemaal niet onrealistisch dat de initiële implementatie niet geheel vlekkeloos zal verlopen. De auteur vraagt zich af wie controleert of de regelingen effectief zijn ingevoerd, aangezien de OESO dit niet voor elk land apart kan bijhouden. Het is meer voor de hand liggend dat elk land zelfstandig controleert of de regelingen zo effectief als beoogd worden ingevoerd, maar mocht er een tekortkoming zijn, dan zal die tekortkoming ook zelfstandig worden aangepast. *Popa* stelt vervolgens dat het risico bestaat dat toch sprake zal zijn van non-coördinatie, wat een ongewenst resultaat is.

*Bellingwout*²²² slaat een andere weg in dan de OESO en de EC. De auteur ziet meer in een nieuwe gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting (*new common corporate tax base*, hierna: NCCTB). De *cost-plus* methode is daarbij de enige methode om de belastinggrondslag vast te stellen. Interestkosten vallen niet meer in de grondslag van de *cost-plus* methode. Het probleem van grondslaguitholling en winstverschuiving door rentebetalingen aan laagbelaste landen wordt voorkomen door uitsluiting van het rentecomponent. Ook is het huidig

²²⁰ K. Dziurdz, "Circularly linked" rules countering deduction and non-inclusion schemes: Some thoughts on a tie-breaker test, Bulletin for International Taxation, juni 2013, nr. 6, p. 308-309

²²¹ O. Popa, Hybrid entity payments - Extinct species after the BEPS action plan?, European Taxation, september 2014

²²² J.W. Bellingwout, Blueprint for a new common corporate tax base, European Taxation, januari 2015

verschil tussen eigen en vreemd vermogen niet meer relevant. Door het uitsluiten van het rentecomponent wordt het gebruik van hybride entiteiten ook minder interessant, aldus de auteur. Ik meen dat de auteur hier te kort door de bocht redeneert, aangezien hybride entiteiten ook tussen worden geschoven om andere inkomensbestanddelen dan rente (vb. royalty's) gunstiger of niet te belasten. Het idee van de auteur lijkt in theorie goed uit te werken, maar in de praktijk zal een gecoördineerde implementatie een stuk lastiger zijn. Ook lijkt het me niet realistisch dat lidstaten het (op korte termijn) eens worden over een stelsel.²²³ Verder ben ik van mening dat de auteur de nadelen van een dergelijk systeem niet voldoende belicht.

5.6 Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken is aan bod gekomen wat het beleid en de regelgeving is om hybride samenwerkingsverbanden te classificeren en hybride financieringsinstrumenten te kwalificeren voor het Nederlands fiscale recht. Vervolgens is duidelijk geworden dat door dispariteiten de mogelijkheid bestaat om (doorgaans) dubbele niet-heffing te realiseren. Om de nadelige effecten van dispariteiten te voorkomen is een aantal in het huidig beleid nodig. In dit hoofdstuk stond de vraag centraal wat het huidig beleid van Nederland, de OESO en de EC is, en welke wijzigingen door de OESO, de EC en uit de literatuur zijn voorgesteld om het huidig beleid te verbeteren.

Op dit moment hanteert Nederland een unilateraal en bilateraal beleid. De EC heeft op 25 november 2013 aangekondigd de Moeder-Dochterrichtlijn te willen aanpassen, omdat dubbele niet-heffing mogelijk is onder de huidige richtlijn, maar Nederland is in de eerste instantie tegen een algemene antimisbruikregeling. Opvallend is dat de EC geen maatregelen neemt tegen dubbele heffing, waardoor alsnog geen sprake is van belastingneutraliteit. Ten tweede biedt een richtlijn ruimte voor vormgeving bij de implementatie, waardoor *Van der Hurk* en *De Smit* stellen dat een verordening wellicht een betere alternatief is.

De OESO hanteert het beleid zoals is neergezet in het Partnership Report, maar dit beleid heeft als tekortkoming dat het rapport slechts expliciet toe te passen is op *partnerships*. De OESO heeft twee rapporten uitgebracht. Het eerste rapport ziet op aanpassingen in het nationale recht waarmee de OESO D/NI-uitkomsten en DD-uitkomsten wil bestrijden. In het tweede rapport is de aanbeveling in verdragsituaties om het OESO-modelverdrag en het bijbehorend OESO-commentaar uit te breiden met bepalingen waardoor het Partnership Report breed kan worden toegepast. Mijns inziens zullen landen die een voorbehoud hadden gemaakt op het Partnership Report, waaronder Nederland, het voorbehoud moeten laten gaan.

²²³ Denk bijvoorbeeld ook aan het verschil in fiscale prioriteiten en budgettaire noodzaak van bijvoorbeeld Nederland of Duitsland ten opzichte van Griekenland.

Zowel het voorstel van de EC als van de OESO moeten nog in detail worden uitgewerkt voor de implementatie. Vanuit de literatuur is het de vraag of Nederland de nieuwe richtlijn strikt of breed zal implementeren. Het zou wellicht beter zijn geweest als de EC in de nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn ook de definitie van 'uitgekeerde winst' had opgenomen. *Fibbe* stelt zelfs voor om een nieuwe richtlijn te implementeren voor een eenduidige classificatie van samenwerkingsverbanden binnen de EU.

Wat betreft het voorstel van de OESO ontbreekt een duidelijke uitwerking van een verdelingsregel waaruit duidelijk wordt welk land moet terugtrekken. De oplossingen van *Dziurdź* leiden tot wederom dubbele heffing waarvoor een tweede verdelingsregel nodig zou zijn, en is dus niet effectief. Een eenduidige definitie van het eigen een vreemd vermogen zou de dispariteiten in internationaal opzicht nog steeds niet oplossen, omdat die alleen van toepassing is op OESO-landen. In het volgend hoofdstuk zijn het huidig beleid en de voorgestelde oplossingen getoetst aan de eisen van een goed belastingstelsel: effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid.

HOOFDSTUK 6 – HET OORDEEL: WAT IS DE BESTE OPLOSSING?

6.1 Inleiding

In deze scriptie is tot nu toe aan bod gekomen wat het huidige beleid is van de classificatie van hybride samenwerkingsverbanden en de kwalificatie van hybride financieringsinstrumenten. Er is sprake van een dispariteit wanneer de nationale wetgeving van twee landen niet op elkaar is afgestemd. In hoofdstuk 4 is behandeld wat voor structuren er mogelijk zijn om met behulp van de dispariteiten de belastinggrondslag te verkleinen. Dit is echter niet het enige nadeel dat verbonden is aan het gebruik van de dispariteiten. Zo leidt het concurrentievoordeel van multinationale ondernemingen tot een verstoring van de economie, zorgt het ontbreken van de belastingneutraliteit voor economische inefficiëntie en is het lastig voor de overheid en andere bevoegde lichamen om de belastingplichtige(n) aan te wijzen door het gebrek aan transparantie. Tot slot, een meer moreel argument, is dat het gebruikmaken van de dispariteiten leidt tot een oneerlijke belastingheffing waarbij de belastingplichtige met inkomen uit kapitaal wordt bevoordeeld ten opzichte van een belastingplichtige met inkomen uit arbeid (zie paragraaf 4.2).

Om de nadelige effecten van dispariteiten te verminderen of (wellicht iets optimistisch) in het geheel te voorkomen heeft de OESO een uitwerking op punt 2 van het BEPS-rapport gepubliceerd (het neutraliseren van de effecten van dispariteiten). Op de eerste plaats is het de bedoeling om de nationale wetgeving zodanig aan te passen dat bij een D/NI-structuur of de aftrek bij de betalende vennootschap wordt geweigerd, of een compenserende heffing bij de ontvangende vennootschap plaatsvindt. Bij de DD-structuur is de aanbeveling dat een van beide landen de aftrek weigert. In verdragsituaties wil de OESO het modelverdrag aanpassen om op die wijze concreet het toepassingsbereik van het Partnership Report te verbreden.

In lijn met de OESO heeft de EC een nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn gepubliceerd met daarin onder meer een algemene antimisbruikregeling. Tevens is in de literatuur een aantal wijzigingen op de plannen van de EC en de OESO voorgesteld. In dit hoofdstuk staat centraal welke oplossing het best past binnen een goed werkende belastingstelsel.

Om te bepalen wat de beste oplossing is worden zowel de huidige classificatiemethoden als de (voorstellen tot) wijzigingen getoetst aan de criteria van een goed belastingstelsel: rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Dit zijn dynamische begrippen afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen op een bepaald moment in de tijd. De maatschappelijke opvattingen zijn vooral te zien bij het begrip rechtvaardigheid. Dat er door dispariteiten niet wordt geheven, wordt als onrechtvaardig ervaren (zie paragraaf 4.2.6). Daarnaast dient een regeling niet uit te monden in willekeur. Effectiviteit weerspiegelt in hoeverre het doel van de wetgever om dubbele (non-) heffing

te voorkomen wordt bereikt. Efficiëntie ziet tot slot op de uitvoerbaarheid van de maatregelen om tot een gerichte oplossing te komen. Deze moet redelijkerwijs haalbaar en niet complex zijn. In het geval dat regelingen ongewenst verder reiken dan beoogt (*overkill*) dan wel niet reiken tot alle beoogde doelen (*underkill*) is geen sprake van volledige efficiëntie.

Als eerste zijn de huidige classificatie- en kwalificatiemethoden getoetst in de paragrafen 6.2 en 6.3. In de paragrafen 6.4 tot en met 6.6 zijn het beleid en voorstellen van de OESO en de EC en de voorgestelde wijzigingen uit de literatuur getoetst. De conclusie volgt in paragraaf 6.7.

6.2 Classificeren van samenwerkingsverbanden

6.2.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 zijn vier classificatiemethoden behandeld die in de literatuur zijn te onderscheiden: de *similarity approach*, de *elective approach*, de *fixed approach* en de *symmetrical approach*. De OESO beveelt de *symmetrical approach* aan, maar niet ieder land geeft daar de voorkeur aan. Als eerst zijn de methoden in het algemeen getoetst. Nederland heeft een voorbehoud gemaakt op de aanbeveling van de OESO in het Partnership Report²²⁴ en hanteert in navolging van de Hoge Raad de *similarity approach* in het classificatiebesluit. Daarnaast hanteert Nederland een unilateraal verdragsbeleid wat is terug te zien in de type verdragsbepalingen. Ook de specifieke benadering van Nederland is getoetst.

6.2.2 Classificatiemethoden in het algemeen

Er zijn vier classificatiemethoden te onderscheiden in de literatuur: de *similarity approach*, de *elective approach*, de *fixed approach* en de *symmetrical approach*. Bij de *similarity approach* wordt voor een buitenlandse samenwerkingsverband naar een binnenlandse equivalent gezocht. Deze methode wordt onder andere gehanteerd in Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Dit resulteert in twee situaties: er bestaat een binnenlandse equivalent of er is geen equivalent. In het geval dat een binnenlandse equivalent bestaat is de *similarity approach* naar mijn mening gerechtvaardigd. In dat land (stel: Nederland) wordt namelijk geen onderscheid gemaakt in de wijze van heffing tussen het buitenlandse samenwerkingsverband gelijk en het binnenlandse equivalent. Deze methode is niet effectief, omdat dubbele heffing pas wordt voorkomen indien beide landen deze methode hanteren. Die situatie komt zelden voor. Indien het buitenland bijvoorbeeld de

²²⁴ De reden van het voorbehoud is dat Nederland niet de mogelijk onterechte verwachting richting verdragspartners en belastingplichtigen wil wekken dat Nederland de conclusies uit het Partnership Report automatisch toepast. Nederland heeft het voorbehoud gemaakt dat de conclusies van het Partnership Report alleen volgt voor zover dit uitdrukkelijk blijkt uit een belastingverdrag, een afspraak op grond van een onderlinge overlegprocedure of unilateraal beleid (paragraaf 27 OESO-commentaar bij artikel 1 OESO-modelverdrag).

elective approach of de *fixed approach* hanteert, is alsnog een grote kans op dubbele (niet-)heffing. De methode is ook efficiënt, omdat de regeling doel treft zonder onnodige belemmeringen in de uitvoering of complexiteit. Het probleem van deze methode ontstaat als er geen binnenlandse equivalent te vinden is. De methode is niet altijd rechtvaardig, omdat de specifieke kenmerken van een buitenlandse samenwerkingsverband gemengde kenmerken zijn van Nederlandse samenwerkingsverbanden. Zolang uit de rechtspraak niet blijkt of de samenstelling van kenmerken meer op een transparante of niet-transparante entiteit duiden, kan het voorkomen dat eenzelfde type entiteit niet in alle gevallen gelijk wordt behandeld. Ik denk dan ook dat hier een klein risico van willekeur bestaat bij de uitwerking. Immers, met deze methode wordt beoogd om een buitenlandse samenwerkingsverband gelijk te behandelen met een Nederlandse entiteit. Bij het ontbreken van een equivalent kan, of in het ander land dezelfde of een andere methode wordt gebruikt, nog steeds dubbele (niet-)heffing zijn. Denk bijvoorbeeld aan de Engelse Limited Partnership (hierna: UK LP) die in Nederland als open CV classificeert, maar in het Verenigd Koninkrijk transparant is (artikel 4 *Limited Partnerships Act 1907*). Dit maakt de regeling ineffectief. Bij het hebben van gemengde Nederlandse kenmerken is de uitvoering tevens lastig, dus is de regeling niet geheel efficiënt.

De *elective approach* is onder andere terug te zien in het Amerikaanse 'check-the-box system'. Dit systeem is niet rechtvaardig, omdat situaties tot dubbele (non-)heffing nog steeds (bewust) mogelijk zijn. Dit geldt ook voor twee entiteiten die in verschillende staten in de Verenigde Staten zijn gevestigd, omdat elke staat een eigen fiscale wetgeving hanteert. De methode is ook niet effectief, omdat de belastingplichtige in zijn optiek controle heeft over zijn belastinggrondslag door te opteren voor (niet-)transparantie in situaties dat het voordelig uitkomt. Zoals ook in de Amerikaanse CV/BV-structuur duidelijk is geworden leidt dit tot mogelijkheden om dubbele niet-heffing te verwezenlijken. Artikel 24, vierde lid in het verdrag met de Verenigde Staten beoogt misbruik van het 'check-the-box system' te voorkomen, maar in het geval voldoende substance aanwezig is, is dit verdragsartikel niet van toepassing. Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het verrekeningsstelsel ervoor zorgt dat dubbele (niet-)heffing bij een concern wordt voorkomen, mits de moedervenootschap in de Verenigde Staten is gevestigd.²²⁵ De methode is efficiënt in de zin dat een verplichte fiscale classificatie ter vereenvoudiging van de administratieve lasten geldt.

De *fixed approach* is niet rechtvaardig, omdat elke buitenlandse samenwerkingsverband ongeacht de kenmerken als transparant of niet-transparant classificeert. Italië classificeert elke buitenlandse samenwerkingsverband als niet-transparant, ongeacht hoe de (mogelijk) binnenlandse equivalent is geclassificeerd. Dit maakt de methode tevens ineffectief, omdat dit vaak dubbele heffing tot gevolg

²²⁵ Zie tevens artikel 25 van het verdrag met de Verenigde Staten 2004

heeft. De administratieve lasten zijn minimaal en de classificatie van een buitenlandse samenwerkingsverband is duidelijk (rechtszekerheid), dus is de methode zeer efficiënt. De grootste tekortkoming is dat alle type samenwerkingsverbanden op een hoop worden gegooid, terwijl de kenmerken van samenwerkingsverbanden verschillen. Ik meen dat per type samenwerkingsverband zou moeten worden beoordeeld of er sprake is van een transparante of niet-transparante entiteit. Tot slot is de *symmetrical approach* mogelijk waarbij de classificatie van het vestigingsland van de entiteit het uitgangspunt is voor de heffing. Deze methode wordt aanbevolen door de OESO en is de meest gebruikte methode. Indien elk land deze methode zou gebruiken, is geen dispariteit mogelijk, wat deze regeling rechtvaardig maakt. Echter lukt het voorkomen van dispariteiten ook hier niet indien het andere land een andere methode hanteert. Dubbele (niet-)heffing wordt tevens voorkomen, waardoor de regeling ook effectief is. Ook hier geldt de nuancering dat de effectiviteit deels uitblijft in het geval dat het andere land een andere methode hanteert. Voor de classificatie geldt slechts een regel wat de methode efficiënt maakt. Het grootste probleem dat landen echter met deze methode hebben, is dat de fiscale autonomie uit handen wordt gegeven. Dit is dan ook een van de redenen geweest dat bepaalde landen een voorbehoud hebben gemaakt op het Partnership Report.

6.2.3 Classificatiebesluit

Nederland hanteert het eenzijdig beleid in de vorm van het classificatiebesluit. De *symmetrical approach* komt hierin naar voren door met behulp van vier vragen vast te stellen wat een Nederlands equivalent is van een buitenlandse samenwerkingsverband. Duidelijk is dat deze criteria niet bepalend zijn, omdat lichamen zoals in artikel 2, eerste lid, onderdeel b en c Wet VPB 1969 (onder andere coöperaties) buiten het derde toetsingscriterium vallen. Op dit punt acht ik het Besluit op zichzelf niet geheel effectief. Ook de lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden is slechts indicatief. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een buitenlandse samenwerkingsverband onder dezelfde rechtsvormnaam verschillend kan worden ingericht. De belastingplichtige kan bij onzekerheid over de classificatie een verzoek tot zekerheid vooraf indienen bij de inspecteur, waardoor het besluit in de meeste gevallen toch tot een effectieve oplossing leidt²²⁶. Bovendien moet worden bedacht dat de belastingplichtige uiteindelijk, in tegenstelling tot de Belastingdienst, niet gebonden is aan het genoemde Besluit. Het Besluit is in mijn optiek in zoverre gerechtvaardigd dat een buitenlands samenwerkingsverband zoveel mogelijk wordt behandeld als een binnenlands equivalent, mits uiteraard een Nederlands equivalent bestaat. Daarnaast vind ik de toetsingscriteria niet efficiënt, omdat aan de hand van het buitenlandse civiele

²²⁶ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58, p. 5

recht wordt gekeken naar de relevante juridische kenmerken van het buitenlandse samenwerkingsverband, dat in mijn optiek administratieve lastenverzwaring oplevert. Anderzijds moet naar mijn mening de administratieve lastenverzwaring geen doorslaggevende rol spelen, omdat een afweging gemaakt moet worden tussen nauwkeurigheid of onnauwkeurigheid zoals te zien is bij de *fixed approach*.

6.2.4 Specifieke verdragsbepalingen met Nederland

Zoals uit paragraaf 2.5.4 naar voren is gekomen zijn er drie type specifieke (Nederlandse) verdragsbepalingen te onderscheiden. De protocolbepalingen in het verdrag met België zijn vrij uniek. Ze bevatten specifieke oplossingen, waardoor de bepaling tevens voor rechtszekerheid zorgt. De bepalingen zorgen ervoor dat dubbele heffing dient te worden voorkomen en voorzien zelfs in de wijze van voorkoming. Dit maakt de bepaling zowel rechtvaardig als effectief. De specifieke uitvoeringsvoorschriften in de protocolbepalingen maken dit artikel tevens efficiënt. Er is echter een kanttekening waardoor de regeling niet geheel effectief en efficiënt is. Ondanks dat deze bepaling in de meeste structuren voorziet, biedt deze bepaling geen oplossing in de outboundsituatie waarbij een entiteit niet-transparant is in het woonland en transparant is in het bronland (zie paragraaf 4.3.2.1, onderdeel 4).

De tweede type bepaling is opgenomen in het verdrag met Indonesië en vergelijkbare verdragen. In theorie is de bepaling rechtvaardig en effectief, omdat dubbele (non-) heffing wordt voorkomen, eventueel na een onderlinge overlegprocedure. De tekst sluit aan bij hetgeen in de eerste volzin van Protocol I, punt 2 in het verdrag met België is opgenomen. De bepaling is echter niet efficiënt, omdat er geen termijn is vastgelegd waarbinnen de onderlinge overlegprocedure moet worden afgerond, hoewel Nederland beoogd een oplossing binnen 24 maanden te vinden. Een onderlinge overlegprocedure kent daarnaast slechts een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting.²²⁷ Dit punt zorgt er naar mijn mening voor dat er in de praktijk geen sprake is van een rechtvaardige bepaling, aangezien dubbele (niet-)heffing kan blijven voorkomen zolang de onderlinge overlegprocedure niet tot een oordeel leidt. Het is dus mogelijk dat binnen een structuur dubbele (niet-)heffing wordt geconstateerd en Nederland beoogd om binnen 24 maanden een oplossing voor dubbele (niet-) heffing te vinden. Echter bestaat door het ontbreken van de resultaatverplichting de mogelijkheid is dat geen overeenstemming wordt bereikt, waardoor dubbele (niet-)heffing blijft bestaan. De bepaling is dus pas effectief vanaf het moment dat ook daadwerkelijk

²²⁷ Besluit van 29 september 2008, nr. IFZ2008/248M, V-N 2008/49.6, p. 2 en 4

een overeenstemming tussen de verdragslanden wordt bereikt. De expliciete oplossingen in de verdragen met Uganda en Slovenië zijn in mijn optiek efficiënter.

Tot slot zijn in met name de recentere verdragen bepalingen opgenomen die overeenkomen met artikel 24, vierde lid van het verdrag met de Verenigde Staten. Deze type bepalingen is veelal terug te vinden in nieuwere verdragen.²²⁸ De bepaling is rechtvaardig en effectief, omdat wordt voorzien in inboundsituaties. Een outboundsituatie zou mogelijk kunnen worden voorkomen in combinatie met artikel 29, derde lid van het verdrag met de Verenigde Staten. De bronstaat wordt nimmer belemmerd in de uitvoering van diens nationale wet.²²⁹ De bepaling is tevens efficiënt, omdat de uitvoering niet complex is.

6.3 Kwalificeren van geldverstrekkingen

6.3.1 Inleiding

De herkwalificatie van een geldlening in aandelenkapitaal is niet expliciet aan bod gekomen, maar is wel kort benoemd om het contrast met de spiegelbeeldsituatie weer te geven, namelijk een mogelijke herkwalificatie van aandelenkapitaal in een geldlening. De conclusie na hoofdstuk 3 is dat buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal tevens kapitaal is voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, ondanks de kwalificatie van de geldverstrekking in het buitenland. Op deze regel is slechts een uitzondering gemaakt als sprake is van aanvullend tier-1 kapitaal. Deze kwalificatieregel staat in contrast met het oordeel dat aandelenkapitaal onder omstandigheden wordt geherkwalificeerd in een geldlening. De vraag is of een herkwalificatie van een geldverstrekking een betere oplossing is binnen een goed werkend belastingstelsel.

6.3.2 Geen herkwalificatie van aandelenkapitaal in een geldlening mogelijk

De Hoge Raad heeft in BNB 2014/79 en BNB 2014/80 geoordeeld dat de herkwalificatie van aandelenkapitaal in een geldlening niet mogelijk is. Ook *fraus legis* werd niet van toepassing bevonden, omdat niet aan de cumulatieve vereisten is voldaan (het motiefvereiste en het normvereiste). Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hij de rechtszekerheid in stand wil houden door herkwalificatie niet toe te staan. Deze eenzijdige rechtsregel zorgt ervoor dat er mogelijkheden zijn om gebruik te maken van dispariteiten (zie paragraaf 4.4).

Het oordeel van de Hoge Raad zorgt er dus voor dat dubbele (niet-)heffing alsnog mogelijk is, waardoor de regeling niet een rechtvaardige oplossing biedt. Zoals ook te zien is bij de herkwalificatie van een geldlening in aandelenkapitaal kan de dubbele (niet-)heffing worden voorkomen door

²²⁸ Ook in het Verdrag Nederland – Duitsland 2012 (verwachte datum inwerkingtreding: 1-1-2015): Protocol, onderdeel I, punt 2

²²⁹ OESO Partnership Report, punt 64

herkwalificatie toe te staan. Indien herkwalificatie mogelijk zou zijn, zou namelijk de materiële werkelijkheid als uitgangspunt gelden, waardoor het naar mijn mening (vaker) zal voorkomen dat een geldverstrekking dat in het buitenland als vreemd vermogen kwalificeert, in Nederland ook vreemd vermogen zal vormen. Doordat dubbele (niet-)heffing ook na de uitspraak niet is opgelost, beschouw ik de oplossing als niet effectief. Zowel vanuit het perspectief rechtvaardigheid als het perspectief effectiviteit biedt de mogelijkheid tot herkwalificatie een betere oplossing.

Op het punt van efficiëntie is het oordeel om niet te herkwalificeren een betere oplossing. De belastingplichtige heeft rechtszekerheid, en weet met andere woorden wat hij redelijkerwijs kan verwachten onder de belastbare en aftrekbare posten, en wat de verhouding eigen en vreemd vermogen is. Om dit punt concreet te maken: de mogelijkheid tot herkwalificatie van een geldlening in aandelenkapitaal bestaat sinds 1988. Ruim 15 jaar nadat BNB 1988/217 was gewezen zijn er nog rechtszaken geweest met de vraag of in een bepaalde situatie herkwalificatie nodig was.²³⁰ Echter stelde ik al bij de *fixed approach* dat efficiëntie op zichzelf, naar mijn mening, geen doorslag mag geven. Ook al blijkt uit de arresten dat geen sprake is van *fraus legis*, mijn conclusie is dat een toets van de regeling (wel of geen herkwalificatie) aan de eisen van een goed belastingstelsel wijst op de herkwalificatie van vreemd vermogen. De juiste oplossing zou dus zijn geweest dat herkwalificatie ook bij vreemd vermogen mogelijk wordt.

Uit paragraaf 3.5.5 blijkt dat de Hoge Raad het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen baseert op de vraag of sprake is van garantievermogen. Echter gaat het om een herkwalificatie naar het fiscale recht, en zal de garantiefunctie nog steeds worden bepaald op basis van het civiele recht. Het maakt voor de garantiefunctie dus niet uit of fiscaal sprake is van een afwijkende kwalificatie.²³¹ Voor de herkwalificatie zal een ander uitgangspunt moeten gelden. Bij de mogelijkheid tot herkwalificatie is de economische werkelijkheid van belang (*substance over form*), een principe dat wordt gehanteerd in de IFRS. Het hanteren van de IFRS om het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen vast te stellen lijkt mij in het geval van herkwalificatie een goede uitgangssituatie. Volgens IAS 32 en IAS 39 is eigen vermogen kortweg te herkennen door het ontbreken van een betalingsverplichting (dividend) in de overeenkomst. Vreemd vermogen heeft daarentegen een vaste vergoeding. Daarnaast is bij vreemd vermogen sprake van een terugbetalingsverplichting. Op het moment van herkwalificatie zal het aandelenkapitaal veranderen, wat voor sommige

²³⁰ HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64; HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 (prêt participatif); HR 26 november 2010, nr. 10/00340, BNB 2011/67

²³¹ A.J. van den Bos, *De civielrechtelijke vorm en de uitzonderingen*, NTFR 2014/1115, p. 2

belastingplichtigen tot gevolg heeft dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing wordt, of juist niet langer van toepassing is.²³²

6.4 De OESO: huidig beleid en voorstellen tot wijziging

Het huidig beleid van de OESO wordt bepaald door het Partnership Report. Uit punt 2 van het BEPS-rapport komt naar voren dat dit beleid vooral moet voortbestaan, maar dat het toepassingsbereik duidelijk breder moet worden. In het Partnership Report geeft de OESO aan om de *symmetrical approach* te hanteren. De toets van de *symmetrical approach* aan de eisen van een goed belastingstelsel is uitgevoerd in paragraaf 6.2.2.

In punt 2 van het BEPS-rapport geeft de OESO aanbevelingen voor het nationaal recht en het verdragsrecht. Op het gebied van het nationaal recht geeft de OESO aanbevelingen bij de D/NI-uitkomst en DD-uitkomst. De OESO neemt duidelijke maatregelen om dubbele (niet-)heffing tegen te gaan. De regeling is gericht op een eenduidige toepassing door alle OESO-landen, en is daarmee rechtvaardig. Vanuit de OESO-landen bezien is de regeling tevens effectief, omdat dit plan dubbele (niet-)heffing voorkomt. Desondanks is het van belang om te realiseren dat de uitholling van de belastinggrondslag een probleem is dat verder reikt dan slechts de OESO-landen. De OESO voorziet hier ook in door de aftrek vanuit het (OESO-)vestigingsland te weigeren. Dat de *defensive rule* überhaupt bestaat impliceert naar mijn interpretatie dat de implementatie van de nationale aanbeveling van een *linking rule* geen afdwingbare werking heeft.²³³ Binnen de OESO lijkt de kans mij klein dat geen van beide landen ofwel de *linking rule*, ofwel de *defensive rule* toepast, aangezien tot nu toe geen landen zijn die tegenwerken tegen het BEPS-rapport. De OESO kan geen *linking rule* afdwingen bij een derde land, waardoor een OESO-land de *defensive rule* moet toepassen. Het lijkt mij echter niet onvoorstelbaar dat de spiegelbeeldsituatie zich voordoet, namelijk een OESO-land dat de *linking rule* ook ten opzichte van een derde land niet toepast.²³⁴ Voor dat derde land is geen *defensive rule* af te dwingen, waardoor dubbele (niet-) heffing kan voorkomen. De OESO noemt deze

²³² Zie tevens W. Bon, R.P.C. Cornelisse, *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137, p. 2-3

²³³ De OESO onderkent dit tevens in “OESO, *Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, p. 12.” Zie punt 10: “*To avoid double taxation and to ensure that the mismatch is eliminated even where not all the jurisdictions adopt the rules*, [onderstreept: SS] *the recommended rules are divided into a primary response and a defensive rule. The defensive rule only applies where there is no hybrid mismatch rule in the other jurisdiction or the rule is not applied to the entity or arrangement*” Het is ook goed mogelijk dat de *linking rule* wel wordt geïmplementeerd, maar niet van toepassing is op een bepaalde entiteit.

²³⁴ Ik maakte voorheen de opmerking dat de *defensive rule* tevens als vangnet dient indien een OESO-land de *linking rule* niet heeft toegepast ten opzichte van een andere OESO-land. Het niet toepassen van de *linking rule* kan dan ook plaatsvinden ten opzichte van een derde land. De tweede, meer voor de hand liggende mogelijkheid is dat de *linking rule* wordt geïmplementeerd, maar niet van toepassing is op een bepaalde entiteit, waardoor eigenlijk noodzaak is voor de *defensive rule*.

mogelijkheid niet, maar ik meen dat specifieke verdragsbepalingen in die situaties de uitkomst moeten bieden. Binnen de OESO-landen is de regeling efficiënt, want de OESO-landen hebben toegestemd met de plannen en de uitvoering is een realistische volgende stap. De opgestelde aanbevelingen zijn ook niet te complex.

Met betrekking tot de aanbevelingen in verdragssituaties wil de OESO het Partnership Report breed toepassen. Het voorstel is om artikel 1 OESO-modelverdrag uit te breiden en een nieuwe artikel 4, derde lid OESO-modelverdrag in te voeren met betrekking tot *dual resident* lichamen. In theorie is ook dit een goed initiatief, maar dit is een meerjarenplan voordat landen de vernieuwde artikelen kunnen implementeren. Het is belangrijk om te realiseren dat het aanpassen van het OESO-modelverdrag geen op zichzelf geen effect heeft, omdat het OESO-modelverdrag geen invloed heeft op bilaterale verdragen. Het concreet verdrag tussen twee landen moet overeenkomstig het OESO-modelverdrag worden aangepast. De aanbeveling is dus rechtvaardig, omdat dubbele (niet-)heffing door dispariteiten wordt tegengewerkt, maar de regeling is pas effectief indien de concrete verdragen ook daadwerkelijk zijn aangepast. Nederland kent op dit moment 90 bilaterale verdragen²³⁵, dus het overleg met de desbetreffende landen in een tijdrovende taak. Actiepunt 15 van het BEPS-rapport biedt hierin de oplossing door de ontwikkeling van een multilateraal belastingverdrag voor de participerende landen. Volgens de planning van de OESO moet de vormgeving van een dergelijk verdrag in december 2015 afgerond zijn.²³⁶ De aanbeveling is door deze massale aanpassing van bilaterale verdragen op korte termijn tevens efficiënt.

Vooralsnog is het aan de OESO om de overige actiepunten op papier te krijgen en volgens de planning te publiceren. Vervolgens is het ook aan de OESO om ervoor te zorgen dat er geen tegenstrijdigheden zijn tussen de actiepunten, en dat de actiepunten niet leiden tot *overkill* of *underkill*. Pas nadat die stappen zijn genomen is het aan de OESO-landen om de actiepunten deels of in het geheel te implementeren. De OESO kan de implementatie van de punten uit het BEPS-rapport niet afdwingen, en onderkent ook dat het mogelijk is dat een aantal landen wellicht afzien van een deel van de actiepunten. Indien Nederland de plannen implementeert, zal de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk worden aangevuld met een antimisbruikregeling. De OESO schrijft alleen voor wat het effect van een regeling tegen hybride samenwerkingsverbanden of hybride

²³⁵ Aantal verdragen per 26 februari 2015

²³⁶ OESO, *Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014

financieringsinstrumenten moet zijn. De landen kunnen nog steeds hun eigen invulling geven aan de implementatie, waardoor de soevereiniteit van de OESO-landen niet wordt aangetast.

In de literatuur is naar voren gekomen dat een tekortkoming van de plannen van de OESO is dat geen verdelingsregel is opgenomen om te bepalen welk land moet terugtrekken (dus: ofwel een aftrek weigeren, ofwel een corresponderende heffing eisen). Een van de voorstellen van *Dziurdź* is om een definitie van het eigen en vreemd vermogen in het OESO-modelverdrag op te nemen. Binnen de OESO-landen lossen de negatieve effecten van dispariteiten wellicht op, maar ten opzichte van derde landen is nog steeds sprake van een dispariteit. De oplossing is rechtvaardig, omdat in theorie geen dispariteiten tussen de OESO-landen onderling mogelijk is. Binnen de OESO-landen wordt dubbele (niet-)heffing voorkomen. De dispariteiten die mogelijk zijn doordat een financieringsinstrument in het buitenland als vreemd vermogen kwalificeert, maar in Nederland als eigen vermogen wordt gekwalificeerd is niet mogelijk. De keerzijde is dat landen hun autonomie op dat gebied inleveren als er één definitie is. Op dat punt is deze oplossing naar mijn mening niet efficiënt, omdat onder andere Nederland om die reden een voorbehoud op het Partnership Report heeft gemaakt.

Bellingwout stelt voor om een nieuwe gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting NCCTB in te voeren, omdat de effectieve heffing van vennootschapsbelasting in het huidige stelsel wordt afgewenteld op (bijvoorbeeld) de consument. Elke regeling heeft wel een nadeel, maar de auteur laat helaas in het geheel na om de nadelen van de NCCTB te belichten. Bij de NCCTB wordt de slechts de *cost-plus* methode²³⁷ aangehouden om de grondslag te bepalen. Het voordeel is dat er slechts een methode is om de grondslag te bepalen, maar het nadeel is dat de *cost-plus* methode niet goed toepasbaar is bij ondernemingen met verkoopactiviteiten, omdat geen rekening wordt gehouden met de relatie met de omzet en marktprijzen.²³⁸ Vervolgens stelt de auteur voor om interestkosten en kosten binnen groepsverband buiten aanmerking te houden, waardoor de verrekenprijs slechts een instrument is om de kostenverdeling over jurisdicties vast te stellen. Ik zie niet in hoe met deze methode kosten over jurisdicties verdeeld kunnen worden, als ook niet altijd aan te wijzen is aan welke transactie kosten toerekenbaar is. Zonder de transactie te bepalen is ook de bijbehorende jurisdictie niet te bepalen. De kosten die zichtbaar worden zijn directe en indirecte, operationele, algemene, juridische en

²³⁷ Bij deze methode wordt de verrekenprijs bepaald door de kosten van de onderneming te scheiden in directe en indirecte kosten die afzonderlijk toerekenbaar zijn aan transacties met gelieerde partijen, en overige kosten die daar niet aan toerekenbaar zijn. De kosten toerekenbaar aan de afzonderlijke transacties worden verhoogd met een winstopslag en een opslag ter dekking van overheadkosten. Bij het niet kunnen toerekenen van de kosten is de *transaction net margin* methode beter. Zie H.D. Oosterhoff, *Fiscale aspecten van transfer pricing*, Handboek Management Accounting, 2011, p. 32-36

²³⁸ Voor verkoopactiviteiten is de *resale-minus* methode toepasselijker. Zie H.D. Oosterhoff, *Fiscale aspecten van transfer pricing*, Handboek Management Accounting, 2011, p. 26-32

administratieve kosten. Aan de hand daarvan is de reële aanwezigheid van de onderneming in een land (*substance*) te bepalen. De auteur meent verder dat het gebruik van hybride entiteiten zal afnemen doordat rentekosten niet in de grondslag zijn opgenomen. Royalty's vormen nog wel onderdeel van de grondslag, en het gebruik van hybride entiteiten komt ook voor om belasting over royalty's te voorkomen. Alhoewel de harmonisatie van belastingstelsels op EU-niveau idealiter de oplossing zou kunnen zijn tegen belastingontwijking, willen lidstaten de zelfstandige belastingheffing behouden.²³⁹ De *cost-plus* methode is niet rechtvaardig, omdat de methode niet bij elke type onderneming aansluit. Het is, mits landen wel de zelfstandige classificatie willen opgeven, een effectieve methode, omdat dubbele (niet-)heffing voor een groot deel wordt voorkomen. De splitsing en toerekening van kosten zorgt echter weer voor een enorme administratieve last, wat de methode niet efficiënt maakt.

6.5 De EC: huidig beleid en voorstellen tot wijziging

De EC heeft, zoals uit de paragrafen 5.2.3 en 5.3 blijkt, een nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn geïntroduceerd die ook door Nederland is geaccepteerd. Implementatie van de richtlijn dient uiterlijk op 31 december 2015 plaats te vinden. De regeling is naar mijn mening deels rechtvaardig, omdat in EU-verband de dubbele niet-heffing wordt voorkomen. Er zijn echter twee zijden van een munt. De EC verzuimt namelijk om ook dubbele niet-heffing aan te pakken. Dit is ook de reden dat de regeling slechts deels effectief is. Ook zie ik de mogelijkheid om de regeling efficiënter te maken indien de EC duidelijkere uitvoeringsvoorschriften had gegeven op bijvoorbeeld het gebied van voorkoming (vrijstelling en/of verrekening). Naar mijn mening is een brede implementatie in Nederland de betere oplossing, omdat dispariteiten binnen de Europese Unie en in verhouding tot derde landen ook wordt voorkomen. Ook hier stuit ik op het nadeel van deze richtlijn, namelijk de vrije implementatie door lidstaten. Nederland kan weliswaar kiezen voor een brede implementatie, maar indien andere landen opteren voor een strikte implementatie is Nederland minder aantrekkelijk voor buitenlandse ondernemingen. Voordat de Nederlandse wetgever (en andere lidstaten) de nieuwe richtlijn implementeren, lijkt het me beter als de EC de richtlijn aanpast. De beste optie lijkt mij om alsnog tot december 2015 te wachten hoe de rapporten van de OESO eruit zien en vervolgens de richtlijn dienovereenkomstig aan te passen. De deadline voor lidstaten om de richtlijn te implementeren zou dan verschoven moeten worden.

Een voorstel uit de literatuur was om een verordening in te voeren in plaats van een richtlijn. Het voordeel is dat de verordening geen vrije ruimte laat voor de implementatie, waardoor de

²³⁹ Dit probleem komt ook voor bij het voorstel van een *common consolidated corporate tax base* (CCCTB),

implementatie in de lidstaten meer op een lijn is. Dit voorkomt tevens nieuwe (mogelijke) dispariteiten. In de verordening kan bijvoorbeeld voor elke lidstaat een brede implementatie zijn voorgeschreven. Ik meen dat de antimisbruikregeling ook in de verordening blijft bestaan. In de huidige invulling van de antimisbruikregeling is echter geen regeling voor dubbele heffing opgenomen. Zolang de regeling voor dubbele heffing ontbreekt, is de antimisbruikregeling slechts deels rechtvaardig en deels effectief. Zoals ook al is opgemerkt bij de nieuwe richtlijn, is er de mogelijkheid om de efficiëntie te verbeteren door concretere richtlijnen voor de uitvoering van bijvoorbeeld voorkoming op te stellen.

Een volgend punt dat bij zowel *Vleggeert* als *De Groot* naar voren komt is een mogelijke uitbreiding van de Moeder-Dochterrichtlijn met het begrip 'uitgekeerde winst'. Zoals al eerder naar voren is gekomen is het opnemen van een begripsomschrijving in de richtlijn een realistisch begin om de grondslaguitholling tegen te gaan. Om te beginnen sluit de EC daarmee direct de discussie of het begrip nationaal of autonoom dient te worden uitgelegd. Als vervolgens een autonoom begrip is geformuleerd, is ook opgemerkt dat het begrip niet uitputtend op papier te krijgen is. Dit begrip dient dan ook in combinatie met de antimisbruikregeling te worden uitgelegd. In de fiscaliteit is altijd een grijs gebied op te zoeken, maar de EC zou er naar mijn mening goed aan doen om een niet uitputtende, maar toch concreet overzicht op te stellen van de situaties die wel of juist niet onder het begrip vallen.²⁴⁰ Ter toetsing aan een goed belastingstelsel is de oplossing gerechtvaardigd, omdat wordt geprobeerd dubbele (niet-)heffing tegen te gaan. Een autonoom begrip in combinatie met een toelichtende nota zorgen ervoor dat de nieuwe richtlijn iets concreter wordt en daarmee bijdraagt aan de effectiviteit. De efficiëntie van de nieuwe richtlijn wordt met de implementatie van het begrip niet verbeterd.

Tot slot stelt *Fibbe* in zijn proefschrift voor om een geheel nieuwe richtlijn te implementeren, los van de Moeder-Dochterrichtlijn. De nieuwe richtlijn moet gericht zijn op de voorkoming van classificatieconflicten van hybride entiteiten. De lidstaten volgen de classificatie van het land waarin de entiteit is gevestigd. Dit systeem sluit aan bij het Partnership Report van de OESO en daarmee tevens bij punt 2 van het BEPS-rapport waarmee de OESO het bereik van de Partnership Report wil verbreden. De nieuwe richtlijn is naar mijn mening rechtvaardig, omdat het negatieve effect van dispariteiten wordt weggenomen, doordat lidstaten niet autonoom classificeren. Ook is de regeling effectief, omdat dubbele (non-)heffing wordt voorkomen. Op het gebied van efficiëntie worden naar mijn mening grote stappen gezet, omdat er slechts een regel is die gevolgd moet worden, tenzij de

²⁴⁰ Zie bijvoorbeeld de aanpak bij artikel 13I, vijfde lid Wet VPB 1969: *Kamerstukken I 2011/12*, 33 287, nr. D, p. 26-27 (Memorie van Toelichting); *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, p. 30-32 (Memorie van Toelichting) en *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 7, p. 21 (Nota naar aanleiding van het Verslag)

EU-richtlijn afwijkt van de aanpak van de OESO. In dat geval is het namelijk mogelijk dat een deel van de lidstaten het EU-beleid volgt, terwijl het ander deel van de lidstaten het OESO-beleid hanteert. Het probleem van het vinden van equivalenten (*similarity approach*) wordt voorkomen, en de kenmerken van een buitenlandse samenwerkingsverband hoeven niet te worden getoetst aan die van de Nederlandse samenwerkingsverbanden. Tegelijkertijd is de regeling niet lastiger dan de *elective approach* of de *fixed approach*, maar is de toepassing wel concreter en minder willekeurig, en daarmee ook rechtvaardiger. Dit komt doordat bij de *fixed approach* het samenwerkingsverband ongeacht de kenmerken hetzelfde wordt geclassificeerd, maar bij de benadering uit de richtlijn de buitenlandse kenmerken (en classificatie) leidend is. De kenmerken worden in dit geval dus wel degelijk getoetst (geen willekeurigheid).

6.6 De ideale oplossing?

6.6.1 Inleiding

In de vorige paragrafen zijn de (voorgestelde) methoden door Nederland, de EC, de OESO en uit de literatuur naar voren gekomen en getoetst aan rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Elke oplossing heeft voor- en nadelen, en er is tot nu toe geen enkele perfecte oplossing die tevens realistisch is in de praktijk. De vraag is wat nu de beste oplossing is, of wat de beste combinatie aan oplossingen is.

Een perfecte oplossing bestaat niet zolang er geen volledige harmonisatie van de vennootschapsbelastingstelsel komt. Ook bestaat er geen oplossing waarbij alle partijen volledig tevreden zijn, maar zijn er altijd compromissen nodig. Ik ben ook overtuigd dat de negatieve effecten van de dispariteiten tot op een zekere hoogte te voorkomen zijn, maar niet in het geheel. Het is een realistisch streven om binnen de OESO met de nodige compromissen tot een degelijke oplossing te komen, maar naar derde landen toe zal de implementatie van een alternatief nodig om ook in die verhoudingen (Nederland ten opzichte van een niet-OESO land) tot een passende oplossing te komen.

6.6.2 De realiteit door mijn ogen

Er is voor de classificatie van samenwerkingsverbanden een onderscheid tussen vier methoden gemaakt om een buitenlandse samenwerkingsverband te classificeren. De meest rechtvaardige methode stuit niet op willekeur en dispariteiten mogen niet leiden tot niet-heffing. De *elective approach* (bewuste keuze tot dubbele (niet-)heffing mogelijk) en de *fixed approach* (classificatie buitenlandse samenwerkingsverband staat vast ongeacht de kenmerken) zijn beide niet rechtvaardige methoden. De *similarity approach* en *symmetrical approach* zijn beide (deels) effectief, maar de grootste tekortkoming van de *similarity approach* is het niet kunnen vaststellen van een

binnenlandse equivalent. Bij de *symmetrical approach* is een dergelijke situatie geen probleem, maar kan het een discussiepunt vormen dat een buitenlandse samenwerkingsverband niet gelijk wordt behandeld als een binnenlandse equivalent. Daar valt tegenin te brengen dat slechts een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wordt gemaakt indien gelijke gevallen niet gelijk worden behandeld, en dat bij twee equivalenten haast niet is vol te houden dat exact dezelfde regelgeving van toepassing is, waardoor dus eigenlijk sprake is van een ongelijk geval. Van beide methoden is naar mijn mening de *symmetrical approach* toch de betere methode. De dubbele (niet-)heffing kan niet voorkomen, omdat de classificatie van het buitenland wordt overgenomen. Dit maakt de methode ook het meest efficiënt van beide, omdat een toets van de kenmerken niet nodig is.

De *symmetrical approach* is ook de beste methode naar mening van de OESO, en wordt dan ook aangehouden in het Partnership Report. Ik meen dat het Partnership Report, zeker na het plan om een concreet bredere toepassing te implementeren, goede methoden biedt om dispariteiten tegen te gaan, maar dat de OESO ook moet werken aan een uitbreiding van de oplossingen in outbound situaties. Indien het BEPS-rapport succesvol wordt geïmplementeerd, komt een onderscheid tussen de classificatiemethoden niet meer voor in de OESO-landen.

Ik meen tevens dat de EC met de niet zorgvuldige aanpassing van de Moeder-Dochterrichtlijn heeft verzuimd om dispariteiten te weren. De richtlijn is in lijn met het BEPS-rapport, maar kon veel sneller worden geïmplementeerd. Het is niet onbegrijpelijk dat de EC de richtlijn op korte termijn wilde aanpassen, maar het zou beter zijn geweest als de EC de uitwerking van de overige actiepunten van het BEPS-rapport had afgewacht. De verwachting is dat de OESO de overige rapporten in september 2015 zal uitbrengen. De EC had de aanpassingen van de richtlijn dan meer op een lijn met de OESO kunnen verwerken, ook al is er nog steeds een klein risico dat wellicht een volgende (kleine) aanpassing nodig kan zijn als de richtlijn te veel afwijkt na implementatie van de plannen van de OESO. De grote tekortkomingen van de richtlijn zijn dat dubbele heffing niet wordt voorkomen en dat de EC geen concrete uitvoeringsvoorschriften geeft voor de voorkoming. Verder is Europeesrechtelijke definitie van 'uitgekeerde winst' ook een goede stap om dispariteiten tegen te werken, mits de bedoeling van de EC ook goed wordt uiteengezet in een toelichtende nota. Verder kan de EC in de vorm van een verordening dezelfde regeling doorvoeren, waardoor er geen vrijheid van vormgeving is en dus mogelijk nieuwe dispariteiten ook worden voorkomen. Tot slot kan het in EU-verband effectiever zijn om de dispariteiten aan te pakken, omdat de EU de implementatie van

regelgeving enigszins kan afdwingen, maar de OESO-landen niet verplicht zijn om het OESO-modelverdrag één-op-één over te nemen.²⁴¹

Zoals al eerder is vermeld is de reikwijdte van de OESO, en daarmee tevens de EU, niet breed genoeg om een groot deel van de dispariteiten tegen te gaan. Hierdoor moet Nederland alternatieve benaderingen hebben om ook dispariteiten met niet OESO-landen op te lossen. Daarvoor zijn de specifieke verdragsbepalingen de oplossing. De type bepalingen in het verdrag met de Verenigde Staten bieden voor beide inboundsituaties de oplossing. Er ontbreekt echter een toevoeging om ook outboundsituaties aan te pakken, maar daarvoor bieden de protocolbepalingen in het verdrag met België 2001 de oplossing. Dan resteert nog een outboundsituatie waar zowel de OESO als Nederland nog geen bepaling voor heeft opgenomen, waarbij een antimisbruikregeling (bijvoorbeeld een LOB-bepaling) de oplossing kan bieden.

Kortom, de basis voor een goede oplossing is al gezet door het BEPS-rapport en de specifieke verdragsbepalingen die Nederland in de nieuwe verdragen implementeert. Echter, er zijn aardig wat punten waar de betrokken partijen een concretere uitvoeringsbepaling moeten opnemen. Daarnaast is bij het bedenken van oplossingen niet met alle standaardsituaties rekening gehouden.

6.7 Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken zijn de huidige methoden, toekomstige methoden en voorstellen tot wijzigingen naar voren gekomen. De EC heeft een nieuwe richtlijn ingevoerd en de OESO heeft wijzigingen op nationaal gebied en in verdragssituaties aanbevolen. Ook vanuit de literatuur zijn wijzigingen voorgesteld.

Eerst zijn de huidige methoden aan bod gekomen. De *similarity approach* en *symmetrical approach* zijn het meest rechtvaardig, maar de *symmetrical approach* verdient mijn voorkeur, omdat het effectiever (geen problemen bij het ontbreken van een binnenlandse equivalent) en efficiënter is. Het classificatiebesluit is gebaseerd op de *symmetrical approach* en daardoor niet effectief bij het ontbreken van een equivalent. De methode is ook niet efficiënt. Daarnaast kent Nederland drie type verdragsartikelen, waarbij de protocolbepalingen in het verdrag met België en artikel 24, vierde lid in

²⁴¹ De Staatssecretaris van Financiën heeft in "Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, 2011, p. 10" aangegeven dat Nederland het OESO-modelverdrag als basis hanteert, maar stelt de Staatssecretaris tevens op een aantal punten af te wijken van het OESO-modelverdrag bij het beoogd Nederlands verdragsbeleid voor de komende jaren.

het verdrag met de Verenigde Staten het meest effectief en efficiënt zijn. De bepalingen zijn ook rechtvaardig.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een herkwalificatie van eigen vermogen in een geldlening niet mogelijk is. Een herkwalificatie zou rechtvaardiger en effectiever zijn geweest, omdat dubbele (niet-) heffing nu nog steeds mogelijk is. Het oordeel van de Hoge Raad zorgt slechts voor meer efficiëntie. Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is nauwelijks te bepalen zolang de garantiefunctie niet zichtbaar wordt, waardoor IFRS wellicht een betere uitgangssituatie biedt om het onderscheid duidelijk te maken.

Om de effecten van dispariteiten tegen te gaan wil de OESO in nationaal verband een *linking rule* (aftrek weigeren bij de betalende vennootschap) en een *defensive rule* instellen. Voor de D/NI-uitkomst betekent de *defensive rule* dat de ontvangende vennootschap een corresponderende heffing krijgt. Voor de DD-uitkomst wordt de aftrek geweigerd. Door middel van aanpassingen in de verdragen wil de OESO het Partnership Report concreet breder toepassen, naar mijn mening een goede aanbeveling, omdat in het Partnership Report tevens de *symmetrical approach* is gehanteerd. De aanpassingen van de verdragen vinden volgens actiepunten 15 plaats met behulp van een multilateraal verdrag. Een punt waar de OESO naar moet kijken is het invullen van een verdeelregel. Ook geeft de OESO geen oplossing indien een OESO-land de *linking rule* niet toepast ten aanzien van een derde land, aangezien een *defensive rule* niet afdwingbaar is bij dat derde land. De implementatie in Nederland zal waarschijnlijk worden vormgegeven met een antimisbruikregeling bij de deelnemingsvrijstelling. Door de vrijheid van invulling van de regeling behoudt Nederland de soevereiniteit.

Tot slot heeft de EC een nieuwe richtlijn geïmplementeerd om het negatieve effect van de hybride samenwerkingsverbanden en hybride financieringsinstrumenten te voorkomen. De richtlijn focust helaas niet op dubbele heffing, en een definitie van 'uitgekeerde winst' zou de richtlijn ook ten goede komen. Ook ontbreken er uitvoeringsregels voor de voorkomingsmethodiek. Een verordening was wellicht beter geweest om een eenduidige implementatie af te dwingen bij de lidstaten.

Wat is dus de beste oplossing? Naar mijn mening is er niet één perfecte oplossing, maar is er een goede basis om aan te werken. De *symmetrical approach* verdient daarbij mijn voorkeur. Dit sluit aan bij de plannen van de OESO, maar op korte termijn kan in EU-verband al een hoop veranderen door of de richtlijn te perfectioneren, of een verordening uit te brengen. Nederland zal buiten de OESO-plannen om ook de specifieke verdragsbepalingen moeten aanpassen of implementeren. Een combinatie van artikel 24, vierde lid van het verdrag met de Verenigde Staten en de protocolbepalingen in het verdrag met België 2001 bieden de beste oplossingen, maar zowel

Nederland als de OESO moet zoeken naar een oplossing voor de outboundsituatie waarbij de entiteit niet-transparant is voor Nederland, maar transparant is voor het buitenland.

HOOFDSTUK 7 – CONCLUSIE

De vraag die centraal staat in deze scriptie is welke dispariteiten kunnen ontstaan bij kapitaalverstrekkingen aan buitenlandse dochterentiteiten en welke voorstellen er zijn om deze dispariteiten op te heffen. Het draait in deze scriptie meer in het bijzonder om de dispariteiten die kunnen ontstaan als in Nederland de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De voorgestelde aanpassingen zijn getoetst aan de criteria van een goed belastingstelsel (rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie) om te komen tot de beste oplossing. Het doel is om met behulp van vijf deelvragen tot een goed antwoord te komen.

De eerste dispariteit ontstaat door een verschil in de classificatie van samenwerkingsverbanden. De vraag daarbij is wanneer een buitenlandse rechtsvorm een (niet-)transparante entiteit voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Om de deelnemingsvrijstelling toe te passen moet de buitenlandse entiteit voor de Nederlandse vennootschapsbelasting niet-transparant zijn. Het samenwerkingsverband kan echter heel goed naar buitenlandse maatstaven als transparant worden aangemerkt. In dat geval wordt een vrijstelling gegeven voor winsten die in het buitenland niet worden belast.²⁴² Er zijn ook ingewikkeldere structuren denkbaar. Indien bijvoorbeeld de deelneming (D1) ook aandelen houdt in een vennootschap (D2), is bij een verstrekking van een geldlening door D1 aan D2 de ontvangen rente zowel onbelast bij D2 als in Nederland (deelnemingsvrijstelling), maar aftrekbaar in het buitenland (D2). Het buitenland ziet namelijk een lening aan D2 vanuit Nederland (D1 transparant). In feite is dit een verbijzondering van de eerstgenoemde situatie. De definitie van een kapitaalvennootschap ontbreekt, maar aan de hand van de kenmerken is classificatie tot een kapitaalvennootschap, personenvennootschap of (fiscaal meer specifiek) een open CV mogelijk. In de Nederlandse wetgeving is het onderscheid tussen een de type vennootschappen te bepalen aan de hand van de oprichtingsvoorwaarden, het houden van een aandeel versus deelgerechtigdheid en de aansprakelijkheid. Dit verschil is nog steeds relevant, omdat verschillende investeerders afhankelijk van de omvang van de investering besluiten om een bepaald risico te nemen.

Het classificatievraagstuk speelt in drie gevallen: een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap heeft de feitelijke leiding in een andere staat, een naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverband heeft inkomsten in een andere staat (inboundsituatie) of een binnenlandse participant heeft inkomsten uit een samenwerkingsverband gevestigd in een andere staat (outboundsituatie). In de rechtspraktijk zijn globaal vier classificatiemethoden te onderscheiden. Met de *similarity approach* wordt gezocht naar een binnenlandse equivalent aan de hand van het

²⁴² Tenzij het buitenland de achterliggende participanten kan belasten.

buitenlandse samenwerkingsverband zoals in het buitenlandse civiele recht geldt (Nederland, Duitsland, Verenigd Koninkrijk). De *elective approach* is bijvoorbeeld terug te zien in het 'check-the-box system' (Verenigde Staten). Met *fixed approach* worden alle buitenlandse samenwerkingsverbanden op een wijze behandeld, transparant of niet-transparant (Italië). Tot slot is er de *symmetrical approach* waarbij de classificatie van het vestigingsland als uitgangspunt voor de heffing wordt genomen (OESO Partnership Report). Van een bepaald aantal vennootschappen heeft de Hoge Raad geoordeeld hoe dat samenwerkingsverband classificeert,²⁴³ maar voor de overige samenwerkingsverbanden vindt de classificatie in Nederland in de praktijk veelal plaats na het toetsen van de kenmerken aan de vragen in het classificatiebesluit of door toepassing van een specifiek verdragsartikel. Met behulp van de vragen in het classificatiebesluit wordt getoetst of het samenwerkingsverband eigendom kan hebben, hoe de aansprakelijkheid van de participanten is verdeeld, of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en of de participaties vrij overdraagbaar zijn. Het is ook mogelijk dat Nederland een specifieke bepaling is overeengekomen in een bilateraal belastingverdrag waaruit blijkt hoe de dubbele (niet-)belasting ten gevolge van een hybride samenwerkingsverband of hybride financieringsinstrument moet worden voorkomen. In dat geval gaat de verdragsbepaling voor en worden de criteria van het classificatiebesluit niet toegepast.

De tweede dispariteit ontstaat door een verschil in de kwalificatie van financieringsinstrumenten. De vraag daarbij is wanneer buitenlands (civielrechtelijk) kapitaal tevens kapitaal is voor de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling wordt toegepast indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Het civiele recht is in beginsel leidend voor de kwalificatie van een geldverstrekking. Voor de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening vindt herkwalificatie tot een kapitaalverstrekking plaats. Voor de herkwalificatie van eigen vermogen in een geldlening zijn er voor- en tegenargumenten, maar de Hoge Raad oordeelt in BNB 2014/79 en BNB 2014/80 dat een herkwalificatie niet mogelijk is. Dit is in beide arresten een terecht oordeel, ook omdat de toets van puur de feiten in beide arresten leidt tot de conclusie dat geen sprake is van *fraus legis*. Waar bij de winstdrainagearresten sprake was van *fraus legis* en de aftrek van (rente)kosten wordt belemmerd, wordt bij de deelnemingsvrijstelling de batenkant belast of vrijgesteld. Beide situaties leiden tot een lagere fiscale winst, maar bij de winstdrainagearresten wordt een kunstmatige financieringsstroom

²⁴³ B. 3569: Duitse OHG transparant; B. 6925: Franse Société niet-transparant; V-N 1992/1884: Franse SCI transparant; V-N 2000/40.5: Duitse GmbH en Co. KG niet-transparant (open CV); BNB 2006/288c*: Delaware US LLC transparant; BNB 2012/12: Ohio US LLC niet-transparant

gecreëerd, terwijl bij de arresten van 7 februari 2014 sprake is van een vervanging van een bestaande financiering. Daarnaast accepteert de wetgever dat baten door toepassing van de deelnemingsvrijstelling onbelast blijven. Dit blijkt uit het feit dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de deelnemerschapslening, maar ook uit BNB 2006/82 en BNB 2006/83 waar een aftrek in het buitenland wordt toegestaan. Ook is de deelnemingsvrijstelling niet afhankelijk van het al dan niet aftrekbaar zijn van de betaalde vergoeding in het buitenland. Naar mijn mening is terecht geen sprake van *fraus legis*.

Nu beide dispariteiten zijn behandeld is de vraag hoe deze dispariteiten worden misbruikt om (doorgaans) een belastingvoordeel te behalen. Dispariteiten hebben meer negatieve effecten dan slechts een verminderde belastingopbrengst. Zo kan worden gedacht aan een concurrentievoordeel voor multinationale ondernemingen, een economische inefficiëntie door het ontbreken van belastingneutraliteit en een gebrek aan transparantie. Moreel gezien is een verschil in heffing niet rechtvaardig. Met betrekking tot hybride samenwerkingsverbanden zijn de inbound- en outboundsituaties tekenend, bijvoorbeeld (concreet) de Amerikaanse CV/BV-structuur en de Double Irish with a Dutch Sandwich. Met betrekking tot hybride financieringsinstrumenten zijn er buitenlandse RPS, MRPS en winstrechten die in het buitenland als vreemd vermogen kwalificeren, maar in Nederland eigen vermogen vormt, omdat herkwalificatie niet mogelijk is. De enige uitzondering betreft tier-1 kapitaal.

Om de dispariteiten op te heffen zijn oplossingen voorgedragen door de OESO, de EC en in de literatuur. Nederland hanteert een unilateraal eenzijdig beleid (classificatiebesluit) en bilateraal verdragsbeleid (specifieke verdragsbepalingen). Tot 2007 was er een subjectieve onderworpenheidseis, maar die was zeer waarschijnlijk in strijd met het EU-recht. De definitie van hybride leningen (2002-2007) was te beperkt, waardoor is gekozen om slechts de abstracte bewoording van artikel 10, eerste lid, onderdeel d Wet VPB 1969 te behouden en de criteria uit de jurisprudentie te volgen.

De OESO hanteert het Partnership Report en wil dit concreet breder toepassen op alle samenwerkingsverbanden, maar verzuimd een verdeelregel op te nemen. De nationale aanbeveling van de OESO is om de *deduction/no inclusion*- en de *double deduction*structuren aan te pakken. Bij de D/NI-uitkomst moet aftrek bij de betalende vennootschap worden geweigerd (*linking rule*) of de bij de ontvangende vennootschap vindt een corresponderende heffing plaats (*defensive rule*). Bij de DD-uitkomst is aanbevolen om de aftrek in het betalende dan wel ontvangende land te weigeren. Het OESO-modelverdrag wordt ook aangepast. De implementatie in de bilaterale verdragen moet met behulp van een multilaterale overeenkomst (actiepunt 15 van het BEPS-rapport). Indien

Nederland de regels accepteert, de OESO kan de implementatie namelijk niet afdwingen, zou dit in de vorm van een antimisbruikmaatregel worden toegevoegd aan de deelnemingsvrijstelling.

De Moeder-Dochterrichtlijn zorgt ervoor dat de bronheffing bij een belang van ten minsten 10% achterwege blijft om economisch dubbele heffing te voorkomen. De EC heeft een nieuwe Moeder-Dochterrichtlijn ingevoerd met daarin een algemene antimisbruikmaatregel. De EC verzuimt echter om in de nieuwe richtlijn dubbele heffing te bestrijden en om een uitvoeringsvoorschrift op te nemen voor de voorkoming. Ook zou een definitie van het begrip 'uitgekeerde winst' in combinatie met een toelichtende nota de effectiviteit van de richtlijn vergroten. Met een verordening kan de EC het beoogd beleid beter afdwingen. In de literatuur is zelfs voorgesteld om een aparte richtlijn in te voeren die uitsluitend is gericht op de classificatie van samenwerkingsverbanden. In de literatuur zijn ook auteurs die een andere oplossing dan die van de EC en de OESO voorstellen.

Er zijn dus een hoop mogelijke oplossingen, maar ook mogelijkheden tot wijzigingen. De vraag is welke oplossing de voorkeur verdient. Dit is bepaald door een toets aan de criteria van een goed belastingstelsel. Binnen de classificatiemethoden zijn de *similarity approach* en de *symmetrical approach* de beste methoden, maar verdient de *symmetrical approach* de voorkeur op het gebied van effectiviteit en efficiëntie. Voor specifieke verdragsbepalingen zijn de protocolbepalingen in het verdrag met België en artikel 24, vierde lid in het verdrag met de Verenigde Staten het meest rechtvaardig, effectief en efficiënt.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een herkwalificatie van eigen vermogen tot vreemd vermogen niet mogelijk is. Op basis van de toets aan een goed belastingstelsel zou herkwalificatie zowel rechtvaardiger als effectiever zijn. Ik meen dat efficiëntie alleen niet de doorslag mag zijn voor het oordeel om een bepaald beleid aan te houden. Volgens de Hoge Raad is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen slechts te bepalen door te beoordelen of al dan niet sprake is van garantievermogen. Aangezien de garantiefunctie niet altijd duidelijk is, vormt IFRS wellicht een betere uitgangssituatie om het verschil tussen eigen en vreemd vermogen te bepalen. IFRS maakt bijvoorbeeld het onderscheid op basis van een vaste vergoeding bij vreemd vermogen, een geen verplichte vergoeding bij eigen vermogen. Verder is de terugbetalingsverplichting kenmerkend voor vreemd vermogen. Op het moment dat herkwalificatie mogelijk is, zullen sommige belastingplichtigen onder de deelnemingsvrijstelling vallen, of zal de deelnemingsvrijstelling juist niet langer van toepassing zijn.

De EC verzuimt om met de richtlijn dubbele heffing te voorkomen en uitvoeringsregels voor de voorkoming te implementeren, en een definitie van het begrip 'uitgekeerde winst' zou de richtlijn ook ten goede komen. Een verordening is naar mijn mening een betere oplossing. Ook zou de EC er

goed aan hebben gedaan om de uitwerking van alle actiepunten van de OESO (uiterlijk december 2015) af te wachten, om de richtlijn vervolgens meer op een lijn aan te passen met het BEPS-rapport. De OESO heeft een goede basis gelegd met het BEPS-rapport. De wijziging van de verdragen met een multilaterale overeenkomst is dan ook een cruciale stap om de implementatie op korte termijn te realiseren. Het kan ook voorkomen dat zowel de *linking rule* (aftrek weigeren bij de betalende vennootschap) als de *defensive rule* (compenserende heffing bij de D/Ni-uitkomst, weigeren aftrek bij de ontvangende vennootschap bij de DD-uitkomst) wordt toegepast. De OESO moet in dat geval kijken naar de verdeelsleutel, ofwel criteria op basis waarvan de betrokken landen weten welk land actie moet ondernemen.

De beste oplossing is ten eerste het de basis die in het BEPS-rapport wordt gelegd, maar er moet naar een verdeelsleutel worden gekeken. Op korte termijn kan de EC effectiever het beoogd beleid implementeren, maar op dat gebied zijn een hoop verbeteringen mogelijk. Daarbij moet de EC waken om niet te veel af te wijken van de plannen van de OESO, zodat de maatregelen van beide organisaties het effect behoudt. Buiten OESO-verband om moet Nederland specifieke verdragsbepalingen implementeren zoals artikel 24, vierde lid in het verdrag met de Verenigde Staten, maar uitgebreid met de protocolbepalingen zoals opgenomen in het verdrag met België. Ook hier geldt dat Nederland de definitieve versie van de actiepunten van de OESO moet afwachten, zodat de wijzigingen van Nederland zo veel mogelijk in lijn met de actiepunten zijn. Zowel Nederland als de OESO moet zoeken naar een oplossing voor de outboundsituatie waarbij de entiteit in Nederland als niet-transparant, en in het buitenland als transparant is geclassificeerd. Implementatie van de plannen van de EC en de OESO zal voor Nederland waarschijnlijk leiden tot de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling met een antimisbruikregeling. De OESO schrijft alleen voor wat het effect van een regeling tegen hybride samenwerkingsverbanden of hybride financieringsinstrumenten moet zijn. De landen kunnen nog steeds hun eigen invulling geven aan de implementatie, waardoor de soevereiniteit van de OESO-landen niet wordt aangetast. Vooralsnog is het aan de EC en de OESO om alle actiepunten concreet uit te werken en het liefst op een lijn te zitten met de aanpassingen. Pas daarna kan de Nederlandse wetgever stappen zetten om de nieuwe regels te implementeren. Vanuit politiek-economische overwegingen meen ik dat Nederland pas een brede implementatie moet doorvoeren indien de overige OESO-landen dit ook doen. Indien Nederland als eerste breed implementeert, zal dit onder andere een nadelige concurrentiepositie tot gevolg hebben.

BIJLAGE 1A: Verdrag Nederland – Indonesië 2002 en vergelijkbare verdragen

Georgië (2002):

I. Ad artikel 3, eerste lid, onderdeel e

1. Het is wel te verstaan dat in het geval van Georgië, de uitdrukking „lichaam" mede een onderneming omvat die voor belastingdoeleinden als een rechtspersoon wordt behandeld.

2. Ingeval een entiteit die voor belastingdoeleinden als rechtspersoon wordt behandeld als zodanig in een Verdragsluitende Staat aan belasting onderworpen is, maar het inkomen van die entiteit in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de participanten in die entiteit wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten dusdanige maatregelen dat er aan de ene kant geen dubbele belasting blijft bestaan, maar er aan de andere kant wordt voorkomen dat louter als gevolg van de toepassing van het Verdrag, inkomen (gedeeltelijk) niet aan belastingheffing onderworpen is.

Indonesië (2002):

I. Ad artikel 3, eerste lid, letter e

In geval een lichaam dat in een Staat voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld en als zodanig aan belasting wordt onderworpen, doch het inkomen van dat lichaam in de andere Staat als inkomen van de gerechtigden tot dat lichaam wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten zodanige maatregelen dat aan de ene kant geen dubbele belasting resteert, doch aan de andere kant voorkomen wordt dat slechts als een gevolg van de toepassing van het Verdrag inkomsten (deels) niet aan belasting worden onderworpen.

Albanië (2004):

II. Ad Artikel 3, eerste lid, onderdeel e

Ingeval een lichaam dat voor de belastingheffing als rechtspersoon wordt behandeld in een Verdragsluitende Staat als zodanig aan belasting is onderworpen, maar het inkomen van dat lichaam in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de gerechtigden tot dat lichaam wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten zodanige maatregelen dat enerzijds geen dubbele belasting blijft bestaan, maar anderzijds wordt voorkomen dat enkel als gevolg van de toepassing van het Verdrag inkomen (gedeeltelijk) niet aan belastingheffing wordt onderworpen. Indien noodzakelijk kunnen de bevoegde autoriteiten maatregelen nemen die afwijken van hun nationale wetgeving maar die in overeenstemming zijn met de context van het Verdrag.

Slovenië (2004):

II Ad artikel 3, eerste lid, onderdeel e

In geval een eenheid die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld, als zodanig in een Verdragsluitende Staat aan belasting is onderworpen, maar het inkomen van die eenheid in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de participanten van die eenheid wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten zodanige maatregelen dat enerzijds geen dubbele belasting resteert, maar anderzijds wordt voorkomen dat enkel als gevolg van de toepassing van het Verdrag inkomen (gedeeltelijk) niet aan belastingheffing wordt onderworpen. Om te bepalen of dit het geval is, wordt de belasting, geheven over het inkomen van die eenheid, geacht belasting te zijn, geheven over het inkomen van de participanten van die

eenheid, naar rato van hun gerechtigdheid in het vermogen van die eenheid. Voorzover nodig kan bovendien worden bepaald dat iedere participant, naar rato van zijn gerechtigdheid in die eenheid de belasting geheven over het inkomen op het niveau van die eenheid mag verrekenen (inclusief eventuele daarop drukkende bronbelasting van derde Staten), met de belasting die hij verschuldigd is over hetzelfde inkomen. Voorts mag de Staat van vestiging van die eenheid afzien van eventuele belastingheffing over uitdeling van winst van die eenheid aan de participanten.

Uganda (2004):

I. Ad artikel 3, eerste lid, onderdeel e

Ingeval een eenheid die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld als zodanig in een Verdragsluitende Staat aan belasting is onderworpen, maar het inkomen van dat lichaam in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de participanten van die eenheid wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten dusdanige maatregelen dat er enerzijds geen dubbele belasting blijft bestaan, maar anderzijds wordt voorkomen dat louter als gevolg van de toepassing van het Verdrag inkomen (gedeeltelijk) niet aan belastingheffing wordt onderworpen. Om te bepalen of dit het geval is, wordt de belasting geheven over het inkomen van die eenheid geacht belasting te zijn, geheven over het inkomen van de participanten van die eenheid, naar rato van hun gerechtigdheid in het vermogen van die eenheid. Voor zover nodig kan bovendien worden bepaald dat iedere participant, naar rato van zijn gerechtigdheid in die eenheid, de belasting geheven op het niveau van de eenheid mag verrekenen (inclusief eventuele daarop drukkende bronbelasting van derde Staten), met de belasting die hij verschuldigd is over hetzelfde inkomen. Voorts mag de Staat van vestiging van de eenheid afzien van eventuele belastingheffing over uitdeling van winst van die eenheid aan de participanten.

Ghana (2008):

II. Ad artikel 3, eerste lid, onderdeel e

Ingeval een entiteit die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld als zodanig in een Verdragsluitende Staat aan belasting is onderworpen, maar het inkomen van die eenheid in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de participanten van die eenheid wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten dusdanige maatregelen dat er enerzijds geen dubbele belasting blijft bestaan, maar anderzijds wordt voorkomen dat louter als gevolg van de toepassing van het Verdrag inkomen geheel of gedeeltelijk niet aan belastingheffing wordt onderworpen.

Oman (2009):

II. Ad artikel 3, tweede lid, en artikel 25

Indien

a. de uitlegging van een uitdrukking die niet is omschreven in het Verdrag; of

b. verschillen in de omschrijving van een bestanddeel van het inkomen; of

c. verschillen in de omschrijving van een persoon die fiscaal transparant is volgens de wetgeving van één van beide Verdragsluitende Staten

leidt of leiden tot dubbele belasting of dubbele vrijstelling, komen de bevoegde autoriteiten een oplossing overeen om de dubbele belasting of dubbele vrijstelling te vermijden.

Panama (2010):

II. Ad artikel 3, eerste en tweede lid

Ingeval een lichaam dat voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld als zodanig in een Verdragsluitende Staat aan belasting is onderworpen, maar het inkomen van dat lichaam in de andere Verdragsluitende Staat als inkomen van de participanten of eigenaren van die eenheid (naar rato van hun gerechtigdheid) wordt belast, nemen de bevoegde autoriteiten dusdanige maatregelen dat dubbele belastingheffing of dubbele vrijstelling wordt voorkomen. Hiertoe kunnen de bevoegde autoriteiten overeenkomen te bepalen dat elke participant of eigenaar de belasting geheven op het niveau van het lichaam mag verrekenen, en kunnen zij tevens overeenstemming bereiken over de mogelijkheid af te zien van belastingheffing over de uitdeling van de winst uit een dergelijk lichaam aan zijn participanten of eigenaren.

Noorwegen (1990, Protocol 2013):

IB. Ad artikelen 1 en 26

Indien vragen rijzen over de toepassing van de bepalingen van deze Overeenkomst met betrekking tot bestanddelen van het inkomen, winst of voordelen verkregen door of door tussenkomst van een persoon die fiscaal transparant is ingevolge de wetgeving van een van de Staten, stellen de bevoegde autoriteiten van de Staten in onderling overleg vast hoe dubbele belasting of dubbele vrijstelling van die bestanddelen van het inkomen, winst of voordelen wordt vermeden.

BIJLAGE 1B: Verdrag Nederland – Verenigde Staten 1992 (Protocol 2004) en vergelijkbare verdragen

Verenigde Staten (1992, Protocol 2004):

Artikel 24. Grondslag van de belastingheffing

4. In het geval van een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel verkregen door een persoon dat fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide Staten, wordt dit bestanddeel aangemerkt als zijnde verkregen door een inwoner van een Staat voorzover dat bestanddeel voor de toepassing van het belastingrecht van die Staat wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van een inwoner.

Barbados (2006):

I. Algemeen

2. In het geval dat een bestanddeel van het inkomen of een voordeel verkregen door een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van een van beide Staten, wordt dat bestanddeel of voordeel geacht te zijn verworven door een inwoner van een Staat voor zover dat bestanddeel of voordeel voor de toepassing van de belastingwetgeving van die Staat wordt behandeld als het inkomen of voordeel van een inwoner.

Bahrein (2008):

A. Algemeen

2. In het geval dat een bestanddeel van het inkomen verkregen door of door tussenkomst van een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van een van beide Staten, wordt dat bestanddeel geacht te zijn verkregen door een inwoner van een Staat voor zover dat bestanddeel voor de toepassing van de belastingwetgeving van die Staat wordt behandeld als het inkomen van een inwoner. Indien krachtens de voorgaande volzin een bestanddeel van het inkomen door een Staat geacht wordt te zijn verkregen door een persoon die inwoner is van die Staat en hetzelfde bestanddeel door de andere Staat geacht wordt te zijn verkregen door een andere persoon die inwoner is van die andere Staat, belet de voorgaande volzin geen van beide Staten dat bestanddeel te belasten als het inkomen van de persoon die door die Staat geacht wordt het bestanddeel te hebben verkregen.

3. Indien in overeenstemming met het tweede lid een bestanddeel van het inkomen wordt belast in een Verdragsluitende Staat als toebehorend aan een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van de andere Staat en tevens belast wordt als toebehorend aan een inwoner van de andere Verdragsluitende Staat als gerechtigde in een dergelijke persoon, dient de andere Staat fiscale facilitatie te bieden ter zake van belastingen geheven in de eerstbedoelde Staat over dat bestanddeel van het inkomen in overeenstemming met de bepalingen van artikel 22

Verenigd Koninkrijk (2008):

Artikel 22. Diverse bepalingen

3. In het geval van een inkomensbestanddeel, voordeel of vermogenswinst verkregen door tussenkomst van een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van een van beide Staten, wordt dat bestanddeel geacht te zijn verworven door een inwoner van een Staat voor zover dat bestanddeel voor de toepassing van

de belastingwetgeving van die Staat wordt behandeld als het inkomen, voordeel of de vermogenswinst van een inwoner.

4. Indien krachtens het derde lid van dit artikel, een inkomensbestanddeel, voordeel of vermogenswinst door een Staat geacht wordt te zijn verkregen door een persoon die inwoner is van die Staat en hetzelfde bestanddeel door de andere Staat geacht wordt te zijn verkregen door een persoon die inwoner is van die andere Staat, belet dat lid geen van beide Staten dat bestanddeel te belasten als het inkomen, voordeel of de vermogenswinst van de persoon die door die Staat geacht wordt het bestanddeel te hebben verkregen.

Japan (2010):

5. For the purposes of applying this Convention:

d) an item of income:

(i) derived from a Contracting State through an entity that is organised in a state other than the Contracting States; and

(ii) treated as the income of that entity under the tax laws of the other Contracting State;

shall not be eligible for the benefits of the Convention; and

e) an item of income:

(i) derived from a Contracting State through an entity that is organised in that Contracting State; and

(ii) treated as the income of that entity under the tax laws of the other Contracting State;

shall not be eligible for the benefits of the Convention.

Zwitserland (2010):

I. Algemeen

1. In het geval dat een bestanddeel van het inkomen wordt verkregen van een Verdragsluitende Staat door tussenkomst van een lichaam dat fiscaal transparant is volgens de wetgeving van een van beide Verdragsluitende Staten en gevestigd is in een van de Verdragsluitende Staten of in een derde Staat, verleent de eerstgenoemde Staat de voordelen van het Verdrag met betrekking tot dat bestanddeel van het inkomen aan de persoon die inwoner is van de andere Verdragsluitende Staat volgens de wetgeving van die andere Staat, indien en voor zover die persoon ter zake van dat bestanddeel van het inkomen wordt belast en voldoet aan de overige voorwaarden omschreven in het Verdrag.

2. Niettegenstaande de bepaling van het eerste lid, verleent, in het geval dat een bestanddeel van het inkomen wordt verkregen uit een Verdragsluitende Staat door tussenkomst van een lichaam dat fiscaal niet transparant is volgens de wetgeving van die Staat en in die Staat gevestigd is, die Verdragsluitende Staat de voordelen van het Verdrag niet met betrekking tot dat bestanddeel van het inkomen.

3. Niettegenstaande de bepaling van het eerste lid, verleent, in het geval dat een bestanddeel van het inkomen wordt verkregen uit een Verdragsluitende Staat door tussenkomst van een lichaam dat fiscaal transparant is volgens de wetgeving van die Staat en in die Staat of in een derde Staat gevestigd is, die Verdragsluitende Staat de voordelen van het Verdrag met betrekking tot dat bestanddeel van het inkomen aan een inwoner van de

andere Verdragsluitende Staat, mits dat bestanddeel volgens de wetgeving van die andere Staat van belasting zou zijn vrijgesteld, indien het onmiddellijk door die inwoner verkregen zou zijn en die inwoner voldoet aan de overige voorwaarden omschreven in het Verdrag.

LITERATUURLIJST

Literatuur

- Barenfeld, J. *Taxation of cross-border partnerships*, IBFD 2005, Doctoral Series, Volume 9
- Bärsch, S. *Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context*, Springer, 2012
- Bellingwout, J.W. *Blueprint for a new common corporate tax base*, European Taxation, januari 2015
- Boer, M.J., Bouwman, J.N. *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFR-B 2014/9
- Bolhaar, W.H.H. *Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches*, NTFR-A 2013/10
- Bon, W., Cornelisse, R.P.C. *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137
- Bos, E. *Eigen vermogen: schijn of wezen?*, Nico de Vriesbundel: Veranderd belastingklimaat, Gouda Quint BV: Arnhem, 1995
- Bos, A.J. van den *De civielrechtelijke vorm en de uitzonderingen*, NTFR 2014/1115
- Bruijn, H.N. de *Nederlandse belastingverdragen met België, Luxemburg en Duitsland*, Kluwer: Deventer, 2009
- Bruins Slot, W. *De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal*, WFR 1996/1625
- Culp, C.L. *Structured finance and Insurance: the ART of managing capital and risk*, John Wiley & Sons, Inc.: New Jersey, 2006, H14: Structured Notes
- Dziurdz, K. *"Circularly linked" rules countering deduction and non-inclusion schemes: Some thoughts on a tie-breaker test*, Bulletin for International Taxation, juni 2013, nr. 6
- Fibbe, G.K. *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, Doctoral Series, Volume 15, 2009
- Francis, J.C., Toy, W.W., Whittaker, J.G. *The handbook of equity derivatives*, John Wiley & Sons, Inc., 2000
- Franken, R.H.A., Vliet, M.J. van *Het nieuwe BV-recht*, Fiscaal Actueel nr. 14, 2014/1.2
- Gelder, G. van, Niels, B. *Recent developments in hybrid financial instruments*, IBFD: Derivatives & Financial Instruments, september/oktober 2014
- Graaf, A.C.G.A.C. de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A. *Internationaal Belastingrecht*, FED nr. 39, Kluwer: Deventer, 2013
- Grabarz, J., Hesselberth, G.J. *Fiscale herkwalficatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628
- Groot, I.M. de *Voorstel tot wijziging Moeder-Dochterrichtlijn in verband met hybride leningen*, NTFR-A 2014/9
- Hoogenberg, S.I. *Fiscale herkwalficatie van leningen en kapitaal*, V&O 2012, nr. 9
- Hurk, H. van der *Proposed amended Parent-Subsidiary Directive reveals the European Commission's lack of vision*, Bulletin for International Taxation, 2014, Volume 68, nr. 9

- Kempen, M.L.M. van *Rapport en bespreking van het rapport Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 223
- Kok, Q.W.J.C.H. *Cursus Belastingrecht VPB*
- Koster, H. *Cursus Belastingrecht VPB*
- Lindonk, C.L. van *Redemable Preference Shares vormen aandelen voor toepassing deelnemingsvrijstelling*, NTFR 2014/738
- Lorán, M. *Spanish tax issues in tax restructurings: the tax treatment of cancellation of debt*, Derivatives and Financial Instruments, september/oktober 2011
- Olfen, M. van *Personenvennootschappen*, Asser/Van Olfen 7-VII* 2010/155 en 2010/157
- Oosterhoff, H.D. *Fiscale aspecten van transfer pricing*, Handboek Management Accounting, 2011
- Pancham, S.R. *Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie*, MBB 2010/4
- Popa, O. *Hybrid entity payments - Extinct species after the BEPS action plan?*, European Taxation, september 2014
- Raad, C. van *Cursus Belastingrecht IBR*
- Rijkers, A.C. *Cursus Belastingrecht IB*
- Schilfgaarde, P. van *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer, 2013
- Schön, W. *Debt and equity: What's the difference? A comparative view*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, No. 09-09
- Schonis, H.M.N. *Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen*, TVVS 1997
- Slagter, W.J. *Personenassociaties*, Groene Serie: 4. Duitsland
- Snoei, R. *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582
- Snoei, R., Wagenaar, L. *Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?*, WFR 2014/622
- Soest, A.J. van *Belastingen*, Kluwer: Deventer, 2007
- Stevens, A.J.A. *Het nieuwe classificatiebesluit*, NTFR-B 2010/12
- Stevens, A.J.A. *Hybride entiteiten en belastingverdragen*, MBB 2010/4
- Strien, J. van *Renteaftrekbeperkingen in de VPB*, Fiscale Monografieën nr. 119, 2006/8.5.5.1
- Terra, B.J.M., Wattel, P.J. *European Tax Law*, Kluwer: Deventer, 2012
- Vleggeert, J. *Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches*, WFR 2013/1426
- Wery, P.L. *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Kluwer, 2003

Besluiten

- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 1997, nr. IFZ 97/204M, BNB 1997/168
- Besluit van 18 september 1997, DGO97/00417, BNB 1998/15 (SNC-besluit)
- Besluit staatssecretaris van Financiën 8 september 1999, nr. DB 99/2344, V-N 1999/46.12
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 september 2003, nr. CPP2003/1711M, V-N 2003/49.8

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M, BNB 2005/280
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, BNB 2006/161
Besluit Minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, Stcrt. 2007, 15, V-N 2007/8.15
Besluit van 29 september 2008, nr. IFZ2008/248M, V-N 2008/49.6
Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19 49, BNB 2010/58
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 6 februari 2010, nr. DGB2010/671M, Stcrt. 2010, 2094, BNB 2010/159
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Stcrt. 2010, 11 223, BNB 2010/278
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3101, Stcrt. 2014, 15957, V-N 2014/32.5

Kamerstukken

Kamerstukken I 2011/12, 33 287, nr. D (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken I 2014/15, 33 950, nr. C (Memorie van Antwoord)
Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 17 (Nota naar aanleiding van het nader verslag)
Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 2005/06, 30 307, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8 (Nota naar aanleiding van het verslag)
Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)
Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het Verslag)
Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 48 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)
Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 58 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)
Memorandum of Understanding, onderdeel XIV, Trb. 2004, nr. 166

Richtlijnen/Verordeningen

Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen,

tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU 2013, nr. L 176

Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PbEU 2014, nr. L 219

Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PbEU 2013, nr. L 176

Overige bronnen

ATR	2012-0452291R3-E, 1 januari 2012, Tax Interpretations, http://taxinterpretations.com/?p=12934
Europese Commissie	<i>Clamping down on tax evasion and avoidance: Commission presents the way forward</i> , IP/12/1325, 6 december 2012
Europese Commissie	<i>Commissioner Moscovici welcomes the adoption of measures against tax evasion and aggressive tax planning</i> , STATEMENT/15/3720, 27 januari 2015
Europese Commissie	<i>Questions and answers on the Parent Subsidiary Directive</i> , Memo/13/1040, 25 november 2013
Europese Commissie	<i>Tackling tax avoidance: Commission tightens key EU corporate tax rules</i> , IP/13/1149, 25 november 2013
Ministerie van Financiën	<i>Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2014</i> , nr. IFZ/2014/88 U
Ministerie van Financiën	<i>Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011</i> , 2011
OESO	<i>Action 15: A mandate for the development of a multilateral instrument on tax treaty measures to tackle BEPS</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015
OESO	<i>Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting</i> , 2013, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en
OESO	<i>Closing tax gaps – OECD launches Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting</i> , 19 juli 2013 (bijeenkomst Ministers van Financiën van de G20)
OESO	<i>Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014
OESO	<i>Hybrid mismatch arrangements: Tax policy and compliance issues</i> , 2012
OESO	<i>Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014
OESO	<i>OECD Secretary-General report to the G20 leaders</i> , 5-6 september 2013 (bijeenkomst regeringshoofden van de G20)
OESO	<i>The application of the OECD model tax convention to partnerships (1999)</i> , Issues in International Taxation, nr. 6, 1999
Raad van de Europese Unie	<i>Council agrees to close tax loophole for corporate groups</i> , 9402/12, 20 juni 2014
Redactie TaxLive	<i>Aanpassing Moeder-Dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan</i> , 27 juni 2014, http://taxlive.nl/-/aanpassing-moeder-dochterrichtlijn-eenvoudiger-gezegd-dan-gedaan

Redactie TaxLive

Hoge Raad stopt discussie over dispariteit en deelnemingsvrijstelling,
10 februari 2014, <http://taxlive.nl/-/hoge-raad-stopt-discussie-over-dispariteit-en-deelnemingsvrijstelling>

Vakstudie

Art. 13 Wet VPB (vanaf 28 april 1990), aantekening 6.3,

Vennootschapsbelasting

De onderworpenheidseis

Jurisprudentie

Rechtbank

Rb. Haarlem 15 december 2008, nr. 08/4134, V-N 2009/29.13 (CV beheersverbod)

Rb. Arnhem 29 april 2009, nr. AWB 08/213 en 08/214, V-N 2009/40.2.5 (US LLC, Ohio)

Rb. Noord-Nederland (Voorzieningenrechter) 25 juni 2014, nr. C/17/134245/KG ZA 14-138, RFR 2014/116
(deelgerechtigdheid van goederen valt onder gemeenschap van goederen)

Hof

Hof Arnhem 18 maart 1992, nr. 89/1926, V-N 1992/1884 (Franse SCI)

Hof Arnhem 13 april 2000, nr. 00/0101, V-N 2000/40.5 (Duitse GmbH en Co. KG)

Hof Amsterdam 18 februari 2004 (opgenomen in BNB 2006/288) (US LLC, Delaware)
Hof Arnhem 13 juli 2010, nr. 09/00178 en 09/00179, V-N 2010/48.1.3 (US LLC, Ohio)

Hoge Raad

HR 31 december 1924, B. 3569 (Duitse OHG)
HR 7 juni 1939, B. 6925 (Franse Société)
HR 18 oktober 1950, B. 8843 (inleggeld coöperatie gelijk aan kapitaal)
HR 25 maart 1953, nr. 11 276, BNB 1953/142 (statuten doorslaggevend voor toestemmingsvereiste)
HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357 (schijnlening)
HR 6 januari 1960, nr. 14 161, BNB 1960/52 (deelgerechtigdheid geen gemeenschap van goederen)
HR 13 maart 1963, nr. 14 998, BNB 1963/117 (deelgerechtigdheid geen gemeenschap van goederen)
HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13 ('In aandelen verdeeld kapitaal')
HR 7 juli 1982, nr. 20 655, BNB 1982/268 (open CV niet-transparant voor beherend deel)
HR 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32 (*fraus legis*, motiefvereiste)
HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171 (*fraus legis*, normvereiste)
HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118 ('volledig economisch eigendom')
HR 13 november 1985, nr. 23 077, BNB 1986/4 (aandelencertificaat)
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 (Unileverarrest m.b.t. bodemlozeputlening)
HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217 (winstdrainagearresten)
HR 10 maart 1993, nr. 27 295, BNB 1993/194 (winstdrainagearresten)
HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196 (winstdrainagearresten)
HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5 (winstdrainagearresten)
HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 (deelnemerschapslening)
HR 11 maart 1998, nr. 30 936, BNB 1998/265 (ontbreken nominale waarde aandelenkapitaal)
HR 15 december 1999, nr. 33 830, BNB 2000/126 (zelfstandige fiscale kwalificatie)
HR 08 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118 (winstdrainagearresten, reële heffing is 10%)
HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34 (Falconsarrest)
HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/196 (financieringsvrijheid geen *fraus legis*)
HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64 (bodemlozeputlening)
HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254 (conversierecht)
HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 (pr  t participatif)
HR 25 november 2005, nr. 40 991, BNB 2006/83 (titre subordin  e – durée indéterminée)
HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288 (US LLC, Delaware)
HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104 (formeel criterium geldverstrekking)
HR 12 oktober 2007, nr. 43 643, BNB 2008/6 (conversierecht)
HR 23 januari 2009, nr. 43963, BNB 2009/99 (beheersverbod commanditair vennoot)
HR 26 november 2010, nr. 10/00340, BNB 2011/67 (rente op schijnlening)
HR 23 september 2011, nr. 10/03724, BNB 2012/12 (US LLC, Ohio)
HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 (Australische RPS)
HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80 (Bankensyndicaat)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96, BNB 1998/305 (Zaak Gilly)
HvJ EG 23 februari 2006, nr. C-513/03, BNB 2006/194 (Zaak van Hilten – Van der Heijden)
HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22 (Zaak N)

Buitenlandse jurisprudentie

UK High Court 1954, *Inland Revenue Commissioners v. Pullman Car Co. Ltd.* (1954) 12 TC 1159
United States Tax Court 14 May 2012, T.C. Memo. 2012-135, *Hewlett-Packard Company and consolidated subsidiaries*, Docket Nos. 21976-07, 10075-08

