

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

Hybride entiteiten

*Een onderzoek naar uit het gebruik van hybride entiteiten
voortvloeiende problemen en maatregelen ter voorkoming
ervan*

Naam: Rogier Vermeer

Studierichting: Fiscale Economie

Studentnummer: 347869

Scriptiebegeleider: Mr. D.E. van Sprundel

Datum: 11 augustus 2016, Rotterdam

Inhoudsopgave

1. Inleiding	5
1.1 Inleiding en probleemstelling	5
1.2 Aanpak	11
1.3 Opzet	12
2. Hybride entiteiten	14
2.1 Inleiding	14
2.2 Civielrechtelijke aspecten van entiteiten	14
2.3 Kwalificatie van entiteiten	16
2.3.1 Heffingssystematiek	16
2.3.2 Kwalificatie van binnenlandse entiteiten	20
2.3.3 Kwalificatie van buitenlandse entiteiten	20
2.3.3.1 Similarity approach	21
2.3.3.2 Elective approach	23
2.3.3.3 Fixed approach	24
2.3.3.4 Symmetrical approach	24
2.3.4 Nederlandse kwalificatie van buitenlandse entiteiten	25
2.4 Verdragsaspecten	28
2.4.1 OESO Modelverdrag	28
2.4.2 Partnership Report	29
2.5 Vormen van hybride entiteiten	31
2.5.1 Basis hybride entiteit met externe lening	32
2.5.2 Vaste inrichting met externe lening	33
2.5.3 Hybride entiteit met interne lening	35
2.5.4 Vaste inrichting met interne lening	36
2.5.5 Reverse hybride entiteit met externe lening	37
2.5.6 Hybride entiteit met geïmporteerde mismatch	37
2.5.7 Reverse hybride entiteit met dividend- of royaltyuitkering	39
2.6 Problemen als gevolg van hybride entiteiten	40
2.7 Conclusie	42

3. Verhouding tussen Nederland en de Verenigde Staten	44
3.1 Inleiding	44
3.2 Nationale wetgeving VS	45
3.2.1 Check-the-box systeem	45
3.2.2 Subpart F	47
3.2.3 Foreign Tax Credit	50
3.2.4 Reparatiewetgeving	51
3.3 Verdrag Nederland – VS	54
3.3.1 Tekst en werking van art. 24-4	55
3.3.2 Beoordeling van art. 24-4	60
3.4 Obama’s Proposals	63
3.4.1 Budget of the Fiscal Year 2016	63
3.4.1.1 Het belasten van buitenlandse winsten	63
3.4.1.2 Het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden	64
3.4.2 Budget of the Fiscal Year 2017	65
3.4.3 Beoordeling Obama’s proposals	66
3.5 Voorstellen Amerikaanse presidentskandidaten	67
3.5.1 Voorstellen Donald Trump	68
3.5.2 Voorstellen Hillary Clinton	71
3.6 Conclusie	73
4. Hybride entiteiten in EU-verhoudingen	77
4.1 Inleiding	77
4.2 Hybride entiteiten onder het primaire EU-recht	78
4.3 Hybride entiteiten onder het secundaire EU-recht	79
4.3.1 Moeder-dochterrichtlijn	79
4.3.2 Fusierichtlijn	83
4.3.3 Rente- en royaltyrichtlijn	85
4.4 Verdrag Nederland – Duitsland 2012	87
4.4.1 Tekst en werking van art. I, lid 2 Protocol	87
4.4.2 Beoordeling van art. I, lid 2 Protocol	92
4.5 Conclusie	94

5. Ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten	97
5.1 Inleiding	97
5.2 Ontwikkelingen door de OESO	97
5.2.1 Het BEPS-rapport	97
5.2.2 BEPS actiepoint 2	99
5.2.2.1 Deel I	99
5.2.2.2 Deel II	107
5.2.3 Beoordeling BEPS actiepoint 2	108
5.3 De Anti Tax Avoidance Package	112
5.3.1 De Anti Tax Avoidance Directive	113
5.3.1.1 Hybride mismatches	116
5.3.1.2 CFC-regime	118
5.3.1.3 Switch-over	121
5.3.2 Beoordeling Anti Tax Avoidance Directive	122
5.4 Conclusie	126
6. Conclusies en aanbevelingen	130
Literatuurlijst	145

1. Inleiding

1.1 Inleiding en probleemstelling

Belastingontwijking is een probleem dat al voorkomt sinds het ontstaan van belastingen; een eeuwig kat-en-muisspel tussen wetgever en belastingplichtige. De laatste paar jaar ligt de focus vooral op de grote multinationale ondernemingen, zoals Starbucks, Amazon en Fiat, die door middel van het plannen en opzetten van fiscale structuren soms een erg lage effectieve belastingdruk hebben, iets wat bij het grote publiek vaak in het verkeerde keelgat schiet.

Ook worden er vaak tax rulings door landen afgegeven aan dit soort ondernemingen, waarin overeenstemming wordt bereikt tussen belastingdienst en belastingplichtige over de fiscale behandeling van een bepaald element, en onderlinge zekerheden en waarborgen worden gegeven. Een voorbeeld van een dergelijke tax ruling is bijvoorbeeld het door de belastingdienst afgeven van zekerheid dat een bepaalde onderneming als fiscaal “transparant,” of juist als fiscaal “niet-transparant” wordt aangemerkt voor Nederlandse fiscale doeleinden. Alhoewel dergelijke tax rulings in principe een vastlegging of bevestiging van een bepaalde uitleg van de wet behelzen, ontstaat er zo nu en dan toch discussie over dergelijke rulings. Zo oordeelde de Europese Commissie in het onderzoek naar de tax ruling die door Luxemburg werd afgegeven aan Amazon dat Amazon in dit geval een selectieve behandeling geniet en dat de tax ruling in strijd lijkt met het EU-recht. Ook is de door Nederland aan Starbucks verleende tax ruling, waarin afspraken waren gemaakt over de hoogte van onderlinge verrekenprijzen en royaltybetalingen, onlangs door de Europese Commissie aangemerkt als verboden staatssteun.¹ Het ministerie van Financiën en de Belastingdienst zijn het niet eens met laatstgenoemde uitspraak, en menen dat de relevante wet- en regelgeving correct is toegepast.² Ook het kabinet vindt dat de Europese Commissie niet overtuigend heeft aangetoond dat de Belastingdienst is afgeweken van de relevante wet- en regelgeving en dat er sprake is van staatssteun, als gevolg waarvan Nederland beroep heeft aangetekend tegen de uitspraak van de Europese Commissie in de Starbucks-casus.³

Eén van de manieren waarop belasting wordt ontweken, is door middel van het gebruik van zogenoemde “hybride entiteiten.” Als gevolg van de steeds omvangrijker wordende discussie over deze en andere vormen van belastingontwijking hebben verschillende partijen onderzocht op welke manieren belastingontwijking plaatsvindt en aanbevelingen gedaan om deze belastingontwijking aan te pakken. Zo heeft de Europese Commissie een aanpassing aan de Moeder-dochter richtlijn doorgevoerd om ongewenste belastingvermindering te voorkomen. Met deze aanpassing wordt

¹ Persbericht van de Europese Commissie van 21 oktober 2015, nr. IP/15/5880.

² Persbericht van het ministerie van Financiën van 21 oktober 2015, “Nederlandse reactie op EC-besluit over Starbucks.”

³ Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2015, “Kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV,” nr. AFP/2015/948 M.

getracht dubbele niet-heffing op een betaling onder een hybride instrument te voorkomen, door de vrijstelling van de Moeder-dochter richtlijn bij de moeder te weigeren indien de uitgekeerde winst aftrekbaar is bij de dochter. Ook heeft de OESO⁴ een 15-delig rapport opgesteld om belastingontwijking als gevolg van Base Erosion and Profit Shifting (“BEPS”) tegen te gaan.

Daarnaast hebben de huidige president van de Verenigde Staten, Obama, en belangrijke kandidaten voor de Amerikaanse presidentsverkiezingen, waaronder Donald Trump en Hillary Clinton, zich de afgelopen tijd gemengd in de discussie rondom belastingontwijking en hebben een aantal voorstellen gedaan om belastingontwijking te voorkomen, waarbij zij zich vooral richtten op grote Amerikaanse multinationale ondernemingen.

Zo onderkent Obama in de “Budget of the Fiscal Year 2016” dat veel grote Amerikaanse multinationals belasting ontwijken. Er wordt op dit moment in totaal ongeveer 2 biljoen dollar door Amerikaanse multinationals in het buitenland aangehouden, waarover geen belasting wordt geheven. Obama stelde voor om het door Amerikaanse multinationals overzees gestalde geld naar de VS te halen en deze tegoeden in de VS in de belastingheffing te betrekken. Ook stelde Obama voor om winsten die door Amerikaanse bedrijven in het buitenland gehaald in de VS aan belastingheffing te onderwerpen. Het was de bedoeling om deze voorstellen per 1 januari 2016 in de Amerikaanse wet te implementeren, maar dit doel is niet bereikt. In de “Budget of the Fiscal Year 2017” wordt echter wel voortgebouwd op de plannen uit de Budget of the Fiscal Year 2016. De voorstellen uit de Budget of the Fiscal Year 2016 betreffende het belasten van buitenlandse winsten en het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden blijven in dezelfde vorm in stand in de Budget of the Fiscal Year 2017. Daarnaast worden onder andere twee voorstellen gedaan om de mogelijkheid tot het gebruik van eerdergenoemde “hybride entiteiten” te beperken.

Ook de Europese Commissie heeft zeer recent weer een stap gezet in de strijd tegen belastingontwijking. Op 28 januari 2016 heeft zij namelijk een “Anti Tax Avoidance Package” (Nederlands: “pakket anti-ontgaansmaatregelen”) naar buiten gebracht.⁵ Deze Anti Tax Avoidance Package bestaat uit vier delen, namelijk: (i) een voorstel aan de lidstaten om belastinggerelateerde informatie over in de EU actieve multinationals uit te wisselen (“country-by-country reporting”); (ii) wettelijk bindende maatregelen om de meest voorkomende vormen van belastingontwijking door bedrijven tegen te gaan (de “anti-ontgaansrichtlijn”); (iii) aanbevelingen aan lidstaten om belastingverdragen te herzien in verband met het voorkomen van misbruik; en (iv) communicatie over een externe strategie voor effectieve belastingheffing in de verhouding tussen EU en derde landen.⁶

⁴ De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) is een samenwerkingsverband tussen 34 landen om economisch en sociaal beleid te bestuderen en te coördineren.

⁵ Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, nr. IP/16/159.

⁶ Zie het persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, nr. IP.16/159 en de bijbehorende “factsheet.”

Met deze maatregelen tracht de Europese Commissie agressieve fiscale planning tegen te gaan, transparantie tussen lidstaten te vergroten en te zorgen voor eerlijkere concurrentievoorwaarden tussen bedrijven binnen de EU. Inmiddels is de anti-ontgaansrichtlijn officieel op 12 juli 2016 definitief aangenomen en dienen de bepalingen uit deze richtlijn uiterlijk op 31 december 2018 in de nationale wetgevingen van de diverse lidstaten te worden geïmplementeerd, daar deze op 1 januari 2019 in werking moeten treden.

Veel van de hiervoor genoemde maatregelen zijn gericht op het tegengaan van belastingontwijking door zogenoemde “mismatches.” Om deze maatregelen te kunnen beoordelen is het belangrijk om goed te begrijpen wat mismatches zijn en hoe ze ontstaan. Bij het overgrote deel van de door multinationale ondernemingen opgezette fiscale structuren wordt gebruik gemaakt van dispariteiten tussen de nationale wetgevingen van landen of verdragen, om zogenoemde “hybride mismatches” te creëren. Een hybride mismatch houdt in dat een vermogensbestanddeel in twee landen verschillend wordt gekwalificeerd, wat kan leiden tot een (belasting)voordeel voor de belastingplichtige.

Kort gezegd is een hybride entiteit een entiteit die in verschillende landen verschillend gekwalificeerd wordt. Eén land kwalificeert de entiteit als “transparant” voor belastingdoeleinden, terwijl een ander land dezelfde entiteit kwalificeert als “niet-transparant” voor belastingdoeleinden. Transparantie van een entiteit houdt in dat de entiteit voor belastingdoeleinden niet wordt gezien, er wordt “doorheen gekeken” naar de achterliggende participanten. Er wordt dan ook geen belasting geheven op het niveau van de transparante entiteit, maar op het niveau van de achterliggende participanten. Non-transparantie van een entiteit houdt in dat de entiteit voor belastingdoeleinden als zelfstandig belastingplichtig wordt gezien. Er wordt dus belasting geheven op het niveau van de entiteit zelf.

Ten aanzien van een buitenlandse entiteit heeft een land twee mogelijkheden om deze entiteit te kwalificeren. Ten eerste kan het land de kwalificatie volgen die de woonstaat van de buitenlandse entiteit aan de desbetreffende entiteit heeft gegeven. Dit wordt erkenning van de buitenlandse fiscale status genoemd.⁷ Indien een land entiteiten kwalificeert op basis van erkenning van de buitenlandse fiscale status, kunnen hybride entiteiten niet voor komen. In een dergelijk geval kwalificeert het land een buitenlandse entiteit namelijk hetzelfde als de woonstaat van de entiteit, waardoor zich geen kwalificatieverschillen voordoen. Aangezien hybride entiteiten juist ontstaan als gevolg van kwalificatieverschillen, kunnen hybride entiteiten zich in een dergelijk geval niet voordoen. In het oorspronkelijke voorstel van de anti-ontgaansrichtlijn werd een systeem van wederzijdse erkenning voorgesteld. In dit voorstel zou de ontvangende staat de kwalificatie van de bronstaat overnemen.

⁷ S.R. Pancham, “Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie,” MBB 2010/04.

De tweede mogelijkheid om een buitenlandse entiteit te kwalificeren, is op basis van criteria die onafhankelijk zijn van de kwalificatie die de woonstaat aan de entiteit heeft gegeven. Dit wordt onafhankelijke classificatie genoemd.⁸ Omdat er bij onafhankelijke classificatie geen rekening wordt gehouden met de kwalificatie die de woonstaat aan de entiteit geeft, kunnen kwalificatieverschillen ontstaan. Om deze reden is het mogelijk dat hybride entiteiten ontstaan onder het systeem van onafhankelijke classificatie.

Een aantal landen – waaronder Italië – kwalificeert buitenlandse entiteiten altijd als niet-transparant en andere landen – waaronder de VS – bieden de mogelijkheid om zelf een bepaalde kwalificatie te kiezen. In hoofdlijnen zijn er vier verschillende benaderingen voor de kwalificatie van buitenlandse entiteiten te onderkennen, namelijk de similarity approach, de elective approach, de fixed approach en de symmetrical approach. Op deze vier benaderingen zal nader worden ingegaan in §2.3.3.

Hybride entiteiten als gevolg van kwalificatieverschillen kunnen onder andere tot dubbele heffing of dubbele vrijstelling leiden. Belastingplichtigen zijn over het algemeen goed op de hoogte van de kwalificatie die een entiteit die gebruikt wordt zal krijgen.⁹ Om deze reden vindt dubbele heffing als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit niet vaak plaats. Daarentegen worden hybride entiteiten wel vaak gebruikt om “(hybride) mismatches” voor fiscale doeleinden te creëren, om zo belastingen te ontwijken door de belastinggrondslag uit te hollen.

Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen “reguliere” hybride entiteiten en “reverse” hybride entiteiten.¹⁰ Een reguliere hybride entiteit wordt door de woonstaat van de achterliggende participant(en) als transparant, en door de bronstaat als niet-transparant aangemerkt. Een reverse hybride entiteit wordt door de woonstaat van de achterliggende participant(en) als niet-transparant, en door de bronstaat als transparant aangemerkt.

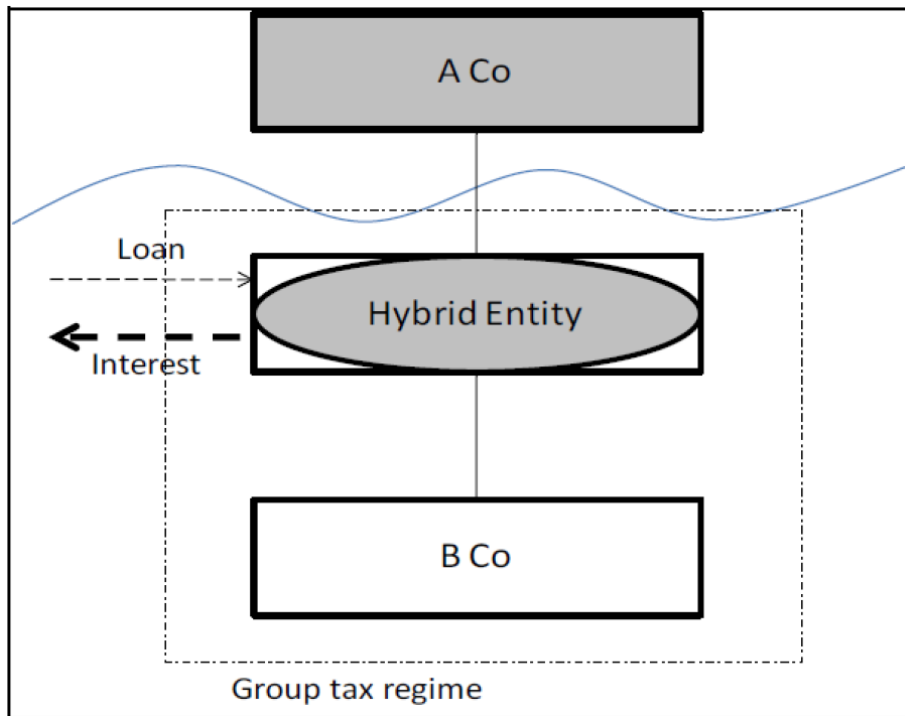
Er is een aantal financieringsvormen dat kan leiden tot hybride mismatches, met als belangrijkste en meest voorkomende financieringsvorm de hiervoor beschreven hybride entiteit. Hybride entiteiten hebben een groot aandeel in de huidige discussie over belastingontwijking aangezien ze veelvuldig worden gebruikt door multinationale ondernemingen. Er zijn verscheidene manieren waarop een hybride entiteit tot stand kan komen. De uitgangssituatie is als volgt:¹¹

⁸ Idem.

⁹ OESO, “Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues,” 2012, paragraaf 5 jo. 69.

¹⁰ Onder het begrip “hybride entiteit” wordt voor toepassing van deze scriptie een reguliere hybride entiteit verstaan, tenzij expliciet anders vermeld.

¹¹ Figuur ontleend aan OESO, “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues,” introductie, punt 13.



In de uitgangssituatie zoals te zien in bovenstaande figuur houdt A Co, gevestigd in land A, een hybride entiteit met daaronder B Co, beiden gevestigd in land B. De hybride entiteit gaat een lening aan bij een derde en betaalt rente. Land B beschouwt de hybride entiteit als niet-transparant en staat een aftrek van rente toe. Land A beschouwt de hybride entiteit als transparant en rekent de rentebetaling dus toe aan de aandeelhouder, A Co, waardoor er nog een aftrek van rente plaatsvindt in land A. Op deze manier ontstaat een hybride mismatch

Naast bovengeschetst voorbeeld is er een aantal andere mogelijke constructies denkbaar waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten. Een van de grootste verschafters van mogelijkheden tot belastingontwijking door middel van een hybride entiteit is de VS. Onder meer het “check-the-box” regime, waarbij zelf gekozen mag worden of een entiteit als transparant of als niet-transparant aangemerkt dient te worden, en verschillende belastingverdragen die de VS heeft gesloten bieden mogelijkheden tot het opzetten van structuren met hybride entiteiten. Een veelgebruikte structuur met de VS is de zogenoemde “spaarpot op zee,” welke uitvoerig besproken zal worden in deze scriptie.¹² Hierbij houdt een in de VS gevestigde moeder een hybride entiteit, welke weer een kleindochter houdt in een derde land. Het derde land ziet de hybride entiteit als transparant, en in de VS wordt de hybride

¹² In de verhouding tussen Nederland en de VS is voor een dergelijke structuur het besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005 nodig. Zowel het besluit als de werking van deze structuur komt aan bod in §3.3 van deze scriptie. Zie voor een beschrijving van deze structuur M. Evers, A.C.G.A.C de Graaf en A.J.A. Stevens, “Zembla-uitzending ‘Nederland belastingparadijs’ nader beschouwd,” MBB 2011/02, p. 5 e.v.

entiteit als niet-transparant gecheckt. Geld of intellectuele eigendom¹³ (“IE”) dat in de hybride entiteit zit wordt volgens het derde land toegerekend aan de moeder, waarbij de VS dus mag heffen. De VS ziet de hybride entiteit als zelfstandig, en heft dus niet. Zo wordt er een “spaarpot op zee” gevormd, waarbij niets wordt belast, zolang het geld niet naar de moeder in de VS wordt gehaald. Dit is een van de structuren die onder andere Obama wil tegengaan door middel van zijn eerder genoemde proposals.

Zoals eerder opgemerkt zijn er veel verschillende vormen en verschillende mogelijkheden om hybride entiteiten te gebruiken in de fiscale planning. Er zijn echter ook landen die het gebruik van hybride entiteiten gedeeltelijk hebben aangepakt. Zo is onder het nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland geprobeerd om het gebruik van hybride entiteiten niet meer mogelijk te maken. In deze scriptie zal een onderzoek worden gedaan naar de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten, vanuit Nederland bezien. De focus ligt met name op het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding tussen Nederland en de VS en tussen Nederland en andere EU-lidstaten. Hierbij zal worden ingegaan op de verschillende vormen hybride entiteiten en gevolgen van het gebruik ervan. Ook zullen voorstellen en aanbevelingen omtrent hybride entiteiten van verschillende partijen aan bod komen en worden getoetst aan een aantal criteria, die verderop in dit hoofdstuk zullen worden beschreven en toegelicht.

Er zal bij dit onderzoek naar hybride entiteiten worden uitgegaan van de volgende probleemstelling:

“Welke problemen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten doen zich voor in de verhouding tussen Nederland en de VS en tussen Nederland en andere EU-lidstaten en zorgen de huidige maatregelen en voorstellen voor een doeltreffende aanpak van deze problemen?”

Naar een antwoord op deze probleemstelling wordt toegewerkt aan de hand van de volgende deelvragen:

1. *Wat zijn hybride entiteiten en voor welke problemen zorgen ze?*
2. *Op welke manier zijn hybride entiteiten te gebruiken onder het verdrag tussen Nederland en de VS en zijn er maatregelen ter voorkoming van problemen als gevolg hiervan?*
3. *Zijn er mogelijkheden om hybride entiteiten te gebruiken tussen Nederland en andere EU-lidstaten? Zo nee, op welke wijze worden deze voorkomen?*
4. *Welke ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten zijn er en zijn de gekozen maatregelen doeltreffend?*

¹³ Intellectuele eigendom (“IE”) (Engels: Intellectual Property (“IP”) is een verzamelnaam voor intellectuele-eigendomsrechten. Intellectuele-eigendomsrechten zijn de rechten van een rechthebbende die voortvloeien uit een creatie van de menselijke geest. Voorbeelden van intellectuele-eigendomsrechten zijn onder andere merkrechten, auteursrechten, octrooirechten, etc.

1.2 Aanpak

Met behulp van de in de vorige paragraaf besproken deelvragen, die in de verschillende hoofdstukken van deze scriptie aan bod komen, zal uiteindelijk worden toegewerkt naar een antwoord op de probleemstelling. Er wordt in deze scriptie met name gefocust op het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding tussen Nederland en de VS en de verhouding tussen Nederland en andere EU-lidstaten. Eerst zal een algemene beschrijving worden gegeven van de werking van hybride entiteiten, de structuren die kunnen worden opgezet met behulp van hybride entiteiten en de problemen die ontstaan als gevolg van hybride entiteiten. Vervolgens zal met behulp van deze algemene beschrijving een meer specifieke beschrijving van de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten in de genoemde verhouding worden gegeven. Hierbij zal steeds worden ingegaan op de voorstellen die zijn gedaan en de maatregelen die zijn genomen om hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan in deze verhoudingen, alsmede de voorstellen die zijn gedaan en maatregelen die zijn genomen in meer overkoepelende verhoudingen, zoals bijvoorbeeld door de OESO en de Europese Commissie. Om uiteindelijk tot een antwoord op de probleemstelling te komen, zullen de in deze scriptie te bespreken voorstellen en maatregelen steeds worden getoetst op doeltreffendheid. Deze beoordeling van de voorstellen en maatregelen op doeltreffendheid zal worden gedaan aan de hand van de volgende criteria:

- *effectiviteit*. Om te beoordelen of een maatregel effectief is zal met name worden bekeken of de maatregel haar doel bereikt en of de maatregel ontgaansmogelijkheden biedt;
- *efficiëntie*. Om te beoordelen of een maatregel efficiënt is zal worden bekeken of de maatregel bijvoorbeeld niet verder gaat dan nodig en of er een makkelijkere manier mogelijk is;
- *economische impact*. Hierbij zal worden bekeken of de maatregel budgetneutraal is, of bijvoorbeeld een te verwachten positieve of negatieve invloed op de economie heeft;
- *publieke opinie*. Hierbij zal worden bekeken wat de mening van het grote publiek omtrent de maatregel is. Hierbij is onder andere van belang in welke mate de maatregel bekend is bij het grote publiek, of de maatregel begrijpelijk is voor het grote publiek en in hoeverre de (discussie omtrent de) maatregel is opgepikt door de media;
- *wettelijke haalbaarheid*. Hierbij wordt onder andere bekeken of de maatregel eenvoudig geïmplementeerd kan worden en of het haalbaar is dat dit inderdaad gebeurt; en
- *complexiteit*. Hierbij zal worden bekeken hoe complex de maatregel is en in hoeverre deze maatregel begrijpelijk is vormgegeven.

De voorstellen en maatregelen omtrent het tegengaan van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten die aan bod komen zullen eerst steeds afzonderlijk aan de hand van bovenstaande criteria worden beoordeeld op doeltreffendheid. De afzonderlijke beoordelingen zullen uiteindelijk in het hoofdstuk met conclusies en aanbevelingen worden samengevoegd tot een geheel,

waarbij de beoordeling van de besproken voorstellen en maatregelen op doeltreffendheid zal worden weergegeven in de vorm van een tabel. In deze tabel wordt voor elk voorstel of maatregel, op basis van de afzonderlijke beoordelingen uit de eerdere hoofdstukken, aan elk criterium een bepaalde score gegeven, waarbij een vorm van de Likertschaal wordt gebruikt.¹⁴ Een criterium kan de score --, -, 0, + of ++ krijgen, waarbij -- het meest negatieve effect op de doeltreffendheid van het voorstel of de maatregel heeft, en ++ het meest positieve effect. Voor de beoordeling van doeltreffendheid van een maatregel wordt het gemiddelde van de beoordeelde criteria genomen, waarbij elk criterium hetzelfde gewicht heeft. De uiteindelijke doeltreffendheid van een voorstel of maatregel wordt eveneens weergegeven op een schaal van -- tot ++, waarbij een combinatie van twee scores ook mogelijk is. Zo kan er bijvoorbeeld een score van 0/+ worden gegeven, wat inhoudt dat de doeltreffendheid van het desbetreffende voorstel of de desbetreffende maatregel tussen de 0 en + in ligt.

1.3 Opzet

In deze scriptie wordt in hoofdstuk twee begonnen met een algemene beschrijving van hybride entiteiten. Hierbij zal worden ingegaan op hoe hybride entiteiten kunnen ontstaan, welke structuren er opgezet kunnen worden met hybride entiteiten en welke problemen er ontstaan als gevolg van hybride entiteiten. In hoofdstuk drie zal het verdrag tussen Nederland en de VS besproken worden, evenals de voorstellen gedaan door Obama in zijn Budget 2016 en Budget 2017 en de voorstellen omtrent dit onderwerp van de Amerikaanse presidentskandidaten Donald Trump en Hillary Clinton. Hier zal beschreven worden hoe hybride entiteiten kunnen ontstaan onder het verdrag en zal worden ingegaan op het check-the-box systeem in de VS en de bepaling van artikel 24, lid 4, van het verdrag tussen Nederland en de VS. Ook zal worden beschreven op welke wijze Obama, Trump en Clinton belastingontwijking als gevolg van hybride entiteiten proberen tegen te gaan en of deze voorstellen doeltreffend en haalbaar zijn. In hoofdstuk vier zal worden onderzocht of er in interne EU-situaties ook mogelijkheden zijn tot het gebruik van hybride entiteiten en, zo ja, of er binnen de EU effectieve maatregelen zijn om hybride entiteiten tegen te gaan en of het EU-recht zelf een oplossing kan bieden in de strijd tegen hybride entiteiten. Er zal in dit hoofdstuk ook worden stilgestaan bij het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland, welke per 1 januari 2016 in werking is getreden. In dit verdrag wordt getracht fiscale kwalificatieverschillen omtrent entiteiten te voorkomen door te regelen dat inkomen verkregen door een entiteit die door één van beide verdragslanden als transparant wordt aangemerkt toegerekend dient te worden aan een inwoner van één van beide verdragslanden. In hoofdstuk vijf zullen recente ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten worden besproken. In

¹⁴ De Likertschaal is een methode om gegevens die moeilijk te kwantificeren zijn toch van een bepaalde waarde te voorzien. Doorgaans wordt een 5- of 7-punts schaal gebruikt, waarbij de ene extreme vaak wordt aangeduid met "helemaal mee oneens" en de andere extreme vaak wordt aangeduid met "helemaal mee eens."

dit hoofdstuk zal onder andere worden stilgestaan bij het BEPS-rapport van de OESO en de Anti Tax Avoidance Package van de Europese Commissie, voor zover deze voorstellen hybride entiteiten adresseren. Er zal worden onderzocht op welke manier deze voorstellen het gebruik van hybride entiteiten trachten tegen te gaan en of deze maatregelen doeltreffend zijn. In het zesde en laatste hoofdstuk zal aan de hand van de voorgaande hoofdstukken en de deelvragen een antwoord worden geformuleerd op de probleemstelling, en zullen conclusies en aanbevelingen worden gedaan om de problemen die ontstaan als gevolg van hybride entiteiten aan te pakken.

2. Hybride entiteiten

2.1 Inleiding

Belastingontwijking en “aggressive tax planning” zijn problemen die sinds een aantal jaar zeer hoog op de agenda staan bij organisaties als de OESO¹⁵ en de Europese Commissie.¹⁶ Steeds vaker wordt gebruik gemaakt van belastingplanning om op kunstmatige wijze belastingvoordelen te behalen. Een van de mogelijke en veelgebruikte manieren van belastingplanning is door middel van het gebruik van de in het voorgaande hoofdstuk beschreven “hybride entiteiten,” waarbij gebruik wordt gemaakt van de verschillen in civiele en fiscale wetgevingen tussen landen, als gevolg waarvan mogelijk belastingvoordelen kunnen ontstaan voor de belastingplichtige. Het voordeel dat met dergelijke structuren behaald kan worden wordt een “hybride mismatch” genoemd. Deze term doelt op de mismatch in fiscale behandeling tussen landen van een bepaald object of subject, als gevolg van de verschillen in wetgeving tussen de landen.

In dit hoofdstuk zal diep worden ingegaan op onder andere het begrip hybride entiteiten, het ontstaan van hybride entiteiten, de verschillende vormen van hybride entiteiten en de hybride mismatches die bereikt kunnen worden door het gebruik van hybride entiteiten. Verder zal worden ingegaan op de problematiek rondom hybride entiteiten die op dit moment speelt.

2.2 Civielrechtelijke aspecten van entiteiten

Voordat een land tot de fiscale kwalificatie van een entiteit kan komen, dient een entiteit eerst een civiele kwalificatie te krijgen. Op basis van de civielrechtelijke kwalificatie van een entiteit wordt de entiteit als transparant, dan wel als niet-transparant gekwalificeerd. In Nederland kan een entiteit civielrechtelijk gekwalificeerd worden als kapitaalvennootschap, welke fiscaal gezien als niet-transparant wordt gekwalificeerd, of als personenvennootschap, welke fiscaal gezien in beginsel als transparant wordt gekwalificeerd.¹⁷ Een kwalificatieverschil tussen landen kan dus zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk zijn. Voor het begrip “hybride entiteit” is de fiscale kwalificatie uiteindelijk doorslaggevend, aangezien een hybride entiteit ontstaat door een verschil in fiscale kwalificatie, waarbij de entiteit in het ene land als transparant, en in het andere land als niet-transparant wordt gezien. De civiele kwalificatie is echter ook van belang, aangezien de fiscale kwalificatie van een entiteit vaak voortvloeit uit de civielrechtelijke kwalificatie.

¹⁵ Zie onder andere OESO, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting,” OECD Publishing, 2013.

¹⁶ Zie onder andere het rapport van de Europese Commissie van 25 november 2013, COM(2013) 814.

¹⁷ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.

Zoals beschreven maken landen op basis van het civiele recht onderscheid tussen twee soorten samenwerkingsverbanden: personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Er kunnen twee soorten personenvennootschappen worden onderscheiden:¹⁸ ten eerste een personenvennootschap met een redelijk formeel karakter, die vaak commerciële activiteiten uitvoert en als onderneming optreedt (een personenvennootschap die in casu als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer) en ten tweede een personenvennootschap met een minder formeel karakter, waarvan het bestaan meestal niet zichtbaar is voor derden. Het verschil tussen deze twee soorten personenvennootschappen hangt af van de wettelijke grondslag in het desbetreffende land, waarbij er op dit punt in grote lijnen drie stromingen zijn in het civiele recht: de Franse stroming, welke invloed heeft gehad op onder andere België, Italië en Nederland, de Duitse stroming, welke invloed heeft gehad op onder andere Zwitserland, Japan en wederom Italië en de op zichzelf staande Scandinavische stroming, welke zich kenmerkt door het feit dat er in deze stroming, in tegenstelling tot de andere twee stromingen, geen uitgebreid burgerlijk wetboek wordt gebruikt. Tussen de verschillende systemen zit een aantal verschillen. Zo wordt er bij civiele wetgeving in de Franse stijl bijvoorbeeld erg veel aandacht besteed aan de stijl en het taalgebruik, terwijl civiele wetgeving in de Duitse stijl vaak abstracter is, en meer gericht op bijvoorbeeld een professionele advocaat dan op de burger.¹⁹

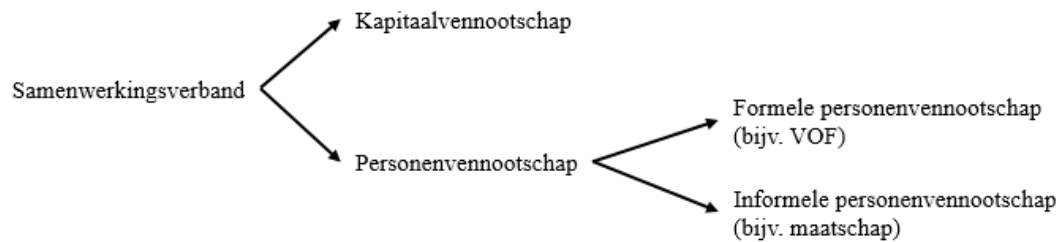
Zoals eerder genoemd zijn er twee soorten personenvennootschappen: formele personenvennootschappen en informele personenvennootschappen.²⁰ Aangezien beide soorten personenvennootschappen zowel gebruikt kunnen worden voor zowel commerciële- als non-commerciële doeleinden, wordt een onderscheid tussen de soorten personenvennootschappen vaak gemaakt op basis van hun verschijning ten aanzien van derde partijen, en niet op basis van de activiteiten die de personenvennootschap uitvoert. Een voorbeeld van een formele personenvennootschap binnen het Nederlands recht is een vennootschap onder firma (VOF) en een voorbeeld van een informele personenvennootschap binnen het Nederlands recht is een maatschap.

Het voorgaande kan als volgt worden weergegeven:

¹⁸ J.F. Avery Jones et al., "Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax," *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 288-320.

¹⁹ Idem.

²⁰ "Formele samenwerkingsverbanden" en "informele samenwerkingsverbanden" zijn benamingen voor de twee verschillende soorten samenwerkingsverbanden zoals gebruikt door Avery Jones. Bij gebrek aan een algemene term voor de verschillende samenwerkingsverbanden worden de termen die door Avery Jones zijn gebruikt overgenomen in deze scriptie.



2.3 Kwalificatie van entiteiten

Zoals eerder vermeld, is een hybride entiteit het gevolg van kwalificatieverschillen tussen landen van de desbetreffende entiteit. Het ene land kwalificeert de entiteit fiscaal gezien als transparant, terwijl het andere land de entiteit fiscaal gezien kwalificeert als niet-transparant.

2.3.1 Heffingsystematiek

Als een entiteit wordt aangemerkt als transparant, dan wordt de entiteit voor belastingdoeleinden buiten beschouwing gelaten, en wordt het inkomen van de entiteit geacht direct te zijn genoten door de achterliggende participanten in de entiteit.²¹ Het inkomen wordt in een dergelijk geval dus ook slechts bij de participanten onderworpen aan belastingen, en niet op het niveau van de entiteit zelf. Dit systeem, waarbij slechts één keer belasting wordt geheven, namelijk op het niveau van de participanten, wordt een “single-tax pattern”²² genoemd. Een single-tax pattern is gebaseerd op het principe dat inkomen van een entiteit op dezelfde wijze wordt belast op het niveau van de participanten als in het geval dat de participanten het inkomen direct zelf zouden hebben genoten.²³ Een eventuele doorbetaling van het inkomen door de transparante entiteit wordt genegeerd voor belastingdoeleinden en wordt gezien als een overdracht van eerder belaste bedragen.²⁴ Inkomen dat is toe te rekenen aan een transparante entiteit is dus onderworpen aan “full and final taxation,”²⁵ wat inhoudt dat er ineens volledig wordt geheven over inkomsten van de transparante entiteit, waarbij het er niet toe doet of het inkomen door wordt uitgedeeld aan de participanten of in de entiteit blijft.

Indien een samenwerkingsverband als niet-transparant wordt gekwalificeerd, wordt deze gezien als een zelfstandige juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid en wordt er voor belastingdoeleinden niet door de entiteit heen gekeken. Indien een niet-transparant samenwerkingsverband in Nederland is gevestigd, is deze binnenlands belastingplichtig voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: “Wet Vpb”). Indien een niet-transparant samenwerkingsverband niet in Nederland is

²¹ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, paragraaf 4.

²² J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 98 e.v.

²³ J. Ault en J. Brian, “Comparative income taxation: a structural analysis,” Kluwer law international 2004, p. 335.

²⁴ OESO, “The application of the OECD model tax convention to partnerships,” 1999, p. 49.

²⁵ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 98-99.

gevestigd, maar wel een onderneming in Nederland drijft, is deze buitenlands belastingplichtig voor Nederlandse belastingdoeleinden.²⁶ Belastingheffing van een niet-transparante entiteit vindt dus plaats op het niveau van de entiteit zelf, en niet direct bij de achterliggende participanten. Deze belastingheffing bij niet-transparante entiteiten vindt plaats op basis van een “double-tax pattern,”²⁷ wat inhoudt dat inkomen deels wordt belast op het niveau van de entiteit en deels wordt belast op het niveau van de participanten/aandeelhouders, zodra het inkomen door wordt betaald. Vaak bestaat deze dubbele belastingheffing uit een met de vennootschapsbelasting vergelijkbare belasting die wordt geheven over de inkomsten van de entiteit, en een dividendbelasting die wordt geheven zodra deze inkomsten worden doorbetaald.²⁸

Aangezien er bij belastingheffing van een niet-transparante entiteit twee keer belasting wordt geheven over dezelfde inkomsten, kan er sprake zijn van economisch dubbele belastingheffing. Economisch dubbele belastingheffing kan als volgt worden gedefinieerd: “het heffen van belasting over hetzelfde inkomensbestanddeel bij verschillende belastingplichtigen.”²⁹ Aangezien dubbele belastingheffing ongewenst is, zijn er verschillende vormen van de eerder genoemde double-tax patterns, waarbij dubbele belastingheffing op verschillende manieren getracht wordt tegen te gaan.³⁰ Van deze verschillende vormen van double-tax patterns zullen de belangrijkste kort worden besproken.

Het klassieke systeem gaat economisch dubbele belasting op geen enkele manier tegen. Inkomsten van een entiteit zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting of een daarmee vergelijkbare belasting op het niveau van de entiteit, en zijn tevens onderworpen aan een dividendbelasting zodra deze inkomsten aan de aandeelhouders worden uitgekeerd. Bij dit systeem is sprake van volledige economisch dubbele belastingheffing.

Het “split-rate” systeem geeft voorkoming van dubbele belasting op het niveau van de entiteit, door het tarief van de geheven (vennootschaps)belasting op dooruitgedeelde inkomsten te verlagen. Aangezien dergelijke winstuitdelingen normaliter bij de ontvanger onderworpen zijn aan een additionele (dividend)belasting, wordt slechts volledige voorkoming van economisch dubbele belastingheffing bereikt als het tarief op het niveau van de entiteit tot nihil wordt verlaagd. Een variant van het split-rate systeem is het “dividend deduction” systeem, waarbij geen verlaagd tarief op de

²⁶ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, paragraaf 4.

²⁷ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 93.

²⁸ J. Ault en J. Brian, “Comparative income taxation: a structural analysis,” Kluwer law international 2004, p. 273-277.

²⁹ Zie o.a. K. Vogel, “Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN-, and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital, with particular reference to German treaty practice,” Kluwer Law International, 1997 en C. van Raad, “Cursus Belastingrecht,” Internationaal Belastingrecht, 1.1.2.

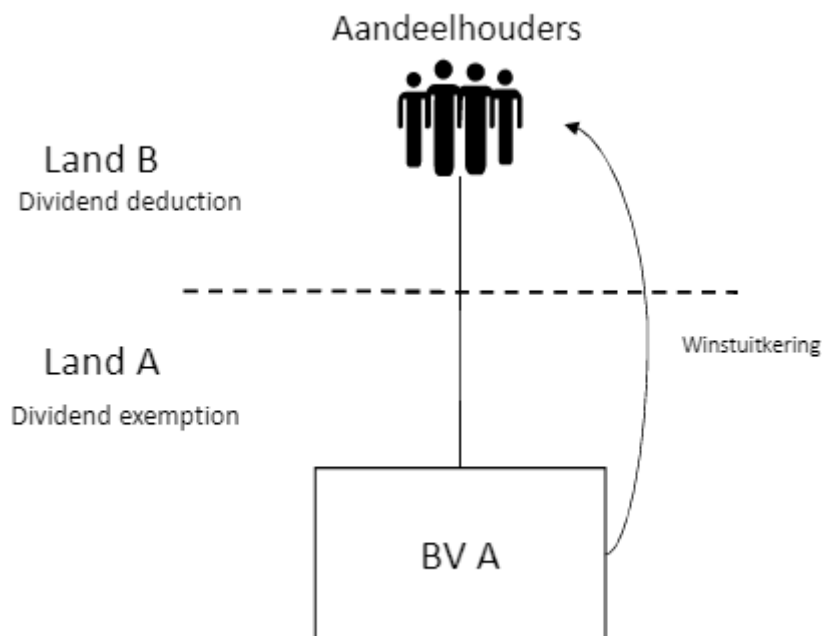
³⁰ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 93.

winstuitkering wordt gegeven, maar waarbij de winstuitkering op het niveau van de entiteit in aftrek kan worden gebracht.

Een ander systeem om economisch dubbele heffing bij een niet-transparante entiteit te voorkomen, is het “imputation” systeem. Onder dit systeem wordt op het niveau van de entiteit vennootschapsbelasting of een hiermee vergelijkbare belasting geheven over de inkomsten van de entiteit. Als de winsten worden uitgedeeld, wordt op het niveau van de participanten/aandeelhouders een volledige of partiële teruggaaf of verrekening van de op het niveau van de entiteit geheven (vennootschaps)belasting, welke toerekenbaar is aan de winstuitkering, gegeven.³¹

Het laatste systeem om economisch dubbele belastingheffing te voorkomen, is het “dividend exemption” systeem, waarbij dubbele belasting wordt voorkomen door de participanten/aandeelhouders van de entiteit geheel of gedeeltelijk vrij te stellen van dividendbelasting.

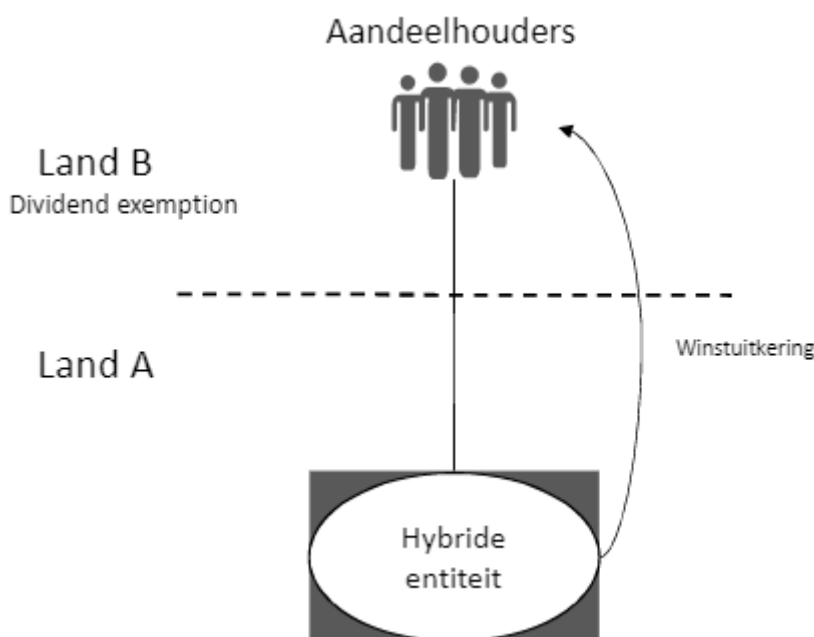
Het feit dat er verschillende systemen zijn om economisch dubbele heffing bij niet-transparante entiteiten te voorkomen, kan een aantal problemen met zich meebrengen. Zo kan het zich in grensoverschrijdende situaties voordoen dat de betrokken landen verschillende voorkomingsystemen hanteren. Dat er in een dergelijk geval problemen kunnen ontstaan, kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:



³¹ Een systeem van volledige teruggaaf komt in de praktijk echter niet voor, zie hiervoor o.a. de Conclusie van A-G Wattel bij BNB 2014/64, §6.10 en de Conclusie van A-G Wattel bij V-N 2003/28.8, §4.21.

De niet-transparante entiteit BV A, gevestigd in land A, doet een winstuitkering aan zijn aandeelhouders, gevestigd in land B. Land A heft vennootschapsbelasting over de winstuitkering en land B heft dividendbelasting over de winstuitkering. Normaal gesproken zou economisch dubbele belastingheffing optreden, maar beide landen hanteren een systeem om dubbele belastingheffing te voorkomen. Land A hanteert het eerder genoemde “dividend exemption” systeem, terwijl land B het “dividend deduction” systeem hanteert. Land A gaat er dus vanuit dat land B de aandeelhouders een vrijstelling voor de dividendbelasting geeft, terwijl land B er vanuit gaat dat de winstuitkering in land A aftrekbaar is. In bovenstaand geval ontstaat dus een probleem: doordat verschillende landen verschillende voorkomingssystemen gebruiken wordt er per saldo geen voorkoming gegeven en is er volledig dubbele belastingheffing. Een mogelijke oplossing voor dit probleem is het sluiten van belastingverdragen tussen landen, waarin duidelijke afspraken worden gemaakt over het voorkomen van dubbele belasting in dergelijke gevallen. De praktijk wijst echter uit dat bij lange na niet alle landen verdragen met elkaar hebben gesloten.

Een ander probleem kan zich voordoen als er gebruik wordt gemaakt van een hybride entiteit. Dit kan wederom aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd:



In dit geval gaat het om een in land A gevestigde hybride entiteit. Land A kwalificeert de entiteit als transparant, terwijl land B de entiteit als niet-transparant kwalificeert. Aangezien land A de entiteit als transparant kwalificeert, worden de inkomsten van de hybride entiteit voor land A geacht direct te zijn genoten door de aandeelhouders van de entiteit. Om deze reden wordt een winstuitkering van de entiteit aan haar aandeelhouders voor fiscale doeleinden genegeerd door land A, en wordt in land A dus geen belasting geheven over de winstuitkering aan de aandeelhouders. Land B ziet de dividenuitkering wel, en past het “dividend exemption” systeem toe, waarmee normaal gesproken

economisch dubbele belastingheffing wordt voorkomen. Land B stelt de ontvangen winstuitkering dus vrij van dividendbelasting, waardoor er per saldo nergens belasting wordt geheven over de winstuitkering van de hybride entiteit aan haar aandeelhouders. Het probleem dat zich in bovenstaande situatie voordoet houdt dus in dat er winst van een partij aan een andere partij grensoverschrijdend wordt uitgekeerd, terwijl er geen belasting wordt geheven.

2.3.2 *Kwalificatie van binnenlandse entiteiten*

Volgens de Nederlandse belastingwet zijn binnenlandse entiteiten als NV's, BV's en open CV's³² binnenlands belastingplichtige entiteiten en dus niet-transparant voor Nederlandse fiscale doeleinden.³³ Dit soort entiteiten worden dus belast volgens het eerder beschreven "double-tax pattern."

Voorbeelden van binnenlandse transparante entiteiten zijn onder andere een besloten CV, en een maatschap of een VOF zonder een in aandelen verdeeld kapitaal.^{34 35} Laatstgenoemde entiteiten worden in Nederland volgens het eerdergenoemde "single-tax pattern" belast.

Uit het voorgaande blijkt dat Nederland wat betreft de kwalificatie van binnenlandse entiteiten niet kijkt naar de activiteiten van de entiteit, de civiele kwalificatie of de rechtspersoonlijkheid van de entiteit, maar naar de overdraagbaarheid van de belangen in de entiteit. Een reden hiervoor is dat het ingewikkeld kan zijn om participanten in een personenvennootschap te belasten voor hun aandeel hierin indien deze participanten gemakkelijk toe- en uit kunnen treden.³⁶

Ook kijkt Nederland bij de kwalificatie van een binnenlandse entiteit niet naar de kwalificatie die een ander land aan de desbetreffende entiteit zou geven, waardoor kwalificatieverschillen, en dus hybride entiteiten, kunnen ontstaan.

2.3.3 *Kwalificatie van buitenlandse entiteiten*

Er zijn drie mogelijke situaties waarbij een buitenlandse entiteit gekwalificeerd dient te worden, namelijk:

- naar buitenlands recht opgericht samenwerkingsverbanden met een feitelijke leiding in een andere jurisdictie;

³² Een commanditaire vennootschap ("CV") wordt aangemerkt als open CV indien toetreding of vervanging van commanditaire vennoten plaats kan hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire (Artikel 2, lid 3, onderdeel c, Algemene wet inzake rijksbelastingen). Een besloten CV is een CV waarbij alle vennoten – zowel de behorende als de commanditaire – afzonderlijk toestemming moeten verlenen bij toetreding of vervanging van commanditaire vennoten.

³³ Artikel 2, lid 1, onderdeel a t/m g, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

³⁴ Een maatschap of een VOF heeft een in aandelen verdeeld kapitaal indien een participant zijn belang kan overdragen zonder toestemming van de andere participanten. (HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13).

³⁵ F.P. Snel en C.L. Mas, "The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis," 2003, *European Taxation* 10, p. 3.

³⁶ F.P. Snel en C.L. Mas, "The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis," 2003, *European Taxation* 10, p. 4.

- in outbound situaties, waarbij inkomsten uit een buitenlandse entiteit worden ontvangen door een binnenlandse partij; en
- in inbound situaties, waarbij door een binnenlandse entiteit een betaling wordt gedaan aan een buitenlandse entiteit.³⁷

In bovengenoemde situaties is het belangrijk dat de buitenlandse entiteit gekwalificeerd wordt, om bijvoorbeeld te bepalen welke belasting wordt geheven en welk land (of welke landen) heffingsbevoegd is (of zijn).

Ieder land heeft haar eigen wetgeving en jurisprudentie wat betreft de kwalificatie van buitenlandse entiteiten,³⁸ maar in hoofdlijnen zijn er vier verschillende benaderingen voor de kwalificatie van buitenlandse entiteiten te onderscheiden:

- de similarity approach;
- de elective approach;
- de fixed approach; en
- de symmetrical approach.³⁹

2.3.3.1 Similarity approach

De “similarity approach” is de benadering die door de meeste landen, waaronder Nederland, gebruikt wordt.⁴⁰ Deze methode van kwalificeren houdt in dat er een “corporate resemblance-” ofwel gelijkenistest wordt gedaan, waarbij de juridische eigenschappen van de buitenlandse entiteit worden bestudeerd en deze eigenschappen met die van binnenlandse entiteiten worden vergeleken. De buitenlandse entiteit krijgt vervolgens dezelfde fiscale behandeling als de binnenlandse entiteit waar deze het meest mee te vergelijken is. Een land dat de similarity approach toepast kijkt dus niet naar de kwalificatie die het buitenland aan de te kwalificeren entiteit geeft, maar vergelijkt de juridische eigenschappen van de desbetreffende entiteit met de eigenschappen van binnenlandse samenwerkingsverbanden en belast de buitenlandse entiteit vervolgens op dezelfde manier als de binnenlandse entiteit die er het meest op lijkt.⁴¹

³⁷ A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04, p.1 en A.J.A. Stevens, “De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden,” NTFR-B 2011/45, p. 1.

³⁸ J.F. Avery Jones et al., “Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax,” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 288- 289.

³⁹ Zie J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 111 e.v., J.F. Avery Jones et al., “Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax,” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 305 e.v. en W.H.H. Bolhaar, “Naar een system ter voorkoming van hybride mismatches,” NTFRA 2013/25, p. 2.

⁴⁰ OECD Partnership Report 2009, p. 9 en J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, 1.0.1.B.c1.

⁴¹ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 112.

De manier waarop de similarity approach wordt toegepast kan erg verschillen per land, aangezien elk land zijn eigen wetten en jurisprudentie kent om te bepalen hoe een entiteit fiscaal behandeld wordt.⁴² Zo hecht België bijvoorbeeld erg veel waarde aan het hebben van rechtspersoonlijkheid. Entiteiten met rechtspersoonlijkheid worden in principe als niet-transparant gekwalificeerd terwijl entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid in principe als transparant worden gekwalificeerd.⁴³ Andere landen daarentegen, zoals bijvoorbeeld Zweden,⁴⁴ zien het hebben van rechtspersoonlijkheid niet als een eis om als niet-transparant te worden gekwalificeerd, maar letten op andere kenmerken bij het kwalificeren van een (buitenlandse) entiteit.

Zoals blijkt uit het bovenstaande leunt de similarity approach op nationale wetten en jurisprudentie van het desbetreffende land, waardoor de uitkomst van de similarity approach per land kan verschillen. Door het verschil in regelgeving tussen landen is de kwalificatie die de woonstaat aan een entiteit geeft niet van belang voor de kwalificatie die een ander land aan de buitenlandse entiteit geeft. Op deze manier kan er een mismatch in de kwalificatie en in de fiscale behandeling van een entiteit ontstaan, waardoor hybride entiteiten kunnen ontstaan.

Als een land de similarity approach hanteert kan een probleem ontstaan als er een buitenlandse entiteit gekwalificeerd dient te worden die niet met een binnenlands samenwerkingsverband vergeleken kan worden, zoals bijvoorbeeld in het arrest “Memec.”⁴⁵ In dit arrest was aan de orde hoe een Duitse stille maatschap gekwalificeerd diende te worden op grond van het Engelse recht. Het Hof kwam tot de conclusie dat de Duitse stille maatschap met geen enkel Engels of Schots samenwerkingsverband kon worden vergeleken. In een dergelijk geval dient terug te worden gegrepen op de grondslagen van de vennootschapsbelastingplicht van binnenlandse entiteiten, alhoewel dit in sommige gevallen alsnog geen uitkomst biedt.⁴⁶ Het Hof besliste in zaak Memec dat indien een entiteit met geen enkele binnenlandse entiteit vergeleken kan worden, er eerst gekeken dient te worden of de entiteit als transparant kan worden gekwalificeerd op grond van binnenlandse wetgeving. Indien dit niet het geval is, wordt de buitenlandse entiteit automatisch als niet-transparant aangemerkt, zelfs indien de desbetreffende entiteit in de woonstaat als transparant wordt aangemerkt.⁴⁷

⁴² J.F. Avery Jones et al., “Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax,” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 308.

⁴³ Zie o.a. Van Bael & Bellis, “Business law guide to Belgium,” Kluwer law international 2003, p. 147 e.v. en J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 112-113.

⁴⁴ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 113.

⁴⁵ Court of Appeal 1998 (Memec plc v IRC), STC 754.

⁴⁶ A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04, p. 2.

⁴⁷ Court of Appeal 1998 (Memec plc v IRC), STC 754, p. 766.

2.3.3.2 Elective approach

Een andere methode om buitenlandse samenwerkingsverbanden te kwalificeren, is de zogenoemde “elective approach.”⁴⁸ Bij deze methode wordt de kwalificatie van een buitenlandse entiteit niet bepaald door nationale wet- en regelgeving, maar kan de belastingplichtige zelf opteren voor transparantie, dan wel niet-transparantie. De keuze hoe de entiteit gekwalificeerd wordt ligt dus bij de belastingplichtige zelf. Een bekend voorbeeld van een land dat de elective approach toepast is de Verenigde Staten, welke het zogenoemde “check-the-box” systeem hanteert. Op dit systeem wordt later dieper ingegaan.

Het meest eenvoudige systeem van een elective approach heeft twee keuzes: transparantie of non-transparantie. Er zijn echter ook systemen waarbij de belastingplichtige meer keuzes krijgt, zoals bijvoorbeeld bij het Amerikaanse systeem waar kan worden gekozen om als “corporation,” “partnership” of “disregarded entity” belast te worden,⁴⁹ hier zal wederom verderop dieper op ingegaan worden. Ook is het onder de elective approach mogelijk om sommige samenwerkingsverbanden uit te sluiten van keuze voor een bepaalde kwalificatie. Het is mogelijk om sommige entiteiten bijvoorbeeld per definitie als transparant of als niet-transparant te kwalificeren.

Een elective approach brengt niet per definitie een *keuzeverplichting* met zich mee, het is ook mogelijk dat er slechts een *keuzemogelijkheid* wordt gegeven. In dat geval dient het desbetreffende land aanvullende standaarden voor het kwalificeren van buitenlandse entiteiten te hebben voor het geval dat er geen keuze wordt gemaakt. Er zal dan aan de hand van relevante feiten en omstandigheden gekeken dienen te worden welke kwalificatie de desbetreffende entiteit moet krijgen.⁵⁰

Een voordeel van de elective approach is dat administratieve kosten verminderd worden, doordat de belastingautoriteiten van het desbetreffende land niet meer uit hoeven te zoeken of een entiteit als transparant of als niet-transparant gekwalificeerd moet worden, wat een tijdrovende klus kan zijn. Daarnaast hoeft de belastingplichtige zich minder bezig te houden met het kiezen van een bepaalde rechtsvorm om fiscale motieven, aangezien hij kan kiezen welke fiscale behandeling de entiteit krijgt. Aangezien bij (vrijwel) elke entiteit gekozen kan worden voor transparantie of non-transparantie, bevordert een elective approach de rechtsvormneutraliteit.⁵¹ Ook zorgt een elective approach voor

⁴⁸ Zie o.a. A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04, p. 2, J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 119 en W.H.H. Bolhaar, “Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches,” NTFRA 2013/25, p. 3.

⁴⁹ Rachofsky, “Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities,” 2001, p. 389.

⁵⁰ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 120.

⁵¹ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 120-121.

rechtszekerheid, aangezien de belastingplichtige zelf de keuze voor een bepaalde kwalificatie heeft en dus zekerheid heeft over belastingheffing.⁵²

Een nadeel van de elective approach daarentegen is dat gemakkelijk kunstmatige fiscale structuren die zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing op worden kunnen gezet. Doordat de belastingplichtige namelijk zelf de keuze over kwalificatie heeft, is er namelijk veel ruimte om hybride entiteiten te gebruiken om belastingvoordelen te halen. Een belastingplichtige kiest immers eerder voor een fiscale kwalificatie als dit hem voordelen oplevert.

2.3.3.3 *Fixed approach*

De “fixed approach” is een manier van kwalificeren van buitenlandse entiteiten, waarbij alle buitenlandse entiteiten op dezelfde manier worden gekwalificeerd.⁵³ Bij een fixed approach worden alle buitenlandse entiteiten gezien als transparant, of alle buitenlandse entiteiten gezien als niet-transparant. De fixed approach wordt toegepast door onder andere Italië en Zwitserland. Beide landen kwalificeren alle buitenlandse entiteiten als niet-transparant.⁵⁴

In een fixed approach kunnen ook uitzonderingen zitten. Zo kwalificeert Italië bepaalde samenwerkingsverbanden als “controlled foreign corporations,” en belast de opbrengsten van een dergelijke entiteit niet als dividend, maar als winst uit onderneming. Op deze manier wordt er geheven alsof de entiteit transparant is in plaats van niet-transparant.⁵⁵

Een fixed approach brengt erg veel eenvoud en rechtszekerheid met zich mee, aangezien van tevoren vaststaat welke kwalificatie een entiteit zal krijgen. Aan de andere kant brengt een fixed approach veel onevenwichtigheden in de belastingheffing met zich mee. Alle entiteiten krijgen namelijk eenzelfde kwalificatie, ook indien de entiteit in het woonland een andere kwalificatie krijgt. Een dergelijk systeem biedt net als een elective approach veel mogelijkheden tot het ontgaan of uitstellen van belastingheffing door het gebruik van hybride entiteiten.

2.3.3.4 *Symmetrical approach*

De “symmetrical approach” is een manier van kwalificeren van buitenlandse entiteiten, waarbij aan de buitenlandse entiteit dezelfde kwalificatie wordt gegeven als de kwalificatie die het woonland aan de entiteit heeft gegeven.⁵⁶ Als een entiteit dus in de woonstaat als transparant wordt gekwalificeerd, dan

⁵² W.H.H. Bolhaar, “Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches,” NTFRA 2013/25, p. 4.

⁵³ Zie o.a. J.F. Avery Jones et al., “Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax,” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 305, J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 123 en A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04, p. 2.

⁵⁴ J.F. Avery Jones et al., “Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax,” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD Publications, juli 2002, p. 305.

⁵⁵ W.H.H. Bolhaar, “Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches,” NTFRA 2013/25.

⁵⁶ W.H.H. Bolhaar, “Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches,” NTFRA 2013/25, p. 4.

kwificeert het land dat de symmetrical approach toepast de entiteit ook als transparant, zonder rekening te houden met de eigen wetgeving.

Een groot voordeel van de symmetrical approach is dat mismatches wat betreft de kwalificatie van samenwerkingsverbanden zich niet meer voor kunnen doen, omdat de bronstaat de kwalificatie van de woonstaat volgt. Een nadeel aan deze benadering is echter dat landen hun eigen fiscale autonomie uit handen moeten geven, en bij de kwalificatie van een buitenlandse entiteit dus niet meer hun eigen fiscale wet- en regelgeving toe kunnen passen. Aangezien veel landen erg veel waarde hechten aan hun fiscale autonomie, zijn er op dit moment erg weinig landen die symmetrical approach toepassen voor de kwalificatie van buitenlandse entiteiten.⁵⁷

De vier benaderingen omtrent het kwalificeren van buitenlandse entiteiten kunnen als volgt in een tabel worden samengevat:

	Methode	Grondslag kwalificatie	Voordelen	Nadelen
Similarity approach	<ul style="list-style-type: none"> Juridische eigenschappen van de buitenlandse entiteit worden vergeleken met eigenschappen van binnenlandse entiteiten 	<ul style="list-style-type: none"> Nationale wetgeving en jurisprudentie 	<ul style="list-style-type: none"> Fiscale autonomie van landen wordt gewaarborgd 	<ul style="list-style-type: none"> Kwalificatieverschillen worden niet uitgesloten Problemen kunnen ontstaan indien een buitenlandse entiteit met geen enkele binnenlandse entiteit vergeleken kan worden
Elective approach	<ul style="list-style-type: none"> Belastingplichtige kiest zelf zijn fiscale kwalificatie 	<ul style="list-style-type: none"> Belastingplichtige opteert zelf voor een bepaalde kwalificatie 	<ul style="list-style-type: none"> Lagere administratiekosten Bevordert rechtszekerheid 	<ul style="list-style-type: none"> Maakt het ontgaan of uitstellen van belasting door het opzetten van kunstmatige fiscale structuren zeer eenvoudig
Fixed approach	<ul style="list-style-type: none"> Alle buitenlandse entiteiten worden op dezelfde manier gekwalificeerd 	<ul style="list-style-type: none"> Nationale wetgeving 	<ul style="list-style-type: none"> Eenvoud Bevordert rechtszekerheid 	<ul style="list-style-type: none"> Brengt onevenwichtigheden in de belastingheffing mee en voorkomt kwalificatieverschillen niet
Symmetrical approach	<ul style="list-style-type: none"> Aan de buitenlandse entiteit wordt dezelfde kwalificatie gegeven als het woonland eraan geeft 	<ul style="list-style-type: none"> Nationale wetgeving van de woonstaat van de te kwalificeren entiteit 	<ul style="list-style-type: none"> Voorkomt kwalificatieverschillen met andere landen 	<ul style="list-style-type: none"> Doet afbreuk aan de fiscale autonomie van het desbetreffende land

2.3.4 Nederlandse kwalificatie van buitenlandse entiteiten

Alhoewel Nederland wettelijk niets heeft vastgelegd wat betreft de kwalificatie van buitenlandse entiteiten, is uit jurisprudentie af te leiden dat Nederland de eerder beschreven similarity approach toepast.⁵⁸ Nederland kijkt op basis van civielrechtelijke kenmerken van de buitenlandse entiteit naar een binnenlandse equivalent voor de te kwalificeren entiteit, en beoordeelt op basis hiervan of de buitenlandse entiteit als transparant of als niet-transparant wordt gekwalificeerd voor Nederlandse fiscale doeleinden. Over de criteria waar Nederland aan toetst is in de wet weinig vastgelegd. Enige

⁵⁷ A.J.A. Stevens, "Hybride entiteiten en belastingverdragen," MBB 2010/04, p. 2.

⁵⁸ Zie o.a. A.J.A. Stevens, "De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden," NTFR-B 2011/45.

houvast is te vinden in artikel 2 en 3, Wet Vpb, waaruit is af te leiden dat Nederland rechtspersonen, of niet-rechtspersonen met vrij overdraagbare participaties, als niet-transparant kwalificeert.⁵⁹

Om onduidelijkheden met betrekking tot de kwalificatie van buitenlandse entiteiten enigszins weg te nemen heeft de staatssecretaris van Financiën (hierna: “staatssecretaris”) op 18 december 2004 een besluit⁶⁰ uitgevaardigd, welke op 11 december 2009 is vervangen.⁶¹ Vanwege de relevantie ervan voor deze scriptie zal slechts worden uitgegaan van het laatstgenoemde besluit.

In het besluit van 2009 wordt getoetst of een buitenlandse entiteit transparant of niet-transparant is aan de hand van de volgende vier vragen:

1. Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?
2. Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?
3. 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?
4. Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

Er is op basis van het besluit sprake van een kapitaalvennootschap indien drie of vier van de bovenstaande vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, of indien de aansprakelijkheid van alle participanten in het samenwerkingsverband beperkt is tot hun inleg, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven.⁶² Indien een samenwerkingsverband als kapitaalvennootschap wordt aangemerkt is deze altijd niet-transparant.

Als een samenwerkingsverband niet als kapitaalvennootschap gekwalificeerd kan worden, is het een personenvennootschap. In een personenvennootschap zijn alle participanten, doch ten minste één van hen, onbeperkt aansprakelijk op grond van het civiele recht. Een personenvennootschap kan zowel transparant als niet-transparant zijn. Om te bepalen welke kwalificatie een buitenlandse personenvennootschap krijgt, dient bekeken te worden of de personenvennootschap overeenkomt met een Nederlandse (open) commanditaire vennootschap of dat de personenvennootschap in feite als

⁵⁹ A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04, p. 2.

⁶⁰ Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730, BNB 2005/88.

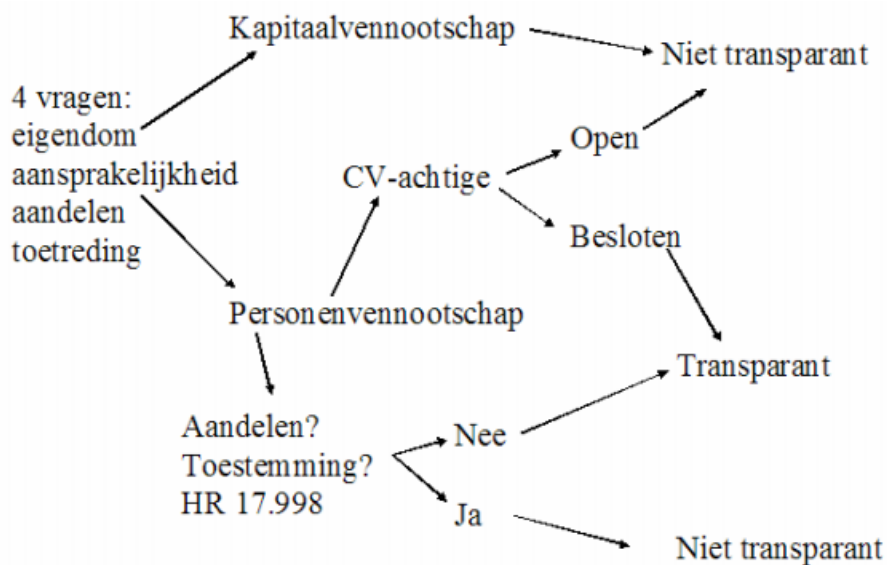
⁶¹ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.

⁶² HR 2 juni 2006, nr. 40 919.

kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer.⁶³ Als een personenvennootschap overeenkomt met een Nederlandse CV dient naar de hierboven genoemde vraag 4 gekeken te worden. Indien deze vraag met “ja” kan worden beantwoord is het samenwerkingsverband in kwestie vergelijkbaar met een Nederlandse open CV. Indien de vraag met “nee” kan worden beantwoord, is het samenwerkingsverband vergelijkbaar met een Nederlandse besloten CV. Of een samenwerkingsverband in feite als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer, dient te worden beoordeeld aan de hand van de hierboven genoemde vragen 3 en 4. Indien deze vragen met “ja” kunnen worden beantwoord, zal over het algemeen sprake zijn van deelnemen aan het economische verkeer als kapitaalvennootschap.

Een personenvennootschap die vergelijkbaar is met een Nederlandse besloten CV én die niet in feite als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer, wordt als transparant gekwalificeerd voor Nederlandse fiscale doeleinden. In andere gevallen wordt de personenvennootschap als niet-transparant aangemerkt.

Schematisch is het voorgaande als volgt weer te geven:⁶⁴



⁶³ Een buitenlands samenwerkingsverband is te vergelijken met een Nederlandse CV als het de volgende kenmerken bezit: er wordt een onderneming gedreven op naam van het samenwerkingsverband; er is ten minste één "commanditaire/stille vennoot" en één "beherend vennoot"; de beherend vennoot is onbeperkt aansprakelijk tegenover derden; de commanditaire vennoot is slechts aansprakelijk tot maximaal het bedrag aan eigen inbreng; de commanditaire vennoot verricht geen externe beheers- en bestuursdaden; en de vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal. (Zie Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M).

⁶⁴ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.

2.4 Verdragsaspecten

Zoals eerder beschreven kunnen kwalificatieverschillen tussen landen problemen, zoals dubbele belastingheffing of non-belastingheffing, veroorzaken, door bijvoorbeeld het ontstaan van een hybride entiteit. Om asymmetrie tussen belastingstelsels te voorkomen hebben veel landen bilaterale belastingverdragen met elkaar afgesloten, waarin wordt afgesproken welk land in welk geval heffingsbevoegd is. Ook kent de OESO een modelverdrag, welke OESO-lidstaten in principe als basis gebruiken bij het sluiten van belastingverdragen. In deze paragraaf zal worden onderzocht of, en zo ja op welke manier, er in het OESO modelverdrag (hierna: “OESO MV”) maatregelen worden getroffen om in het geval van verschil in kwalificatie van een entiteit tussen landen te zorgen dat de heffingsbevoegdheid tussen landen wordt verdeeld en dat er geen sprake is van non-belastingheffing.

2.4.1 OESO Modelverdrag

Asymmetrie in de belastingheffing kan uiteraard alleen door het OESO MV worden voorkomen indien de desbetreffende entiteit verdragsgerechtigd is. Wie er onder de reikwijdte van het OESO MV valt, wordt bepaald in artikel 1. Dit artikel zegt het volgende:

“This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.”

Om te bepalen of een samenwerkingsverband verdragsgerechtigd is, moet dus bekeken worden of het samenwerkingsverband kan worden gezien als een “persoon” en, indien dit het geval is, of het samenwerkingsverband kan worden gezien als inwoner van één van beide of beide verdragsluitende staten in kwestie. Het begrip “persoon” wordt uitgewerkt in artikel 3, paragraaf 1, aanhef en onderdeel a, OESO MV en zegt het volgende:

“For the purpose of this Convention, unless the context otherwise requires: the term ‘person’ includes an individual, a company and any other body of persons.”

Een “persoon” voor het OESO MV kan dus een individu, een lichaam of een lichaam dat bestaat uit personen zijn. Aangezien een samenwerkingsverband geen individu kan zijn, dient een samenwerkingsverband beschouwd te kunnen worden als een “lichaam” of als een “lichaam dat bestaat personen.” Het OESO MV zegt hier in artikel 3, paragraaf 1, aanhef en onderdeel b, het volgende over:

“For the purpose of this Convention, unless the context otherwise requires: the term ‘company’ means any bode corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes.”

Een “lichaam” voor het OESO MV is dus een rechtspersoon of elke andere eenheid die als rechtspersoon wordt behandeld voor de belastingheffing. Op grond van dit artikel kan een kapitaalvennootschap gezien worden als een “persoon” voor het OESO MV, aangezien een

kapitaalvennootschap rechtspersoonlijkheid heeft. Of een personenvennootschap als “persoon” kan worden gezien voor het OESO MV is moeilijker te bepalen op grond van dit artikel, aangezien een personenvennootschap zowel transparant als non-transparant kan zijn voor de belastingheffing. Om deze reden heeft de OESO uitsluitend gegeven over dit probleem. In het commentaar op artikel 3 van het OESO MV zegt de OESO in paragraaf 2 het volgende:

“The definition of the term ‘person’ given in sub-paragraph a. is not exhaustive and should be read as indicating that the term ‘person’ is used in a very wide sense. (...) Partnerships will also be considered to be ‘persons’ either because they fall within the definition of ‘company’ or, where this is not the case, because they constitute other bodies of persons.”

Uit het voorgaande blijkt dat de OESO een personenvennootschap in alle gevallen ziet als een “persoon” voor het OESO MV. Om verdragsgerechtigd te zijn, dient een samenwerkingsverband echter ook te kunnen worden gezien als een “inwoner” van een van beide of beide verdragsluitende staten voor het OESO MV. Artikel 4, paragraaf 1, OESO MV zegt hier het volgende over:

“For the purposes of this Convention, the term ‘resident of a Contracting State’ means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, (...).”

Om een inwoner van een verdragsluitende staat te zijn, moet diegene dus onderworpen zijn aan belastingheffing in die staat. Een kapitaalvennootschap wordt altijd als niet-transparant aangemerkt en is dus onderworpen aan belastingheffing. Een personenvennootschap daarentegen kan zowel transparant als niet-transparant zijn. Zoals eerder beschreven is een transparante entiteit niet zelf belastingplichtig, maar wordt de belasting geheven op het niveau van de participanten. Omdat bij een transparante entiteit geen belasting wordt geheven, kan een dergelijke entiteit geen inwoner van een verdragsluitende staat zijn, waardoor een dergelijke entiteit niet verdragsgerechtigd is. Dit wordt bevestigd door het OESO commentaar op artikel 1 OESO MV, in paragraaf 5. Hier staat het volgende:

“Where a partnership is treated as a company or taxed in the same way, it is a resident of the Contracting State that taxes the partnership (...) Where, however, a partnership is treated as fiscally transparent in a State, the partnership is not ‘liable to tax’ in that State within the meaning of paragraph 1 of Article 4, and so cannot be a resident thereof for purposes of the Convention. (...)”

2.4.2 Partnership Report

In het OESO MV zelf is geen apart artikel opgenomen om dubbele- of non-belastingheffing, veroorzaakt door het gebruik van hybride entiteiten, tegen te gaan, maar de OESO heeft in 1999 wel het “OESO Partnership Report”⁶⁵ gepubliceerd met een aantal aanbevelingen om problemen als gevolg

⁶⁵ OESO, “Application of the Model Tax Convention to Partnerships,” Issues in International Taxation, nr. 6.

van hybride entiteiten tegen te gaan. In 2000 zijn deze aanbevelingen deels in het OESO MV en deels in het commentaar op het OESO MV opgenomen.⁶⁶

Het eerste uitgangspunt om asymmetrie in de belastingheffing door kwalificatieverschillen te voorkomen, is te vinden in artikel 3, lid 2 OESO MV, waaruit blijkt dat bij kwalificatieverschillen uit wordt gegaan van doorwerking van het nationale recht in het verdrag, aangezien er in het OESO MV zelf niets wordt geregeld. Het eerder genoemde Partnership Report gaat uit van dezelfde benadering.⁶⁷ Aangezien de lidstaten bij een kwalificatieverschil terugvallen in hun eigen nationale wetgevingen, werken kwalificatieverschillen dus door in het verdrag.

Verdere aanbevelingen van het Partnership Report zijn opgenomen in het commentaar op het OESO MV. Zo staat in paragraaf 6.3 van het commentaar dat de bronstaat in aanmerking dient te nemen op welke wijze een inkomensbestanddeel gekwalificeerd wordt in de woonstaat. Onder het OESO MV is bij een kwalificatieverschil de kwalificatie die de woonstaat aan het subject geeft dus bepalend voor de kwalificatie die de bronstaat er aan geeft.⁶⁸ Op de vraag welk land er uiteindelijk mag heffen geeft het Partnership Report een tegenovergesteld antwoord. In paragraaf 32.1 t/m 32.7 van het commentaar op het OESO MV stelt de OESO dat om te bepalen welk land bij kwalificatieverschillen over een inkomensbestanddeel mag heffen, gekeken dient te worden naar de bronstaat. In dit geval moet de woonstaat dus de kwalificatie van de bronstaat volgen.⁶⁹

Samenvattend komt het er op neer dat voor inkomsten in de bronstaat de kwalificatie die de woonstaat geeft aan het subject bepalend is voor de voorkoming van dubbele belastingheffing. Indien er sprake is van non-belasting, volgt de woonstaat de kwalificatie van de bronstaat.

Het feit dat landen een voorbehoud kunnen maken op de aanbevelingen uit het Partnership Report, zoals onder andere Nederland gedaan heeft, en het feit dat het Partnership Report slechts ziet op kwalificatieverschillen ten aanzien van personenvennootschappen, en niet ten aanzien van kapitaalvennootschappen, heeft er voor gezorgd dat het Partnership Report relatief weinig waarde heeft en niet de beoogde doelen heeft kunnen bereiken.⁷⁰ De reden dat Nederland een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van het Partnership Report is dat het ministerie van Financiën er de

⁶⁶ G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, "De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen," MBB 2011/05.

⁶⁷ OESO, "Application of the Model Tax Convention to Partnerships," Issues in International Taxation, nr. 6, paragraaf 102.

⁶⁸ G.K. Fibbe, "Enkele observaties bij de bepaling inzake hybride entiteiten in het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk," MBB 2013/3, p. 3.

⁶⁹ A.J.A. Stevens, "Hybride entiteiten en belastingverdragen," MBB 2010/04, p. 3.

⁷⁰ A.J.A. Stevens, "Hybride entiteiten en belastingverdragen," MBB 2010/04, p. 3.

voorkeur aan geeft om kwalificatieverschillen te voorkomen door per belastingverdrag specifieke bepalingen hieromtrent op te nemen.⁷¹

2.5 Vormen van hybride entiteiten

Zoals in een eerdere paragraaf uitgelegd is een hybride entiteit een entiteit die door verschillende landen verschillend gekwalificeerd wordt, waardoor een kwalificatieverschil ontstaat. Door deze kwalificatieverschillen kunnen hybride entiteiten dubbele belastingheffing met zich meebrengen, maar kunnen ze ook dubbele non-heffing met zich meebrengen. Aangezien belastingplichtigen vaak op de hoogte zijn van de kwalificatie die een bepaalde entiteit zal krijgen,⁷² is vaak te voorzien of een entiteit hybride zal zijn en, zo ja, of deze onderworpen zal worden aan dubbele belasting. Om deze reden is het gebruik van hybride entiteiten die dubbele non-heffing veroorzaken vele malen groter dan dat van hybride entiteiten die dubbele belastingheffing met zich meebrengen. Dit laatste in overweging nemende zullen in deze paragraaf slechts de (meest voorkomende) vormen van hybride entiteiten worden besproken die kunnen worden gebruikt om de belastingheffing te ontwijken of om belastinguitstel te creëren.

Er is een aantal mogelijke fiscale voordelen te behalen door het gebruik van een hybride entiteit. De belangrijkste fiscale voordelen die hiermee behaald kunnen worden zijn:

- “double deduction schemes” (Hierna: “D/D structuren”);
- “deduction / no inclusion schemes” (Hierna: “D/NI structuren”); en
- het uitstellen van belastingheffing.⁷³

Een D/D structuur is een (kunstmatige) fiscale structuur, waarbij voordeel behaald wordt door op één object twee keer een aftrek te claimen in twee verschillende landen.

Een D/NI structuur is (kunstmatige) fiscale structuur, waarbij voordeel wordt behaald door op een bepaald object aftrek te claimen in een land, terwijl er zowel in datzelfde land als in een ander land geen belasting wordt geheven over het object waar aftrek op is geclaimd.

Het uitstellen van belastingheffing is een voordeel dat behaald kan worden door te zorgen dat inkomen ergens onder wordt gebracht, waardoor er (tijdelijk) geen belasting wordt geheven (bijvoorbeeld in een Tax Haven).

⁷¹ Kamerstukken II 2010/11, 25 087, bijlage bij nr. 7, §2.3.

⁷² Zie voetnoot 4.

⁷³ Zie o.a. OESO, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, 2012 en G.K. Fibbe, “Recente ontwikkelingen omtrent fiscaal hybride entiteiten binnen de OESO en de EU,” Ondernemingsrecht 2014/105.

De oorzaak van de hierboven genoemde fiscale voordelen die met behulp van een hybride entiteit te behalen zijn, ligt volgens Stevens⁷⁴ in één van de volgende vier categorieën:

1. Verschillen in het belastbaar subject. Hiervan is sprake indien één land de entiteit als transparant aanmerkt en het andere land de entiteit als niet-transparant aanmerkt. Het land dat de entiteit als transparant kwalificeert ziet de achterliggende participanten als subject, terwijl het andere land de entiteit zelf als subject ziet.
2. Verschillen in het tijdstip van belastingheffing. Indien een land een entiteit als niet-transparant kwalificeert zal er pas belasting worden geheven als de winsten aan de participanten worden uitgekeerd. Een land die dezelfde entiteit echter als transparant kwalificeert wil de winst van de entiteit meteen in het jaar van realisatie bij de achterliggende participanten belasten.
3. Verschillen in het belastbaar object. Als een entiteit als niet-transparant wordt gekwalificeerd, zal inkomen dat wordt uitgekeerd aan de participanten doorgaans worden gezien als dividend en overeenkomstig worden belast. Inkomen uit een transparante entiteit zal doorgaans als winst uit onderneming worden belast bij de achterliggende participanten.
4. Verschillen in de persoon die gerechtigd is tot voorkoming van dubbele belasting. Dit hangt samen met verschillen in het belastbaar subject.

Conflicten die ontstaan door hierboven genoemde categorieën 1, 2 en 4 worden allocatieconflicten (of toerekeningsconflicten) genoemd. Conflicten die ontstaan door bovengenoemde categorie 3 worden kwalificatieconflicten genoemd.⁷⁵

Zoals beschreven zijn er verschillende manieren om hybride entiteiten te gebruiken en kunnen er door middel van hybride entiteiten verschillende voordelen worden behaald. De belangrijkste structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van een hybride entiteit zullen nu worden besproken.

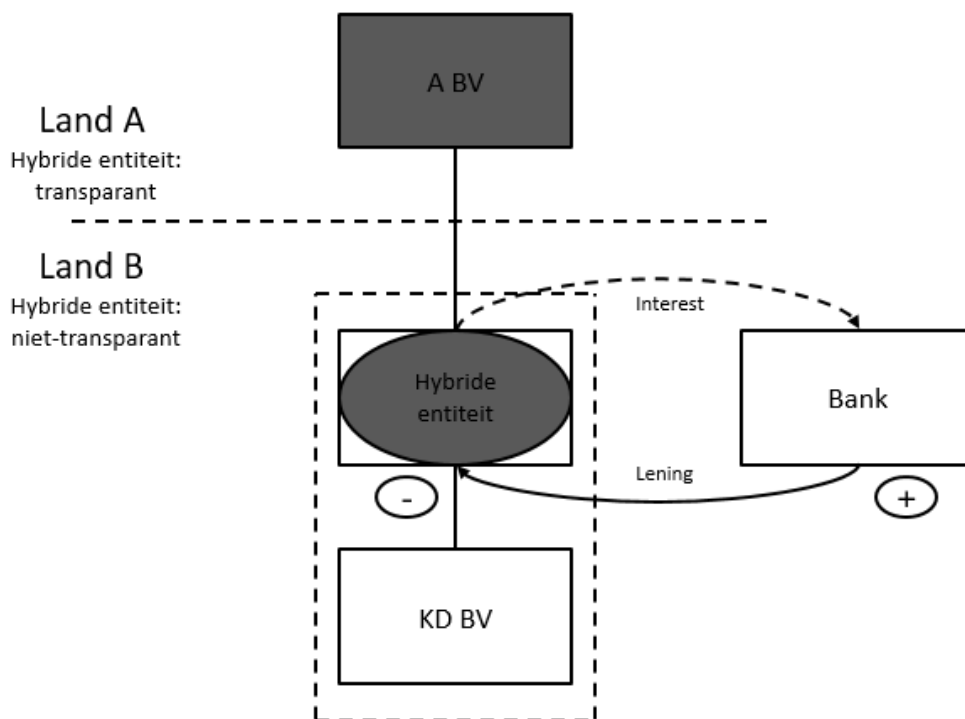
2.5.1 Basis hybride entiteit met externe lening

De meest eenvoudige structuur met een hybride entiteit ziet er als volgt uit:⁷⁶

⁷⁴ A.J.A. Stevens, "Hybride entiteiten en belastingverdragen," MBB 2010/04, p. 3.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Opzet ontleend aan OESO, "BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws," p. 44.



In bovenstaande figuur houdt A BV, gevestigd in land A, een hybride dochtervennootschap in land B, welke weer een (klein)dochtervennootschap in land B houdt. Land A kwalificeert de hybride entiteit als transparant, terwijl land B de hybride entiteit als niet-transparant kwalificeert. De hybride entiteit leent geld van een derde partij (in dit geval een bank) en stort deze lening als eigen vermogen in KD BV. De hybride entiteit betaalt interest op de lening aan de derde partij, en heeft verder geen (significante) inkomsten. Verder gaat de hybride entiteit in land B een fiscale eenheid aan met haar dochter, KD BV.

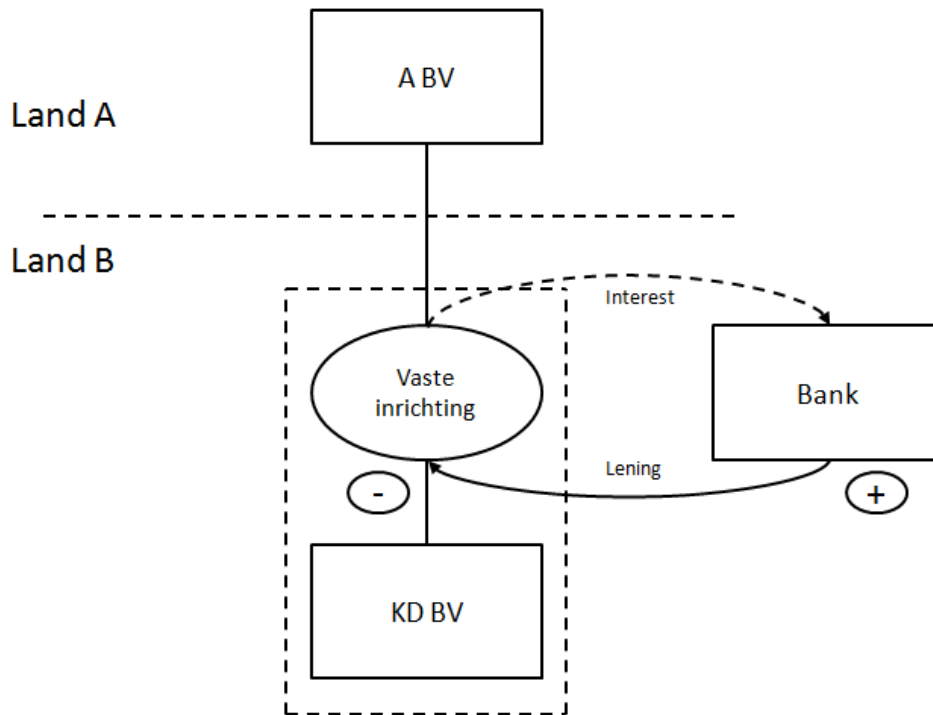
Omdat een fiscale eenheid is aangegaan met KD BV, kan de hybride entiteit haar interestbetalingen verrekenen met de inkomsten van KD BV, waardoor een netto aftrek overblijft. In land A wordt de hybride entiteit als transparant aangemerkt, waardoor de interestbetalingen van de hybride entiteit door land A aan A BV worden toegerekend. Dit zorgt er voor dat ook in land A, door A BV, een aftrek kan worden geclaimd.

Het effect dat in bovenstaande situatie wordt bereikt is de eerder besproken D/D structuur, waarbij over dezelfde verplichting tweemaal een aftrek kan worden geclaimd in twee verschillende landen.

2.5.2 Vaste inrichting met externe lening

Een andere structuur waarbij gebruik wordt gemaakt van een hybride entiteit is als volgt te illustreren:⁷⁷

⁷⁷ Opzet ontleend aan OESO, "BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws," p. 45.

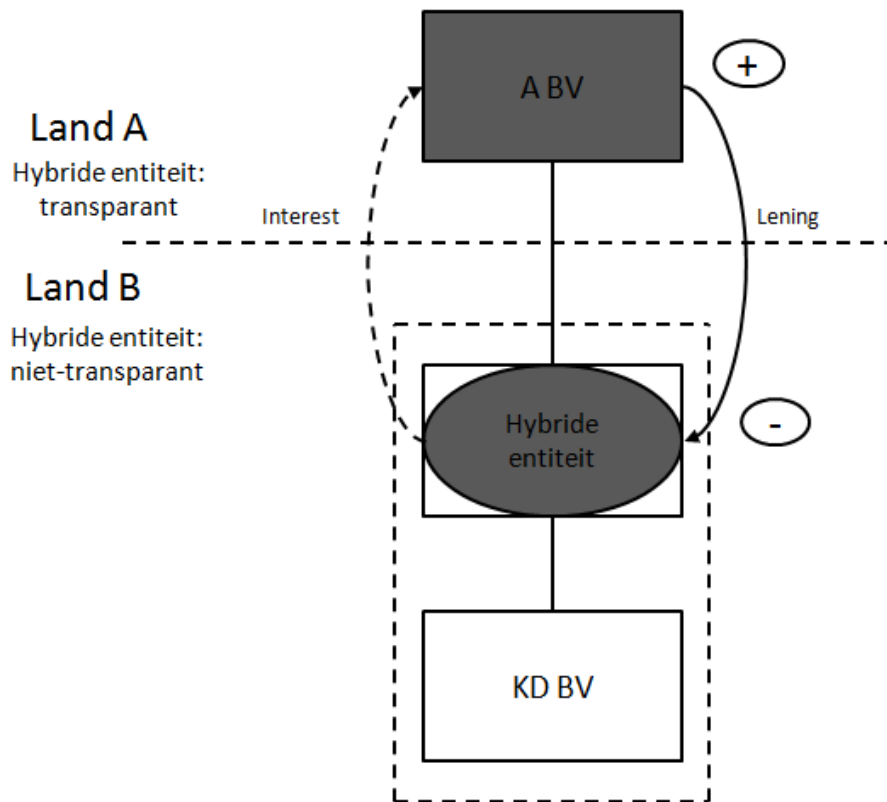


Bovenstaande structuur is vergelijkbaar met de eerder beschreven structuur, met als verschil dat er nu geen entiteit wordt gebruikt die in het ene land als transparant en in het andere land als niet-transparant wordt aangemerkt, maar een vaste inrichting. Een dergelijke structuur kan worden gebruikt in het geval dat het in land B mogelijk is om een fiscale eenheid aan te gaan tussen een vaste inrichting en een andere binnenlands gevestigde entiteit. In bovenstaand voorbeeld is dit het geval.

De structuur is als volgt: A BV, gevestigd in land A, houdt een vaste inrichting, gevestigd in land B, welke een fiscale eenheid aangaat met KD BV. De vaste inrichting gaat een lening aan bij een bank en betaalt rente op deze lening. Aangezien de vaste inrichting een fiscale eenheid is aangegaan met KD BV, kunnen de interestbetalingen verrekend worden met het inkomen van KD BV in land B, waardoor in land B een netto aftrek ter grootte van de interestbetalingen overblijft. Land A belast A BV over het wereldinkomen en omdat A BV een vaste inrichting in land B heeft, wordt deze vaste inrichting meegenomen in de belastingheffing in land A. Op deze manier kunnen de interestbetalingen van de vaste inrichting ook in land A verrekend worden met het inkomen van A BV, waardoor ook in land A een netto aftrek ter grootte van de interestbetalingen van de vaste inrichting overblijft. Op deze manier is er door middel van het gebruik van een vaste inrichting een dubbele aftrek gecreëerd, een D/D structuur.

2.5.3 Hybride entiteit met interne lening

Een volgende structuur waarbij gebruik wordt gemaakt van een hybride entiteit is als volgt te illustreren:⁷⁸



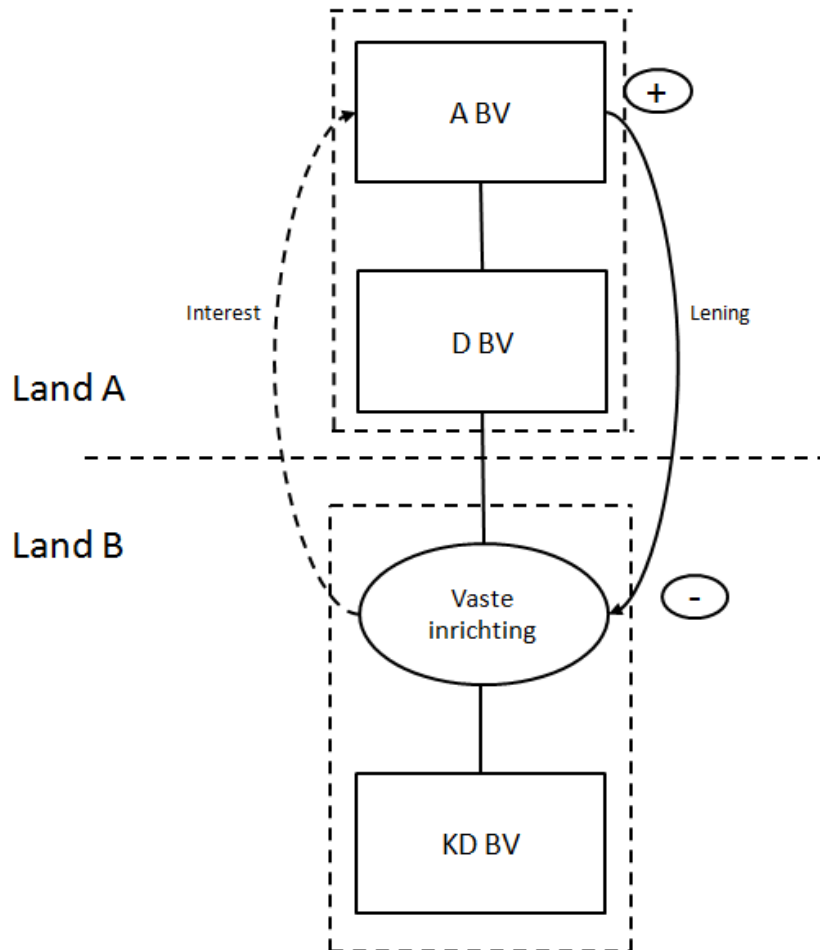
A BV, gevestigd in land A, houdt alle aandelen in een hybride entiteit, gevestigd in land B, welke vervolgens alle aandelen in KD BV, eveneens gevestigd in land B, houdt. Vervolgens gaat de hybride entiteit een fiscale eenheid aan met KD BV in land B. De hybride entiteit wordt als transparant aangemerkt door land A en als niet-transparant aangemerkt door land B. De hybride entiteit gaat een lening aan bij A BV en betaalt rente op deze lening. Aangezien land A de hybride entiteit als transparant beschouwt, wordt de lening van A BV aan de hybride entiteit niet gezien voor belastingdoeleinden.

Aangezien de lening tussen A BV en de hybride entiteit wel wordt gezien door land B en omdat de hybride entiteit een fiscale eenheid is aangegaan met KD BV, kan de hybride entiteit de rentebetalingen in land B verrekenen met de inkomsten van KD BV. De rente-inkomsten van A BV worden niet belast in land A, aangezien de lening tussen A BV en de hybride entiteit niet wordt gezien door land A. Het resultaat is een netto aftrek ter grootte van de rentebetalingen in land B, terwijl er in land A niets wordt belast. Bovenstaande structuur is een voorbeeld van een D/NI structuur.

⁷⁸ Opzet ontleend aan OESO, "BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws," p. 48.

2.5.4 Vaste inrichting met interne lening

Er kan ook worden gedacht aan een vergelijkbare structuur als het voorgaande, met het verschil dat er gebruik wordt gemaakt van een vaste inrichting. Dit kan als volgt de geïllustreerd worden:⁷⁹



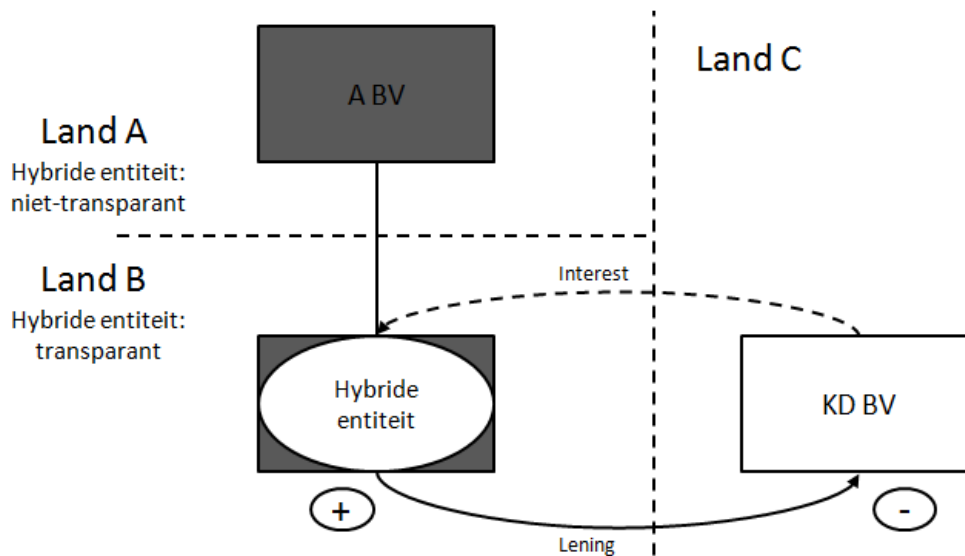
Bovenstaand voorbeeld is vergelijkbaar met het voorgaande voorbeeld. De vaste inrichting, gevestigd in land B, gaat een lening aan bij A BV, gevestigd in land A. Aangezien D BV een fiscale eenheid is aangegaan met A BV, wordt de lening tussen A BV en de vaste inrichting niet gezien voor belastingdoeleinden. Land A heft dus geen belasting over de rente-inkomsten op de lening tussen A BV en de vaste inrichting. Land B ziet de lening wel voor belastingdoeleinden, en staat een verrekening toe van de rentebetalingen van de vaste inrichting met inkomsten van KD BV. Een netto aftrek ter hoogte van de rentebetalingen blijft over in land B, terwijl land A geen belasting heft. In dit voorbeeld is er dus wederom sprake van een D/NI structuur.⁸⁰

⁷⁹ Opzet ontleend aan OESO, "BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws," p. 49.

⁸⁰ In het Nederlandse "Sarakreek" arrest, BNB 1986/239 was sprake van een soortgelijke structuur, waarbij een Nederlandse entiteit binnen fiscale eenheid een lening verstreekte aan een dochter. De lening werd toegerekend aan een door die dochter gehouden buitenlandse vaste inrichting, waar rente in aftrek kon worden gebracht, terwijl er geen Nederlandse heffing tegenover stond. Deze structuur werd door de Hoge

2.5.5 Reverse hybride entiteit met externe lening

Een belastingvoordeel kan ook worden behaald met behulp van “reverse” hybride entiteiten, dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:⁸¹



A BV, gevestigd in land A, houdt alle aandelen in een hybride entiteit, gevestigd in land B. De hybride entiteit wordt als niet-transparant aangemerkt door land A en als transparant aangemerkt door land B. De hybride entiteit verstrekt een lening aan KD BV, gevestigd in land C, waar KD BV interest over betaalt aan de hybride entiteit. KD BV betaalt interest in land C, en kan deze interest in principe in aftrek brengen in land C. De interestinkomsten van de hybride entiteit worden in land B niet in aanmerking genomen. Land B ziet de hybride entiteit namelijk als transparant, en rekt de inkomsten toe aan A BV. Land A belast de interestinkomsten echter ook niet, aangezien land A de hybride entiteit als niet-transparant beschouwt, en de interestinkomsten toerekent aan de hybride entiteit zelf. Er vindt een aftrek plaats waar geen heffing tegenover staat. De bovenstaande structuur is dus wederom een voorbeeld van een D/NI structuur, behaald met behulp van een reverse hybride entiteit.

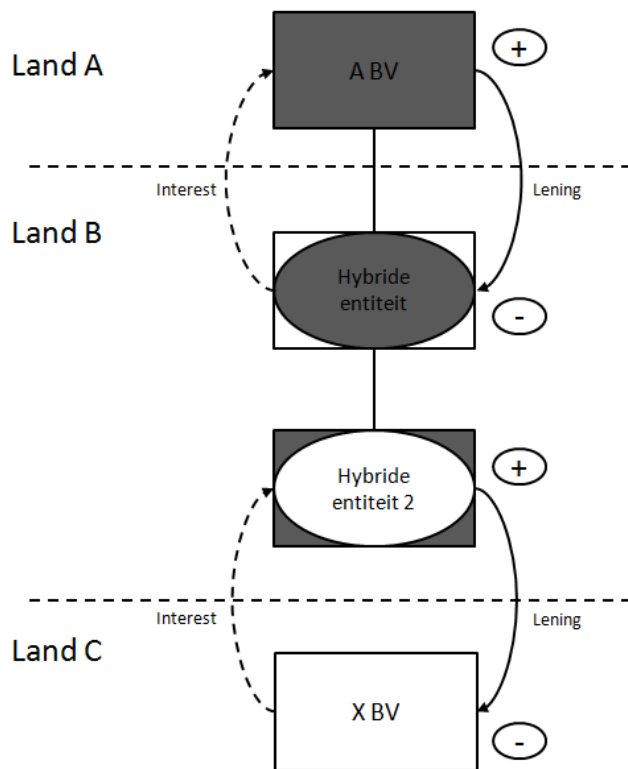
2.5.6 Hybride entiteit met geïmporteerde mismatch

Indien het niet mogelijk is om hybride entiteiten te gebruiken om belastingvoordelen te halen tussen twee landen, is het ook mogelijk om, via een “tussenland,” hybride mismatches te importeren. Dit is te illustreren aan de hand van de volgende figuur:⁸²

Raad goedgekeurd. In het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016, V-N 2016/30.15 is een vergelijkbare structuur, waarbij een interne dividendbetaling leidde tot een mismatch, eveneens goedgekeurd.

⁸¹ Opzet ontleend aan OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws,” p. 56.

⁸² Opzet ontleend aan OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws,” p. 59.



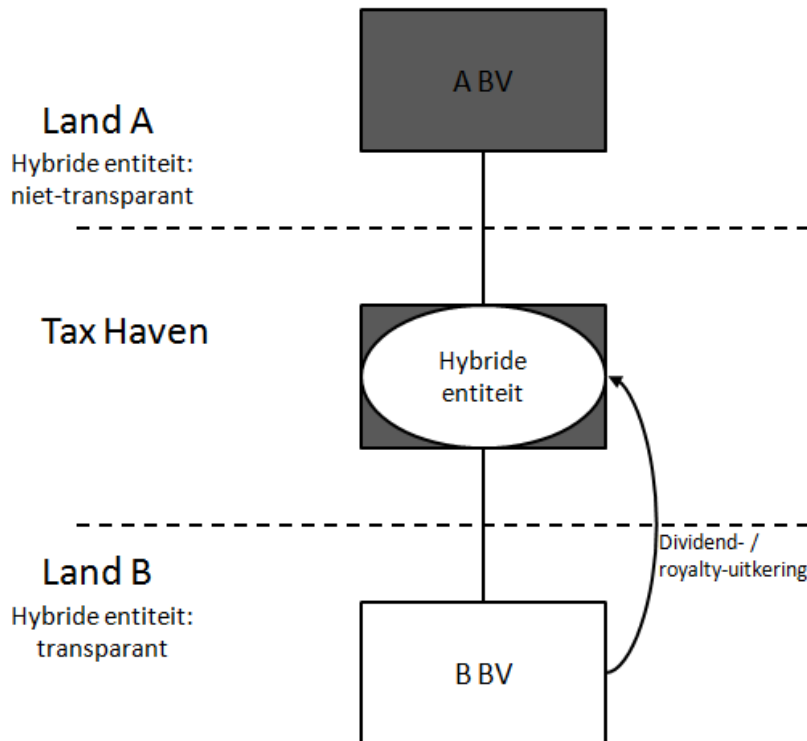
Bovenstaande structuur is een voorbeeld van een “geïmporteerde” hybride mismatch en wordt een “torenstructuur” genoemd.⁸³ A BV, gevestigd in land A, houdt alle aandelen in een hybride entiteit, gevestigd in land B, welke vervolgens alle aandelen in hybride entiteit 2, eveneens gevestigd in land B, houdt. Hybride entiteit is transparant voor land A en niet-transparant voor land B. Hybride entiteit 2 is niet-transparant voor land A en transparant voor land B. A BV verstrekt een lening aan hybride entiteit, waarna hybride entiteit het geld stort in hybride entiteit 2. Vervolgens leent hybride entiteit 2 het geld door aan X BV, gevestigd in land C. Land A ziet de lening tussen A BV en hybride entiteit niet, en heft geen belasting over de interestinkomsten. Land B staat daarentegen wel een aftrek toe op de interestbetalingen aan A BV.

De interestbetalingen op de lening tussen hybride entiteit 2 en X BV zijn aftrekbaar in land C. Aangezien land B hybride entiteit 2 als transparant aanmerkt belast land B de interestinkomsten niet op het niveau van hybride entiteit 2, maar op het niveau van hybride entiteit. Dit inkomen kan echter direct verrekend worden met de aftrekbare interestbetalingen aan A BV, waardoor er netto geen belasting wordt geheven in land B. Dit voorbeeld laat dus een door land C geïmporteerde D/NI structuur zien.

⁸³ Opzet ontleend aan OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws,” paragraaf 211.

2.5.7 Reverse hybride entiteit met dividend- of royaltyuitkering

Tot slot kan een hybride entiteit gebruikt worden om belastinguitstel te creëren. Dit kan als volgt geïllustreerd worden:



In bovenstaand voorbeeld houdt A BV, gevestigd in land A, alle aandelen in een hybride entiteit, gevestigd in een Tax Haven (NL: belastingparadijs), welke vervolgens alle aandelen houdt in B BV, gevestigd in land B. Land B ziet de hybride entiteit als transparant, terwijl land A de hybride entiteit als niet-transparant beschouwt.

B BV doet een dividend- of royaltyuitkering aan de hybride entiteit. Aangezien land B de hybride entiteit als transparant beschouwt, wordt de uitkering door land B geacht gedaan te zijn aan A BV, waarbij A BV idealiter in een land is gevestigd waarmee door land B een belastingverdrag is gesloten en de bronbelasting op dividenden of royalty's naar 0% wordt gebracht. Land A ziet de hybride entiteit echter als niet-transparant, waardoor land A een dividend- of royaltyuitkering van B BV aan de hybride entiteit ziet. Op deze manier kan er voor worden gezorgd dat er in land B een lage of geen bronbelasting wordt geheven, terwijl de betaling wordt gedaan aan een hybride entiteit gevestigd in een Tax Haven met een laag (of geen) belastingtarief. Op deze manier wordt er weinig of geen belasting geheven en kan de belastingheffing (onbeperkt) worden uitgesteld, totdat het in de Tax Haven opgepotte geld aan A BV wordt uitgekeerd. Bovenstaand voorbeeld illustreert dus het gebruik van een hybride entiteit waarbij belastinguitstel wordt gecreëerd.

Zoals blijkt uit voorgaande voorbeelden zijn er verscheidene mogelijkheden om hybride entiteiten te gebruiken en verscheidene vormen van voordelen die met een dergelijke structuur kunnen worden behaald. De voordelen die behaald kunnen worden kunnen leiden tot problemen, welke in de volgende paragraaf besproken zullen worden.

2.6 Problemen als gevolg van hybride entiteiten

Op dit moment zijn er erg veel mogelijkheden om kunstmatige belastingvoordelen te creëren door middel van het gebruik van hybride entiteiten, zoals besproken in de voorgaande paragraaf. De voordelen die behaald kunnen worden zijn onder andere D/D structuren, D/NI structuren en belastinguitstel. Voor de entiteiten die deze voordelen behalen, en bijvoorbeeld de participanten in deze entiteiten, is het uiteraard gunstig dat er mogelijkheden tot het gebruik van hybride entiteiten bestaan. Er is echter ook een aantal problemen die kunnen ontstaan als gevolg van “mismatches” door het gebruik van hybride entiteiten. De OESO onderkent problemen in de belastingopbrengst, de competitie, de economische efficiëntie, de transparantie en de eerlijkheid.⁸⁴ De genoemde problemen zullen in deze paragraaf besproken worden. Als er in deze paragraaf wordt gesproken over “hybride mismatches” wordt bedoeld belastingvoordelen verkregen door middel van het gebruik van hybride entiteiten.

Hybride mismatches leiden doorgaans tot een lager totaal bedrag aan belastingen dat wordt betaald door verschillende partijen. Vaak worden er ingewikkelde fiscale structuren gebruikt, waardoor moeilijk te bepalen is hoeveel elk land aan belastingopbrengst misloopt, maar het is duidelijk dat alle landen gezamenlijk belastingopbrengsten mislopen door hybride mismatches. Ook maken belastingplichtigen over het algemeen aanvullende kosten bij het opzetten van dergelijke structuren, zoals het oprichten van bepaalde entiteiten die in een dergelijke structuur gebruikt kunnen worden of het inwinnen van fiscaal advies bij een belastingadviseur. Dergelijke kosten zijn over het algemeen aftrekbaar en leiden dus tot een verdere afname van de belastingopbrengsten in een bepaald land.⁸⁵

Ook economische competitie kan worden aangetast door de mogelijkheid tot het gebruik van hybride mismatches. Voor het opzetten van dergelijke ingewikkelde fiscale constructies is vaak veel geld en expertise op de juiste gebieden nodig, waardoor dergelijke structuren vaak slechts of in grotere mate beschikbaar zijn voor kapitaalkrachtige bedrijven die in meerdere landen opereren, zoals multinationals. Doordat dergelijke ondernemingen gebruik kunnen maken van hybride mismatches,

⁸⁴ OESO, “Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues,” p. 11.

⁸⁵ De betalingen die aan bijvoorbeeld adviseurs worden gedaan zijn echter over het algemeen wel als inkomen belastbaar bij de desbetreffende adviseurs, wat het effect van verlaagde belastingopbrengsten voor een (klein) deel tegengaat.

kunnen deze een extra voordeel behalen ten opzichte van ondernemingen die daar niet toe in staat zijn, zoals bijvoorbeeld kleine en middelgrote bedrijven die slechts in één land opereren. Dit werkt verstrend voor de economische concurrentie in een bepaalde markt.

Daarnaast kunnen hybride mismatches de economische efficiëntie aantasten. Als het in een bepaalde situatie mogelijk is om hybride entiteiten te gebruiken om een mismatch te creëren, wordt het vaak aantrekkelijker om grensoverschrijdend te investeren dan om binnenlands te investeren, aangezien het behalen van een hybride mismatch in binnenlandse situaties onmogelijk is. De mogelijkheid tot het behalen van hybride mismatches verstoort zodoende de investeringsbeslissing en dus het marktevenwicht. Daarnaast zorgt de mogelijkheid tot het behalen van hybride mismatches er voor dat ondernemingen meer vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen aantrekken, aangezien vreemd vermogen, in tegenstelling tot eigen vermogen, aftrekbaar is, en dit vreemd vermogen gebruikt kan worden om hybride mismatches te creëren. Op deze manier ontstaat financiële instabiliteit aangezien bedrijven te veel vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen aantrekken, waardoor de solvabiliteit van die bedrijven daalt. Mogelijkheden tot het behalen van hybride mismatches kunnen er ook voor zorgen dat ondernemingen meer risico nemen bij investeringen. De oorzaak hiervan is dat een mogelijkheid tot het behalen van een hybride mismatch er voor zorgt dat de marginale return op de investering stijgt, en risicovolle investeringen dus aantrekkelijker worden door een hogere return.

De mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten tast eveneens de (economische) transparantie in een land aan. Ten eerste neemt de transparantie van ondernemingen ten opzichte van de overheid af. Door de ingewikkelde en kunstmatige fiscale structuren die enkel zijn opgezet om fiscale voordelen te behalen, wordt de economie een stuk onoverzichtelijker en wordt het voor de overheid steeds moeilijker om alle structuren te doorgronden en bij de juiste belastingplichtige op de juiste manier te heffen. Ten tweede neemt de transparantie van de economie voor de burger af, aangezien de structuren die gebruikt worden om hybride mismatches te creëren voor de “gewone” burger te ingewikkeld zijn om te begrijpen. Het grote publiek zal enkel zien dat de grote multinationals een erg lage effectieve belastingdruk hebben, terwijl zij zelf een vele malen hoger percentage aan belasting dient af te dragen. Dit kan er voor zorgen dat het vertrouwen in het fiscale systeem afneemt bij de burger.

Tot slot tast de mogelijkheid tot het behalen van hybride mismatches de eerlijkheid en gelijkheid binnen een land aan. Uit een combinatie van voorgaande punten blijkt dat het gebruik van hybride entiteiten vaak slechts is weggelegd voor kapitaalkrachtige multinationale ondernemingen. Het feit dat kleine ondernemingen of particulieren van dergelijke structuren geen gebruik kunnen maken kan als oneerlijk worden gezien en kan het vertrouwen in de economie en in de overheid aantasten.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is beschreven op welke manier hybride entiteiten ontstaan, wat de belangrijkste vormen van hybride entiteiten zijn en wat de gevolgen en de problemen als gevolg van hybride entiteiten zijn.

Een hybride entiteit is een entiteit die in verschillende landen verschillend gekwalificeerd wordt. Een hybride entiteit kan zijn oorsprong vinden in een verschil in civielrechtelijke kwalificatie van een entiteit tussen landen, maar de fiscale kwalificatie die aan de entiteit wordt gegeven, namelijk transparant of niet-transparant, is uiteindelijk doorslaggevend, aangezien aan de hand van de fiscale kwalificatie bepaald wordt of de entiteit wordt belast volgens het single-tax pattern of volgens het double-tax pattern.

Er zijn vier benaderingen voor het kwalificeren van buitenlandse entiteiten: de similarity approach, waarbij een buitenlandse entiteit wordt gekwalificeerd door de eigenschappen van deze entiteit te vergelijken met een binnenlandse entiteit die er het meeste op lijkt; de elective approach, waarbij een belastingplichtige mag kiezen of de entiteit als transparant of als niet-transparant dient te worden aangemerkt; de fixed approach, waarbij alle buitenlandse entiteiten op dezelfde manier worden gekwalificeerd, namelijk allemaal als transparant of allemaal als niet-transparant; en de symmetrical approach, waarbij wat betreft de kwalificatie van een entiteit wordt aangesloten bij de kwalificatie die het woonland aan de entiteit geeft. Zoals besproken hangt Nederland een vorm van de similarity approach aan en kwalificeert Nederland buitenlandse entiteiten aan de hand van de vier beschreven vragen als transparant of als niet-transparant.

Vervolgens is een aantal veel voorkomende structuren besproken waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten, vaste inrichtingen, reverse hybride entiteiten en geïmporteerde hybride mismatches om belastingvoordelen te behalen. Belastingvoordelen die met dergelijke structuren kunnen worden behaald zijn onder andere D/D structuren, waarbij over één object tweemaal een aftrek wordt geclaimd (in twee verschillende landen); D/NI structuren, waarbij een aftrek wordt geclaimd waar geen compenserende heffing tegenover staat; en belastinguitstel, waarbij inkomsten gedurende lange tijd tegen een zeer laag of geen tarief worden belast.

Er is een aantal belangrijke problemen die ontstaan als gevolg van de belastingvoordelen die worden behaald door middel van het gebruik van hybride entiteiten. Deze problemen bestaan onder andere uit: een verlaagde belastingopbrengst van landen, aangezien de belastinggrondslag wordt uitgehold; een verstoring in de economische competitie, aangezien niet elke onderneming op dezelfde schaal gebruik kan maken van hybride entiteiten en een aantal ondernemingen dus een voordeel heeft; een verstoring in de economische efficiëntie, aangezien een mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten de investeringsbeslissing kan beïnvloeden en financiële instabiliteit kan creëren; aantasting van de

(economische) transparantie, aangezien de economie onoverzichtelijker wordt door de kunstmatige fiscale structuren die worden opgezet om gebruik te kunnen maken van hybride entiteiten; en aantasting van de eerlijkheid en gelijkheid binnen een land, aangezien het gebruik van hybride entiteiten om belastingvoordelen te behalen niet voor elke onderneming of persoon mogelijk is, maar slechts voor kapitaalkrachtige multinationale ondernemingen.

3. Verhouding tussen Nederland en de Verenigde Staten

3.1 Inleiding

Een land dat veelvuldig gebruikt wordt in de internationale belastingplanning is de VS. Door een op een aantal punten afwijkende regelgeving biedt de VS namelijk de mogelijkheid om bepaalde fiscale structuren op te zetten waarmee belasting kan worden ontweken, waaronder structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten. Het probleem van belastingontwijking, en het gebruik van de VS hierbij, blijkt onder andere uit een uitspraak van President Obama waarin hij stelt dat er door Amerikaanse multinationals op dit moment ongeveer 2 biljoen dollar onbelast in het buitenland wordt aangehouden, waarbij gebruik wordt gemaakt van fiscale structuren om belasting te ontwijken.⁸⁶

Een van de redenen dat de VS mogelijkheden tot belastingontwijking biedt is het Amerikaanse check-the-box systeem, op grond waarvan entiteiten zelf hun fiscale kwalificatie kunnen kiezen. Deze wetgeving zorgt er voor dat hybride entiteiten erg eenvoudig gecreëerd kunnen worden en kunnen worden gebruikt in internationale fiscale structuren.

Ook in de verhouding tussen Nederland en de VS worden hybride entiteiten veelvuldig gebruikt. Om het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding tussen Nederland en de VS te beperken, is een speciale bepaling in het belastingverdrag tussen Nederland en de VS opgenomen die specifiek gericht is op hybride entiteiten, namelijk artikel 24, lid 4 van het verdrag tussen Nederland en de VS van 1992. Hybride entiteiten komen echter ook na introductie van deze specifieke bepaling nog steeds voor in de verhouding tussen Nederland en de VS.⁸⁷ In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke vormen van hybride entiteiten kunnen ontstaan door middel van het gebruikmaken van Amerikaanse regelgeving, waarbij vooral zal worden gekeken naar de verhouding tussen Nederland en de VS. Om dit te onderzoeken zal eerst de relevante wet- en regelgeving van de VS uitgebreid worden besproken, waarna diep zal worden ingegaan op de genoemde bepaling uit het verdrag tussen Nederland en de VS die specifiek ziet op het tegengaan van hybride entiteiten. Vervolgens zal een aantal voorstellen van Obama, die er op zijn gericht om belastingontwijking door Amerikaanse multinationals door onder andere het gebruik van hybride entiteiten te voorkomen, worden besproken. Tot slot zullen de voorstellen omtrent belastingontwijking door multinationale ondernemingen van de belangrijkste Amerikaanse presidentskandidaten aan bod komen.

⁸⁶ Budget of the U.S. Government, FY2016, p.57.

⁸⁷ Eén van de oorzaken hiervan is het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005. Zie voor een uitgebreide beschrijving §3.3.1 van deze scriptie.

3.2 Nationale wetgeving VS

In het voorgaande hoofdstuk is een aantal verschillende methoden om buitenlandse entiteiten te kwalificeren aan bod gekomen. Zoals besproken past Nederland een variant van de similarity approach toe, waarbij aan de hand van vier vaststaande vragen wordt bepaald of een buitenlandse entiteit als transparant, dan wel als niet-transparant dient te worden gekwalificeerd. De VS past daarentegen een andere methode toe, namelijk een variant van de elective approach, het zogenoemde “check-the-box systeem,”⁸⁸ welke in de volgende sub-paragraaf zal worden besproken.

3.2.1 Check-the-box systeem

Sinds 1 januari 1997 gebruikt de VS het check-the-box systeem, een variant van de eerdergenoemde elective approach, om binnenlandse en buitenlandse entiteiten voor belastingdoeleinden te kwalificeren.⁸⁹ In hoofdlijnen komt het erop neer dat een entiteit zelf mag kiezen hoe de entiteit gekwalificeerd dient te worden voor belastingdoeleinden. Een entiteit met minimaal twee participanten kan kiezen om als “corporation” of als “partnership” aangemerkt te worden en een entiteit met één participant kan kiezen om als “corporation” of als “disregarded entity” aangemerkt te worden.⁹⁰ Als een entiteit als partnership of als disregarded entity wordt aangemerkt, wordt de entiteit genegeerd voor Amerikaanse belastingdoeleinden en is de entiteit dus transparant. Als een entiteit als corporation wordt aangemerkt, wordt de entiteit als zelfstandig belastingplichtige gezien voor Amerikaanse belastingdoeleinden en is de entiteit dus niet-transparant.⁹¹

Het staat onder het check-the-box systeem echter niet elke entiteit vrij om zelf een keuze wat betreft kwalificatie te maken. Om een kwalificatie te mogen kiezen dient de entiteit een “eligible entity” te zijn.⁹² Een entiteit wordt aangemerkt als een “eligible entity” onder het check-the-box systeem als wordt voldaan aan de volgende drie voorwaarden:

- de entiteit is afgescheiden van de participanten;
- de entiteit is een “business entity;”⁹³ en
- de entiteit is geen “per se” corporation.⁹⁴

⁸⁸ Neergelegd in Treasury Regulations §301.7701-1, §301.7701-2 en §301.7701-3.

⁸⁹ Zie o.a. Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, artikel 24 Belastingverdrag Nederland-Verenigde Staten 1992, aant. 5.1.1.

⁹⁰ U.S. Treasury Regulations §301.7701-2, onder (a).

⁹¹ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 119.

⁹² K. Mullis, “Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities,” Tax Analysts 2011, p. 371.

⁹³ Een business entity is een entiteit die als zodanig wordt aangemerkt voor Amerikaanse belastingdoeleinden, en die niet wordt aangemerkt als een trust. Zie Treasury Regulations §301.7701-2, onder (a).

⁹⁴ U.S. Treasury Regulations §301.7701-2, onder (b)(8).

Een per se corporation is een entiteit die op grond van de U.S. Treasury Regulations als zodanig wordt aangemerkt.⁹⁵ Per se corporations zijn geen eligible entities voor het check-the-box systeem en hebben derhalve geen keuze wat betreft de rechtsvorm die de entiteit heeft. Per se corporations worden altijd aangemerkt als corporation en zijn dus per definitie niet-transparant.⁹⁶

Zoals gezegd kan een eligible entity onder het check-the-box systeem zelf kiezen hoe de entiteit gekwalificeerd dient te worden. Een keuze maken is echter niet verplicht. Indien er geen keuze wordt gemaakt wat betreft de kwalificatie wordt er teruggevallen op de Amerikaanse wetgeving.⁹⁷ Indien een eligible entity wel een keuze voor een bepaalde kwalificatie maakt, kan de kwalificatie gedurende de eerste 60 maanden na de keuze niet gewijzigd worden, tenzij voor het verstrijken van die termijn meer dan 50% van de belangen in de entiteit van eigenaar zijn gewisseld.⁹⁸

Een groot voordeel van het Amerikaanse check-the-box systeem is de eenvoud ervan. Doordat de belastingplichtige zelf mag kiezen welke kwalificatie hij krijgt, is het kwalificatiesysteem veel eenvoudiger te begrijpen voor de belastingplichtigen. Daarnaast zorgt het check-the-box systeem in veel gevallen voor lagere kosten voor de belastingplichtigen en voor de overheid. De belastingplichtigen hoeven namelijk geen kosten meer te maken voor het inhuren van adviseurs om via constructies te zorgen dat de entiteit de juiste kwalificatie krijgt, aangezien ze dit op eenvoudige wijze zelf kunnen bepalen onder check-the-box. Voor de overheid scheelt het check-the-box systeem in administratieve lasten, aangezien de belastingautoriteiten veel minder tijd kwijt zijn aan het bepalen welke kwalificatie een bepaalde entiteit dient te krijgen. Ook brengt het check-the-box systeem veel zekerheid met zich mee, aangezien de voorwaarden om een kwalificatie te mogen kiezen eenvoudig en helder zijn, evenals de situatie waarin de belastingplichtige niet zelf mag kiezen. Daarnaast is het check-the-box systeem ook eerlijk en neutraal, alle belastingplichtigen (op enkele per se corporations na) krijgen namelijk dezelfde keuze en er zijn geen ingewikkelde fiscale structuren nodig om de gewenste kwalificatie toegewezen te krijgen.⁹⁹

Het nadeel, vanuit de overheid bezien, van het check-the-box systeem is echter dat check-the-box door belastingplichtigen niet alleen wordt gebruikt om dubbele belastingheffing tegen te gaan, maar vaak ook om belasting juist te ontwijken of belastinguitstel te creëren, waarbij inkomsten gedurende lange tijd tegen een zeer laag tarief of geheel niet belast worden. Het feit dat belastingplichtigen zelf de

⁹⁵ Zie o.a. Rachofsky, "Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities," 2001, p. 395.

⁹⁶ Zie voetnoot 7. De lijst van per se corporations bestaat in totaal uit 87 entiteiten, waaronder de Nederlandse Naamloze Vennootschap.

⁹⁷ U.S. Treasury Regulations §301.7701-3, onder (b)(1) en (2). Een entiteit wordt als partnership aangemerkt als het twee of meer participanten heeft, waarvan er ten minste één geen beperkte aansprakelijkheid heeft. Een entiteit wordt als corporation aangemerkt indien elke participant beperkt aansprakelijk is. Een entiteit wordt als disregarded entity aangemerkt als er één participant is die geen beperkte aansprakelijkheid heeft.

⁹⁸ U.S. Treasury Regulations §301.7701-3, onder (c)(1)(iv).

⁹⁹ K. Mullis, "Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities," Tax Analysts 2011, p. 373.

kwalificatie van een entiteit mogen bepalen geeft de belastingplichtigen de ruimte om fiscaal gedreven structuren op te zetten die als doel hebben om belasting te ontwijken.¹⁰⁰ Onder het check-the-box systeem is het namelijk eenvoudig om een hybride entiteit te creëren en daarmee een structuur op te zetten zoals in het voorgaande hoofdstuk is beschreven. Hiermee kan eenvoudig een D/NI structuur, D/D structuur of belastinguitstel gecreëerd worden. Het feit dat deze voordelen behaald kunnen worden onder check-the-box kan er voor zorgen dat een deel van de binnenlandse transacties wordt vervangen door internationale transacties, aangezien de genoemde belastingvoordelen niet binnenlands behaald kunnen worden. De transacties zullen hierbij met name verschuiven naar landen waar de grootste voordelen behaald kunnen worden met het gebruik van dergelijke structuren. Ook zullen transacties voor een deel verschuiven van ondernemingen die geen gebruik kunnen maken van dergelijke internationale structuren (bijvoorbeeld omdat ze niet internationaal kunnen opereren) naar ondernemingen die hier wel gebruik van kunnen maken. Dit heeft een verstoring van het marktevenwicht tot gevolg.¹⁰¹

3.2.2 Subpart F

De mogelijkheid tot het behalen van belastingvoordelen onder het check-the-box systeem hangt samen met de Amerikaanse “Subpart F” wetgeving. Het doel van Subpart F is om passief inkomen volgens het woonstaatbeginsel te belasten, wat inhoudt dat de woonstaat, in dit geval de VS, belasting heft over alle inkomsten die door haar staatsburgers wordt behaald. Normaal gesproken belast de VS al het inkomen van haar inwoners. Activiteiten die in een ander land worden uitgevoerd door middel van bijvoorbeeld een vaste inrichting worden meegenomen in het wereldinkomen van de Amerikaanse entiteit en kunnen dus ook in de VS worden belast. Als het echter gaat om een afzonderlijke, in een andere jurisdictie gevestigde dochtervennootschap van een Amerikaanse entiteit, dan kan de VS niet zomaar heffen over het inkomen behaald in een andere jurisdictie totdat het inkomen naar de VS wordt gehaald. Een Amerikaanse entiteit kan dus voordelen behalen door een dochtervennootschap in een land met een lager belastingtarief te vestigen, terwijl dit niet zou kunnen als de activiteiten met een vaste inrichting, in plaats van een dochtervennootschap, uitgevoerd zouden worden.¹⁰²

Om de voordelen die behaald kunnen worden met een buitenlandse dochtervennootschap te beperken, wordt onder Subpart F passief inkomen, zoals dividend-, interest- en royaltyinkomen, van een door een Amerikaanse entiteiten gehouden “controlled foreign corporation” (hierna: “CFC”), aan Amerikaanse belastingheffing onderworpen. Een in een andere jurisdictie gehouden

¹⁰⁰ J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships,” IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9, p. 121.

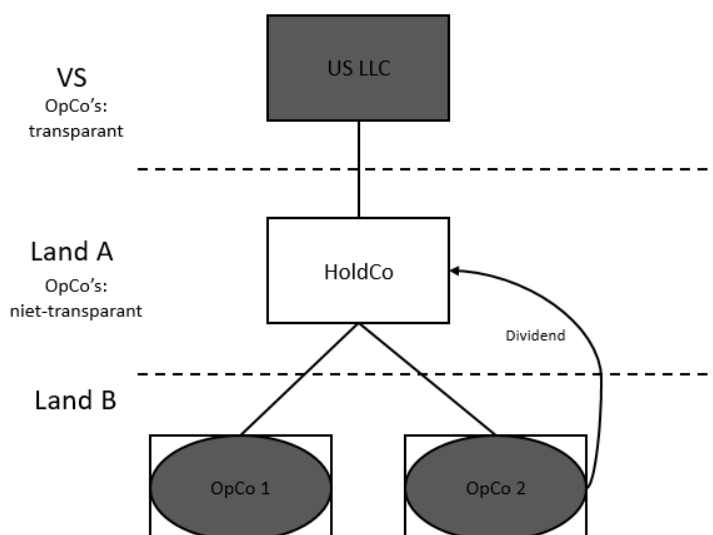
¹⁰¹ K. Mullis, “Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities,” Tax Analysts 2011, p. 376.

¹⁰² Idem.

dochtervennootschap wordt aangemerkt als CFC indien een Amerikaanse entiteit minimaal 50% van de stemrechten in de entiteit, of 50% van de waarde van de entiteit, bezit.¹⁰³

Actief inkomen van Amerikaanse dochtervennootschappen die in andere landen opereren valt niet onder Subpart F, doordat Subpart F inkomsten verkregen uit actieve werkzaamheden vrijstelt van belastingheffing in de VS.¹⁰⁴ Inkomen waarover de VS belasting heft op basis van Subpart F wordt “Subpart F inkomen” genoemd.¹⁰⁵

Sinds de invoering van het check-the-box systeem heeft Subpart F een deel van zijn kracht verloren. Stel bijvoorbeeld dat Amerikaanse entiteit een buitenlandse dochtervennootschap, die kwalificeert als CFC, houdt, waarbij deze dochtervennootschap slechts holdingactiviteiten verricht voor de operationele entiteiten die onder deze dochtervennootschap hangen. Het inkomen, zoals bijvoorbeeld dividendinkomsten, die de dochtervennootschap van de daaronder hangende operationele entiteiten ontvangt, is Subpart F inkomen en kan worden belast in de VS. Onder het check-the-box systeem is het echter mogelijk om de operationele entiteiten voor Amerikaanse belastingdoeleinden als transparant aan te merken. Op deze manier worden de dividendstromen van de operationele entiteiten aan de dochtervennootschap niet gezien voor Amerikaanse belastingdoeleinden, waardoor het inkomen wordt geacht direct als actief inkomen te zijn genoten door de dochtervennootschap. Op deze manier is het inkomen van de dochtervennootschap geen Subpart F inkomen, en kan de VS dus (nog) geen belasting heffen over het inkomen van de buitenlandse CFC.¹⁰⁶ Indien het inkomen van de CFC aan de US LLC wordt uitgekeerd dan de VS wel heffen over het inkomen. Het voorgaande kan als volgt worden geïllustreerd:



¹⁰³ I.R.C. §957, onder (a).

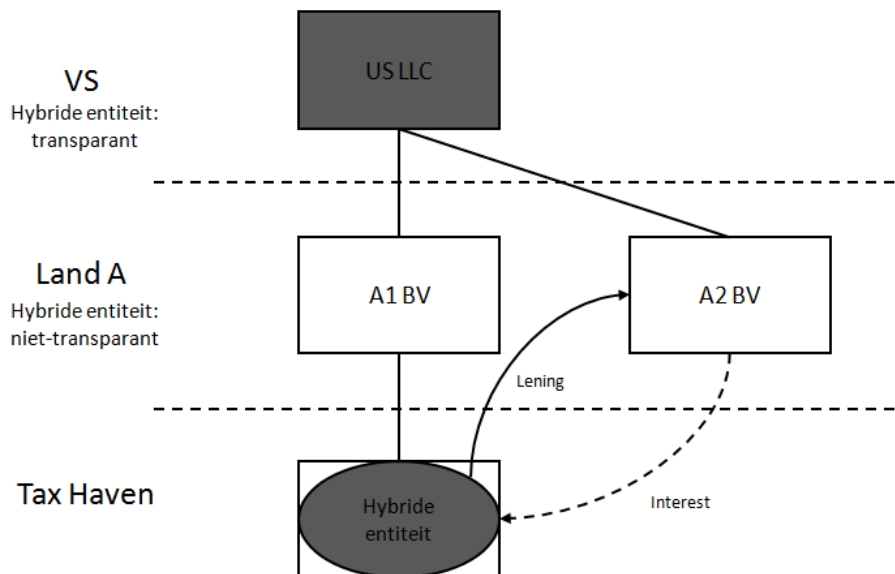
¹⁰⁴ C. Sweitzer, “Analyzing Subpart F in Light of Check-the-Box,” Akron Tax Journal, 20 (1), p. 1.

¹⁰⁵ C. Sweitzer, “Analyzing Subpart F in Light of Check-the-Box,” Akron Tax Journal, 20 (1), p. 6.

¹⁰⁶ C. Sweitzer, “Analyzing Subpart F in Light of Check-the-Box,” Akron Tax Journal, 20 (1), p. 10.

Op deze manier geeft het check-the-box systeem dus gelegenheid om de Subpart F wetgeving te ontwijken.

Een uitzondering op Subpart F is passief inkomen verkregen van een verbonden lichaam die is gevestigd in dezelfde jurisdictie als de ontvanger (de “same-country regel”).¹⁰⁷ Met deze uitzondering is onder het check-the-box systeem ook een voordeel te behalen, zoals geïllustreerd kan worden aan de hand van de volgende figuur:¹⁰⁸



In bovenstaande figuur houdt US LLC, gevestigd in de VS, alle aandelen in A1 BV en A2 BV, beide gevestigd in land A. A1 BV houdt op zijn beurt alle aandelen in een hybride entiteit, gevestigd in een Tax Haven. De hybride entiteit wordt door land A als niet-transparant gezien, en in de VS is de hybride entiteit aangemerkt als transparant. De hybride entiteit verstrekt een lening aan A2 BV, en A2 BV betaalt rente op deze lening. Aangezien de hybride entiteit door de VS als transparant wordt gezien, worden de interestbetalingen van A2 BV aan de hybride entiteit voor Amerikaanse belastingdoeleinden geacht te zijn betaald van A2 BV aan A1 BV. Omdat deze entiteiten met elkaar zijn verbonden, en beide in hetzelfde land zijn gevestigd, worden de interestbetalingen niet aangemerkt als Subpart F inkomen. Het gevolg is dat de VS niets kan heffen over de passieve inkomsten van de hybride entiteit. De interestbetalingen zijn in principe aftrekbaar in land A, terwijl de ontvangsten niet of tegen een laag tarief belast zullen worden in de Tax Haven.

Een tweede uitzondering op Subpart F is de zogenoemde “look-through regel”. Dit is een tijdelijke uitzondering op grond waarvan door een CFC van een verbonden CFC ontvangen dividend-, interest-,

¹⁰⁷ I.R.C. §954, onder(c)(3)(A)(ii).

¹⁰⁸ Ontleend aan: K. Mullis, “Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities,” Tax Analysts 2011, p. 378.

of royaltybetalingen niet worden aangemerkt als Subpart F inkomen. Een voorwaarde hiervoor is dat de betalingen verband houden met inkomen van de verbonden CFC dat geen Subpart F inkomen is.¹⁰⁹

3.2.3 Foreign Tax Credit

Zoals in de vorige sub-paragraaf is besproken, heft de VS belasting volgens het woonstaatbeginsel. Als een Amerikaanse onderneming in het buitenland activiteiten uitvoert, heft de VS dus ook belasting over het in het buitenland behaalde inkomen. Indien het land waar de Amerikaanse onderneming inkomsten behaalt belasting heft volgens het bronstaatbeginsel, wat inhoudt dat er belasting geheven wordt over al het inkomen dat binnen de landsgrenzen van het desbetreffende land wordt behaald, kan dubbele belastingheffing optreden, aangezien zowel de VS als het land waar het inkomen wordt behaald belasting wil heffen over hetzelfde inkomen. Om deze dubbele belastingheffing te voorkomen verleent de VS een "Foreign Tax Credit" (Nederlands: buitenlands belastingkrediet) (hierna: "FTC") aan Amerikaanse ondernemingen en personen indien die onderneming of persoon buitenlands inkomen verdient en aldaar aan belastingheffing wordt onderworpen over dat inkomen.¹¹⁰ De Amerikaanse FTC houdt in hoofdlijnen in dat de VS aan Amerikaanse belastingbetalers een belastingverrekening geeft ter grootte van de in het buitenland betaalde belasting. Deze verrekening wordt gegeven aan degene die wordt geacht de belasting te hebben betaald (degene met de juridische belastingplicht), zelfs als een andere entiteit of persoon de belasting daadwerkelijk afdraagt. Wie er juridisch gezien belastingplichtig is wordt bepaald aan de hand van de buitenlandse wetgeving van het land waarin de activiteiten verricht worden.¹¹¹ Als een entiteit bijvoorbeeld een interestbetaling doet aan een in een ander land gevestigde entiteit en de betalende entiteit moet bronbelasting inhouden en afdragen over de interestbetaling, dan heeft de ontvangende partij recht op de FTC, aangezien de ontvangende partij de juridische belastingplicht draagt. Het doet er hierbij niet toe dat de betalende partij de belasting daadwerkelijk heeft betaald.¹¹²

Ook met de Amerikaanse FTC-wetgeving is, evenals met Subpart F, een voordeel te halen in combinatie met het check-the-box systeem, door het gebruik van een hybride entiteit. Dit kan als volgt geïllustreerd worden:¹¹³

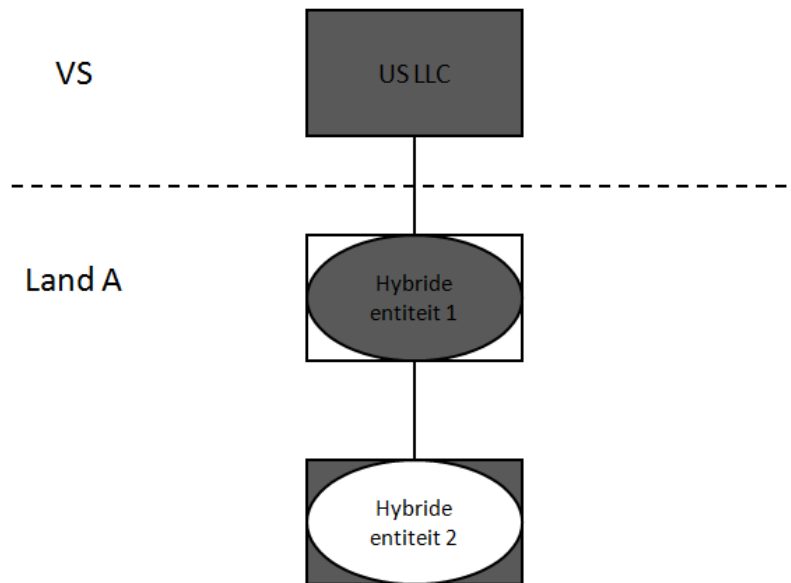
¹⁰⁹ I.R.C. §954, onder(c)(6).

¹¹⁰ U.S. Treasury Regulations §1.901-1, onder (a) jo. U.S. Treasury Regulations §1.901-2, onder (a).

¹¹¹ U.S. Treasury Regulations §1.901-2, onder (f).

¹¹² K. Mullis, "Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities," Tax Analysts 2011, p. 378.

¹¹³ Figuur ontleend aan: K. Mullis, "Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities," Tax Analysts 2011, p. 379.



In bovenstaande situatie houdt een Amerikaanse vennootschap, US LLC, alle aandelen in hybride entiteit 1, welke op zijn beurt alle aandelen in hybride entiteit 2 houdt. Beide hybride entiteiten zijn gevestigd in land A. Hybride entiteit 1 wordt in de VS als transparant aangemerkt, en is niet-transparant voor belastingdoeleinden in land A. Hybride entiteit 2 is een reverse hybride entiteit en is in de VS als niet-transparant aangemerkt, terwijl deze entiteit in land A als transparant wordt gekwalificeerd. Op het niveau van hybride entiteit 2 wordt inkomen behaald. Voor Amerikaanse belastingdoeleinden wordt het inkomen ook daadwerkelijk geacht op het niveau van hybride entiteit 2 te zijn behaald en belast, aangezien de VS hybride entiteit 2 als niet-transparant ziet. Land A belast het inkomen echter op het niveau van hybride entiteit 1, aangezien land A hybride entiteit 2 als transparant aanmerkt. Op grond van de buitenlandse wetgeving heeft hybride entiteit 1 zodoende de juridische belastingplicht. Omdat hybride entiteit 1 in de VS echter als transparant is aangemerkt, schuift de juridische belastingplicht vanuit Amerikaans oogpunt door naar US LLC, alwaar een FTC wordt gegeven. Omdat het inkomen op het niveau van hybride entiteit 2 is gegenereerd, en deze entiteit niet-transparant is voor de VS, wordt er in de VS dus uiteindelijk geen belasting geheven over het inkomen, terwijl er wel een FTC wordt verleend op het niveau van US LLC voor in het buitenland betaalde belastingen. Op deze manier kan de FTC-wetgeving dus in combinatie met het check-the-box systeem gebruikt worden om kunstmatige hybride entiteiten te creëren en hier belastingvoordelen mee te behalen.

3.2.4 Reparatiewetgeving

Om de hybride structuren en de daaruit voortvloeiende belastingvoordelen tegen te gaan besloot de VS wetgeving in te voeren om deze structuren tegen te gaan, welke is neergelegd in Treas. Reg. Sec. §894.¹¹⁴ Kort gezegd probeert §894 kunstmatige belastingvoordelen door middel van het gebruik van

¹¹⁴ U.S. Treasury Regulations §1.894-1.

hybride structuren tegen te gaan door verdragsvoordelen niet toe te kennen indien een niet-Amerikaanse entiteit voor een bepaalde bron van passief inkomen niet aan belasting wordt onderworpen.¹¹⁵

Om de genoemde kunstmatige voordelen tegen te gaan, richt de antimisbruikbepaling in §894 zich direct op verdragsvoordelen die worden verleend aan hybride entiteiten. Verdragsvoordelen op vanuit de VS betaald passief inkomen worden wèl toegekend aan hybride entiteiten, die voor Amerikaanse belastingdoeleinden als transparant worden aangemerkt, indien minimaal aan één van de volgende twee voorwaarden wordt voldaan:

1. de hybride entiteit wordt als niet-transparant gekwalificeerd in de woonstaat en zou verdragsgerechtigd zijn indien de entiteit in de VS niet als transparant zou zijn aangemerkt; of
2. de entiteit wordt als transparant gekwalificeerd in de woonstaat van zijn aandeelhouder, maar de aandeelhouder wordt over het inkomen van de transparante entiteit belast alsof hij het inkomen direct vanuit de VS heeft verkregen, en de aandeelhouder zou zelfstandig verdragsgerechtigd zijn.¹¹⁶

Het komt er dus op neer dat de VS een hybride entiteit, welke transparant is voor Amerikaanse belastingdoeleinden en niet-transparant voor het buitenland, die passief inkomen, zoals royaltybetalingen, ontvangt van een Amerikaanse entiteit, verdragsvoordelen over dat passieve inkomen ontnemt indien de hybride entiteit of zijn aandeelhouders niet zijn onderworpen aan belastingen over dat passieve inkomen in het woonland. Een voorbeeld van het ontnemen van een verdragsvoordeel op passieve inkomsten is het niet verlagen van bronbelasting op royaltybetalingen, zoals onder normale omstandigheden vaak gebeurt onder een bilateraal verdrag. Op deze manier kan een belastingplichtige worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing.

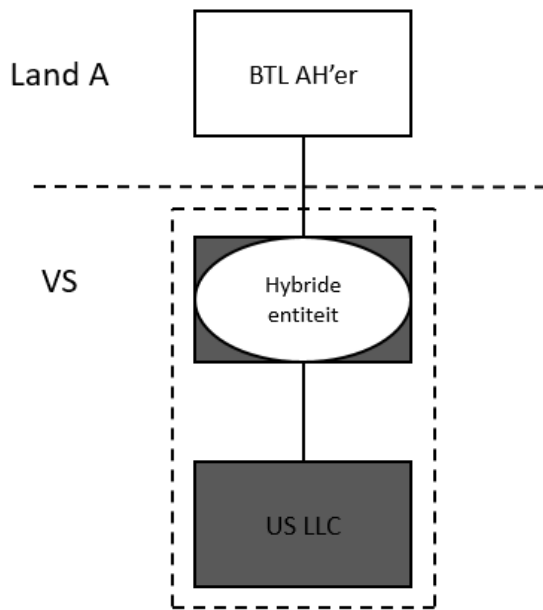
Naast de hiervoor besproken antimisbruikbepaling voor passief inkomen dat wordt betaald door een Amerikaanse entiteit aan een buitenlandse “normale” hybride entiteit, dat wil zeggen een entiteit die als transparant wordt aangemerkt door de VS en als niet-transparant wordt aangemerkt door het andere land, is er ook een antimisbruikbepaling voor betalingen aan reverse hybride entiteiten, welke door de VS als niet-transparant wordt aangemerkt en als transparant wordt aangemerkt door het andere land.

Een voorbeeld van een voordeel behaald met een reverse hybride entiteit, die wordt tegengegaan door §894, kan als volgt geschetst worden:¹¹⁷

¹¹⁵ U.S. Treasury Regulations §1.894-1, onder (c).

¹¹⁶ U.S. Treasury Regulations. §1.894-1, onder (d)(1).

¹¹⁷ Figuur ontleend aan: S.C. Ruchelman, “Hybrid Entities in Cross Border Transactions: The Canadian Experience-The US Response,” 2008, p. 30.



Een buitenlandse aandeelhouder, gevestigd in land A, houdt een Amerikaanse entiteit, die in de VS wordt aangemerkt als niet-transparant en in land A als transparant wordt gekwalificeerd. De Amerikaanse hybride entiteit houdt een Amerikaanse niet-transparante entiteit, waarmee een (Amerikaanse variant van een) fiscale eenheid wordt aangegaan. De hybride entiteit kan een lening aangaan bij de aandeelhouder. Het gevolg hiervan is een aftrekbare interestbetaling in de VS, terwijl land A de transactie niet ziet en dus geen belasting heft over de betaalde interest. Deze structuur kan ook gebruikt worden om een (onbelaste) dividenduitkering te doen. Als de hybride entiteit dividend uitkeert aan de aandeelhouder, dan wordt er, indien er een gunstig belastingverdrag tussen de VS en land A bestaat, geen of weinig bronbelasting ingehouden door de VS. Land A ziet de transactie niet en heft daarom geen belasting over het door de aandeelhouder ontvangen dividend.

Om dit te voorkomen heeft de VS bepaald dat een Amerikaanse reverse hybride entiteit geen recht heeft op een verlaging van de belasting op ontvangen betalingen op grond van het verdrag. Daarnaast zijn de aandeelhouders in een Amerikaanse reverse hybride entiteit niet verdragsgerechtigd wat betreft inkomen dat is verkregen uit een dergelijke entiteit.¹¹⁸ Daarnaast worden aftrekbare interestbetalingen betaald door een Amerikaanse reverse hybride entiteit aan een aandeelhouder geherkwalificeerd naar dividendbetalingen indien de reverse hybride entiteit zelf dividend heeft ontvangen van een verbonden persoon.¹¹⁹ Als een dergelijke betaling geherkwalificeerd wordt naar dividend is de betaling niet meer aftrekbaar en is het bronbelastingtarief dat ziet op dividenden van toepassing.

Naast de hiervoor genoemde antimisbruikbepalingen tegen hybride entiteiten is er in section 894(c) van de Internal Revenue Code (“IRC”) ook wetgeving neergelegd die ziet op het tegengaan van het

¹¹⁸ U.S. Treasury Regulations §1.894-1, onder (d)(2)(i).

¹¹⁹ U.S. Treasury Regulations §1.894-1, onder (d)(2)(ii)(B)(1).

gebruik van hybride entiteiten. Op grond van deze bepalingen is een buitenlandse persoon niet gerechtigd tot verdragsvoordelen van een Amerikaans belastingverdrag met betrekking tot inkomen verkregen van een fiscaal transparante entiteit, indien:

- het inkomen dat via de transparante entiteit is verkregen in het bronland niet als inkomen wordt behandeld;
- het verdrag geen bepaling heeft die ziet op de toepasbaarheid van het verdrag in het geval dat inkomen verkregen wordt via een transparante entiteit; en
- het bronland geen belasting heft over een doorbetaling van dergelijk inkomen van een dergelijke entiteit aan de verkrijger.¹²⁰

Het doel van deze bepaling is om geen verdragsvoordelen toe te kennen aan een ontvanger van inkomen indien deze ontvanger gebruik heeft gemaakt van een hybride mismatch en er over het inkomen zodoende geen belasting wordt geheven in het bronland. Op deze manier tracht de VS de eerder genoemde D/NI structuren tegen te gaan.

3.3 Verdrag Nederland – VS

Sinds Nederland in 1999 een voorbehoud maakte bij het eerder besproken OESO Partnership Report, heeft Nederland altijd het streven gehad om in belastingverdragen een aparte regeling op te nemen om zowel dubbele belastingheffing als non-heffing als gevolg van kwalificatieconflicten tegen te gaan.¹²¹ Omdat er in de verhouding Nederland – VS ook veelvuldig gebruik werd gemaakt van de in de voorgaande paragraaf besproken hybride structuren, is er op initiatief van de VS op 8 maart 2004 een protocol¹²² gesloten bij het belastingverdrag tussen Nederland en de VS (hierna: “het Verdrag”), waarin onder andere een bepaling is opgenomen voor betalingen aan transparante/hybride entiteiten.¹²³ Deze bepaling, om mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan, is neergelegd in artikel 24, lid 4, van het Verdrag (Hierna: “art. 24-4”). Art. 24-4 is voortgekomen uit de eerder besproken section 894(c) van de IRC.¹²⁴ Section 894(c) ziet echter slechts, vanuit Amerikaans perspectief, op “inbound” investeringen, terwijl art. 24-4 ook op, vanuit Amerikaans perspectief, “outbound” investering ziet. Een inbound investering wil zeggen dat een buitenlandse niet-inwoner

¹²⁰ I.R.C. §894, onder (c)(1).

¹²¹ G.K. Fibbe, “Enkele aspecten van de nieuwe bepaling inzake hybride entiteiten in het verdrag met de Verenigde Staten,” WFR 2005/429, p. 1.

¹²² Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, Trb. 2004, 166.

¹²³ M.H.G.M van der Linden, “2004 NL-VS-protocol: een hamerslag bij heldere hemel,” WFR 2004/1313, p. 1.

¹²⁴ M.H.G.M van der Linden, “Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder,” WFR 2014/886, p. 1.

een binnenlandse investering doet. Vanuit Amerikaans perspectief wordt de term inbound investering dus gebruikt om aan te geven dat een niet-VS inwoner inkomen in de VS verkrijgt. Een outbound investering is het tegenovergestelde van een inbound investering. Bij een outbound investering wordt er dus door een inwoner in het buitenland geïnvesteerd. In de verhouding Nederland – VS is een inbound investering vanuit Amerikaans perspectief dus een outbound investering vanuit Nederlands perspectief.

3.3.1 Tekst en werking van art. 24-4

De tekst van art. 24-4 luidt als volgt:

“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.”

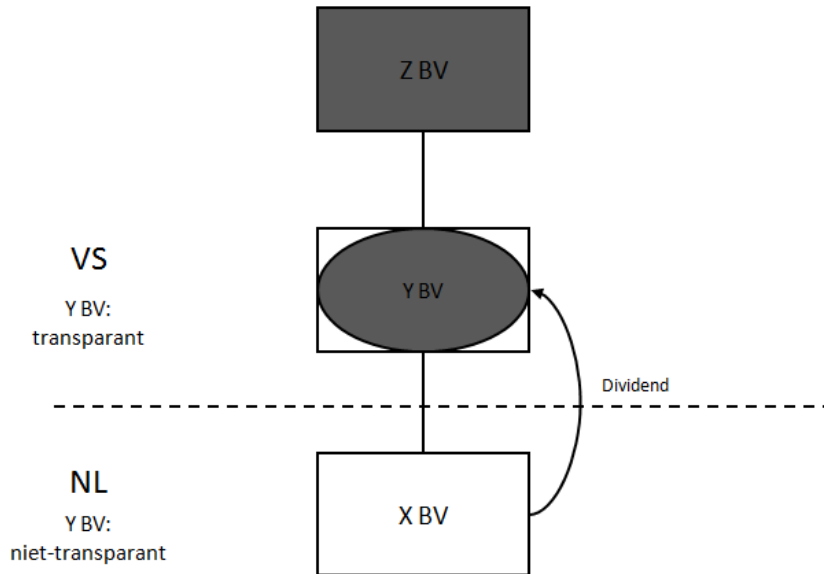
Deze bepaling regelt dat het Verdrag slechts van toepassing is op inkomen dat is verkregen uit een transparante entiteit indien dat inkomen in de woonstaat wordt behandeld als inkomen van een inwoner. Als het inkomen verkregen uit een transparante entiteit als inkomen wordt behandeld bij een inwoner, wordt dat inkomen door de werking van art. 24-4 ook geacht te zijn ontvangen door die inwoner, in plaats van door de transparante entiteit.¹²⁵ Art. 24-4 werkt anders dan andere antimisbruikbepalingen in het verdrag tussen Nederland en de VS. Normaal gesproken wordt bij misbruik slechts een verdragsvoordeel over die transactie weggenomen. Art. 24-4 bepaalt daarentegen wie de ontvanger van de inkomsten is en wijst aan die persoon verdragsgerechtigdheid toe. In tegenstelling tot overige antimisbruikbepalingen kan art. 24-4 dus complete verdragsgerechtigdheid toewijzen en wegnemen, terwijl overige antimisbruikbepalingen vaak slechts verdragsvoordelen over een bepaalde transactie kunnen wegnemen.¹²⁶ Art. 24-4 zorgt dus dat de bronstaat de woonstaat volgt wat betreft de kwalificatie van een hybride entiteit; als de woonstaat niet de hybride entiteit, maar de achterliggende participanten verdragsgerechtigd acht, dan wordt deze kwalificatie gevolgd door de bronstaat en wordt het Verdrag toegepast op de participanten.

De werking van art. 24-4 kan worden geïllustreerd¹²⁷ aan de hand van een voorbeeld uit de Memorie van Toelichting bij het wijzigingsprotocol:

¹²⁵ M. Fetter en S. Admiraal, “Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant,” *Forfaitair* 2006/167-5, p. 2.

¹²⁶ M.H.G.M van der Linden, “Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder,” *WFR* 2014/886, p. 2.

¹²⁷ Figuur ontleend aan M.H.G.M van der Linden, “Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder,” *WFR* 2014/886, p. 4.



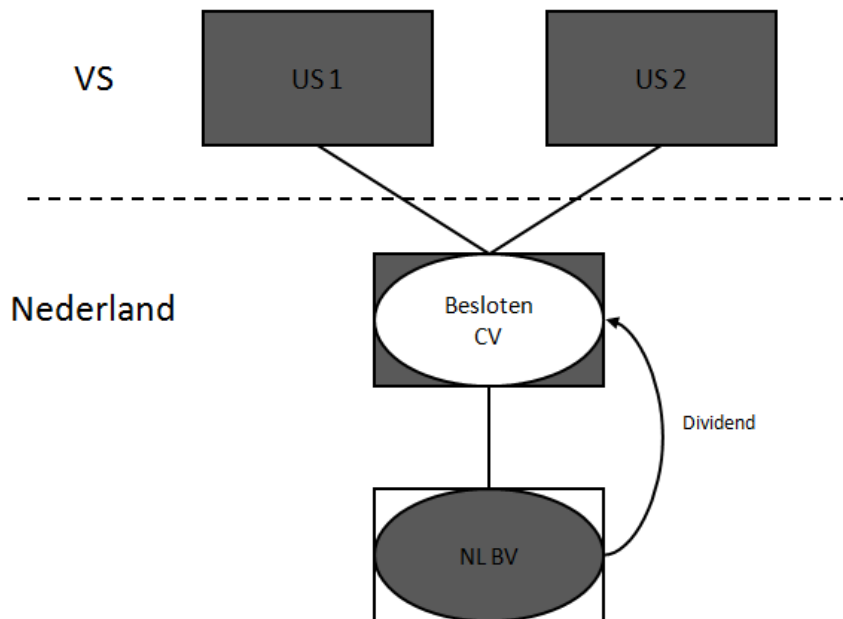
Z BV houdt alle aandelen in Y BV, die op zijn beurt alle aandelen in X BV houdt. Z BV en Y BV zijn gevestigd in de VS en X BV is gevestigd in Nederland. De VS ziet Y BV als transparant en Nederland ziet Y BV als niet-transparant. X BV keert dividend uit aan Y BV, maar omdat de VS Y BV als transparant ziet, belast de VS het dividendinkomen op het niveau van Z BV. Art. 24-4 regelt dat het dividendinkomen wordt geacht te zijn ontvangen door Z BV, en wijst verdragsgerechtigdheid aan Z BV toe, waarna Nederland deze kwalificatie volgt en Z BV dus gerechtigd is tot verdragsvoordelen onder het verdrag tussen Nederland en de VS.

Zoals blijkt uit het voorgaande regelt art. 24-4 dat een entiteit slechts als inwoner van een van beide staten wordt aangemerkt, en dus verdragsgerechtigd is, indien inkomen verkregen uit een transparante entiteit als zodanig bij die entiteit wordt behandeld. Er is een tweetal situaties die interessant zijn met betrekking tot deze bepaling. Ten eerste is dit de situatie waarbij zowel de VS als Nederland het inkomen verkregen uit een transparante entiteit niet toerekent aan een inwoner van de desbetreffende staat. Ten tweede is de genoemde bepaling interessant in de situatie waarbij zowel de VS als Nederland het inkomensbestanddeel dat verkregen is uit een hybride entiteit toerekent aan een inwoner van hun staat.¹²⁸

Van de eerstgenoemde situatie, waarbij geen van beide staten het inkomen aan een inwoner toerekent, is bijvoorbeeld sprake bij de veelgebruikte CV-BV structuur.¹²⁹ De werking van deze structuur kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende figuur:

¹²⁸ G.K. Fibbe, "Enkele aspecten van de nieuwe bepaling inzake hybride entiteiten in het verdrag met de Verenigde Staten," WFR 2005/429, p. 4.

¹²⁹ M. Fetter en S. Admiraal, "Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant," Forfaitair 2006/167-5, p. 3.



Twee Amerikaanse entiteiten zijn participant in een Nederlandse besloten CV. De besloten CV houdt op zijn beurt alle aandelen in een in Nederland gevestigde BV. De besloten CV is transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden, en wordt in de VS als niet-transparant aangemerkt. De Nederlandse BV is niet-transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden, en wordt in de VS als transparant aangemerkt. NL BV doet een dividenduitkering aan de besloten CV. Door deze dividenduitkering treedt art. 24-4 in werking, aangezien er inkomen wordt verkregen door een persoon dat fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide staten, aangezien Nederland de besloten CV als transparant ziet. Op grond van art. 24-4 wordt het inkomen geacht te zijn ontvangen door een inwoner van één van beide lidstaten indien die lidstaat het inkomen behandelt als inkomen van een inwoner van die staat. Aangezien de VS de besloten CV als niet-transparant aanmerkt, wordt het inkomen door de VS geacht te zijn verkregen door de besloten CV, en wordt het inkomen dus niet behandeld als inkomen van een Amerikaanse inwoner. Nederland ziet het inkomen daarentegen als verkregen door de Amerikaanse participanten in de besloten CV, aangezien Nederland de CV als transparant aanmerkt, waardoor het inkomen in Nederland dus ook niet behandeld wordt als inkomen verkregen door een inwoner. Op grond van art. 24-4 wordt het inkomen dus door geen van beide landen geacht door een inwoner te zijn verkregen, waardoor er geen verdragsgerechtigdheid geldt wat betreft de dividenduitkering. Het gevolg hiervan is dat Nederland het nationale dividendbelastingtarief van 15%¹³⁰ als bronbelasting inhoudt op de dividenduitkering, aangezien Nederland een dividenduitkering van NL BV aan de Amerikaanse participanten ziet. De besloten CV is namelijk transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden. Door de werking van art. 24-4 kan het Verdrag niet toegepast worden en wordt het dividendbelastingtarief zodoende niet verlaagd.

¹³⁰ Artikel 5 van de Wet op de dividendbelasting 1965.

In het eerder besproken OESO Partnership Report wordt bovenstaande situatie besproken.¹³¹ De OESO komt hierbij tot de conclusie dat in bovenstaande situatie de bronstaat, in dit geval Nederland, niet is gehouden om verdragsvoordelen toe te kennen aan de Amerikaanse participanten, en de bronbelasting dus niet hoeft te verlagen. Ondanks de visie van de OESO heeft de staatssecretaris in het besluit van 6 juli 2005¹³² goedgekeurd dat onder bepaalde voorwaarden toepassing van art. 24-4 achterwege kan blijven bij een CV-BV structuur. De reden hiervoor is dat art. 24-4 volgens de staatssecretaris nadelig kan uitwerken voor bedrijven die hun belangen in Nederlandse dochtervennootschappen hebben vormgegeven door middel van een CV-BV structuur,¹³³ zoals blijkt uit hierboven geschetst voorbeeld. De voorwaarde voor het achterwege laten van art. 24-4 bij een CV-BV structuur, is dat de hybride entiteit (in bovenstaand voorbeeld de besloten CV) moet deelnemen in een in Nederland gevestigd lichaam (in bovenstaand voorbeeld de Nederlandse BV) dat in of via Nederland reële activiteiten verricht.¹³⁴ Voor de beoordeling of in of via Nederland reële activiteiten worden verricht, kan één van de bij de CV-BV structuur betrokken partijen een verzoek indienen bij het APA/ATR-team van de Belastingdienst-Rijnmond. Het APA/ATR team zal bij de beoordeling of er sprake is van in of via Nederland verrichtte reële activiteiten rekening houden met onder andere de vestigingsplaats van het lichaam dat het dividend uitkeert, of er bestuurders en/of werknemers in Nederland actief zijn, of deze bestuurders beschikken over professionele kennis, waar de belangrijke bestuursbesluiten plaatsvinden, of er reële risico's worden gelopen, etc.¹³⁵ Het gevolg van dit besluit is dat, indien aan de genoemde voorwaarde wordt voldaan, art. 24-4 achterwege blijft, en de Amerikaanse participanten in een dergelijke CV-BV structuur rechtstreeks beroep kunnen doen het Verdrag ten aanzien van de dividenduitkering, mits aan de overige voorwaarden van het Verdrag is voldaan.

De situatie waarbij beide landen het inkomensbestanddeel aan een inwoner toerekenen kan als volgt worden geschetst:

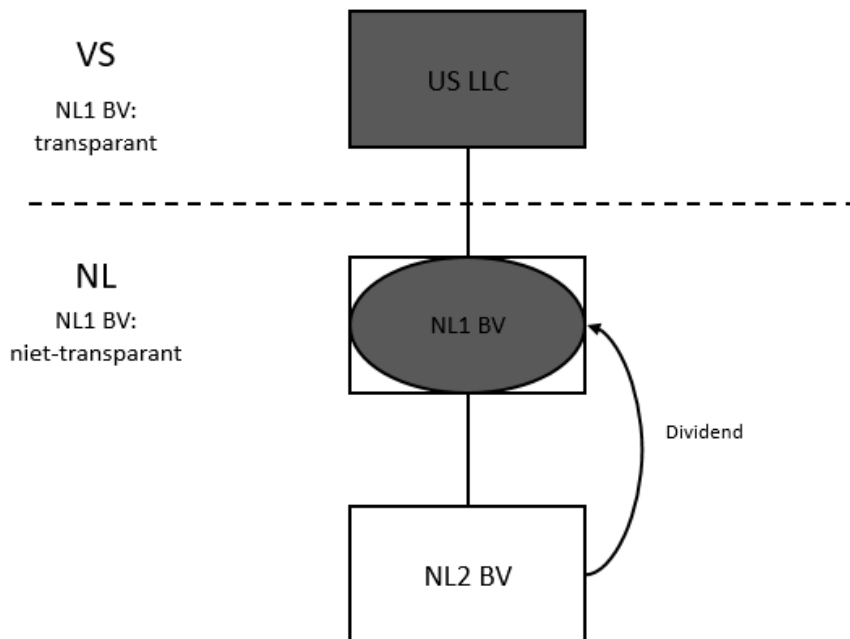
¹³¹ OESO, "Issues in international taxation (The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships)," nr. 6, §64-68, Parijs 1999.

¹³² Besluit staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, BNB 2005/280.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.



Een Amerikaanse entiteit houdt alle aandelen in een Nederlandse BV, die op zijn beurt alle aandelen in een tweede Nederlandse BV houdt. NL1 BV is niet-transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden en wordt in de VS als transparant aangemerkt. NL2 BV doet een dividenduitkering aan NL1 BV. Aangezien Nederland de BV als niet-transparant ziet, heft Nederland belasting over het dividendinkomen op het niveau van NL1 BV. De VS ziet NL1 BV echter als een transparante entiteit, en belast het dividendinkomen op het niveau van de Amerikaanse aandeelhouder, aangezien de dividenduitkering vanuit Amerikaans oogpunt geacht wordt te zijn gedaan aan US LLC. Op deze manier behandelen beide landen het inkomensbestanddeel dus als verkregen door een inwoner. Op basis van de letterlijke tekst van art. 24-4 en het algemene principe, de bronstaat volgt de kwalificatie van de woonstaat, van het artikel, zou Nederland in bovenstaand geval af moeten zien van belastingheffing over het inkomensbestanddeel. In het Memorandum van Overeenstemming (“MvO”) bij het wijzigingsprotocol van het verdrag tussen Nederland en de VS zegt paragraaf XIV(a) echter het volgende:

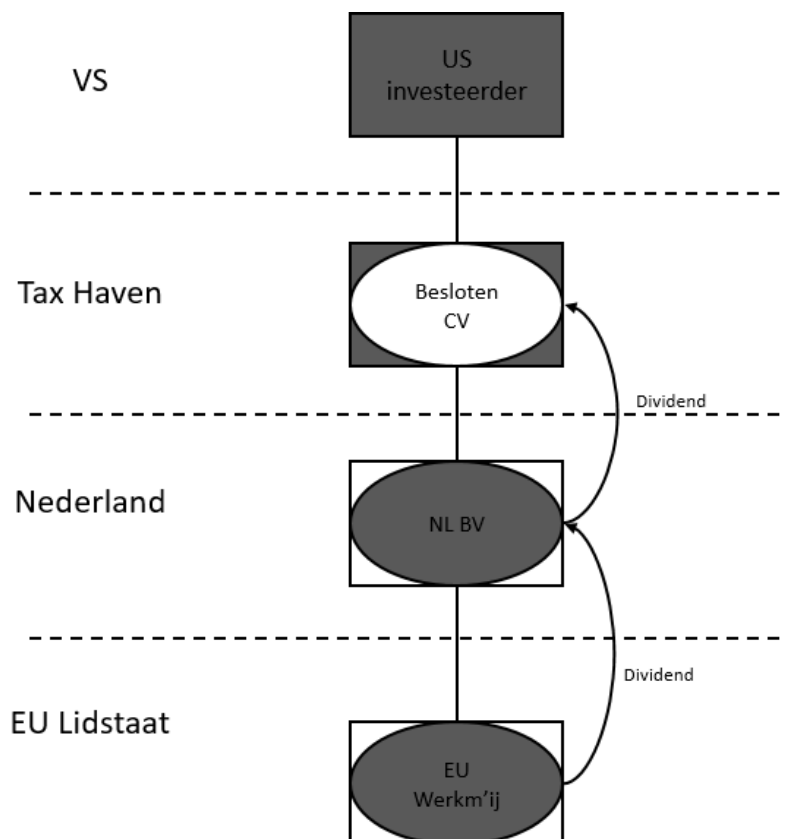
“Het is wel te verstaan dat, indien uit hoofde van het vierde lid van artikel 24 een inkomensbestanddeel door een Staat wordt aangemerkt als zijnde verkregen door een persoon die inwoner is van die Staat en dat inkomensbestanddeel door de andere Staat wordt aangemerkt als zijnde verkregen door een persoon die inwoner is van die andere Staat, dat lid geen van beide Staten belet het inkomensbestanddeel te belasten als inkomen van de persoon die door die Staat wordt aangemerkt als zijnde degene die het inkomensbestanddeel heeft verworven.”

In bovenstaand voorbeeld hoeft Nederland als bronstaat dus op grond van paragraaf XIV van het MvO niet af te zien van belastingheffing over het dividendinkomen en wordt dubbele heffing niet voorkomen.

3.3.2 Beoordeling van art. 24-4

Art. 24-4 is in het leven geroepen om oneigenlijke belastingvoordelen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten te voorkomen, waarbij als hoofdregel geldt dat de bronstaat de woonstaat volgt wat betreft de toerekening van een inkomensbestanddeel aan een inwoner. Deze hoofdregel wordt echter door paragraaf XIV van het MvO gefrustreerd in het geval dat beide landen het inkomensbestanddeel toerekenen aan een inwoner. In dat geval is de bronstaat niet gehouden om de woonstaat te volgen, en mag de bronstaat, evenals de woonstaat, zelfstandig heffen over het inkomensbestanddeel. Op deze manier wordt dubbele belastingheffing gecreëerd, wat niet wordt tegengegaan door de werking van art. 24-4.

In het geval dat een inkomensbestanddeel door geen van beide landen aan een inwoner wordt toegerekend is art. 24-4 in principe duidelijk: er is geen recht op verdragsvoordelen met betrekking tot het inkomensbestanddeel in kwestie. Zoals hiervoor besproken, wordt hier op grond van het besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005 onder voorwaarden een uitzondering op gemaakt. Dat het genoemde besluit eveneens het doel en de werking van art. 24-4 frustreert, kan aan de hand van de volgende figuur¹³⁶ worden geïllustreerd:



¹³⁶ Figuur ontleend aan M. Evers, A.C.G.A.C de Graaf en A.J.A. Stevens, "Zembla-uitzending "Nederland belastingparadijs" nader beschouwd," MBB 2011/02-2, p. 5.

Bovenstaande figuur geeft een variant van de eerder besproken CV-BV structuur weer, en wordt de “spaarpot-op-zee” structuur genoemd. Dit is een structuur die veel wordt gebruikt in de verhouding tussen Nederland en de VS.¹³⁷

Een Amerikaanse investeerder houdt alle aandelen in een met een Nederlandse besloten CV vergelijkbaar lichaam, welke is gevestigd in een Tax Haven. De besloten CV houdt alle aandelen in een in Nederland gevestigde BV, die op zijn beurt alle aandelen houdt in een werkmaatschappij, welke is gevestigd in een EU Lidstaat. De besloten CV wordt in de VS als niet-transparant aangemerkt, terwijl deze in Nederland als transparant wordt gekwalificeerd voor belastingdoeleinden. Zowel de Nederlandse BV als de werkmaatschappij zijn transparant voor Amerikaanse belastingdoeleinden en niet-transparant vanuit Nederlands oogpunt. Op het niveau van de werkmaatschappij worden activiteiten verricht en inkomsten gegenereerd. De werkmaatschappij keert dividenden uit aan de Nederlandse BV, welke de dividenden dooruitdeelt aan de besloten CV. Aangezien de Nederlandse BV alle aandelen in de werkmaatschappij houdt, is op de van de werkmaatschappij ontvangen dividenden de Nederlandse deelnemingsvrijstelling¹³⁸ van toepassing, waardoor Nederland geen belasting heft over de dividendinkomsten. De dooruitdeling van dividend van de Nederlandse BV aan de in de Tax Haven gevestigde besloten CV valt in principe onder de werking van art. 24-4, aangezien er een betaling wordt gedaan aan een voor Nederlandse doeleinden fiscaal transparante persoon. Het inkomen wordt echter door zowel Nederland als door de VS niet aan een inwoner toegerekend, waardoor er geen recht is op verdragsvoordelen. Het eerder besproken besluit van 6 juli 2005 zorgt echter dat de werking van art. 24-4 onder voorwaarden achterwege kan blijven. Er vanuit gaande dat aan de voorwaarden van het besluit wordt voldaan, kan het verdrag tussen Nederland en de VS toch worden ingeroepen door de Nederlandse BV. Vanuit Nederlands perspectief wordt de dividendbetaling namelijk geacht direct te zijn gedaan aan de Amerikaanse investeerder, aangezien de besloten CV transparant is voor Nederlandse fiscale doeleinden. Doordat het Verdrag ingeroepen mag worden, kan de bronbelasting die Nederland inhoudt, onder voorwaarden, verlaagd worden naar nihil.¹³⁹ Aangezien de VS de besloten CV als niet-transparant ziet, heft de VS ook geen belasting over de inkomsten van de besloten CV, en kan het ontvangen geld door de besloten CV onbelast opgegot worden in de Tax Haven en wordt er pas belasting geheven over deze inkomsten als de inkomsten worden dooruitgedeeld aan de Amerikaanse investeerder.

Alhoewel het besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005 in bepaalde gevallen de werking van art. 24-4 frustreert, zou de oplossing van dit probleem niet bij Nederland moeten liggen. Als de

¹³⁷ M. Evers, A.C.G.A.C de Graaf en A.J.A. Stevens, “Zembla-uitzending “Nederland belastingparadijs” nader beschouwd,” MBB 2011/02-2, p. 5.

¹³⁸ De Nederlandse deelnemingsvrijstelling is neergelegd in artikel 13 e.v. van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en stelt, kort gezegd, de voordelen uit hoofde van een deelneming vrij.

¹³⁹ Zie artikel 10, lid 3, van het verdrag tussen Nederland en de VS.

staatssecretaris een dergelijk besluit namelijk niet zou hebben genomen, zou art. 24-4 een aanzienlijk negatief effect op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland hebben. De reden hiervoor is dat CV-BV structuren veelvuldig worden gebruikt in Nederland, en de mogelijkheid tot het gebruik van dergelijke structuren één van de redenen voor multinationale ondernemingen is om zich in Nederland te vestigen. Het vestigen in Nederland van dergelijke ondernemingen gebeurt vaak niet slechts op papier; multinationale ondernemingen die van dergelijke structuren gebruik maken nemen ook bedrijvigheid mee, zorgen voor werkgelegenheid en behalen wel degelijk belastbaar inkomen in Nederland. Als de mogelijkheid tot het opzetten van CV-BV structuren in Nederland wordt weggenomen, verdwijnen ook de ondernemingen die gebruik maken van dergelijke structuren, samen met alle reële activiteiten die zij in Nederland verrichten. Dit zal een negatieve invloed op de Nederlandse economie, en daarmee ook op de internationale concurrentiepositie van Nederland, hebben. Daarnaast zijn de gevolgen van CV-BV structuren voor de VS relatief beperkt. Er wordt namelijk geen belasting ontweken, maar uitgesteld. Zodra de opgepotte winsten naar de VS worden gehaald, kan de VS deze winsten alsnog in de belastingheffing betrekken. Maar alhoewel de gevolgen van belastinguitstel kleiner zijn dan de gevolgen van belastingontwijking, leidt ook belastinguitstel tot een lagere effectieve belastingdruk. Om deze reden zou Nederland om de VS tegemoet te komen kunnen denken aan het slechts toestaan van CV-BV structuren tot aan een bepaald bedrag aan opgepotte winsten. Er kan bijvoorbeeld worden bepaald dat art. 24-4 weer van toepassing is als een dergelijke drempel is bereikt. Toch zou het grootste deel van het oplossen van het probleem bij de VS moeten liggen.

De VS heeft op dit moment wetgeving om dergelijke uitstelstructuren tegen te gaan, namelijk de eerder besproken Subpart F wetgeving. In de hiervoor besproken situatie zou deze wetgeving er in beginsel toe moeten leiden dat het passieve inkomen dat wordt ontvangen door de besloten CV als Subpart F inkomen wordt aangemerkt, en in de VS aan belasting wordt onderworpen. Doordat de Nederlandse BV en de werkmaatschappij in de VS echter als transparant worden aangemerkt, worden de dividendstromen niet gezien vanuit Amerikaans oogpunt en worden de activiteiten die worden verricht door de werkmaatschappij toegerekend aan de besloten CV. Op deze manier wordt het inkomen dat door de besloten CV wordt ontvangen niet geacht passief inkomen, maar actief inkomen te zijn. Op deze manier wordt dus ook belastingheffing onder Subpart F voorkomen en blijft het inkomen van de besloten CV volledig onbelast staan in de Tax Haven. Hieruit blijkt dat de huidige Amerikaanse maatregelen CV-BV structuren niet effectief tegengaan, en er dus aanvullende maatregelen nodig zijn als de VS deze structuren wil voorkomen. Een maatregel waar aan gedacht kan worden is het afschaffen van het Amerikaanse check-the-box systeem, aangezien dit systeem één van de oorzaken is dat hybride entiteiten, en dus CV-BV structuren, zo eenvoudig kunnen worden gecreëerd. Ook zou kunnen worden gedacht aan uitbreiding van de reikwijdte van het Amerikaanse CFC-regime, waardoor opgepotte winsten eenvoudiger in de VS belast kunnen worden.

Zoals eerder in deze paragraaf besproken ziet art. 24-4 slechts op situaties waarbij inkomen wordt verkregen door een entiteit die door één van beide landen als transparant wordt gekwalificeerd. Situaties waarin een hybride entiteit wordt gebruikt om een kunstmatige (dubbele) aftrekbare betaling te creëren vallen dus niet onder de werking van art. 24-4, aangezien er in een dergelijk geval geen inkomen wordt ontvangen door een hybride entiteit. Structuren waarbij een hybride entiteit wordt gebruikt om een lening aan te trekken waar vervolgens rente op wordt betaald en resulteert in een D/D- of D/NI structuur worden dus niet voorkomen onder het verdrag tussen Nederland en de VS. Daarnaast regelt art. 24-4 niets voor de situatie waarin beide landen het inkomensbestanddeel aan een inwoner toerekenen, waardoor dubbele heffing niet wordt voorkomen en art. 24-4 op dit punt verder gaat dan nodig. De werking van belastingverdragen en de bepalingen in dergelijke verdragen zijn over het algemeen niet bekend bij het grote publiek, waardoor de publieke opinie bij art. 24-4 neutraal is. Verder is art. 24-4 redelijk complex, aangezien dit artikel op elk inkomensbestanddeel afzonderlijk toegepast dient te worden. Deze complexiteit wordt versterkt door eerdergenoemd besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005.

3.4 Obama's proposals

3.4.1 Budget of the Fiscal Year 2016

Begin 2015 stelde Obama belastingontwijking door multinationale ondernemingen, onder andere door middel van hiervoor beschreven structuren, aan de kaak en deed voorstellen om belastingontwijking te voorkomen. Deze voorstellen waren neergelegd in de "Budget of the Fiscal Year 2016"¹⁴⁰ (hierna: "Budget 2016"). Obama's voorstellen uit de Budget 2016 zijn tweeledig; namelijk (i) het belasten van door Amerikaanse bedrijven in het buitenland behaalde winsten tegen een tarief van 19%, en (ii) de door Amerikaanse bedrijven overzees gestalde gelden naar de VS te halen deze éénmalig te belasten tegen een tarief van 14%.¹⁴¹

3.4.1.1 Het belasten van buitenlandse winsten

Het voorstel uit de Budget 2016 betreffende het belasten van buitenlandse winsten houdt in hoofdlijnen in dat de VS al het inkomen dat Amerikaanse bedrijven via eerder beschreven CFC's in het buitenland genereren in de VS wordt belast tegen een tarief van 19%, waarbij er geen mogelijkheden geboden worden tot het ontwijken van deze heffing. Hierna kunnen de inkomsten

¹⁴⁰ Budget of the U.S. Government, FY2016.

¹⁴¹ Budget of the U.S. Government, FY2016, p.57.

worden geherinvesteerd in de VS zonder additionele heffing. Het doel dat de VS met deze heffing wil bereiken is dat Amerikaanse bedrijven minimaal 19% belasting over hun wereldwinst betalen.¹⁴²

De heffing over buitenlands inkomen zal volgens het voorstel niet gelden voor eerder beschreven Subpart F inkomen. Subpart F inkomen zal nog steeds worden belast tegen het reguliere Amerikaanse tarief, en niet tegen het verlaagde tarief van 19%.

Op grond van het voorstel worden de buitenlandse inkomsten van door Amerikaanse vennootschappen gehouden CFC's in de VS belast tegen een tarief van 19%, minus 85% van de buitenlandse effectieve belastingdruk van het desbetreffende land. De buitenlandse effectieve belastingdruk wordt berekend aan de hand van een geaggregeerde basis voor alle buitenlandse inkomsten en daarmee samenhangende belastingen die toegerekend worden aan dat land over een periode van 60 maanden. Aan welk land buitenlandse inkomsten en daarmee samenhangende belastingen worden toegerekend is gebaseerd op inwonerschap in dat land op basis van het nationale recht van het desbetreffende land.¹⁴³ Indien buitenlandse inkomsten in meerdere jurisdicties aan belasting zijn onderworpen, worden de inkomsten toegerekend aan het land met het hoogste belastingpercentage.¹⁴⁴

Aangezien slechts 85% van de buitenlandse effectieve belastingdruk in mindering komt op de Amerikaanse heffing van 19% kan dit voorstel leiden tot dubbele belastingheffing bij een buitenlandse effectieve belastingdruk van maximaal 22,35%.¹⁴⁵ Door slechts 85% van de buitenlandse effectieve belastingdruk in mindering toe te staan gaat dit voorstel in sommige gevallen zodoende verder dan nodig, aangezien slechts een minimale belastingdruk van 19% over het wereldinkomen wordt beoogd. Daarnaast ziet het voorstel slechts op CFC's, waardoor Amerikaanse entiteiten met non-CFC's buiten beschouwing worden gelaten.¹⁴⁶

3.4.1.2 Het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden

Het voorstel uit de Budget 2016 betreffende het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden houdt in hoofdlijnen in dat er een eenmalige heffing van 14% wordt opgelegd over in CFC's opgepotte winsten die niet eerder in de VS aan belastingheffing zijn onderworpen, waarbij een verrekening wordt gegeven van het bedrag aan in het buitenland betaalde belasting over de desbetreffende winsten,

¹⁴² Deloitte, "Administration Proposes Fundamental International Tax Reform in FY2016 Budget," United States Tax Alert, 6 februari 2015.

¹⁴³ Department of the Treasury, "General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2016 Revenue Proposals," Februari 2015, p.20.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Bij een buitenlandse effectieve belastingdruk van 22,35% doet de VS geen additionele heffing meer. Stel echter een buitenlandse effectieve belastingdruk van 20%; de VS heft dan $19\% - (20\% \times 0,85) = 2\%$. Bij een buitenlandse effectieve belastingdruk van 20% ontstaat dus een dubbele belastingheffing ter grootte van 2%.

¹⁴⁶ Zie o.a. Deloitte, "Administration Proposes Fundamental International Tax Reform in FY2016 Budget," United States Tax Alert, 6 februari 2015, p.2-3.

vermenigvuldigd met 40%.¹⁴⁷ ¹⁴⁸ De verschuldigde belasting ten aanzien van overzees gestalde gelden zou gelijkmatig verdeeld over 5 jaar mogen worden betaald.

Een knelpunt van het hiervoor beschreven voorstel is dat er geen rekening wordt gehouden met buitenlandse investeringen die niet uit liquide middelen bestaan.¹⁴⁹ Zo kan het bijvoorbeeld voorkomen dat een Amerikaanse entiteit, die investeert in een buitenlandse fabriek, niet voldoende liquide middelen beschikbaar heeft om aan de Amerikaanse heffing te kunnen voldoen. Daarnaast is niet bekend of de belasting per CFC dient te worden voldaan, of op geconsolideerde basis, waarbij buitenlandse investeringen verrekend zouden kunnen worden met buitenlandse schulden.¹⁵⁰

Zoals blijkt uit de Budget 2016 was het de bedoeling om het voorstel betreffende het belasten van buitenlandse winsten te effectueren voor belastbare jaren beginnend na 31 december 2015.¹⁵¹ Het voorstel betreffende het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden zou na implementatie moeten gelden voor winsten die zijn geaccumuleerd in belastbare jaren beginnend voor 1 januari 2016.¹⁵² Deze termijnen zijn echter niet gehaald, maar in de “Budget of the Fiscal Year 2017”¹⁵³ (hierna: “Budget 2017”) wordt wel voortgebouwd op de voorstellen uit de Budget 2016.

3.4.2 Budget of the Fiscal Year 2017

In de Budget 2017 zijn de voorstellen uit de Budget 2016 betreffende het belasten van buitenlandse winsten en het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden, in hun letterlijke tekst, opnieuw opgenomen, waarbij de beoogde implementatietermijnen een jaar opschuiven. Het voorstel betreffende het belasten van buitenlandse winsten moet nu effect gaan hebben op belastbare jaren die beginnen na 31 december 2016¹⁵⁴ en het voorstel betreffende het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden zou na implementatie effect moeten hebben op winsten die zijn geaccumuleerd in belastbare jaren die niet later beginnen dan 31 december 2016.¹⁵⁵

¹⁴⁷ 40% staat voor de ratio tussen de eenmalige heffing van 14% en het hoogste vennootschapsbelastingtarief in de VS (14%/35%).

¹⁴⁸ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2016 Revenue Proposals,” Februari 2015, p.23.

¹⁴⁹ Citizens for Tax Justice, “\$2.1 Trillion in Corporate Profits Held Offshore: A Comparison of International Tax Proposals,” 14 juli 2015, p.5.

¹⁵⁰ Zie o.a. Zie o.a. Deloitte, “Administration Proposes Fundamental International Tax Reform in FY2016 Budget,” United States Tax Alert, 6 februari 2015, p.3.

¹⁵¹ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2016 Revenue Proposals,” Februari 2015, p.22.

¹⁵² Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2016 Revenue Proposals,” Februari 2015, p.23.

¹⁵³ Budget of the U.S. Government, FY2017.

¹⁵⁴ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue Proposals,” Februari 2016, p.12.

¹⁵⁵ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue Proposals,” Februari 2016, p.13.

Wel nieuw in de Budget 2017 zijn twee voorstellen die zijn gericht op het beperken van de mogelijkheden tot het gebruik van hybride entiteiten.

Het eerste voorstel houdt in dat dat een aftrek van interest- of royaltybetalingen aan verbonden partijen geweigerd wordt indien er een hybride entiteit bij de transactie betrokken is en de hybride entiteit zonder weigering van de aftrek een D/D- of een D/NI structuur veroorzaakt.¹⁵⁶

Het tweede voorstel houdt in dat de in paragraaf 3.2.2 beschreven “same-country-” en “look-through” regel niet van toepassing zijn op betalingen ontvangen door een buitenlandse reverse hybride entiteit die wordt gehouden door een VS-inwoner, indien die betalingen in aftrek kunnen worden gebracht bij een buitenlandse verbonden entiteit.¹⁵⁷

Als de voorstellen daadwerkelijk geïmplementeerd worden, zal een aantal structuren waarbij hybride entiteiten worden gebruikt worden tegengegaan, maar niet elke structuur valt onder de reikwijdte van de voorstellen. Het eerste voorstel ziet slechts op situaties waarbij de entiteit die de interest- of royaltybetaling verricht in de VS is gevestigd, aangezien de VS slechts dan de aftrek van de betaling kan weigeren. De eerder in dit hoofdstuk beschreven structuren met hybride entiteiten waarbij de moedermaatschappij in de VS is gevestigd vallen niet onder de reikwijdte van dit voorstel.

Ook het tweede voorstel beslaat niet alle mogelijke structuren. Slechts situaties waarbij een betaling wordt gedaan aan een door een VS-entiteit gehouden reverse hybride entiteit vallen onder de reikwijdte van het voorstel. Het eerder in paragraaf 3.2.2 beschreven voorbeeld, waarbij een Amerikaanse entiteit twee CFC's houdt in het buitenland, waarvan er één een reverse hybride entiteit houdt in een tax haven en deze reverse hybride entiteit een lening verstrekt aan de andere CFC, om zo een D/NI structuur te creëren, is een voorbeeld van een structuur die niet onder de reikwijdte van het tweede voorstel valt.

3.4.3 Beoordeling Obama's proposals

De voorstellen van Obama zijn deels effectief. De in paragraaf 3.4.1 besproken voorstellen uit de Budget 2016 zullen belastinguitstel als gevolg van het overzees oppotten van geld deels tegengaan, maar kunnen er ook toe leiden dat ondernemingen hun fiscale vestigingsplaats naar buiten de VS zullen verplaatsen om deze regelgeving te ontlopen. In de Budget 2017 wordt echter een voorstel gedaan om het verplaatsen van de fiscale vestigingsplaats naar buiten de VS moeilijker te maken.¹⁵⁸ De aanvullende voorstellen uit de Budget 2017 zijn eveneens slechts deels effectief, aangezien deze

¹⁵⁶ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue Proposals,” Februari 2016, p.26.

¹⁵⁷ Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue Proposals,” Februari 2016, p.26, zie ook: EY, “President Obama’s FY 2017 Budget Builds on Previous Tax Proposals,” WCEY Tax Legislative Alert, 9 februari 2016, p.3.

¹⁵⁸ Zie hiervoor Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue Proposals,” Februari 2016, p.38.

voorstellen niet alle mogelijke structuren, waarbij belastinguitstel wordt gecreëerd door middel van het gebruik van een hybride entiteit, beslaan en deze voorstellen kunnen worden ontgaan, door bijvoorbeeld het opzetten van een structuur zoals besproken in paragraaf 3.2.2.

Daarnaast gaan de voorstellen van Obama op sommige punten verder dan nodig. Zo wordt er in het voorstel omtrent het belastingen van overzees gestalde gelden geen rekening gehouden met investeringen die niet uit liquide middelen bestaan en kan het voorstel omtrent het belastingen van buitenlandse winsten in sommige gevallen tot dubbele belastingheffing leiden, aangezien er in slechts een verrekening van 85% van de in het buitenland betaalde belasting wordt gegeven. De voorstellen van Obama zullen waarschijnlijk een kleine negatieve impact op de Amerikaanse economie hebben. Weliswaar zal het éénmalig belastingen van overzees gestalde gelden leiden tot een grote eenmalige stijging van belastingopbrengsten in de VS, maar de voorstellen van Obama kunnen er ook toe leiden dat ondernemingen de VS zullen verlaten, wat weer lagere constante belastingopbrengsten met zich meebrengt en voor een daling van de werkgelegenheid kan zorgen.

Dergelijke voorstellen van Obama hebben in het algemeen wel een relatief groot draagvlak bij de Amerikaanse burgers. Voorstellen van de president van de VS worden vaak breed opgepikt door de media, waardoor het grote publiek meer betrokken raakt bij de voorstellen. Voorstellen omtrent het tegengaan van belastingontwijking kunnen vaak rekenen op acceptatie van het grote publiek. De voorstellen zijn op zichzelf wettelijk haalbaar, aangezien deze slechts door Amerika hoeven te worden geïmplementeerd, maar het feit dat voornamelijk grote multinationale ondernemingen worden aangesproken in de voorstellen van Obama leidt er echter toe dat de wettelijke haalbaarheid ervan afneemt, aangezien multinationale ondernemingen een zeer sterke lobbypositie hebben en zich naar alle waarschijnlijkheid zullen hardmaken om dergelijke voorstellen te blokkeren. Daarnaast wordt de wettelijke haalbaarheid verkleind door het feit dat Obama in beide kamers van het Congres, te weten de Senaat en het Huis van Afgevaardigden, geen meerderheid meer heeft. Ook krijgt een zittende president in het laatste jaar van zijn ambtstermijn in de regel maar weinig nieuwe wetgeving goedgekeurd. Verder zijn de voorstellen relatief eenvoudig en begrijpelijk vormgegeven.

3.5 Voorstellen Amerikaanse presidentskandidaten

Op 8 november 2016 staan de 58^e Amerikaanse presidentsverkiezingen gepland, waarbij de 45^e president van de VS gekozen zal worden. De belangrijkste kandidaten zijn Donald Trump (hierna: “Trump”), namens de Republikeinse Partij, en Hillary Clinton (hierna: “Clinton”), namens de Democratische Partij. Beide kandidaten hebben als onderdeel van hun verkiezingsprogramma een belasting(hervormings)plan opgesteld, waarin onder andere aandacht wordt besteed aan belastingontwijking door multinationale ondernemingen en het bestrijden daarvan. Deze plannen zijn

met name gericht tegen agressieve fiscale structuren van de zogenoemde “Fortune 500 companies.” De Fortune 500 is een ranglijst van de 500 grootste Amerikaanse bedrijven naar omzet, welke jaarlijks wordt opgesteld door het tijdschrift Fortune. Uit het rapport “Offshore Shell Games 2015” blijkt dat de Fortune 500 companies in 2015 gezamenlijk zo’n \$2.1 triljoen aan in tax havens opgepotte winsten aanhouden, als gevolg waarvan de VS ongeveer \$620 miljard aan belastinginkomsten misloopt. De top 30 van de Fortune 500 companies zijn gezamenlijk goed voor 65% van deze overzees gestalde winsten, wat neerkomt op \$1.4 triljoen.¹⁵⁹ In deze paragraaf zullen de voor deze scriptie relevante elementen van deze plannen worden besproken.

3.5.1 Voorstellen Donald Trump

Trump wil ervoor zorgen dat de reeds door Amerikaanse bedrijven overzees gestalde gelden terug naar de VS worden gehaald en in de VS in de belastingheffing worden betrokken en probeert te voorkomen dat bedrijven in de toekomst doorgaan met het overzees oppotten van gelden en daarmee belastingheffing in de VS uitstellen.

Ten eerste stelt Trump voor om het huidige Amerikaanse toptarief in de vennootschapsbelasting van 35% te verlagen naar 15%. Het toptarief op inkomen dat via een transparante entiteit wordt genoten zal ook worden verlaagd naar 15%. Volgens Trump zal dit ertoe leiden dat bedrijven het onnodig vinden om hun gelden nog overzees op te potten, aangezien de VS de inkomsten tegen een erg gunstig tarief zal belasten.¹⁶⁰

Ten tweede stelt Trump voor om door Amerikaanse bedrijven overzees gestalde gelden terug naar de VS te halen en éénmalig tegen een tarief van 10% te belasten, te betalen over 10 jaar. Vervolgens zullen de toekomstige inkomsten van buitenlandse dochtervennootschappen jaarlijks worden belast, waardoor belastinguitstel wordt tegengegaan.¹⁶¹

Door een gunstig fiscaal vestigingsklimaat in de VS te creëren, probeert Trump zogenoemde “corporate inversions,” het door een Amerikaanse vennootschap verplaatsen van haar fiscale vestigingsplaats naar buiten de VS, te voorkomen. Daarnaast stelt Trump dat de door hem voorgestelde verlaging van het toptarief in de vennootschapsbelasting zal leiden tot een flinke stimulans van de Amerikaanse economie, wat volgens Trump leidt tot een significante groei in het

¹⁵⁹ Citizens for Tax Justice, “Offshore Shell Games 2015: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies,” oktober 2015, pp. 1-2.

¹⁶⁰ “Tax Reform that will make America Great Again: The Goals of Donald J. Trump’s Tax Plan,” 8 februari 2016, p. 1.

¹⁶¹ “Tax Reform that will make America Great Again: The Goals of Donald J. Trump’s Tax Plan,” 8 februari 2016, p. 2.

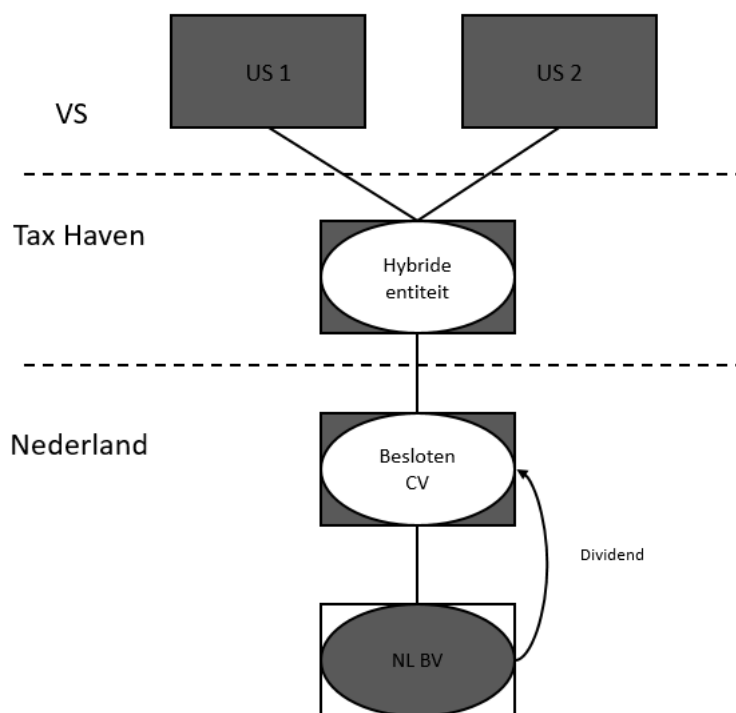
Amerikaanse BNP, een groei in de werkgelegenheid en in een stijging van de nettolonen van werknemers.¹⁶²

De voorstellen van Trump zijn een stap in de goede richting om belastinguitstel als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan. Het éénmalig belasten van overzees gestalde gelden kan er, naast een éénmalige grote belastingopbrengst in de VS, toe leiden dat het opgepotte geld naar de VS wordt toegehaald en daar actief wordt geïnvesteerd, wat een economische impuls voor de VS zou betekenen. Daarnaast gebruikt Trump in zijn voorstel de woorden “corporate cash held overseas” als éénmalige belastinggrondslag, waardoor er, in tegenstelling tot het in §3.4.1.2 beschreven voorstel van Obama, wel rekening wordt gehouden met buitenlandse investeringen die niet uit liquide middelen bestaan. Daarnaast zorgt de door Trump voorgestelde tariefverlaging ervoor dat het fiscale vestigingsklimaat van de VS verbetert, wat zou moeten leiden tot een afname van de eerdergenoemde “corporate inversions.” De voorgestelde tariefverlaging is echter zo groot dat de positieve effecten weer teniet zouden kunnen worden gedaan door de verlaagde belastingopbrengsten als gevolg hiervan.

Het voorstel van Trump voor het belasten van inkomsten van buitenlandse dochtervennootschappen kan ertoe leiden dat belastinguitstel door middel van het gebruik van hybride entiteiten afneemt, aangezien de overzees opgepotte winsten op deze manier toch in de VS in de belastingheffing worden betrokken. In dit voorstel wordt echter geen onderscheid tussen actief en passief inkomen gemaakt, waardoor ook bonafide structuren, waarbij een dochtervennootschap reële activiteiten verricht, onder de reikwijdte van dit voorstel vallen. In het voorstel geeft Trump aan een verrekening van reeds in het buitenland betaalde belasting te zullen geven, maar er wordt niet gespecificeerd hoe deze verrekening zal worden vormgegeven. Indien de verrekening op dezelfde manier wordt vormgegeven als in het in §3.4.1.1 beschreven voorstel van Obama, bestaat wederom de kans op dubbele belastingheffing als gevolg van het voorstel van Trump om buitenlandse winsten te belasten. Aangezien Amerikaanse ondernemingen geen belasting in de VS zullen willen betalen over de door hun dochtervennootschappen behaalde inkomsten kan dit voorstel van Trump, in tegenstelling tot het voorstel voor een tariefverlaging, juist leiden tot een toename in het aantal “corporate inversions.”

Alhoewel het voorstel van Trump om inkomsten van buitenlandse dochtervennootschappen in de VS in de heffing te betrekken in theorie een effectieve maatregel is om te voorkomen dat Amerikaanse ondernemingen overzees geld oppotten, kan dit voorstel in de praktijk worden ontgaan door tussen de vennootschap waarin het geld wordt opgepot en de in de VS gevestigde moedermaatschappij een extra dochtervennootschap te plaatsen. Een dergelijke structuur zal ook in de verhouding tussen Nederland en de VS mogelijk zijn. Dit kan als volgt aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd:

¹⁶² “Tax Reform that will make America Great Again: The Goals of Donald J. Trump’s Tax Plan,” 8 februari 2016, p. 3.



Bovenstaande structuur is vergelijkbaar met de in §3.3.1 besproken CV-BV structuur, met als verschil dat de Amerikaanse participanten niet direct in de besloten CV participeren, maar indirect via een in een Tax Haven gevestigde reverse hybride entiteit, welke door de VS als niet-transparant en door Nederland als transparant wordt aangemerkt. Op het door NL BV uitgekeerde dividend wordt door Nederland geen bronbelasting ingehouden, aangezien art. 24-4 door toepassing van het eerdergenoemde besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005 achterwege blijft. Op grond van de voorstellen van Trump worden de inkomsten van buitenlandse dochtervennootschappen, in dit geval de reverse hybride entiteit, meegenomen in de belastingheffing in de VS. Aangezien de VS echter zowel de reverse hybride entiteit als de in Nederland gevestigde besloten CV als niet-transparant aanmerkt, wordt de dividenduitkering door de VS toegerekend aan de besloten CV. Aangezien de VS in bovenstaande situatie geen inkomen toerekent aan de reverse hybride entiteit, kan de VS geen buitenlands inkomen in de belastingheffing betrekken. Door middel van bovenstaande structuur kan het eerdergenoemde voorstel van Trump worden ontgaan en kunnen inkomsten zodoende overzees opgepot blijven worden.

De voorstellen van Trump zullen waarschijnlijk een negatieve impact op de Amerikaanse economie hebben. Weliswaar tracht Trump het fiscale vestigingsklimaat van de VS aantrekkelijker te maken, maar het voorstel omtrent het in de VS belasten van inkomsten van buitenlandse dochtervennootschappen kan leiden tot corporate inversions. Er zijn in de VS echter recent stappen gezet om de mogelijkheid tot corporate inversions in te perken. Het drempelpercentage van een 80% aandelenbelang in de nieuwe vennootschap, zoals in de volgende paragraaf wordt besproken, wordt op grond van de nieuwe regelgeving getoetst op het moment dat drie jaar voor de corporate inversion ligt,

in plaats op het moment van de corporate inversion zelf. Onder andere een zeer grote corporate inversion van pharmaconcern “Pfizer” is door invoering van deze nieuwe regelgeving niet doorgedaan.¹⁶³

Daarnaast kan het verlagen van het vennootschapsbelastingtarief leiden tot minder belastinguitstel door multinationale ondernemingen, maar ook de ondernemingen die voorheen niet aan belastinguitstel deden profiteren van de belastingverlaging. Daarnaast is de verlaging van het tarief zo drastisch dat dit grote gevolgen zal hebben op de belastinginkomsten in de VS. Experts voorspellen zelfs dat de voorstellen van Trump gedurende de komende tien jaar zullen leiden tot een verlies aan staatsinkomsten van \$10 biljoen.^{164 165}

Evenals de voorstellen van Obama krijgen de voorstellen van Trump veel (media-)aandacht in de VS, wat een positief effect heeft op de publieke opinie. Het feit dat de voorstellen van Trump tot een groot verlies aan staatsinkomsten leiden zorgt ervoor dat de haalbaarheid van deze voorstellen klein is. Met name de grote tariefsverlaging zal weinig steun krijgen.¹⁶⁶ Qua vormgeving zijn de voorstellen van Trump niet al te complex. Met name de tariefsverlaging zal voor een vereenvoudiging van het fiscale systeem zorgen, aangezien het huidige vennootschapsbelastingtarief in de VS uit meerdere schalen bestaat.

3.5.2 Voorstellen Hillary Clinton

Clinton richt zich in haar belasting(hervormings)plan met name op de eerdergenoemde corporate inversions, die Clinton uitlegt als een fusie tussen een in de VS gevestigde onderneming en een (kleinere) buitenlandse onderneming, waarbij de in de VS gevestigde onderneming haar hoofdkantoor (en zodoende haar fiscale vestigingsplaats) naar het buitenland verplaatst.¹⁶⁷ In tegenstelling tot Trump, die corporate inversions tracht te ontmoedigen door het fiscale vestigingsklimaat van de VS gunstiger te maken, tracht Clinton corporate inversions te ontmoedigen door middel van het heffen van belasting indien een Amerikaanse onderneming overgaat tot een dergelijke inversion.

Het eerste voorstel van Clinton ziet op een verbreding van het begrip “inversion.” Onder het huidige Amerikaans recht wordt de nieuwe vennootschap bij een inversion door middel van een fusie als binnenlands belastingplichtige gezien indien de aandeelhouders van de bij de fusie betrokken Amerikaanse onderneming 80% of meer van de aandelen in de nieuwe, in het buitenland gevestigde,

¹⁶³ Zie o.a. C. Humer en R. Pierson, “Obama’s inversion curbs kill Pfizer’s \$160 billion Allergan deal,” Reuters, 6 april 2016.

¹⁶⁴ Tax Policy Center, “An Analysis of Donald Trump’s Tax Plan,” 22 december 2015.

¹⁶⁵ In deze schatting wordt echter uitgegaan van alle voorstellen op fiscaal gebied van Trump. In het onderzoek in deze scriptie zijn slechts de voorstellen met betrekking tot hybride entiteiten meegenomen.

¹⁶⁶ Zie ook het oordeel van experts in: The Fiscal Times, “Donald Trump’s Tax Proposal: The Experts Weigh In,” 17 mei 2016.

¹⁶⁷ R. Rubin, “Hillary Clinton Hasn’t Tipped Her Hand on Corporate Tax Rate,” The Wall Street Journal, 6 juni 2016.

onderneming verkrijgen. Clinton wil deze drempel verlagen naar 50%, waardoor een bij een inversion ontstane nieuwe vennootschap als binnenlands belastingplichtig wordt aangemerkt indien de aandeelhouders in de bij de fusie betrokken Amerikaanse onderneming 50% of meer van de aandelen in de nieuwe onderneming verkrijgen. Indien de nieuwe entiteit na een inversion als binnenlands belastingplichtige blijft aangemerkt zijn de voordelen van een dergelijke inversie, zoals bijvoorbeeld een lager belastingtarief in het land waar de nieuwe entiteit is gevestigd, niet van toepassing.

Ten tweede stelt Clinton voor om een “exit tax” te heffen op multinationale ondernemingen die de VS verlaten en in dochtervennootschappen opgepotte winsten hebben, die nog niet eerder in de VS zijn belast. Onder het voorstel worden de in dochtervennootschappen onbelaste opgepotte winsten van in de VS gevestigde ondernemingen, die vrijwillig de VS verlaten of worden overgenomen door buitenlandse ondernemingen, in de VS in de belastingheffing betrokken.

De voorstellen van Clinton zijn gericht op het tegengaan van belastingontwijking door multinationale ondernemingen, maar missen de kern van het probleem. Clinton erkent met het voorstel voor een exit tax voor Amerikaanse entiteiten met opgepotte winsten dat multinationale ondernemingen inderdaad uitstelstructuren gebruiken, maar voorkomt slechts belastingontwijking door verplaatsing van de fiscale vestigingsplaats van een onderneming naar buiten de VS. De voorstellen van Clinton voorkomen het uitstellen van belasting door middel van het gebruik van hybride entiteiten op zichzelf niet en zorgen er ook niet voor dat het reeds door Amerikaanse entiteiten opgepotte geld naar de VS kan worden gehaald en overeenkomstig kan worden belast. Hiermee gaat Clinton voorbij aan het feit dat het oppotten van geld leidt tot een steeds lager wordende effectieve belastingdruk voor de ondernemingen die dit geld oppotten en dat het terughalen van dat geld naar de VS een enorme impuls voor de Amerikaanse economie zou betekenen.

De voorstellen van Clinton die zijn gericht op het tegengaan van corporate inversion zijn in beginsel wel effectief. Als Clinton belastinguitstel als gevolg van het stallen van geld in tax havens echt effectief tegen zou willen gaan, zouden de voorstellen die gericht zijn op het tegengaan van corporate inversions aangevuld moeten worden met voorstellen om het reeds opgepotte geld terug naar de VS te halen en met voorstellen die erop gericht zijn om uitstelstructuren te voorkomen. Te denken valt aan het gunstiger maken van het Amerikaanse vestigingsklimaat, zoals Trump bijvoorbeeld voorstelt door middel van het verlagen van het vennootschapsbelastingtarief. Daarnaast zou kunnen worden gedacht aan het afschaffen van het check-the-box systeem, wat een van de redenen is dat uitstelstructuren zo eenvoudig kunnen worden gecreëerd in verhouding met de VS, of het uitbreiden van de reikwijdte van het Amerikaanse CFC-regime.

De voorstellen van Clinton hebben waarschijnlijk een neutraal effect op de economie.¹⁶⁸ De voorstellen zijn gericht op het tegengaan van corporate inversions, maar laten structuren waarbij door middel van het gebruik van hybride entiteiten belastinguitstel wordt gecreëerd buiten beschouwing. Qua publieke opinie zullen de voorstellen van Clinton vergelijkbaar zijn met die van Trump. Aangezien de voorstellen van Clinton slechts zijn gericht op het voorkomen van corporate inversions, en niet bijzonder uitgebreid en complex zijn, zullen deze voorstellen relatief haalbaar zijn, alhoewel grote multinationale ondernemingen waarschijnlijk zullen lobbyen om het voorstel omtrent het heffen van de exit tax af te zwakken of tegen te houden.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding Nederland – VS aan bod gekomen. Om hiertoe te komen is allereerst ingegaan op de relevante Amerikaanse nationale regelgeving, waarbij het Amerikaanse check-the-box systeem eerst aan bod kwam. Het check-the-box systeem is een variant van de in het voorgaande hoofdstuk beschreven elective approach en houdt in dat indien een bepaalde buitenlandse entiteit aan de voorwaarden voldoet om als “eligible entity” aangemerkt te worden, deze entiteit mag kiezen op welke manier hij gekwalificeerd dient te worden voor belastingdoeleinden. Voordelen van het check-the-box systeem zijn de eenvoud ervan, de lage kosten die het systeem met zich meebrengt voor zowel overheid als belastingplichtige, de zekerheid die het systeem met zich meebrengt en de eerlijkheid en neutraliteit van het systeem. Een nadeel van het check-the-box systeem is dat het eenvoudig gebruikt kan worden om belasting te ontwijken. Belastingplichtigen kunnen onder check-the-box namelijk eenvoudig hybride entiteiten creëren, die weer gebruikt kunnen worden om bijvoorbeeld D/NI- of D/D structuren op te zetten.

Vervolgens is de Amerikaanse Subpart F regelgeving besproken. Deze regelgeving regelt dat passief inkomen, zoals dividend-, interest- of royaltyinkomen (Subpart F inkomen), dat wordt behaald door een door een Amerikaanse entiteit gehouden CFC, aan Amerikaanse belastingheffing onderworpen is. Hierop zijn twee uitzonderingen van toepassing, namelijk de same-country regel en de look-through regel. Hierna is de Foreign Tax Credit, een verrekening ter grootte van de in het buitenland betaalde belasting die de VS geeft aan Amerikaanse belastingbetalers, besproken en is beschreven op welke wijze misbruik gemaakt kan worden van deze regeling. Om misbruik van de Amerikaanse regelgeving, en met name het gebruik van hybride structuren, tegen te gaan, heeft de VS zogenoemde

¹⁶⁸ Experts voorspellen dat de voorstellen van Clinton in de komende tien jaar zullen leiden tot een lichte stijging in de staatsinkomsten van de VS, maar hierbij is rekening gehouden met alle voorstellen op fiscaal gebied van Clinton. In het onderzoek in deze scriptie zijn slechts de voorstellen met betrekking tot hybride entiteiten meegenomen.

“reparatiewetgeving” ingevoerd, op grond waarvan de VS tracht verdragsvoordelen te ontzeggen aan een ontvanger van inkomen indien er bij deze betaling gebruik is gemaakt van een hybride structuur.

Hierna is het belastingverdrag tussen Nederland en de VS aan bod gekomen, waarbij met name is ingegaan op de bepaling in het Verdrag die ziet op het tegengaan van hybride entiteiten, namelijk art. 24, lid 4 van het Verdrag. Deze bepaling regelt dat het Verdrag slechts van toepassing is op inkomen dat is verkregen uit een transparante entiteit indien dat inkomen in de woonstaat wordt behandeld als inkomen van een inwoner. Art. 24-4 regelt dus wie de ontvanger van dergelijke inkomsten is en wijst aan die persoon verdragsgerechtigdheid toe, waarbij is bepaald dat de bronstaat de woonstaat volgt wat betreft de kwalificatie van een hybride entiteit. Zoals eerder in dit hoofdstuk besproken heeft de staatssecretaris wat betreft de toepassing van art. 24-4 een uitzondering gemaakt voor CV-BV structuren, en heeft middels een besluit geregeld dat CV-BV structuren niet onder de reikwijdte van art. 24-4 vallen. Dat dit besluit van de staatssecretaris de werking van art. 24-4 frustreert, is beschreven aan de hand van de zogenoemde “spaarpot-op-zee” structuur, waarbij een CV-BV structuur wordt gebruikt om geld onbelast in een Tax Haven onder te brengen. Alhoewel dit besluit de werking van art. 24-4 frustreert, zou de oplossing van het probleem bij de VS moeten liggen. Zoals eerder in dit hoofdstuk betoogd, hebben CV-BV structuren een positieve invloed op de Nederlandse economie en zijn de gevolgen ervan voor de VS relatief beperkt, aangezien dergelijke structuren niet leiden tot belastingontwijking, maar tot belastinguitstel. Maatregelen die de VS zou kunnen nemen om belastinguitstel als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan zijn bijvoorbeeld het afschaffen van het check-the-box systeem voor kwalificatie van buitenlandse entiteiten of het uitbreiden van de reikwijdte van het Amerikaanse CFC-regime. Nederland zou de VS hierbij tegemoet kunnen komen door bijvoorbeeld CV-BV structuren slechts toe te staan tot aan een bepaald bedrag aan opgepotte winsten.

Vervolgens zijn Obama’s voorstellen betreffende het tegengaan van belastingontwijking uit de Budget 2016 en de Budget 2017 besproken. Het eerste voorstel uit de Budget 2016 houdt in dat de VS al het door Amerikaanse entiteiten in het buitenland behaalde inkomsten in de VS belast tegen een tarief van 19%, minus 85% van de buitenlandse effectieve belastingdruk. Betoogd is dat dit voorstel verder gaat dan noodzakelijk, aangezien slechts 85% van de buitenlandse effectieve belastingdruk in mindering komt op de Amerikaanse heffing. Het tweede voorstel uit de Budget 2016 houdt in dat de VS door Amerikaanse entiteiten overzees gestalde gelden eenmalig in de VS belast tegen een tarief van 14%. Betoogd is dat dit voorstel eveneens verder gaat dan noodzakelijk, aangezien er geen rekening wordt gehouden met het soort investering dat wordt gehouden. In de Budget 2017 zijn deze twee voorstellen overgenomen, en zijn tevens twee nieuwe voorstellen gedaan betreffende het tegengaan van belastingontwijking. Het eerste voorstel houdt in dat een aftrek van interest- of royaltybetalingen aan verbonden partijen geweigerd wordt indien er een hybride entiteit bij de transactie betrokken is en de hybride entiteit zonder weigering van de aftrek een D/D- of een D/NI structuur veroorzaakt. Het

tweede voorstel houdt in dat de same-country- en look-through regel niet van toepassing zijn op betalingen ontvangen door een buitenlandse reverse hybride entiteit die wordt gehouden door een VS-inwoner, indien die betalingen in aftrek kunnen worden gebracht bij een buitenlandse verbonden entiteit. Zoals eerder in dit hoofdstuk beschreven zullen laatstgenoemde voorstellen een deel van de ongewenste structuren tegengaan, maar zal niet elke structuur onder de reikwijdte van deze voorstellen vallen.

Tot slot zijn de voorstellen omtrent het tegengaan van belastingontwijking door multinationale ondernemingen van de twee belangrijkste kandidaten in de Amerikaanse presidentsverkiezingen, Hillary Clinton en Donald Trump, besproken. Trump richt zich ten eerste op het tegengaan van corporate inversions door het verlagen van het Amerikaanse belastingtarief. Daarnaast richt Trump zich op het tegengaan van belastinguitstel door Amerikaanse multinationale ondernemingen, die door middel van het gebruik van hybride entiteiten overzees geld oppotten. Hiertoe stelt Trump voor om overzees gestalde gelden éénmalig in de VS tegen een verlaagd tarief te belasten, en inkomsten van dochtervennootschappen van in de VS gevestigde ondernemingen jaarlijks in de VS te belasten. Het voorstel van Trump om het belastingtarief te verlagen zal waarschijnlijk leiden tot minder corporate inversions. Daarnaast zullen waarschijnlijk minder Amerikaanse ondernemingen gebruik maken van uitstelstructuren als gevolg van dit voorstel, aangezien de kosten om de inkomsten naar de VS te halen dalen. De voorstellen van Trump om belastinguitstel door Amerikaanse ondernemingen tegen te gaan zullen in beginsel ook effectief zijn. Het éénmalig belasten van overzees gestalde gelden zal leiden tot een afname van opgepote gelden, en kan daarnaast leiden tot een impuls in de Amerikaanse economie. Het voorstel om inkomsten van dochtervennootschappen van in de VS gevestigde ondernemingen te belasten zal belastinguitstel aan de ene kant tegengaan, maar kan aan de andere kant leiden tot juist meer corporate inversions. Daarnaast is niet bekend op welke wijze een verrekening zal worden gegeven voor reeds in het buitenland betaalde belastingen, waardoor kans op dubbele belastingheffing bestaat. Ook kan een structuur relatief eenvoudig zo worden ingericht dat buiten de reikwijdte van het laatstgenoemde voorstel wordt gebleven, waardoor belastinguitstel door middel van het gebruik van hybride entiteiten mogelijk blijft, zoals geïllustreerd in §3.5.1.

Clinton richt zich met haar voorstellen niet direct op het voorkomen van belastinguitstel, maar op het tegengaan van corporate inversions. Hiertoe stelt Clinton voor om het begrip corporate inversion te verbreden, waardoor het voor Amerikaanse ondernemingen moeilijker wordt om hun fiscale woonplaats naar het buitenland te verplaatsen. Daarnaast stelt Clinton voor om een exit tax te heffen op multinationale ondernemingen die de VS verlaten en dochtervennootschappen met nog niet in de VS belaste opgepote winsten hebben. Clinton mist echter de kern van het probleem door zich slechts op het tegengaan van corporate inversions te richten, en niet op het tegengaan van belastinguitstel als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. Om belastinguitstel en -ontwijking in zijn geheel effectief tegen te gaan, zouden Clintons voorstellen het beste gecombineerd kunnen worden met

aanvullende voorstellen die zijn gericht op het tegengaan van belastinguitstel, zoals het gunstiger maken van het Amerikaanse fiscale vestigingsklimaat, het afschaffen van het check-the-box systeem of het uitbreiden van de reikwijdte van het Amerikaanse CFC-regime.

4. Hybride entiteiten in EU-verhoudingen

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de mogelijkheid tot en de maatregelen ter voorkoming van het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding Nederland – VS besproken. Bij de beoordeling van dergelijke structuren in de verhouding Nederland – VS dient rekening te worden gehouden met de nationale belastingstelsels van beide landen, alsmede met het bilaterale belastingverdrag dat geldt tussen beide landen. Als de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten tussen EU-lidstaten onderling wordt bekeken, dient echter rekening te worden gehouden met een aanvullende rechtsbron, namelijk het Unierecht¹⁶⁹ (hierna: “EU-recht”). Het EU-recht bestaat uit het geheel van EU-verdragen, verordeningen, richtlijnen, beschikkingen en rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (hierna: “HvJ EU”) van de EU.¹⁷⁰ Het EU-recht is onder te verdelen in primair EU-recht, secundair EU-recht, soft law en rechtspraak van het HvJ EU. Het primaire EU-recht bestaat uit de oprichtings-, wijzigings- en toetredingsverdragen van de EU, zoals het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “VwEU”) en het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: “VEU”).¹⁷¹ Het secundaire EU-recht bestaat uit besluiten van instellingen van de EU, zoals verordeningen, richtlijnen en beschikkingen.¹⁷² Soft law is, anders dan de andere bronnen van EU-recht, juridisch niet bindend, en bestaat uit aanbevelingen, mededelingen en gedragscodes van instellingen van de EU.¹⁷³ De bronnen van EU-recht kunnen leiden tot “positieve integratie” en “negatieve integratie.” Positieve integratie zorgt ervoor dat belastingssystemen van lidstaten naar elkaar toe groeien, en vloeit voort uit het secundaire EU-recht. Negatieve integratie vloeit voort uit de jurisprudentie van het HvJ EU, waarin het HvJ EU belastingmaatregelen van lidstaten aan hun verenigbaarheid met het EU-recht toetst, en zorgt er eveneens voor dat belastingssystemen van lidstaten naar elkaar toe groeien. Dit verschijnsel wordt negatieve integratie genoemd omdat niet de Europese wetgever, maar het HvJ EU deze vorm van integratie veroorzaakt, door te bepalen wat niet is toegestaan.¹⁷⁴ In de volgende paragrafen zal worden onderzocht of er in het primaire- en secundaire EU-recht maatregelen zijn genomen om het gebruik van hybride entiteiten binnen de EU tegen te gaan.

¹⁶⁹ Vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 spreekt men van “Unierecht” in plaats van “Gemeenschapsrecht,” zie o.a. D.M. Weber, “Cursus Belastingrecht,” EBR 1.0.0.

¹⁷⁰ D.M. Weber, “Cursus Belastingrecht,” EBR 2.0.0.

¹⁷¹ D.M. Weber, “Cursus Belastingrecht,” EBR 2.0.0.A.

¹⁷² D.M. Weber, “Cursus Belastingrecht,” EBR 2.0.0.B.a.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ M. de Wilde, “Invloed van EU-regelgeving,” in: H. Vermeulen, “Grondslagen internationaal belastingrecht,” Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 166. Zie ook: B.J.M. Terra en P.J. Wattel, “European Tax Law,” Deventer: Kluwer 2012, p. 4 en pp. 24-26.

4.2 Hybride entiteiten onder het primaire EU-recht

In het primaire EU-recht zijn geen bepalingen omtrent hybride entiteiten opgenomen. De fiscale autonomie van lidstaten omtrent het heffen van directe belastingen wordt verder ook niet begrensd door het primaire EU-recht. De lidstaten mogen hun belastingstelsel zodoende naar eigen inzicht vormgeven en mogen hun belastingjurisdictie afbakenen.¹⁷⁵ Onder het oude EG-verdrag, dat tot 1 december 2009 gold, was het enige aanknopingspunt met betrekking tot hybride entiteiten te vinden in art. 293 van het EG-verdrag. Op grond van dit artikel dienden lidstaten met elkaar in overleg te treden om dubbele belasting tussen lidstaten te voorkomen. Een aanknopingspunt voor situaties waarin hybride entiteiten leidden tot non-heffing bestond niet in het oude EG-verdrag.¹⁷⁶ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en de vervanging van het EG-verdrag door het VwEU verdween het artikel over dubbele belastingheffing, en daarmee het enige aanknopingspunt met betrekking tot hybride entiteiten binnen het primaire EU-recht.

Op grond van het huidige primaire EU-recht hebben lidstaten dus een vergaande fiscale autonomie. Zelfs dubbele belasting tussen twee lidstaten leidt in beginsel op grond van het primaire EU-recht niet tot een begrenzing van die fiscale autonomie. Uit het primaire EU-recht vloeit namelijk geen verplichting voort om dubbele belasting tussen twee lidstaten te voorkomen.¹⁷⁷ Een lidstaat mag echter wel eenzijdig of door middel van het sluiten van een verdrag de belastingheffing in zijn jurisdictie beperken om dubbele belasting te voorkomen, dit valt namelijk ook binnen de fiscale autonomie die lidstaten hebben.¹⁷⁸

Zoals beschreven in hoofdstuk twee heeft een lidstaat, evenals elk ander land, twee mogelijkheden om buitenlandse entiteiten te kwalificeren; namelijk erkenning van de buitenlandse fiscale status of onafhankelijke classificatie. Indien het primaire EU-recht erkenning van de buitenlandse fiscale status zou voorschrijven, zouden hybride entiteiten niet kunnen voorkomen binnen EU-verhouding. In de zaak *Columbus* ontstond binnen EU-verhouding een hybride entiteit, wat leidde tot dubbele belastingheffing. In deze zaak liet het HvJ EU onafhankelijke classificatie binnen EU-verhouding echter in stand, waardoor hybride entiteiten niet worden tegengegaan.¹⁷⁹ Hieruit volgt dat de fiscale autonomie binnen de EU met zich meebrengt dat lidstaten vrij zijn om te kiezen tussen erkenning van

¹⁷⁵ S.R. Panchar, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.1.

¹⁷⁶ G.K. Fibbe, "Enkele fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van hybride entiteiten," Ondernemingsrecht 2010/24, p.3.

¹⁷⁷ S.R. Panchar, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.1.

¹⁷⁸ O.a. HvJ EG 12 december 2006, nr. C-319/02 (*Test Claimants ACT GLO*), ro. 52.

¹⁷⁹ Zie HvJ EG 6 december 2007, nr. C-298/05 (*Columbus*), ro. 5 jo. 53.

de buitenlandse fiscale status of onafhankelijke classificatie bij het kwalificeren van buitenlandse entiteiten.¹⁸⁰

In het primaire EU-recht is kortom geen bepaling opgenomen ten aanzien van hybride entiteiten, waardoor zowel dubbele belastingheffing als non-heffing als gevolg van hybride entiteiten op grond van het primaire EU-recht niet wordt voorkomen. In EU-situaties dient echter ook rekening te worden gehouden met het eerder genoemde secundaire EU-recht.

4.3 Hybride entiteiten onder het secundaire EU-recht

Naast het primaire EU-recht bestaat ook het secundaire EU-recht, bestaande uit richtlijnen, verordeningen en beschikkingen. In enkele EU-richtlijnen zijn bepalingen opgenomen die relevant zijn voor hybride entiteiten. In zowel de Moeder-dochterrichtlijn¹⁸¹ als de Fusierichtlijn¹⁸² zijn specifieke bepalingen opgenomen omtrent hybride entiteiten.¹⁸³ De Moeder-dochterrichtlijn is daarnaast recentelijk gewijzigd, waarbij twee nieuwe antimisbruikbepalingen zijn opgenomen.¹⁸⁴ In de Rente- en royaltyrichtlijn¹⁸⁵ is geen specifieke bepaling opgenomen omtrent hybride entiteiten, maar de Europese Commissie heeft zich wel uitgelaten over de behandeling van hybride entiteiten onder de Rente- en royaltyrichtlijn.¹⁸⁶

4.3.1 Moeder-dochterrichtlijn

De eerste versie van de Moeder-dochterrichtlijn is vastgesteld op 23 juli 1990. Na de vaststelling van de Moeder-dochterrichtlijn zijn door de Europese Commissie een aantal wijzigingsvoorstellen gedaan, wat leidde tot een richtlijn tot wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn op 22 december 2003.¹⁸⁷ Deze wijzigingsrichtlijn had tot doel om de werking van de Moeder-dochterrichtlijn te verruimen. Door een

¹⁸⁰ S.R. Pancham, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.3.

¹⁸¹ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten. Deze richtlijn is een herschikking van Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

¹⁸² Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

¹⁸³ S.R. Pancham, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.3.

¹⁸⁴ R.P.C.W.M. Brandsma, "Cursus Belastingrecht," EBR 7.1.1.

¹⁸⁵ Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

¹⁸⁶ S.R. Pancham, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.3.

¹⁸⁷ Nr. 2003/123/EG, gepubliceerd in PbEU 2004 L 7.

aantal ingrijpende wijzigingen aan de richtlijn sinds de inwerkingtreding in 1990 is door de Raad op 30 november 2011 een vernieuwde Moeder-dochterrichtlijn vastgesteld, die de oorspronkelijke richtlijn verving.¹⁸⁸ Op 25 november 2013 deed de Europese Commissie een wijzigingsvoorstel om de Moeder-dochterrichtlijn op twee punten aan te passen, namelijk het opnemen van een specifieke antimisbruikbepaling en het opnemen van een generieke antimisbruikbepaling.¹⁸⁹ Deze antimisbruikbepalingen zijn door middel van twee wijzigingsrichtlijnen opgenomen in de Moeder-dochterrichtlijn op respectievelijk 25 juli 2014¹⁹⁰ en 27 januari 2015.¹⁹¹

Het doel van de Moeder-dochterrichtlijn is om fiscale belemmeringen tussen moeder- en dochtermaatschappijen binnen de EU weg te nemen. Om dit te bereiken strekt de richtlijn ertoe om dividenden en andere winstuitkeringen van dochtermaatschappijen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van dergelijke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij weg te nemen.¹⁹² Dit houdt in dat er bij de dochtermaatschappij geen bronbelasting wordt geheven over aan de moedermaatschappij uitgekeerde winsten, en dat deze uitgekeerde winsten bij de moeder worden vrijgesteld.

Bij de eerder genoemde wijzigingsrichtlijn uit 2003 werd een specifieke bepaling omtrent hybride entiteiten geïntroduceerd in de Moeder-dochterrichtlijn. Deze bepaling omtrent hybride entiteiten werd toentertijd neergelegd in art. 4, lid 1bis van de Moeder-dochterrichtlijn, maar is onder de in 2011 herziene Moeder-dochterrichtlijn verplaatst naar art. 4, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn. Art. 4, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn luidt als volgt:

“Niets in deze richtlijn belet de lidstaat van de moedermaatschappij een dochteronderneming als fiscaal transparant aan te merken op grond van de door die lidstaat verrichte beoordeling van de wettelijke kenmerken van die dochteronderneming, zoals die voortvloeien uit het recht dat haar oprichting heeft beheerst, en derhalve de moedermaatschappij over haar aandeel in de winst van haar dochteronderneming te belasten, indien en voor zover er winst is. In dit geval onthoudt de lidstaat van de moedermaatschappij zich ervan de door de dochteronderneming uitgekeerde winst te belasten.

Wanneer de lidstaat van de moedermaatschappij het aandeel van de moedermaatschappij in de winst van haar dochteronderneming, voor zover er winst is, evalueert, verleent hij haar vrijstelling van belasting op die winst, dan wel staat hij haar toe van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat verband houdt met het winstaandeel van de moedermaatschappij en betaald is door haar dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op voorwaarde dat

¹⁸⁸ Nr. 2011/96/EU, gepubliceerd in PbEU 2011 L 345.

¹⁸⁹ COM (2013) 814.

¹⁹⁰ Nr. 2014/86/EU, gepubliceerd in H&I 2014/8.251.

¹⁹¹ Nr. 2015/121/EU, gepubliceerd in V-N 2015/8.10.

¹⁹² Preambule bij Richtlijn 2011/96/EU van de Raad, punt 3.

bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming, (...) tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting.”

Bovenstaand artikel ziet op situaties waarin de dochteronderneming door de lidstaat waarin zij is gevestigd als niet-transparant wordt aangemerkt en door de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd als transparant wordt aangemerkt. Het artikel regelt dat niets in de richtlijn de lidstaat van de moedermaatschappij belet om de dochteronderneming als transparant te kwalificeren, waardoor een hybride entiteit ontstaat. In een dergelijke situatie wordt de winst tweemaal belast, éénmaal in de lidstaat van de dochtermaatschappij en éénmaal in de lidstaat van de moedermaatschappij, aangezien de inkomsten van de dochteronderneming door de lidstaat van de moedermaatschappij worden geacht te zijn genoten op het niveau van de moedermaatschappij. Op grond van art. 4, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn mag de lidstaat van de moedermaatschappij de winst van de hybride entiteit wel belasten, maar moet deze vervolgens voorkoming van dubbele belasting verlenen. Opvallend is dat dit artikel slechts rekening houdt met dubbele belastingheffing als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit en geen rekening houdt met situaties waarin er door beide lidstaten niets geheven wordt. Ook ziet art. 4, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn slechts op “normale” hybride entiteiten, en niet op de in een eerder hoofdstuk besproken reverse hybride entiteiten.

De met de eerder genoemde wijzigingsrichtlijn van 2014 ingevoerde specifieke antimisbruikbepaling is neergelegd in art. 4, lid 1, sub a van de Moeder-dochterrichtlijn en luidt als volgt:

“Wanneer een moedermaatschappij (...) op grond van haar deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt (...) moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

- a. ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij, en deze winst belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij;”*

Gezien het feit dat bovenstaande antimisbruikbepaling kijkt naar het object, namelijk de winstuitkering, en niet naar het subject, vallen voordelen die behaald worden door middel van het gebruik van een hybride entiteit niet onder de reikwijdte van deze bepaling. Deze specifieke antimisbruikbepaling pakt slechts hybride *instrumenten*, financieringsinstrumenten die door verschillende landen verschillend worden gekwalificeerd, aan, welke niet onder de reikwijdte van deze scriptie vallen.

De met de eerder genoemde wijzigingsrichtlijn van 2015 ingevoerde generieke antimisbruikbepaling is neergelegd in art. 1, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn en luidt als volgt:

“De lidstaten kennen de voordelen van deze richtlijn niet toe voor een constructie of een reeks van constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is.

Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.”

Wanneer een constructie of reeds van constructies als kunstmatig wordt beschouwd wordt uitgelegd in art. 1, lid 3 van de Moeder-dochterrichtlijn, namelijk:

“Voor de toepassing van lid 2 wordt een constructie of een reeds van constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.”

Zoals uit de tekst van art. 1, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn blijkt, bestaat deze generieke antimisbruikbepaling uit een subjectieve toets en een objectieve toets, waar cumulatief aan voldaan dient te worden voor toepassing van de antimisbruikbepaling.¹⁹³ De subjectieve toets houdt in dat het verkrijgen van een belastingvoordeel het hoofddoel of een van de hoofddoelen is. Aan deze toets lijkt te zijn voldaan als het belastingontwijkingsmotief een voldoende voorwaarde voor het handelen van de belastingplichtige is.¹⁹⁴ De objectieve toets houdt in dat uit objectieve omstandigheden moet blijken dat het belastingvoordeel in strijd met het doel van de Moeder-dochterrichtlijn wordt verkregen.¹⁹⁵ Het doel van de Moeder-dochterrichtlijn is, zoals eerder omschreven, het wegnemen van fiscale belemmeringen tussen moeder- en dochtermaatschappijen binnen de EU, door dividenden en andere winstuitkeringen vrij te stellen van bronbelasting op het niveau van de dochtermaatschappij, en dubbele belastingheffing te voorkomen op het niveau van de moedermaatschappij.

Ook deze generieke antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn voorkomt het behalen van belastingvoordelen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten niet. Zoals in een eerder hoofdstuk besproken, zijn de voordelen die behaald kunnen worden met hybride entiteiten onder te verdelen in D/D structuren, D/NI structuren en belastinguitstel. Aangezien voor het behalen van een D/D- of D/NI structuur het claimen van een belastingaftrek vereist is, worden voor dergelijke structuren schuldinstrumenten gebruikt. Aangezien de Moeder-dochterrichtlijn op dividend- en overige winstuitkeringen ziet, vallen schuldinstrumenten niet onder de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn en wordt bij D/D- en D/NI structuren niet voldaan aan de objectieve toets van de generieke antimisbruikbepaling. Bij belastinguitstel wordt een betaling aan een Tax Haven, die geen

¹⁹³ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, “De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1),” WFR 2015/886, pp.4-6.

¹⁹⁴ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, “De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1),” WFR 2015/886, p.4.

¹⁹⁵ Idem.

lidstaat is, gedaan. Aangezien de Tax Haven geen lidstaat is vallen dergelijke betalingen niet onder de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn, en dus niet onder de reikwijdte van de generieke antimisbruikbepaling.

4.3.2 Fusierichtlijn

De eerste versie van de Fusierichtlijn is vastgesteld op 23 juli 1990.¹⁹⁶ Hierna zijn een aantal wijzigingsvoorstellen gedaan, wat leidde tot een wijzigingsrichtlijn die werd aangenomen op 17 februari 2005.¹⁹⁷ Met deze wijzigingsrichtlijn werd getracht de reikwijdte van de Fusierichtlijn te verruimen. Door de vele wijzigingen aan de Fusierichtlijn sinds het ontstaan hiervan, mede door toetreding van nieuwe lidstaten, is de Fusierichtlijn op 29 oktober 2009 opnieuw uitgebracht,¹⁹⁸ waarmee de oorspronkelijke Fusierichtlijn werd vervangen.

Het doel van de Fusierichtlijn is het wegnemen van belemmeringen van grensoverschrijdende transacties zoals fusies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen binnen de EU. Voor een goede werking van de interne markt is het namelijk noodzakelijk dat ondernemingen zonder belemmeringen grensoverschrijdende activiteiten kunnen ontplooiën. Hiertoe bepaalt de richtlijn dat dergelijke transacties zowel binnenlands als grensoverschrijdend op eenzelfde manier behandeld dienen te worden.¹⁹⁹

Met de eerdergenoemde wijzigingsrichtlijn van 2005 zijn enkele bepalingen omtrent hybride entiteiten in de Fusierichtlijn opgenomen, welke bepalingen zijn overgenomen in de nieuwe Fusierichtlijn van 2009. Deze bepalingen zijn opgenomen voor situaties waarin een zich voor de Fusierichtlijn kwalificerende entiteit door een andere lidstaat dan de vestigingsstaat als transparant wordt gekwalificeerd en voor situaties waarin de deelgerechtigde zelf als transparant wordt gekwalificeerd in de woonstaat van de persoon die een belang in de deelgerechtigde heeft.²⁰⁰

Voor de eerste situatie is art. 4, lid 3 van de Fusierichtlijn in het leven geroepen. Dit artikellid, in combinatie met lid 1 van hetzelfde artikel, luidt als volgt:

1. *“Fusies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen leiden niet tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde.”*
3. *“Wanneer lid 1 van toepassing is en een lidstaat een elders gevestigde inbrengende vennootschap als fiscaal transparant aanmerkt (...) en de lidstaat daarom de*

¹⁹⁶ Nr. 1990/434/EEG, gepubliceerd in PbEG 1990 L 225.

¹⁹⁷ Nr. 2005/19/EG, gepubliceerd in PbEU 2005 L 58.

¹⁹⁸ Nr. 2009/133/EG, gepubliceerd in PbEU 2009 L 310.

¹⁹⁹ Zie preambule bij richtlijn 2009/133/EG, §2 en 3.

²⁰⁰ S.R. Panchar, “Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie,” MBB 2010/04, p.4.

deelgerechtigden over hun aandeel in de winst van de inbrengende vennootschap belast, (...) heft de lidstaat generlei belasting over het inkomen, de winst of de vermogenswinst (...).”

Bovenstaand artikel ziet bijvoorbeeld op de situatie waarin een bij een juridische fusie verdwijnende vennootschap als fiscaal transparant wordt aangemerkt door de lidstaat van de deelgerechtigde, waardoor het belastingobject dat als gevolg van de juridische fusie is ontstaan wordt toegerekend aan de deelgerechtigde. In een dergelijk geval is er, zonder nadere bepaling, sprake van dubbele belastingheffing, aangezien de lidstaat van de deelgerechtigde direct over de stille reserves heft, terwijl op grond van lid 1 een uitstel wordt gegeven. Op grond van lid 3 dient de faciliteit echter in dergelijke situaties ook toegepast te worden door de staat van de deelgerechtigde, waardoor belastinguitstel wordt gegeven en dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

Voor de tweede situatie is art. 8, lid 3 van de Fusierichtlijn in het leven geroepen. Dit artikellid, in combinatie met lid 1 van hetzelfde artikel, luidt als volgt:

1. *“Indien bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap worden toegekend aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap, in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal deze laatste vennootschap, mag dit op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen, de winst of de vermogenswinst van deze deelgerechtigde.”*
3. *“Wanneer een lidstaat een deelgerechtigde als fiscaal transparant aanmerkt (...) en de lidstaat daarom personen met een belang in de deelgerechtigde over hun aandeel in de winst van de deelgerechtigde belast, (...) onderwerpt de lidstaat die personen niet aan belasting over het inkomen, de winst of de vermogenswinst die voortvloeit uit de toekenning van de bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of verwevende vennootschap aan de deelgerechtigde.”*

Bovenstaand artikel ziet bijvoorbeeld op de situatie waarin de deelgerechtigde zelf als fiscaal transparant wordt gekwalificeerd door de woonstaat van de persoon die een belang de deelgerechtigde heeft, waardoor deze lidstaat zal heffen over de voordelen verkregen uit de fusie. Art. 8, lid 3 van de Fusierichtlijn bepaalt echter dat de uitstel van belastingheffing, zoals uit lid 1 voortvloeit, in dergelijke situaties ook aan de persoon die een belang in de deelgerechtigde heeft moet worden toegekend, waardoor toch belastinguitstel wordt gegeven en dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

In art. 11, lid 1 van de Fusierichtlijn wordt echter een inbreuk gemaakt op de hoofdregel van art. 4, lid 3 van de Fusierichtlijn dat de uitstel ook aan de deelgerechtigde van een transparante entiteit moet worden verleend.²⁰¹ Op grond van art. 11, lid 1 van de Fusierichtlijn is het een lidstaat namelijk

²⁰¹ S.R. Pancham, “Cursus Belastingrecht,” EBR 7.2.7.D.

toegestaan om af te zien van toepassing van art. 4, lid 3 van de Fusierichtlijn en zodoende toch te heffen over het voordeel behaald bij de fusie op het niveau van de deelgerechtigde, indien de lidstaat een vennootschap waar de deelgerechtigde een belang in heeft als fiscaal transparant aanmerkt. In art. 11, lid 2 van de Fusierichtlijn is echter geregeld dat een lidstaat die gebruik maakt van het in lid 1 bedoelde recht wel voorkoming van dubbele belasting dient te geven op het niveau van de deelgerechtigde. De voorkoming wordt gegeven door een aftrek van de belasting toe te staan die zonder de bepalingen van de richtlijn zou zijn geheven op het inkomen, de winst of de vermogenswinst van de fiscaal transparante onderneming.

Tot slot is in art. 11, lid 3 van de Fusierichtlijn geregeld dat de woonstaat van de deelgerechtigde art. 8, lid 1, 2 en 3 van de Fusierichtlijn niet hoeft toe te passen en dus geen belastinguitstel bij een fusie hoeft te geven, indien die lidstaat de ontvangende of verwervende vennootschap als transparant kwalificeert. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een deelgerechtigde (natuurlijk persoon) een belang houdt in een hybride entiteit die is gevestigd in een andere lidstaat en die hybride entiteit verkrijgt aandelen in een andere entiteit in de zin van een aandelenruil. De aandelen die door de hybride entiteit zijn verkregen wordt door toepassing van art. 11, lid 3 van de Fusierichtlijn toegerekend aan de deelgerechtigde, wat in voorkomende gevallen kan leiden tot belastingheffing in de woonstaat van de deelgerechtigde. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de verkrijging van de aandelen door de woonstaat van de deelgerechtigde wordt gekwalificeerd als een dividenduitkering.²⁰²

Wat opvalt aan de regelingen met betrekking tot hybride entiteiten in de Fusierichtlijn is dat er wederom slechts rekening wordt gehouden met het voorkomen van dubbele belastingheffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, en niet met non-heffing. Daarnaast beslaan de desbetreffende regelingen slechts een aantal specifieke gevallen, en vallen veel situaties buiten de reikwijdte van de bepalingen over hybride entiteiten. Ook wordt met de Fusierichtlijn de eerder genoemde fiscale autonomie van lidstaten in stand gehouden. De Fusierichtlijn zegt namelijk niets over toepassing van ofwel onafhankelijke classificatie ofwel erkenning van de buitenlandse fiscale status als methode om buitenlandse entiteiten te kwalificeren.²⁰³ Om deze redenen wordt met de Fusierichtlijn de mogelijkheid tot het behalen van voordelen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten niet beperkt.

4.3.3 Rente- en royaltyrichtlijn

De Rente- en royaltyrichtlijn heeft tot doel om belemmeringen in de interne markt weg te nemen, door rente- en royaltybetalingen tussen ondernemingen uit verschillende lidstaten niet aan minder gunstige belastingvoorschriften te onderwerpen dan die welke voor soortgelijke betalingen tussen

²⁰² Zie S.R. Panchar, "Cursus Belastingrecht," EBR 7.2.7.G.

²⁰³ Zie ook S.R. Panchar, "Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie," MBB 2010/04, p.4.

ondernemingen in dezelfde lidstaat gelden.²⁰⁴ Om deze belemmeringen weg te nemen regelt de Rente- en royaltyrichtlijn dat de lidstaat van een voor toepassing van de Rente- en royaltyrichtlijn kwalificerende onderneming²⁰⁵ geen bronbelasting mag inhouden op een rente- of royaltybetaling van die onderneming aan een met die onderneming in een andere lidstaat gevestigde verbonden onderneming of vaste inrichting.²⁰⁶

Zonder nadere bepalingen kunnen er bij toepassing van de Rente- en royaltyrichtlijn problemen voorkomen als er sprake is van een betaling aan een hybride entiteit. In het geval dat er door een vennootschap in een lidstaat namelijk een rente- of royaltybetaling wordt gedaan aan de moedermaatschappij, die door de bronstaat als fiscaal transparant wordt gekwalificeerd en door de woonstaat als niet-transparant wordt gekwalificeerd, dan wordt de betaling door de bronstaat geacht te zijn gedaan aan de participant in de moedermaatschappij. Indien de participant in de moedermaatschappij geen kwalificerende onderneming is in de zin van de Rente- en royaltyrichtlijn, dan wordt er mogelijk toch bronbelasting ingehouden op de rente- of royaltybetaling door de bronstaat.

Ondanks dat bovengenoemd probleem bij toepassing van de Rente- en royaltyrichtlijn kan voorkomen, kent de Rente- en royaltyrichtlijn geen bepalingen omtrent hybride entiteiten. De Europese Commissie heeft op 17 april 2009 echter een evaluatierapport met betrekking tot de Rente- en royaltyrichtlijn gepubliceerd, waarin een oplossing voor bovenstaand probleem werd gegeven. De Europese Commissie stelt namelijk dat de Rente- en royaltyrichtlijn geen bepalingen bevat op grond waarvan lidstaten door buitenlandse lichamen, die aan de criteria van art. 3 voldoen, kunnen heen kijken, waardoor een lidstaat geen juridische basis heeft om de richtlijn niet toe te passen op een dergelijke entiteit.²⁰⁷ Dit betekent dat de hybride entiteit toch kwalificeert als ontvanger in de zin van de Rente- en royaltyrichtlijn, waardoor de bronstaat de Rente- en royaltyrichtlijn toch toepast en vrijstelling van bronbelasting verleent op het niveau van de betalende entiteit.

Bovenstaande aanpak van de Europese Commissie leidt voor toepassing van de Rente- en royaltyrichtlijn tot erkenning van de buitenlandse fiscale status voor kwalificatie van buitenlandse entiteiten, mits deze entiteiten aan de voorwaarden van art. 3 van de Rente- en royaltyrichtlijn voldoen. Wederom wordt er voor toepassing van de Rente- en royaltyrichtlijn met betrekking tot

²⁰⁴ Preambule bij richtlijn 2003/49/EG, §1 en 2.

²⁰⁵ In de zin van art. 3, sub a en b van de Rente- en royaltyrichtlijn.

²⁰⁶ Art. 1, lid 1 van de Rente- en royaltyrichtlijn. Zie ook S.R. Panchar, "Cursus Belastingrecht," EBR 7.3.2.

²⁰⁷ Zie het verslag van de Commissie aan de Raad overeenkomstig artikel 8 van Richtlijn 2003/49/EG van de Raad betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten van 17 april 2009, COM(2009) 179, H&I 2009/6.4, §3.3.5.2.

hybride entiteiten door de Europese Commissie slechts rekening gehouden met situaties die leiden tot dubbele heffing, en niet met situaties die leiden tot non-heffing.

4.4 Verdrag Nederland – Duitsland 2012

Zoals uit de voorgaande paragrafen blijkt, kent het EU-recht op zichzelf geen bepalingen om non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten te voorkomen. Het secundaire EU-recht kent wel een aantal bepalingen met betrekking tot hybride entiteiten, maar deze bepalingen zijn er slechts op gericht om dubbele belastingheffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten te voorkomen. Om non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten binnen EU-verhoudingen te voorkomen dienen dus aanvullende maatregelen te worden getroffen, zoals het opnemen van bepalingen omtrent hybride entiteiten in bilaterale belastingverdragen. Een voorbeeld van een belastingverdrag waarin een bepaling omtrent hybride entiteiten is opgenomen, naast het in het voorgaande hoofdstuk besproken verdrag tussen Nederland en de VS, is het nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland van 2012.²⁰⁸ De relevante bepaling omtrent hybride entiteiten in het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland van 2012 (hierna: “verdrag Nederland – Duitsland”) zal in deze paragraaf aan de orde komen.

4.4.1 Tekst en werking van art. I, lid 2 Protocol

In het verdrag Nederland – Duitsland zelf is geen bepaling omtrent hybride entiteiten opgenomen. Voor de eerder genoemde bepaling omtrent hybride entiteiten in dit verdrag dient namelijk naar het Protocol bij het genoemde verdrag (hierna: “Protocol”) te worden gekeken. Art. I, lid 2 van het Protocol luidt als volgt:

“In het geval dat een bestanddeel van het inkomen, een voordeel of vermogenswinst wordt verkregen door tussenkomst van een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van een van beide verdragsluitende staten, wordt dat bestanddeel, voordeel of die vermogenswinst geacht te zijn verworven door een inwoner van een staat voor zover dat bestanddeel, voordeel of die vermogenswinst voor de toepassing van de belastingwetgeving van die staat wordt behandeld als het inkomen, voordeel of de vermogenswinst van een inwoner. In andere situaties waarin entiteiten door een van de verdragsluitende staten transparant worden geacht en door de andere niet-transparant en dit leidt tot dubbele belasting of belasting die niet in overeenstemming is met de bepalingen van dit Verdrag, zoeken de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten naar oplossingen krachtens artikel 25 teneinde dubbele belasting of belasting die niet in overeenstemming is met de bepalingen

²⁰⁸ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, ondertekend te Berlijn op 12 april 2012.

van dit Verdrag te vermijden en tegelijkertijd te voorkomen dat, louter als gevolg van de toepassing van het Verdrag, inkomen (gedeeltelijk) niet aan belasting onderworpen is. De bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten kunnen dergelijke onderling overeengekomen oplossingen bekendmaken.”

Zoals uit de tekst af te leiden is, is bovenstaande bepaling tweeledig. Voor betalingen aan een hybride entiteit is een doorkijkbepaling opgenomen, die vergelijkbaar is met het eerder besproken art. 24-4 uit het verdrag Nederland – VS. Voor overige situaties waarin gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten en waarbij sprake is van dubbele heffing of non-heffing treden Nederland en Duitsland in onderling overleg om tot een oplossing te komen.

De doorkijkbepaling houdt in dat indien er inkomen wordt verkregen door een hybride entiteit in de verhouding tussen Nederland en Duitsland, de bronstaat wat betreft de fiscale kwalificatie van de hybride entiteit de woonstaat van de achterliggende participanten van de hybride entiteit volgt, indien het inkomen door de woonstaat van de achterliggende participanten aan een inwoner wordt toegerekend.²⁰⁹

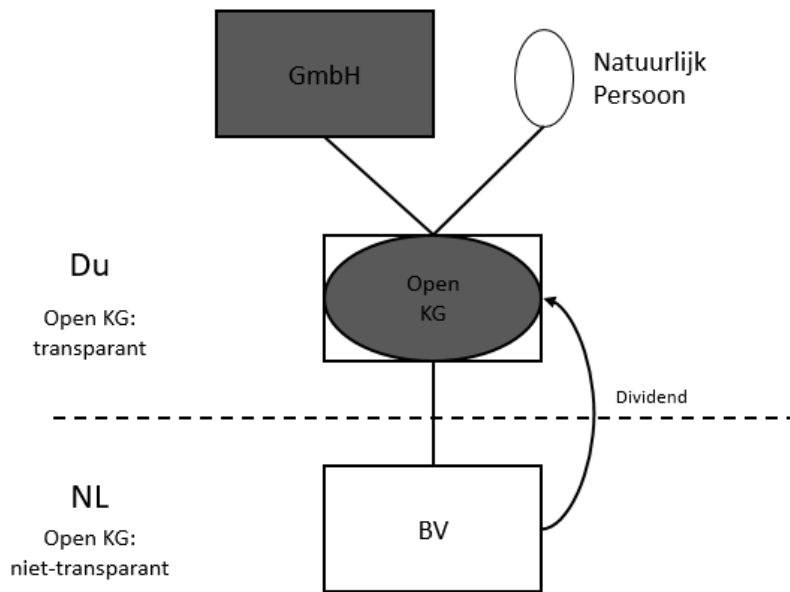
Voor situaties met betrekking tot hybride entiteiten die niet onder de reikwijdte van de doorkijkbepaling vallen, is zoals hiervoor vermeld in het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol geregeld dat Nederland en Duitsland in onderling overleg treden om de problemen op te lossen. Deze onderling overlegprocedure vindt plaats op grond van art. 25 van het verdrag Nederland – Duitsland.

In de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot het verdrag Nederland – Duitsland heeft de staatssecretaris een aantal casusposities met betrekking tot art. I, lid 2 van het Protocol behandeld.²¹⁰ Ter verduidelijking van de werking van art. I, lid 2 van het Protocol zullen deze casus kort worden besproken.

²⁰⁹ Dit kan worden afgeleid uit de behandeling van verschillende casusposities met betrekking tot art. I, lid 2 Protocol door de staatssecretaris in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 615, nr. 5, p. 42 t/m 48.

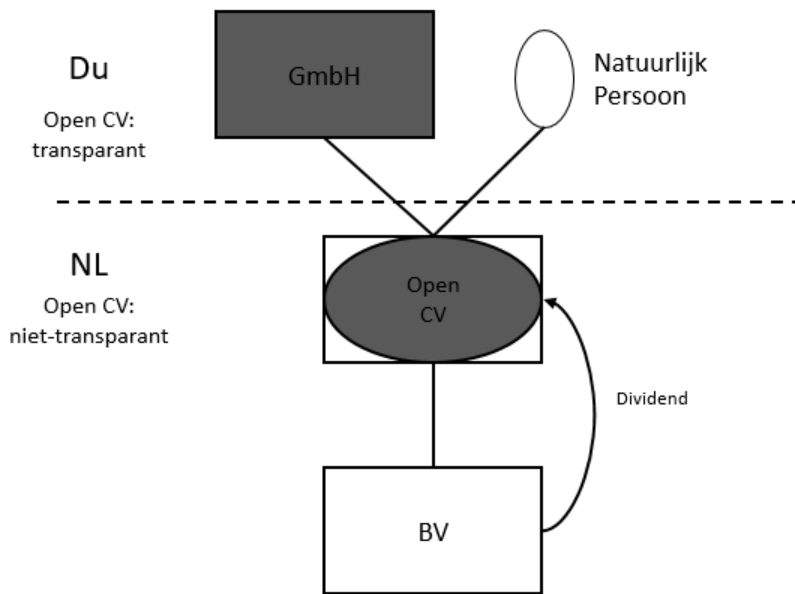
²¹⁰ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 615, nr. 5, p. 42 t/m 48.

Casus 1:



In bovenstaande situatie wordt een dividenduitkering van een Nederlandse BV aan haar moedermaatschappij, een in Duitsland gevestigde open KG, gedaan. De open KG wordt door Duitsland als transparant aangemerkt en door Nederland als niet-transparant. De achterliggende participanten in de open KG, een GmbH en een natuurlijk persoon, zijn eveneens inwoner van Duitsland. Aangezien de woonstaat van de participanten het inkomen toerekent aan een inwoner, namelijk aan GmbH en de natuurlijk persoon, dient de bronstaat (in dit geval Nederland) de fiscale kwalificatie van de woonstaat te volgen. Op grond van art. I, lid 2 van het Protocol volgt Nederland dus de Duitse kwalificatie van open KG en past het verdrag toe tussen BV en de achterliggende participanten van open KG.

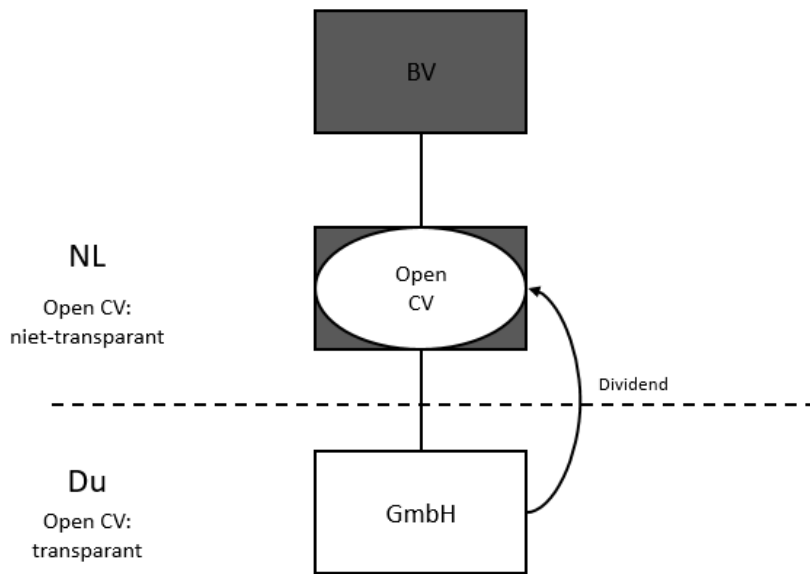
Casus 2



In bovenstaande situatie keert een in Nederland gevestigde BV dividend uit aan een eveneens in Nederland gevestigde open CV. De achterliggende participanten zijn inwoners van Duitsland. De open CV wordt door Duitsland als transparant aangemerkt, en door Nederland als niet-transparant. Aangezien Duitsland (het woonland van de participanten) het inkomen aan een inwoner toerekent, dient Nederland de Duitse kwalificatie te volgen. Nederland zal de Duitse kwalificatie van de open CV als transparant dus moeten erkennen en zal moeten afzien van belastingheffing. Op dit punt verschilt art. I, lid 2 van het Protocol van art. 24-4 van het verdrag Nederland – VS. Zoals in het voorgaande hoofdstuk beschreven, is in het verdrag met de VS namelijk een uitzondering gemaakt voor bovenstaande situatie, waarin een binnenlandse uitkering wordt gedaan. Op grond van het verdrag met de VS zou Nederland de kwalificatie van de woonstaat van de participanten niet hoeven te volgen, en zou Nederland gewoon mogen heffen over het inkomensbestanddeel. In het verdrag Nederland – Duitsland is een dergelijke uitzondering echter niet gemaakt, waardoor het verdrag Nederland het heffingsrecht ontnemt in bovenstaande situatie.²¹¹

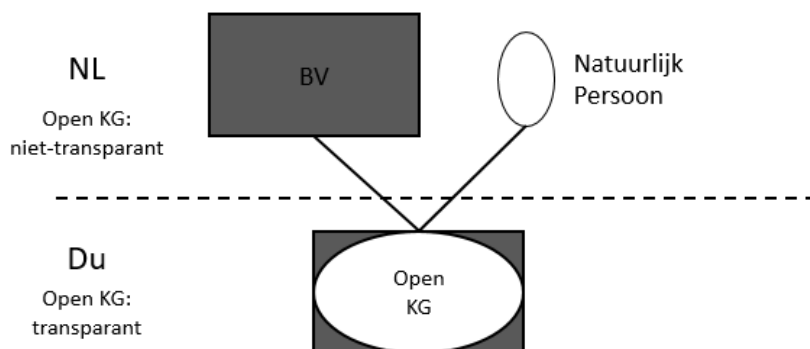
²¹¹ Dit wordt door de staatssecretaris expliciet bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 615, nr. 5, p. 44.

Casus 3



In bovenstaande situatie keert een in Duitsland gevestigde GmbH dividend uit aan een in Nederland gevestigde open CV, waarvan de achterliggende participant een in Nederland gevestigde BV is. De open CV wordt door Duitsland als transparant aangemerkt, en door Nederland als niet-transparant. Aangezien Nederland als woonstaat van de participant het inkomen toerekent aan de open CV, dient Duitsland op grond van art. I, lid 2 van het Protocol de Nederlandse kwalificatie van de open CV te volgen. Duitsland moet de Nederlandse kwalificatie van de open CV als niet-transparant dus erkennen en het verdrag Nederland – Duitsland toepassen tussen de GmbH en de open CV.

Casus 4



In bovenstaande situatie participeren een BV en een natuurlijk persoon, beide inwoner van Nederland, in een in Duitsland gevestigde open KG, die door Nederland als niet-transparant wordt aangemerkt en door Duitsland als transparant. Aangezien inkomen op het niveau van de open KG niet door de woonstaat van de participanten, Nederland, aan een inwoner wordt toegerekend, is de doorkijkbepaling van art. I, lid 2 van het Protocol niet van toepassing.

Bovenstaande situatie kan tot zowel dubbele heffing als tot non-heffing leiden. Dubbele heffing kan bijvoorbeeld voorkomen indien de open KG in Duitse onroerende zaken investeert. In een dergelijk geval zal Duitsland de Nederlandse participanten namelijk direct in de heffing betrekking voor de inkomsten uit de in Duitsland gelegen onroerende zaken. Zodra de open KG de inkomsten aan de participanten uitkeert zal ook Nederland heffen.²¹² Zoals gezegd wordt deze dubbele heffing niet voorkomen door de doorkijkbepaling, maar dienen Nederland en Duitsland op grond van het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol in onderling overleg te treden om de problemen op te lossen.

Non-heffing kan bijvoorbeeld voorkomen indien de open KG activa, niet zijnde ondernemingsvermogen, bezit. De achterliggende participanten zijn dan niet buitenlands belastingplichtig in Duitsland, aangezien ze geen onderneming of onroerende zaken in Duitsland hebben, waardoor Duitsland geen belasting kan heffen over de vermogensbestanddelen van de open KG. Nederland kan ook niet heffen over de vermogensbestanddelen van de open KG, aangezien Nederland de open KG als niet-transparant aanmerkt. Nederland kan wel heffen over uitkeringen van de open KG aan de Nederlandse participanten, maar doet dit niet als het belang van een participant onder de deelnemingsvrijstelling valt. Op deze manier kan non-heffing voorkomen. Op grond van het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol dienen Nederland en Duitsland in onderling overleg te treden om de problemen op te lossen, maar aangezien een verdrag slechts heffingsbevoegdheid kan verdelen, en geen belastingplicht kan creëren, zal dit tot niets leiden en wordt non-heffing in een dergelijke situatie niet voorkomen.

4.4.2 Beoordeling van art. I, lid 2 Protocol

Art. I, lid 2 van het Protocol is opgenomen om kwalificatieconflicten met betrekking tot hybride entiteiten op te lossen en dubbele heffing of non-heffing als gevolg van deze kwalificatieconflicten te voorkomen. De hoofdregel is dat de bronstaat de woonstaat van de achterliggende participanten volgt wat betreft de kwalificatie van de hybride entiteit, indien de woonstaat van de achterliggende participanten inkomen toerekent aan een inwoner. Voor overige situaties wordt door middel van onderling overleg getracht tot een oplossing te komen. In tegenstelling tot bijvoorbeeld art. 24, lid 4 van het verdrag Nederland – VS en de naar aanleiding van het eerdergenoemde Partnership Report in het OESO-commentaar opgenomen bepalingen,²¹³ is in art. I, lid 2 van het Protocol geen uitzondering op de hoofdregel opgenomen voor gevallen waarin beide landen het inkomensbestanddeel toerekenen aan een inwoner.²¹⁴ Door geen uitzondering op te nemen voor deze situatie wordt de heffingsbevoegdheid van één van beide landen weggenomen en wordt dubbele belastingheffing

²¹² De natuurlijk persoon zal, afhankelijk van zijn aandelenbelang, in box 2 of box 3 van de inkomstenbelasting in de heffing worden betrokken. De BV zal over de ontvangen uitkering in de vennootschapsbelasting in de heffing worden betrokken, voor zover het belang in de open KG niet onder de deelnemingsvrijstelling valt.

²¹³ Zie het OESO-commentaar op het OESO Modelverdrag bij art. 23A en 32B, §32.5.

²¹⁴ Zoals het geval is bij de in deze paragraaf beschreven casus 2.

voorkomen. Het nadeel van het niet opnemen van een uitzondering voor dergelijke situaties, is dat de heffingsbevoegdheid van een van beide landen zelfs in compleet binnenlandse verhoudingen door de werking van art. I, lid 2 van het Protocol kan worden beperkt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij de eerder in deze paragraaf besproken casus 2. In deze situatie zijn zowel de uitkerende vennootschap als de hybride entiteit in Nederland gevestigd en de hybride entiteit wordt door Nederland als niet-transparant aangemerkt. Toepassing van het verdrag Nederland – Duitsland leidt er echter toch toe dat Nederland zijn heffingsbevoegdheid kwijtraakt, wat een inbreuk is op de fiscale autonomie. Daarnaast is het de vraag of de visie van de staatssecretaris, dat een dergelijke uitzondering in bovenstaande situatie inderdaad niet bestaat, niet leidt tot problemen op zich, aangezien het eerdergenoemde Partnership Report een dergelijke uitzondering namelijk wel bevat. Zoals in een voorgaand hoofdstuk beschreven heeft Nederland namelijk een voorbehoud gemaakt ten aanzien van het Partnership Report, terwijl Duitsland een dergelijk voorbehoud niet heeft gemaakt.²¹⁵ Het is dus mogelijk dat Duitsland art. I, lid 2 van het Protocol wel zo uitlegt dat er een uitzondering is voor situaties waarin beide landen het inkomensbestanddeel toerekenen aan een inwoner. Dit zou zonder nadere bepalingen kunnen leiden tot dubbele belastingheffing, aangezien zowel Nederland als Duitsland dan zullen heffen. Daarnaast zou een dergelijke uitleg van art. I, lid 2 van het Protocol vanuit Duitsland leiden tot oneerlijke situaties, aangezien Duitsland in dergelijke gevallen wel heft, terwijl Nederland een dergelijke uitzondering niet toepast en in zulke situaties dus niet heft. Op deze manier kan art. I, lid 2 van het Protocol een lichte negatieve invloed op de hoogte van de Nederlandse belastingopbrengsten hebben, maar dit wordt gecompenseerd door de extra belastingopbrengsten die Nederland toekomen doordat hybride mismatches worden voorkomen. Nederland en Duitsland zullen dus duidelijke afspraken moeten maken op dit punt, zodat beide landen de bepaling op eenzelfde manier uitleggen en dispariteiten worden voorkomen.

Wat verder opvallend is ten aanzien van de behandeling van hybride entiteiten tussen Nederland en Duitsland, is dat er niet een meer specifieke bepaling is opgenomen, waardoor een groot gedeelte van de situaties met hybride entiteiten onder de onderling overlegprocedure vallen, wat afbreuk doet aan de efficiëntie van art. I, lid 2 van het Protocol.

In Nederland en Duitsland wordt veel gebruik gemaakt van personenvennootschappen. In Duitsland worden de eigen personenvennootschappen vaak als transparant gekwalificeerd, terwijl dit in Nederland niet altijd het geval is, zoals bijvoorbeeld bij een open CV. Daarnaast kwalificeren beide landen buitenlandse vennootschappen op hun eigen manier, door middel van onafhankelijke classificatie.²¹⁶ Om deze redenen is het goed denkbaar dat kwalificatieverschillen veelvuldig

²¹⁵ F.P.G. Pötgens en A.J.A. Stevens, "Het nieuwe belastingverdrag Nederland-Duitsland: een update," MBB 2016/01, p.2.

²¹⁶ E.M.S. Spierts, "Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland," MBB 2012/07/08, p.2-3.

voorkomen in de verhouding Nederland – Duitsland. Daarnaast heeft Nederland, zoals gezegd, een voorbehoud gemaakt ten aanzien van het Partnership Report, waarin wordt getracht kwalificatieverschillen ten aanzien van personenvennootschappen onder belastingverdragen op te lossen, en geeft het ministerie van Financiën er de voorkeur aan om per verdrag specifieke bepalingen op te nemen om kwalificatieverschillen te voorkomen.²¹⁷ Om deze redenen is het opmerkelijk dat Nederland in het verdrag met Duitsland geen specifiekere bepalingen omtrent hybride entiteiten heeft opgenomen. Dat de onderling overlegprocedure uit het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol niet voor elke situatie een oplossing biedt, blijkt ook uit de in deze paragraaf besproken casus 4, waarin sprake kan zijn van non-heffing die niet voorkomen kan worden door middel van de onderling overlegprocedure uit het verdrag Nederland – Duitsland.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de eerder besproken hybride entiteitenbepaling uit het verdrag Nederland – VS, biedt het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol wel de mogelijkheid om D/D- of D/NI structuren te voorkomen. Aangezien er in dergelijke structuren, zoals in een eerder hoofdstuk besproken, geen inkomen wordt verkregen door een hybride entiteit, vallen dergelijke structuren niet onder de reikwijdte van het eerste deel van art. I, lid 2 van het Protocol. De onderling overlegbepaling maakt het in de verhouding Nederland – Duitsland echter toch mogelijk om ook D/D- of D/NI structuren aan te pakken, bijvoorbeeld doordat één van beide landen naar aanleiding van het overleg een aftrek weigert. Het feit dat een groot deel van de gevallen onder de onderling overlegprocedure valt, zorgt ervoor dat de tekst van art. I, lid 2 van het Protocol eenvoudig is, maar de uitwerking erg complex, aangezien Nederland en Duitsland vaak in onderling overleg zullen moeten treden om tot oplossingen te komen.

Evenals het eerder besproken art. 24-4 uit het verdrag tussen Nederland en de VS zal de publieke opinie omtrent art. I, lid 2 van het Protocol neutraal zijn, aangezien de werking van belastingverdragen en de bepalingen eruit over het algemeen niet bekend zijn bij het grote publiek.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten in EU-verhoudingen aan bod gekomen en is onderzocht welke bepalingen ter voorkoming van dubbele heffing of non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten het EU-recht kent. Hierna is de veelbesproken bepaling omtrent hybride entiteiten uit het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland onder de

²¹⁷ Kamerstukken II 2010/11, 25 087, bijlage bij nr. 7, §2.3, zie ook E.M.S. Spierts, “Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland,” MBB 2012/07/08, p.3.

loep genomen, om te bekijken of deze maatregel dubbele heffing of non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten inderdaad voorkomt.

Het primaire EU-recht kent geen bepalingen omtrent hybride entiteiten en beperkt het gebruik van hybride entiteiten zodoende niet. In de zaak Columbus bepaalde het HvJ EU dat lidstaten vrij zijn in hun keuze om ten aanzien van buitenlandse entiteiten ofwel onafhankelijke classificatie, ofwel erkenning van de buitenlandse fiscale status toe te passen. De fiscale autonomie van lidstaten is zo vergaand dat zelfs gevallen van dubbele heffing niet hoeven te worden voorkomen op grond van het primaire EU-recht.

In tegenstelling tot het primaire EU-recht, kent het secundaire EU-recht wel een aantal bepalingen met betrekking tot hybride entiteiten. In dit hoofdstuk zijn achtereenvolgens de bepalingen omtrent hybride entiteiten uit de Moeder-dochterrichtlijn, de Fusierichtlijn en de Rente- en royaltyrichtlijn besproken. De Moeder-dochterrichtlijn en de Fusierichtlijn bevatten specifieke bepalingen omtrent hybride entiteiten. De Rente- en royaltyrichtlijn kent geen specifieke bepaling omtrent hybride entiteiten, maar de Europese Commissie heeft in een evaluatierapport wel een oplossing gegeven voor bepaalde problemen met betrekking tot hybride entiteiten onder de Rente- en royaltyrichtlijn. Wat opvalt aan de besproken bepalingen uit het secundaire EU-recht, is dat slechts dubbele heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten wordt voorkomen, en dat non-heffing niet wordt voorkomen. Dubbele heffing wordt onder alle drie de besproken richtlijnen voorkomen door de voordelen uit de richtlijn ook aan hybride entiteiten toe te kennen die normaal gesproken, doordat de entiteit door een lidstaat als transparant wordt aangemerkt, geen recht zouden hebben op de voordelen uit de richtlijn.

Aangezien het EU-recht slechts een aantal bepalingen omtrent hybride entiteiten kent, deze bepalingen slechts een aantal situaties bestrijken en de bepalingen die er zijn slechts dubbele heffing voorkomen, dienen aanvullende maatregelen in bilaterale belastingverdragen te worden getroffen om mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten (effectiever) tegen te gaan. In het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland is een dergelijke bepaling omtrent hybride entiteiten opgenomen, waar in dit hoofdstuk diep op is ingegaan en de effectiviteit van deze bepaling is onderzocht. De bepaling omtrent hybride entiteiten in het verdrag Nederland – Duitsland is opgenomen in art. I, lid 2 van het Protocol en bestaat uit twee delen. Het eerste deel bepaalt dat, indien in de verhouding Nederland – Duitsland inkomen wordt verkregen door een hybride entiteit, de bronstaat de fiscale kwalificatie volgt die de woonstaat van de achterliggende participanten aan de hybride entiteit geeft, indien die woonstaat het inkomen toerekent aan een inwoner. Voor overige situaties waarbij sprake is van dubbele heffing of non-heffing als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit, is in het tweede deel van art. I, lid 2 van het Protocol bepaald dat Nederland en Duitsland in onderling overleg zullen treden om de problemen op te lossen. De werking van deze bepalingen is aan de hand van een aantal casus besproken, waarbij opvalt dat non-heffing niet altijd

wordt voorkomen door de bepaling uit art. I, lid 2 van het Protocol, aangezien een verdrag slechts heffingsbevoegdheid kan verdelen, en geen belastingplicht kan creëren.

Wat voorts opvalt, is dat de staatssecretaris de doorkijkbepaling zo uitlegt dat er geen uitzondering op deze regel bestaat voor situaties waarin beide landen het inkomensbestanddeel aan een inwoner toerekenen. Ook in dit soort situaties dient de bronstaat dus de fiscale kwalificatie van de hybride entiteit door de woonstaat van de achterliggende participanten te volgen, wat ertoe leidt dat het heffingsrecht van de bronstaat over binnenlands inkomen van een inwoner wordt weggenomen. Daarnaast is niet bekend of Duitsland de doorkijkbepaling op dezelfde manier uitlegt. Duitsland heeft namelijk, in tegenstelling tot Nederland, geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van het Partnership Report, waardoor het denkbaar is dat Duitsland een dergelijke uitzondering wel zal toepassen. Om dispariteiten te voorkomen is het belangrijk dat Nederland en Duitsland duidelijke afspraken maken omtrent dit punt.

Eén van de redenen dat Nederland een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van het Partnership Report, is dat Nederland zelf per verdrag specifieke bepalingen omtrent kwalificatieverschillen wil opnemen. Met dit in het achterhoofd is het de vraag waarom in het verdrag Nederland – Duitsland niet een wat meer specifieke bepaling omtrent hybride entiteiten is opgenomen, aangezien onder het verdrag, zoals in dit hoofdstuk beschreven, niet voor alle situaties omtrent hybride entiteiten een oplossing kan worden geboden.

De onderling overlegprocedure van art. I, lid 2 van het Protocol maakt het echter wel mogelijk om, in verhouding met vergelijkbare bepalingen zoals bijvoorbeeld art. 24, lid 4 verdrag Nederland – VS, veel verschillende soorten structuren waarin gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten aan te pakken. Onderling overleg maakt het mogelijk om bijvoorbeeld D/NI- of D/D structuren aan te pakken, aangezien in onderling overleg maatregelen kunnen worden genomen zoals het weigeren van een aftrek door één van beide landen.

5. Ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is besproken wat hybride entiteiten zijn en welke problemen er kunnen ontstaan als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. Ook is onderzocht welke maatregelen ter voorkoming van problemen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten er bestaan in de verhouding Nederland – VS en binnen EU-verhoudingen, waarbij specifiek is ingegaan op de bepalingen omtrent hybride entiteiten uit het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland. Uit deze hoofdstukken is gebleken dat het erg lastig is om hybride entiteiten tegen te gaan en dat er op dit moment geen maatregelen zijn die elke vorm van hybride entiteiten aanpakken en elk probleem als gevolg van het gebruik hiervan voorkomen. Omdat het moeilijk is om dergelijke problemen op nationaal niveau of door middel van bilaterale belastingverdragen efficiënt aan te pakken, is een meer gecoördineerde aanpak op een hoger niveau nodig, zoals de OESO eerder tevergeefs probeerde door middel van publicatie van het eerdergenoemde Partnership Report. De OESO heeft zich de afgelopen jaren wederom ingezet voor een gecoördineerde aanpak van belastingontwijking, waaronder belastingontwijking door middel van het gebruik van hybride entiteiten. Naast de OESO heeft ook de Europese Commissie stappen gezet in de strijd tegen belastingontwijking als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten er zijn, welke maatregelen met betrekking tot hybride entiteiten er zijn genomen en zijn voorgesteld en of deze maatregelen effectief zijn in de strijd tegen hybride entiteiten.

5.2 Ontwikkelingen door de OESO

5.2.1 *Het BEPS-rapport*

De OESO heeft in een aantal rapporten aandacht besteed aan hybride entiteiten, waarin het met name ging over het gebruik van hybride entiteiten om belasting te ontwijken.²¹⁸ Na het eerder besproken Partnership Report uit 1999 publiceerde de OESO in 2012 voor het eerst, op verzoek van een aantal OESO-lidstaten, weer een geheel rapport over hybride mismatches, waarin verschillende structuren die leiden tot hybride mismatches aan bod kwamen, evenals de maatregelen van de betrokken OESO-lidstaten om deze hybride mismatches te voorkomen.²¹⁹ Als algemene oplossingen voor hybride mismatches noemde de OESO in laatstgenoemd rapport het harmoniseren van nationale wetgevingen, het invoeren van generieke antimisbruikbepalingen, het invoeren van specifieke

²¹⁸ Zie o.a. OESO, "Addressing Tax Risks Involving Bank Losses," OECD Publishing, 2010.

²¹⁹ OESO, "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues," 2012.

antimisbruikbepalingen en het invoeren van regels die zich specifiek richten op hybride mismatches in de nationale wetgeving.

Vervolgens publiceerde de OESO in februari 2013 het rapport *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*,²²⁰ wat leidde tot het vaststellen van een 15-delig actieplan door de OESO en de G20 om grondslaguitholling en belastingontwijking tegen te gaan, in september 2013.²²¹ Dit actieplan bestaat uit 15 afzonderlijke actiepunten, die elk een bepaald onderwerp of een bepaalde vorm van belastingontwijking aanpakken. Door middel van deze 15 actiepunten probeert de OESO om het vertrouwen van de burger in hun nationale belastingstelsels te herstellen en de overheden meer effectieve instrumenten aan te reiken om de efficiëntie van de nationale belastingstelsels te waarborgen.²²² Deze 15 actiepunten zijn erop gericht om belastingontwijking op internationaal niveau tegen te gaan, door middel van het introduceren van coherentie tussen nationale wetgevingen ten aanzien van grensoverschrijdende activiteiten, het aanscherpen van de regels omtrent de fysieke aanwezigheid van bedrijven in een bepaald land en het verbeteren van (fiscale) transparantie en zekerheid.²²³ Het is de bedoeling dat de aanbevelingen van de OESO uit deze 15 actiepunten worden opgevolgd door middel van implementatie van deze aanbevelingen in zowel de nationale wetgevingen van OESO-lidstaten als in de bilaterale belastingverdragen die OESO-lidstaten afsluiten met andere landen.²²⁴ In tegenstelling tot de hieronder te behandelen EU “Anti Tax Avoidance Directive” zijn de OESO actiepunten “soft law” en geen “hard law.” Hard law dient immers, in tegenstelling tot soft law, wel dwingend in wetgeving te worden omgezet.

Eén van de BEPS actiepunten, namelijk BEPS actie 2, is in het bijzonder interessant voor dit onderzoek, aangezien dit actiepunt gaat over het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches en voortbouwt op het eerder genoemde OESO-rapport uit 2012. De eerste versie van dit actiepunt werd, in de vorm van een openbaar discussiestuk, in maart 2014 in twee delen gepubliceerd; namelijk een deel met aanbevelingen voor de nationale wetgevingen van OESO-lidstaten²²⁵ en een deel met aanbevelingen voor bilaterale belastingverdragen.²²⁶ Deze twee delen van BEPS actie 2 stonden open voor publiek commentaar. Het ontvangen commentaar is door de OESO gebundeld in een nieuw rapport,²²⁷ aan de hand waarvan de OESO het definitieve BEPS actie 2 rapport heeft opgesteld, welke

²²⁰ OESO, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting,” OECD Publishing, 2013.

²²¹ OESO, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting,” OECD Publishing, 2013.

²²² OESO, “Explanatory Statement,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, §3.

²²³ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.3.

²²⁴ OESO, “Explanatory Statement,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, §6.

²²⁵ OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws),” Public Discussion Draft, 2014.

²²⁶ OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues),” Public Discussion Draft, 2014.

²²⁷ OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements,” Comments received on Public Discussion drafts, 2014.

eind 2015 is gepubliceerd.²²⁸ BEPS actie 2 is gericht op meerdere vormen van hybride mismatches, maar in verband met de reikwijdte van dit onderzoek zal slechts het deel dat ziet op hybride entiteiten worden besproken.

5.2.2 BEPS actiepunt 2

Evenals de eerdere versie van BEPS actie 2 bestaat ook de definitieve versie uit twee delen, namelijk aanbevelingen voor nationale wetgevingen en aanbevelingen met betrekking tot verdragskwesties. Het doel van BEPS actie 2 is het voorkomen van non-heffing als gevolg van het creëren van een hybride mismatch door gebruik van een hybride entiteit. De vormen van non-heffing als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit die worden besproken in BEPS actie 2 zijn de D/NI structuren, D/D structuren en structuren waarbij een mismatch wordt gecreëerd door middel van een betaling aan een reverse hybride entiteit.²²⁹

5.2.2.1 Deel I

Deel I van BEPS actie 2 bestaat uit de aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen. Deze aanbevelingen hebben de vorm van “linking rules” (Nederlands: verbindende regels) gekregen, waarmee wordt getracht om mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten te neutraliseren door de fiscale wetgevingen van verschillende landen ten aanzien van een mismatch met elkaar in lijn te brengen, zonder verdere verstoring van overige belasting-, commerciële-, of regelgevende gevolgen. Daarnaast is voor betalingen aan reverse hybride entiteiten een aanvullende specifieke aanbeveling gedaan, welke later in dit hoofdstuk zal worden besproken.²³⁰

De linking rules bestaan uit een “primary response,” waarmee een hoofdregel wordt gegeven die één van beide betrokken staten dient toe te passen in het geval van een mismatch als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit en uit een “defensive rule,” die, in het geval dat de staat die de primary response dient toe te passen de mismatch niet neutraliseert, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende staat de aanbevelingen van de OESO (nog) niet heeft geïmplementeerd, dient te worden toegepast door de andere betrokken staat. Deze linking rules zijn hiërarchisch vormgegeven, wat inhoudt dat de primary response voorrang heeft op de defensive rule om dubbele belasting te voorkomen. Als het ene betrokken land namelijk de primary response zou toepassen, terwijl het andere

²²⁸ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015.

²²⁹ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, pp.16-17 en 55. Zie ook H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, “Hybride entiteiten: een einde met haken (V/Λ) en ogen (á)?,” WFR 2016/48, p.1-2.

²³⁰ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, §4+5.

betrokken land de defensive rule toepast, kan non-heffing omslaan in dubbele heffing.²³¹ De defensive rule wordt dus slechts toegepast als de primary response niet wordt toegepast.

Zoals beschreven doet de OESO in BEPS actie 2 ten aanzien van hybride entiteiten aanbevelingen om D/NI structuren, D/D structuren en structuren waarin een mismatch wordt gecreëerd door middel van een betaling aan een reverse hybride entiteit tegen te gaan. Deze aanbevelingen kunnen als volgt in een tabel worden weergegeven:²³²

Soort Mismatch	Structuur	Specifieke aanbeveling voor nationale wetgeving	Aanbevolen linking rules		
			Primary response	Defensive rule	Reikwijdte
D/NI	Betaling door hybride entiteit die onbelast blijft	-	Weiger aftrek bij de betalende partij	Behandel de betaling als inkomen bij de ontvanger	Controlgroep en opgezette structuren
	Betaling aan een reverse hybride entiteit	Verbeter regels omtrent offshore investeringen. Beperk fiscale transparantie van tussenhoudsters indien een buitenlandse investeerder deze vennootschap als niet-transparant kwalificeert	Weiger aftrek bij de betalende partij	-	Controlgroep en opgezette structuren
D/D	Aftrekbare betaling door een hybride entiteit	-	Weiger aftrek bij de moeder	Weiger aftrek bij de betalende partij	Primary response geen beperking. Defensive rule van toepassing op controlgroep en opgezette structuren

Aanbeveling 1

Zoals blijkt uit de tabel is de primary response bij een betaling door een hybride entiteit die leidt tot een D/NI structuur dat het land waar de betalende partij is gevestigd aftrek van de betaling weigert. Als de mismatch door het land van de betalende partij niet wordt voorkomen, bepaalt de defensive rule dat het land waar de ontvanger is gevestigd de betaling als inkomen van de ontvanger moet aanmerken en overeenkomstig moet belasten. Volgens de aanbeveling van de OESO dient aftrek in het land van de betalende partij slechts te worden toegelaten tot het bedrag aan inkomen dat zowel het land van de betaler als van de ontvanger tot de belaste winst wordt gerekend (“dual inclusion” inkomen). Het bedrag aan aftrek dat het dual inclusion inkomen overschrijdt mag worden meegenomen naar een volgende periode.²³³ Deze aanbeveling geldt slechts voor “genegeerde hybride betalingen” die zijn gedaan door een hybride entiteit, wat voor toepassing van deze aanbeveling inhoudt dat de betaling aftrekbaar is volgens de wetgeving van het land van de betalende partij, en dat deze betaling niet als inkomen wordt aangemerkt in het land van de ontvangende partij. Voor toepassing van deze aanbeveling wordt een betaling geacht te zijn gedaan door een hybride entiteit als de fiscale kwalificatie van de betaler door het land van de ontvangende partij ertoe leidt dat de betaling niet als

²³¹ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, §15.

²³² Dit is een gesimplificeerde versie van de tabel in BEPS actie 2, p.20.

²³³ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.49.

inkomen wordt aangemerkt.²³⁴ Deze aanbeveling van de OESO is slechts van toepassing op situaties die leiden tot een hybride mismatch. Hier is volgens de OESO slechts sprake van indien de aftrek op grond van de wetgeving van het land van de betaler kan worden verrekend met inkomen dat geen dual inclusion inkomen is.

Deze aanbeveling vindt slechts toepassing indien de betaler en ontvanger deel uitmaken van dezelfde “controldgroep,” of indien de betaling deel uitmaakt van een “opgezette structuur” en de belastingplichtige behoort tot die opgezette structuur.

Een opgezette structuur is elke structuur waarbij er bij het aangaan van de structuur al rekening is gehouden met een hybride mismatch, of als de feiten en omstandigheden van de structuur erop wijzen dat deze ontworpen is om een hybride mismatch te creëren. Een belastingplichtige wordt geacht geen deel uit te maken van een opgezette structuur als noch de belastingplichtige, noch een ander lid in zijn controldgroep redelijkerwijs kon verwachten dat er sprake was van een hybride mismatch en geen voordeel heeft behaald met die hybride mismatch.²³⁵

Twee personen behoren volgens de OESO tot dezelfde controldgroep indien:

- (i) zij geconsolideerd zijn voor accountingdoeleinden;
- (ii) de eerste persoon een belang heeft op grond waarvan die persoon effectieve controle op de tweede persoon kan uitoefenen of er een derde is die een belang heeft op grond waarvan die persoon effectieve controle op beide personen kan uitoefenen;
- (iii) de eerste persoon een belang van 50% of groter in de tweede persoon heeft of er een derde is die een belang van 50% of groter in beide personen heeft; of
- (iv) zij kunnen worden aangemerkt als verbonden ondernemingen in de zin van art. 9 OESO MV.²³⁶

Aanbeveling 2

De tweede aanbeveling in bovenstaande tabel ziet op situaties waarin een betaling aan een reverse hybride entiteit wordt gedaan, als gevolg waarvan een D/Ni structuur ontstaat. Voor dergelijke gevallen beveelt de OESO als primary response aan dat het land waar de betalende partij is gevestigd aftrek van de betaling weigert. De OESO beveelt voor dergelijke situaties geen defensive rule aan, met als reden dat de in de tabel genoemde specifieke aanbevelingen, die hierna zullen worden besproken,

²³⁴ Idem.

²³⁵ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.105. Voor een uitgebreide beschrijving van feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de structuur is ontworpen om een hybride mismatch te creëren verwijs ik naar het hiervoor genoemde rapport.

²³⁶ OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.113.

dit onnodig maken.²³⁷ Deze aanbeveling geldt slechts voor gevallen waarin er sprake is van een hybride mismatch. Voor toepassing van deze aanbeveling leidt een betaling tot een hybride mismatch indien er geen mismatch zou zijn ontstaan als de betaling niet aan de reverse hybride entiteit, maar direct aan de achterliggende participant(en) zou zijn gedaan.

Evenals de hiervoor besproken aanbeveling vindt deze aanbeveling slechts toepassing indien de betalende partij, de reverse hybride entiteit en de achterliggende participant(en) deel uitmaken van dezelfde controlgroep, of indien de betaling deel uitmaakt van een opgezette structuur en de betalende partij behoort tot die opgezette structuur.

Ook heeft de OESO drie specifieke aanbevelingen omtrent reverse hybride entiteiten gedaan. Ten eerste stelt de OESO dat landen nationale wetgeving omtrent offshore investeringen moeten introduceren, of hun bestaande regels omtrent dit onderwerp moeten aanscherpen, om D/NI structuren die ontstaan door betalingen aan reverse hybride entiteiten te voorkomen. Ten tweede stelt de OESO voor om de fiscale transparantie van door buitenlandse investeerders gehouden tussenhoudsters te beperken. Om dit te bereiken stelt de OESO dat een reverse hybride entiteit door de vestigingsstaat als niet-transparant dient te worden gekwalificeerd indien het inkomen dat wordt behaald door de reverse hybride entiteit niet in de vestigingsstaat wordt belast, en de door de reverse hybride entiteit aan de achterliggende participant(en) uitgekeerde winst ook niet wordt belast in de staat van de achterliggende participant(en). De derde en laatste specifieke aanbeveling van de OESO omtrent reverse hybride entiteiten, is dat landen passende wetgeving introduceren omtrent de vereisten voor het indienen van belastingaangiften en het rapporteren van informatie aan de bevoegde autoriteiten door reverse hybride entiteiten in de vestigingsstaat, zodat goed kan worden vastgesteld hoeveel winst er is uitgekeerd aan de achterliggende participant(en) van de reverse hybride entiteit.²³⁸

Aanbeveling 3

De derde en laatste aanbeveling uit bovenstaande tabel ziet op situaties waarin een betaling door een hybride entiteit leidt tot een D/D structuur. De primary response is in deze situatie dat het land van de moedermaatschappij de aftrek weigert. Als deze primary response niet wordt toegepast zegt de defensive rule dat het land waarin de betalende partij is gevestigd de aftrek weigert. Evenals bij de eerste aanbeveling dient een aftrek te worden toegestaan voor zover deze kan worden afgezet tegen dual-inclusion inkomen. Indien het bedrag aan aftrek hoger is dan het dual-inclusion inkomen mag het bedrag aan aftrek dat het dual-inclusion inkomen te boven gaat worden meegenomen naar een volgende periode. Deze aanbeveling geldt slechts voor aftrekbare betalingen gedaan door een hybride entiteit, wat voor toepassing van deze aanbeveling inhoudt dat de hybride entiteit geen inwoner is van

²³⁷ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, §144.

²³⁸ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.63.

de staat waarin deze gevestigd is en de betaling leidt tot een tweede aftrek op het niveau van de hybride entiteit in de staat waar deze gevestigd is (de staat van de achterliggende participant(en), of dat de hybride entiteit inwoner is in de staat waar deze ook gevestigd is en de betaling leidt tot een tweede aftrek op het niveau van de achterliggende participant(en) van de hybride entiteit in de staat van deze achterliggende participanten.

Ook is deze aanbeveling van de OESO slechts van toepassing op betalingen die leiden tot een hybride mismatch. Voor toepassing van deze aanbeveling leidt een betaling tot een hybride mismatch indien aftrek van de betaling op grond van de wetgeving van de staat van de betalende partij kan worden afgezet tegen inkomen dat geen dual-inclusion inkomen is.

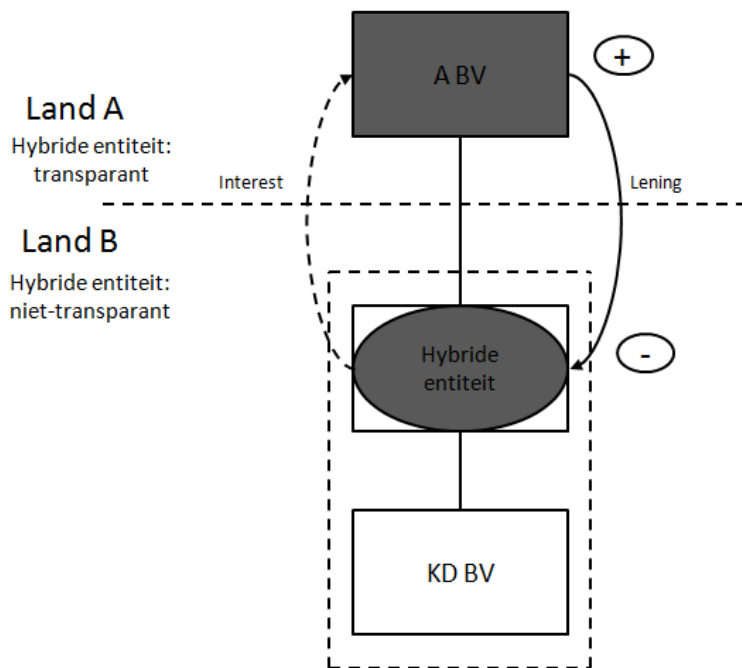
De reikwijdte van de primary response van deze aanbeveling wordt niet beperkt. De defensive rule is slechts van toepassing indien de bij de mismatch betrokken partijen tot dezelfde controlgroep behoren, of indien de mismatch ontstaat door een opgezette structuur waar de belastingplichtige deel van uitmaakt.²³⁹

De werking van bovenstaande aanbevelingen kan worden beschreven aan de hand van een aantal in hoofdstuk twee genoemde voorbeelden.

Voorbeeld 1 – D/NI structuur als gevolg van een betaling door een hybride entiteit

De werking van de hierboven genoemde aanbeveling 1 kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende figuur uit hoofdstuk twee:

²³⁹ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.67.

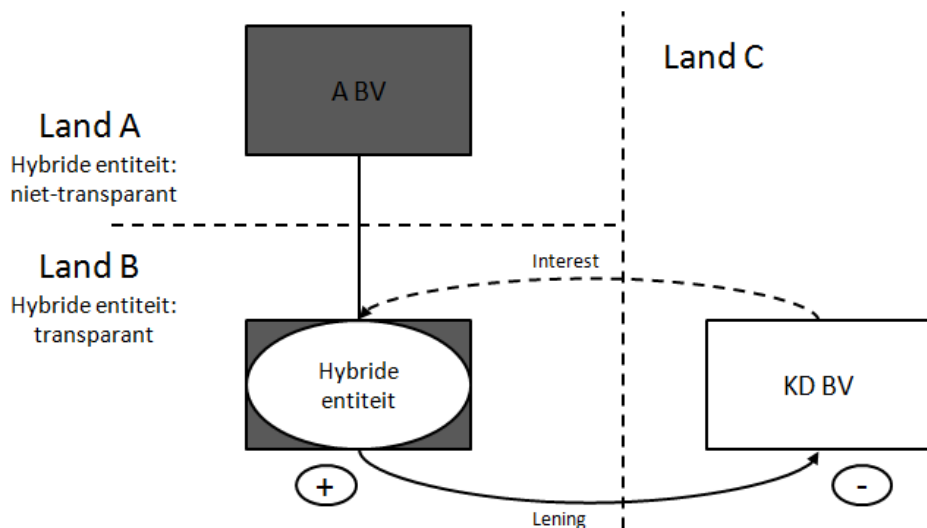


In bovenstaande situatie ontvangt de hybride entiteit een lening van A BV, waarop rente wordt betaald. In land B is de rente aftrekbaar, maar aangezien land A de hybride entiteit als transparant beschouwt en de lening voor fiscale doeleinden negeert, heft land A geen belasting over de rente-inkomsten bij A BV.

Aangezien er een betaling door een hybride entiteit wordt gedaan waardoor een D/Ni structuur ontstaat, en aan de overige genoemde voorwaarden wordt voldaan, is aanbeveling 1 van toepassing. Op grond van aanbeveling 1 dient land B de primary response toe te passen, namelijk het weigeren van aftrek van de rentebetaling, voor zover de rentebetaling het dual inclusion inkomen te boven gaat. In dit geval leidt de rentebetaling echter niet tot dual inclusion inkomen, aangezien de hybride entiteit als transparant wordt aangemerkt door land A, en land A het rente-inkomen om deze reden niet belast. Land B dient dus aftrek van de volledige rentebetaling te weigeren. Indien land B de primary response niet toepast, dan dient land A de defensive rule toe te passen. Dit betekent dat land A de rentebetaling als inkomen behandelt dat is ontvangen door A BV en overeenkomstig in de belastingheffing betreft.

Voorbeeld 2 – D/Ni structuur als gevolg van een betaling aan een reverse hybride entiteit

De werking van de hierboven genoemde aanbeveling 2 kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende figuur uit hoofdstuk twee:



In bovenstaande situatie ontvangt KD BV een lening van de reverse hybride entiteit, waarop rente wordt betaald. De rentebetaling is aftrekbaar in land C, maar de inkomsten worden door zowel land A als land B niet belast, aangezien land B het inkomen toerekent aan A BV en land A het inkomen toerekent aan de hybride entiteit.

Alhoewel er een D/NI structuur als gevolg van een betaling aan een hybride entiteit ontstaat, zal bovenstaande situatie in veel gevallen niet onder de reikwijdte van aanbeveling 2 vallen. KD BV behoort namelijk niet tot dezelfde controlgroep als A BV en de reverse hybride entiteit en in veel gevallen zal de betaling van KD BV aan de reverse hybride entiteit geen onderdeel zijn van een opgezette structuur. Op het eerste gezicht lijkt KD BV namelijk een onderdeel van een opgezette structuur te zijn, maar wordt slechts zo behandeld als zij zelf een voordeel behaalt met de hybride mismatch of over voldoende informatie zou beschikken om op de hoogte te zijn van het feit dat de betaling resulteert in een hybride mismatch.²⁴⁰ In dit geval behaalt KD BV geen voordeel met de hybride mismatch en valt het niet te verwachten dat KD BV op de hoogte is van de behandeling van de rente-inkomsten op het niveau van A BV en de reverse hybride entiteit, aangezien KD BV niet verbonden is met deze partijen.

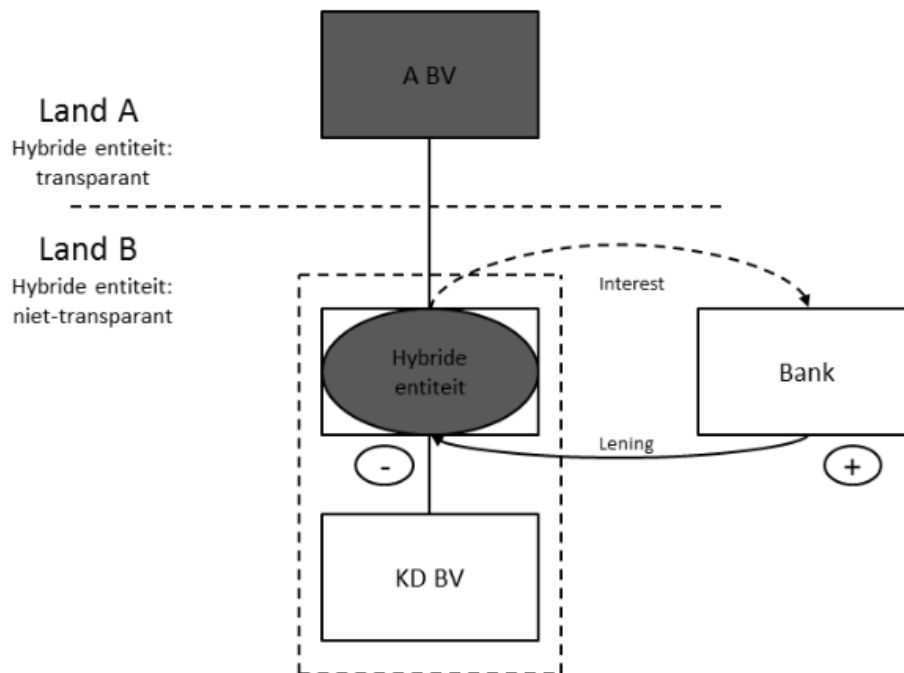
Indien KD BV echter van tevoren op de hoogte is gesteld van het feit dat de lening uitgegeven zou worden door een reverse hybride entiteit en KD BV invloed heeft kunnen uitoefenen op het ontwerp van de structuur, dan zou beargumenteerd kunnen worden dat KD BV deel uitmaakt van een opgezette structuur, waardoor aanbeveling 2 wel van toepassing zou zijn.²⁴¹ In dat geval zou land C de primary response dienen toe te passen en de aftrek op het niveau van KD BV dienen te weigeren.

²⁴⁰ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.300, §8.

²⁴¹ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, p.301, §10.

Voorbeeld 3 – D/D structuur als gevolg van een betaling door een hybride entiteit

De werking van de hierboven genoemde aanbeveling 3 kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende figuur uit hoofdstuk twee:



In bovenstaande situatie gaat de hybride entiteit een lening aan bij een bank, waarop rente wordt betaald. De rentebetaling is zowel in land A als in land B aftrekbaar, aangezien beide landen de rentebetaling toerekenen aan een inwoner.

Aangezien er een betaling door een hybride entiteit wordt gedaan waardoor een D/D structuur ontstaat en aan de overige genoemde voorwaarden wordt voldaan, is aanbeveling 3 van toepassing. Op grond van aanbeveling 3 dient land A de primary response toe te passen, namelijk het weigeren van de tweede aftrek van de rentebetaling op het niveau van A BV, voor zover de rentebetaling het dual inclusion inkomen te boven gaat. Al het inkomen dat wordt behaald op het niveau van de hybride entiteit is dual inclusion inkomen, aangezien dit inkomen door zowel land A als land B aan een inwoner wordt toegerekend. De hybride entiteit behaalt echter zelf geen operationeel inkomen en verrekent de aftrek met inkomen van KD BV, waarmee de hybride entiteit een fiscale eenheid is aangegaan. Om deze reden is er geen dual inclusion inkomen, waardoor de aftrek op het niveau van A BV volledig wordt geweigerd. Indien land A de primary response niet toepast, dient land B de defensive rule toe te passen. Op grond van de defensive rule dient land B de aftrek op het niveau van de betalende partij, in dit geval de hybride entiteit, te weigeren voor zover de aftrek het dual inclusion inkomen te boven gaat. Zoals hiervoor betoogd, is er op het niveau van de hybride entiteit geen sprake van dual inclusion inkomen, waardoor land B, indien het de defensive rule toepast, de aftrek volledig weigert.

5.2.2.2 Deel II

Deel II van BEPS actie 2 bestaat uit aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen, met als doel om ervoor te zorgen dat hybride entiteiten niet worden gebruikt om oneigenlijke verdragsvoordelen te verkrijgen.²⁴² De OESO heeft met het eerder besproken Partnership Report al eens geprobeerd om dergelijke problemen aan te pakken, maar erkent in BEPS actie 2 dat aanvullende maatregelen gewenst zijn, aangezien het Partnership Report slechts op personenvennootschappen ziet, en niet op andere entiteiten die transparant kunnen zijn. Daarnaast hebben niet alle landen de bevindingen uit het Partnership Report in hun nationale wetgeving geïmplementeerd, zo heeft Nederland bijvoorbeeld een voorbehoud ten aanzien van het Partnership Report opgenomen aangezien het er de voorkeur aan geeft om kwalificatieverschillen te voorkomen door per belastingverdrag specifieke bepalingen hieromtrent op te nemen. De aanbevelingen uit BEPS actie 2 bestaan uit aanpassingen aan een artikel uit het OESO MV en aanpassingen aan het commentaar hierbij, wat ervoor zal moeten zorgen dat inkomen van transparante entiteiten, voor toepassing van het OESO MV, in overeenstemming met de bepalingen uit het Partnership Report wordt behandeld.²⁴³

Ten aanzien van entiteiten die door het ene land als niet-transparant en door het andere land als transparant worden gekwalificeerd, stelt de OESO voor om aan art. 1 van het OESO MV een tweede lid toe te voegen. Deze voorgestelde bepaling houdt in dat inkomen van een entiteit die door één van beide staten als fiscaal transparant wordt gekwalificeerd, slechts als inkomen van een inwoner van één van beide staten wordt aangemerkt voor zover het inkomen door die staat wordt behandeld als inkomen verkregen door een inwoner. Deze bepaling zorgt ervoor dat een hybride entiteit slechts recht heeft op verdragsvoordelen indien één van beide betrokken staten het door de hybride entiteit behaalde inkomen aanmerkt als inkomen dat is verkregen door een inwoner en overeenkomstig in de belastingheffing betreft.²⁴⁴ Met deze bepaling wordt getracht te voorkomen dat verdragsvoordelen worden toegekend aan een entiteit die in de woonstaat als transparant wordt gekwalificeerd en om die reden niet in de belastingheffing wordt betrokken.

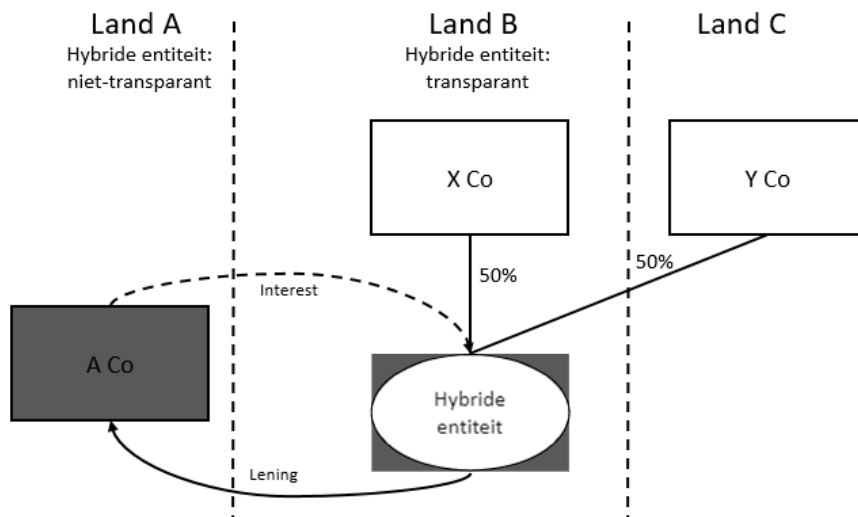
Een voorbeeld om bovenstaande aanbeveling te verduidelijken is te vinden in het nieuwe voorgestelde commentaar bij de voorgestelde aanpassing aan art. 1 OESO MV.²⁴⁵ Het voorbeeld kan als volgt worden weergegeven:

²⁴² OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, §427.

²⁴³ OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, §435.

²⁴⁴ Zie o.a. M.F. de Wilde, "Rapport BEPS Actiepunt 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements," NTFR 2015/2722, p.1.

²⁴⁵ §26.7 i.c.m. §26.15 van het voorgestelde commentaar bij art. 1 OESO MV (nieuw), zie OESO, "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report," OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, pp.140-142.



In bovenstaande situatie hebben land A en land B een bilateraal belastingverdrag met elkaar gesloten, waarin de genoemde aanbeveling van de OESO voor art. 1, lid 2 OESO MV is opgenomen. A Co, gevestigd in land A, heeft een lening afgesloten bij een hybride entiteit, gevestigd in land B, en betaalt daar rente op. Land A ziet de hybride entiteit als niet-transparant en land B ziet de hybride entiteit als transparant. De hybride entiteit heeft twee achterliggende participanten, namelijk X Co, gevestigd in land B, en Y Co, gevestigd in land C, waar zowel land A als land B geen belastingverdrag mee hebben afgesloten. Beide participanten hebben een belang van 50% in de hybride entiteit. Gegeven is dat land A normaal gesproken 30% bronbelasting inhoudt op rentebetalingen, maar dat het bronbelastingtarief onder het verdrag met land B wordt verlaagd naar 10%.

Toepassing van het voorgestelde art. 1, lid 2 OESO MV leidt ertoe dat slechts het deel van het inkomen dat is toe te rekenen aan X Co wordt aangemerkt als inkomen van een inwoner van land B. Aangezien land B de hybride entiteit als transparant ziet, wordt de helft van het inkomen door land B toegerekend aan Y Co en wordt deze helft zodoende niet als door een inwoner verkregen inkomen behandeld. Dit leidt ertoe dat slechts voor de helft van de rente-inkomsten een beroep kan worden gedaan op de verdragsvoordelen uit het verdrag tussen land A en land B. Zodoende houdt land A op de helft van de rentebetaling 10% bronbelasting in en op de andere helft van de rentebetaling 30%. Zonder toepassing van het voorgestelde art. 1, lid 2 OESO zou land A slechts rekening houden met zijn eigen kwalificatie van de hybride entiteit en de verlaagde bronbelasting toepassen op de volledige rentebetaling.

5.2.3 Beoordeling BEPS actiepunt 2

Zoals besproken zijn de voorstellen van de OESO uit BEPS actie 2 onderverdeeld in aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen en aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen.

Ten aanzien van nationale wetgevingen doet de OESO aanbevelingen om hybride mismatches die ontstaan als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit te neutraliseren. De structuren die onder

de reikwijdte van de aanbevelingen van de OESO vallen zijn D/NI structuren als gevolg van een betaling door een hybride entiteit, D/NI structuren als gevolg van een betaling aan een reverse hybride entiteit en D/D structuren als gevolg van een betaling door een hybride entiteit. De aanbevelingen zijn vormgegeven door middel van primary responses en defensive rules. In het gedeelte over belastingverdragen doet de OESO een aanbeveling door middel van een wijziging aan het OESO MV, op grond waarvan landen verdragsvoordelen ten aanzien van inkomen van een hybride entiteit slechts dienen te verlenen indien één van beide verdragsluitende staten dat inkomen ziet als inkomen dat is ontvangen door een inwoner en dit inkomen overeenkomstig belast.

Het doel van de aanbevelingen van de OESO is het neutraliseren van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, door een voordeel weg te nemen in het geval van een D/NI of een D/D structuur. De gekozen aanbevelingen zijn in beginsel geschikt om mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan, aangezien de aanbevelingen van de OESO erop gericht zijn om wetgevingen van verschillende landen met elkaar in lijn te brengen ten aanzien van dergelijke mismatches, waardoor de mismatches kunnen worden geneutraliseerd.

Indien echter niet alle landen de voorstellen van de OESO implementeren – hetgeen in de lijn der verwachting ligt daar het “soft law” betreft en slechts een aanbeveling is – of verschillende landen de voorstellen van de OESO op verschillende tijdstippen implementeren, worden mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten niet effectief voorkomen en kan dit zelfs schadelijke gevolgen hebben voor de economie van landen die de voorstellen wel, of vroegtijdig, implementeren. Als namelijk niet alle landen de voorstellen van de OESO implementeren, of een aantal landen de voorstellen nog niet geïmplementeerd heeft terwijl andere landen dat wel hebben gedaan, kunnen voordelen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten nog steeds worden behaald vanuit landen die de voorstellen niet, of nog niet, hebben geïmplementeerd. Landen die de voorstellen wel, of eerder dan andere landen, hebben geïmplementeerd, kunnen hierdoor worden blootgesteld aan een verminderde economische competitiviteit als gevolg van het verslechterde fiscale vestigingsklimaat en aan lagere belastingopbrengsten als gevolg van de emigratie van ondernemingen naar landen waar nog wel de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten bestaat. Een deel van dit probleem zou door de OESO kunnen worden weggenomen door bij de aanbevelingen regels te stellen omtrent het tijdvak waarin de voorstellen dienen te worden geïmplementeerd door de OESO-lidstaten.

Het feit dat de OESO de aanbevolen linking rules heeft vormgegeven door middel van zowel een primary response als een defensive rule biedt landen de gelegenheid tot “cherry picking,” wat inhoudt dat landen, mede door het vrijblijvende karakter van aanbevelingen van de OESO, zelf kunnen kiezen welke aanbevelingen van de OESO ze zullen implementeren, en zo de meest voordelige aanbevelingen

er uit kunnen pikken.²⁴⁶ Zo blijkt uit een brief van de staatssecretaris van 5 oktober 2015 dat Nederland terughoudend is met het direct implementeren van alle BEPS voorstellen en dat over een aantal voorstellen eerst verder op internationaal niveau gesproken dient te worden voordat Nederland deze voorstellen zal implementeren.²⁴⁷

Verder is door de OESO geen rekening gehouden met tariefverschillen tussen landen. Mismatches als gevolg van hybride entiteiten worden tegengegaan door de OESO, maar het is na implementatie van de voorstellen nog steeds mogelijk om door middel van het gebruik van een hybride entiteit te bewerkstelligen dat een betaling aftrekbaar is in een jurisdictie met een hoog tarief, en dat deze wordt belast in een jurisdictie met een laag belastingtarief. Omgekeerd kan de situatie zich voordoen waarin een betaling tegen een laag tarief aftrekbaar is en door de voorstellen van de OESO in de heffing wordt betrokken in een land met een hoog belastingtarief. In dergelijke gevallen kunnen de voorstellen door de OESO tot overkill leiden, aangezien er een hoger bedrag aan belasting verschuldigd is bij de ontvanger dan dat er aan aftrek is genoten door de betalende partij. Dit wordt veroorzaakt doordat de OESO zich slechts richt op het gedeelte van het inkomen dat in de heffing wordt betrokken, en niet op de belastingtarieven die landen hanteren.²⁴⁸

Daarnaast gaat de OESO voorbij aan het feit dat het gebruik van hybride entiteiten niet alleen tot non-heffing, maar ook tot dubbele heffing kan leiden, aangezien de aanbevelingen uit BEPS actie 2 er slechts op zijn gericht om D/NI en D/D structuren te voorkomen. Weliswaar is er bij non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten meestal sprake van opzet, waar dit bij dubbele heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten over het algemeen niet het geval zal zijn, maar dubbele belastingheffing blijft onwenselijk, waardoor het eerlijk zou zijn om ook dubbele heffing op unilateraal niveau te voorkomen.

Naast de genoemde D/NI en D/D structuren kan het gebruik van hybride entiteiten, zoals besproken in hoofdstuk twee, ook leiden tot een mismatch in de vorm van belastinguitstel, zoals bijvoorbeeld door middel van een eerder besproken CV-BV structuur. Deze structuren vallen niet onder de reikwijdte van de aanbevolen linking rules, maar wel onder de reikwijdte van de aanbeveling voor maatregelen in belastingverdragen. Indien er namelijk een betaling wordt gedaan aan de tot de structuur behorende reverse hybride entiteit, wordt deze betaling door het land van de achterliggende participanten niet als inkomen aangemerkt, aangezien dit land de reverse hybride entiteit als niet-transparant aanmerkt. Hierdoor kan er met betrekking tot de betaling geen beroep worden gedaan op eventuele

²⁴⁶ Zie o.a. OESO, "BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements," Comments received on Public Discussion drafts, p. 181.

²⁴⁷ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, "Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat," nr. IZV/2015/657 M, pp. 5-6.

²⁴⁸ Zie ook R. de Boer en O. Marres, "BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements," Intertax 2015/43, Issue 1, p. 40.

verdragsvoordelen, waardoor er bronheffing zal worden ingehouden op de betaling aan de reverse hybride entiteit.²⁴⁹ Op deze manier wordt belastinguitstel als gevolg van het gebruik van een reverse hybride entiteit voorkomen.

Het nadeel van het doen van een aanbeveling via het OESO MV is, evenals de eerdergenoemde aanbevelingen van de OESO met betrekking tot nationale wetgevingen, dat deze aanbeveling niet bindend is. Het OESO MV dient slechts als een soort model voor bilaterale belastingverdragen die OESO-lidstaten met andere landen afsluiten. Naast het feit dat elk land afzonderlijk kan bepalen of het deze aanbeveling uit het OESO MV overneemt, zal er ook bij landen die deze aanbeveling wel in hun bilaterale verdragen willen opnemen vaak lange tijd overheen gaan voordat deze bepaling daadwerkelijk in de verdragen is opgenomen. Er zullen namelijk per verdrag verdragsonderhandelingen moeten plaatsvinden en de verdragspartner waar het verdrag mee is afgesloten moet het er uiteraard mee eens zijn om de bepaling op te nemen. Daarnaast is het mogelijk dat sommige landen uitzonderingen opnemen bij de genoemde bepaling, om bijvoorbeeld bepaalde fiscale structuren te blijven faciliteren. Een voorbeeld hiervan is het in hoofdstuk drie besproken besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005, op grond waarvan art. 24-4 van het verdrag Nederland – VS achterwege mag blijven bij een CV-BV structuur. Het feit dat landen zelf de keuze hebben om de aanbeveling wel of niet op te nemen en het feit dat landen hierbij uitzonderingen kunnen maken zorgt ervoor dat de aanbeveling van de OESO ten aanzien van verdragen aan effectiviteit inboet.

De voorstellen van de OESO uit BEPS actie 2 zijn op zichzelf effectief, aangezien de voorstellen specifiek gericht zijn op het voorkomen van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten en meerdere vormen van hybride mismatches onder de reikwijdte van de voorstellen vallen. Met haar voorstellen tracht de OESO de wetgevingen van OESO-lidstaten ten aanzien van hybride mismatches op elkaar te laten aansluiten en het feit dat de OESO zowel primary responses als defensive rules heeft ontworpen komt ten goede aan de effectiviteit van deze voorstellen. De voorstellen zijn echter niet op elk punt even efficiënt, aangezien gelegenheid wordt gegeven tot cherry picking, geen rekening wordt gehouden met tariefverschillen tussen landen en de OESO geen rekening houdt met dubbele heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. Een deel van de reden dat aan efficiëntie wordt ingeleverd is dat de voorstellen een erg grote reikwijdte hebben en uiteindelijk in veel verschillende landen geïmplementeerd moeten worden, wat de voorstellen erg omvangrijk en zeer complex maakt.

Zoals eerder in deze paragraaf is aangegeven, is de wettelijke haalbaarheid van de voorstellen uit BEPS actie 2 beperkt, aangezien voorstellen van de OESO niet bindend zijn en landen zelf kunnen kiezen of ze deze voorstellen implementeren. Indien echter alle OESO-lidstaten de voorstellen min of

²⁴⁹ Zie voor het genoemde voorbeeld van de CV-BV structuur hoofdstuk 3, §3.3.1.

meer gelijktijdig en geheel zullen implementeren, kan dit een grote positieve invloed op de economieën van de betrokken landen hebben, mede omdat de mogelijkheid voor ondernemingen om zich in een ander land te vestigen en gebruik te blijven maken van hybride entiteiten om belastingvoordelen te behalen beperkt is indien alle OESO-lidstaten de voorstellen implementeren. Indien echter slechts een deel van de landen de voorstellen implementeert, kan dit een negatieve invloed op de economie van deze lidstaten hebben, aangezien de mogelijkheid tot het uitwijken naar landen die nog wel de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten bieden dan veel groter is.

De publieke opinie tegenover het BEPS-rapport van de OESO is zeer positief. Dit komt voornamelijk doordat BEPS een erg omvangrijk project is, waarbij belastingontwijking over de hele wereld wordt geadresseerd. Het BEPS-rapport is dan ook over de hele wereld onderwerp van discussie en is veelvuldig besproken in de media.

5.3 De Anti Tax Avoidance Package

Ook de Europese Commissie heeft niet stilgezeten in de discussie rondom belastingontwijking; op 28 januari 2016 presenteerde de Europese Commissie haar “Anti Tax Avoidance Package” (Nederlands: “anti-ontgaanspakket”) (hierna: “ATAP”).²⁵⁰ Het doel van de ATAP is om de belastingwetgevingen van de lidstaten op elkaar af te stemmen zodat krachtadiger en gecoördineerder kan worden opgetreden tegen bedrijven die proberen een eerlijke bijdrage aan belastingen te ontlopen.

De ATAP bestaat uit een overkoepelende mededeling,²⁵¹ een voorstel voor een Anti Tax Avoidance Directive (Nederlands: “anti-ontgaansrichtlijn”) (hierna: “ATAD”),²⁵² een aanbeveling op het gebied van belastingverdragen,²⁵³ een voorstel tot aanpassing van de Administratieve Samenwerkingsrichtlijn,²⁵⁴ een mededeling over een externe strategie voor effectieve belastingheffing²⁵⁵ en een werkdocument van de diensten van de Commissie.²⁵⁶ De overkoepelende mededeling en het werkdocument van diensten van de Commissie schetsen politieke, economische en internationale achtergronden van de ATAP en geven een overzicht van de verschillende onderdelen van de ATAP. De aanbeveling op het gebied van belastingverdragen adviseert lidstaten over een effectieve implementatie binnen de EU van de uitkomsten van het BEPS-project op het gebied van verdragsmisbruikbestrijding. Het voorstel tot aanpassing van de Administratieve

²⁵⁰ Zie onder andere het persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, “Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven.”

²⁵¹ COM(2016) 23 final.

²⁵² COM(2016) 26 final.

²⁵³ C(2016) 271 final.

²⁵⁴ COM(2016) 25 final.

²⁵⁵ COM(2016) 24 final.

²⁵⁶ SWD(2016) 6 final.

Samenwerkingsrichtlijn ziet op de introductie van country-by-country reporting tussen lidstaten over belangrijke fiscale informatie van multinationale ondernemingen die opereren binnen de EU. De mededeling over een externe strategie voor effectieve belastingheffing ziet op een sterkere en meer coherente EU-aanpak met betrekking tot de bestrijding van agressieve belastingplanning en oneerlijke belastingconcurrentie in relatie tot derde landen. Het voorstel voor een ATAD voorziet in een aantal bepalingen dat is gericht op het bestrijden van belastingontwijking, waaronder een bepaling die specifiek op hybride mismatches ziet.²⁵⁷

De ATAP ziet voornamelijk op het implementeren van uitkomsten van het BEPS-rapport van de OESO binnen de EU.²⁵⁸ Met betrekking tot hybride entiteiten is voornamelijk de ATAD van belang, aangezien deze richtlijn een specifieke bepaling ten aanzien van hybride mismatches bevat, naast andere bepalingen die mogelijk van invloed kunnen zijn op het gebruik van hybride entiteiten. In de volgende paragraaf zal dieper worden ingegaan op de ATAD.

5.3.1 De Anti Tax Avoidance Directive

Het voorstel voor een ATAD is onderdeel van de hiervoor beschreven ATAP van de Europese Commissie. In het oorspronkelijke voorstel werd een richtlijn voorgesteld waarin zes specifieke anti-ontgaansmaatregelen met betrekking tot belastingontwijking waren opgenomen, welke door de lidstaten zelf in de nationale wetgevingen dienden te worden geïmplementeerd. Uiteindelijk is overeenstemming bereikt over de ATAD in gewijzigde vorm, wat later in deze paragraaf aan bod komt. De ATAD waarover overeenstemming is bereikt door de lidstaten bestaat uit vijf van de oorspronkelijk voorgestelde zes bepalingen, welke zijn vormgegeven als minimumstandaarden. De ATAD bestaat uit:

- een renteaftrekbeperking.²⁵⁹ Deze bepaling beperkt het bedrag aan rente dat een belastingplichtige in een belastingjaar mag aftrekken, om situaties waarin interne groepsleningen worden gebruikt om een belastingaftrek in een hoogbelastende jurisdictie te creëren, waar een belaste renteontvangst in een laagbelastende jurisdictie tegenover staat, te voorkomen;
- een exitheffingmaatregel.²⁶⁰ Met deze maatregel wordt voorkomen dat een lidstaat bij emigratie van een belastingplichtige het heffingsrecht over de vermogensbestanddelen van die emigrerende belastingplichtige verliest. Hiertoe bepaalt de ATAD dat een lidstaat bij emigratie van een belastingplichtige een exitheffing mag opleggen, waarbij belastingplichtigen de mogelijkheid wordt geboden om de betaling van de exitheffing uit te stellen over een bepaald aantal jaren en de verschuldigde belasting in termijnen te betalen;

²⁵⁷ Zie ook M.F. de Wilde, "Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie," NTFR 2016/574, p. 1.

²⁵⁸ Europese Commissie, Commission Staff Working Document, SWD(2016) 6 final, §4.1.

²⁵⁹ Art. 4 ATAD.

²⁶⁰ Art. 5 ATAD.

- een generieke antimisbruikbepaling.²⁶¹ Deze bepaling is bedoeld om misbruiksituaties die niet onder de reikwijdte van de specifieke antimisbruikbepalingen vallen tegen te gaan;
- een CFC-regime.²⁶² De voorgestelde CFC-regelgeving is verwant aan de eerder beschreven Amerikaanse CFC-regelgeving en heeft als doel om te voorkomen dat winsten van EU-inwoners naar dochtervennootschappen in laagbelastende landen worden verschoven. Hiertoe regelt de ATAD dat inkomsten van een laagbelaste buitenlandse dochtervennootschap, waarover een moedermaatschappij zeggenschap uitoefent, opnieuw aan de moedermaatschappij worden toegerekend, waardoor de moedermaatschappij in haar woonstaat wordt belast over de inkomsten; en
- een kader om hybride mismatches aan te pakken.²⁶³ Deze bepaling heeft als doel om hybride mismatches die ontstaan door middel van het gebruik van zowel hybride entiteiten als hybride instrumenten tegen te gaan.

Daarnaast bevatte het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie voor een ATAD tevens een “switch-over” bepaling.²⁶⁴ Deze bepaling werd in het leven geroepen omdat buitenlandse inkomsten veelal worden vrijgesteld door lidstaten, aangezien verrekening van in het buitenland betaalde belastingen problemen met zich kan meebrengen. Het vrijstellen van deze inkomsten kan leiden tot een aanzuigende werking van niet- of laagbelaste inkomsten die daarna vrij binnen de Unie kunnen circuleren.²⁶⁵ Om dit te voorkomen regelde de voorgestelde switch-over bepaling dat bepaalde inkomsten uit het buitenland, die in de bronstaat onder een bepaald niveau worden belast, in de EU in de heffing zouden worden betrokken, waarbij een verrekening zou worden gegeven voor in de bronstaat betaalde belasting.

Zoals eerder vermeld is het conceptvoorstel voor de ATAD op 28 januari als onderdeel van de ATAP gepubliceerd door de Europese Commissie. Voordat de ATAD rechtskracht heeft en door de lidstaten geïmplementeerd moet worden, dient deze eerst te worden goedgekeurd door de Raad van de Europese Unie (hierna: “Raad”). De raadsformatie die over de ATAD beslist is de Raad Economische en Financiële Zaken (hierna: “Ecofin”).²⁶⁶ De Raad en het Europees Parlement zijn bevoegd om, op basis van het conceptvoorstel van de Europese Commissie, de tekst van het voorstel voor de ATAD op te maken zoals deze uiteindelijk ter goedkeuring aan de Ecofin wordt voorgelegd. De Ecofin kan de ATAD uiteindelijk met unanimititeit van stemmen aannemen.

²⁶¹ Art. 6 ATAD.

²⁶² Art. 7 en 8 ATAD.

²⁶³ Art. 9 ATAD.

²⁶⁴ Art. 6 ATAD (oud).

²⁶⁵ COM(2016) 26 final, p. 9.

²⁶⁶ Afhankelijk van de onderwerpen die behandeld worden, komt de Raad van de Europese Unie bijeen in verschillende formaties.

Tijdens de eerste Ecofin-vergadering met betrekking tot de ATAD, op 12 februari 2016, werd voorgesteld om de ATAD, wegens onverwachte tegenstand door verschillende lidstaten, te splitsen in een deel dat bepalingen bevat die in lijn zijn met de uitkomsten van het BEPS-rapport en een deel met verdergaande maatregelen dan het BEPS-rapport.

Hierna werd de ATAD neergelegd bij het Europees Parlement voor advies en zou volgens planning tijdens de Ecofin-vergadering van 25 mei 2016 een akkoord bereikt moeten worden over het voorstel voor de ATAD. Tijdens de Ecofin-vergadering van 25 mei 2016 werd echter geen akkoord bereikt doordat een aantal lidstaten het niet eens was met een aantal bepalingen, en werd het voornemen om een akkoord te bereiken over de ATAD doorgeschoven naar de Ecofin-vergadering van 17 juni 2016. De elementen waar een aantal lidstaten het niet over eens was betroffen onder andere de reikwijdte van de CFC-bepaling, de switch-over bepaling en de renteaftrekbeperking.

Tijdens de Ecofin-vergadering van 17 juni 2016 werd een voorwaardelijke overeenstemming bereikt omtrent de ATAD. Aangezien de afgevaardigden van een aantal lidstaten nog met hun regering wilden overleggen over de uitkomst, werd de daadwerkelijke overeenstemming uitgesteld tot maandag 20 juni 2016 om middernacht. Aangezien er geen bezwaren tegen de ATAD werden ingebracht, werd er op laatstgenoemde deadline een politieke overeenstemming bereikt. Ten opzichte van de oorspronkelijk door de Europese Commissie voorgestelde ATAD zijn de meeste bepalingen ingrijpend gewijzigd in de versie van de ATAD waar overeenstemming over is bereikt. Daarnaast is de eerdergenoemde switch-over bepaling uit de ATAD gehaald.²⁶⁷ De lidstaten hebben tot 31 december 2018 om de bepalingen uit de ATAD in hun nationale wetgevingen te implementeren, met uitzondering van de exithoofmaatregel, waar zij tot 31 december 2019 voor hebben. Lidstaten die bepalingen in hun nationale wetgeving hebben die qua effectiviteit vergelijkbaar zijn met de renteaftrekbeperking uit de ATAD mogen deze bepalingen blijven gebruiken totdat de OESO overeenstemming bereikt over een minimumstandaard of tot uiterlijk 1 januari 2024.²⁶⁸

Tijdens de Ecofin-vergadering van 12 juli 2016 is de ATAD zonder verdere discussie officieel aangenomen.²⁶⁹

Met betrekking tot hybride entiteiten zijn voornamelijk de hybride mismatch bepaling en de CFC-bepalingen van belang. Deze bepalingen zullen hierna aan bod komen.

²⁶⁷ De versie van de ATAD waarover politieke overeenstemming is bereikt is 2016/0011 (CNS), nr. 10426/16, FISC 104, ECOFIN 628.

²⁶⁸ Persbericht van de Raad van de Europese Unie van 21 juni 2016, "Corporate tax avoidance: Council agrees its stance on anti-avoidance rules," nr. 370/16.

²⁶⁹ Persbericht van de Raad van de Europese Unie van 12 juli 2016, "Corporate tax avoidance: New rules adopted," nr. 424/16.

5.3.1.1 Hybride mismatches

De bepaling omtrent hybride mismatches is neergelegd in art. 9 van de ATAD. De oorspronkelijk door de Europese Commissie voorgestelde tekst luidde als volgt:

“Wanneer twee lidstaten een verschillende wettelijke kwalificatie geven aan dezelfde belastingplichtige (hybride entiteit), met inbegrip van zijn vaste inrichtingen in een of meer lidstaten, en dit leidt tot ofwel een situatie waarin dezelfde betaling, lasten of verliezen in aftrek worden gebracht zowel in de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden als in een andere lidstaat, ofwel een situatie waarin een betaling in aftrek wordt gebracht in de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt zonder dat deze betaling op overeenkomstige wijze in de andere lidstaat in de heffing wordt opgenomen, wordt de wettelijke kwalificatie die aan de hybride entiteit wordt gegeven door de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden, door de andere lidstaat overgenomen. (...)”

Het originele voorstel van de Europese Commissie zag op het in lijn brengen van de wetgevingen van lidstaten met betrekking tot de kwalificatie van entiteiten in het geval dat er sprake was van een hybride entiteit, door te regelen dat, wanneer twee lidstaten een entiteit verschillend kwalificeren, de woonstaat de fiscale kwalificatie die de bronstaat aan de hybride entiteit geeft overneemt.

Bovenstaand voorstel is echter een aantal keer aangepast door de Raad en het Europees Parlement. De uiteindelijk aangenomen bepaling omtrent hybride mismatches luidt als volgt:

“1. Voor zover een kwalificatieconflict door hybride structuren in een dubbele aftrek resulteert, wordt de aftrek alleen toegekend in de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt.

2. Voor zover een kwalificatieconflict door hybride structuren resulteert in een aftrek zonder betrekking in de heffing, weigert de lidstaat van de betaler de aftrek van die betaling.”

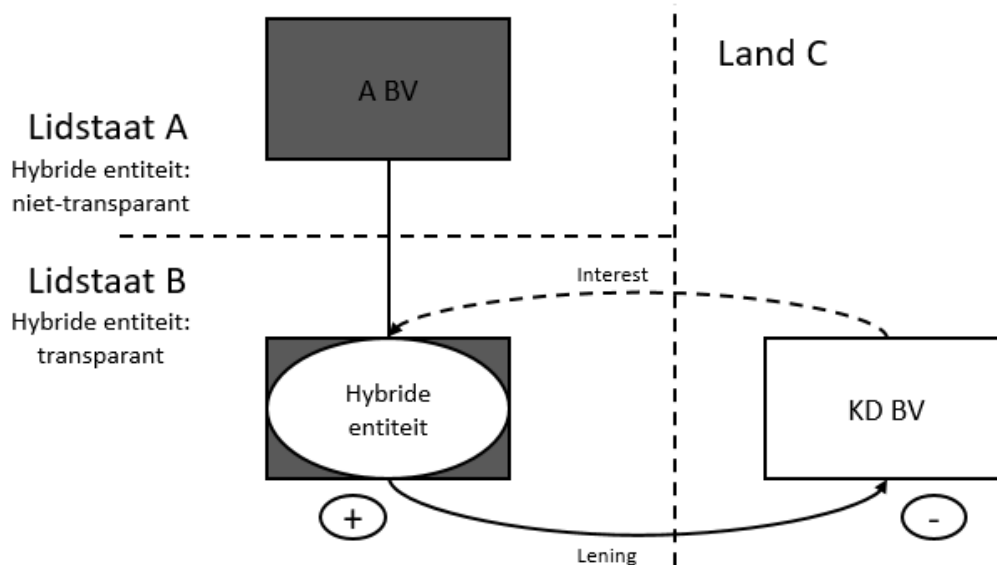
Zoals uit de tekst van het voorstel blijkt, is de voorgestelde bepaling omtrent hybride mismatches slechts van toepassing op situaties waarin het gebruik van een hybride entiteit leidt tot een D/NI- of D/D structuur. Daarnaast is de voorgestelde bepaling slechts van toepassing op mismatches waarbij twee lidstaten zijn betrokken.²⁷⁰ De voorgestelde bepaling is niet van toepassing op mismatches die ontstaan tussen een lidstaat en een derde land.

Door middel van het aanpassen van de oorspronkelijk voorgestelde tekst van de bepaling omtrent hybride mismatches is deze bepaling meer in lijn gebracht met de voorstellen uit BEPS actie 2. In tegenstelling tot de voorstellen van de OESO zijn er echter geen defensieve rules opgenomen in de

²⁷⁰ Dit volgt uit art. 2, lid 9 van de ATAD.

ATAD. De reden hiervoor is dat alle lidstaten verplicht zijn de ATAD te implementeren, wat een defensive rule overbodig maakt.

Dat in de ATAD ten aanzien van D/NI structuren is gekozen voor het weigeren van de aftrek in de lidstaat van de betaler brengt echter problemen met zich mee indien de D/NI structuur ontstaat als gevolg van een betaling aan een reverse hybride entiteit. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:



In bovenstaande situatie gaat het om het eerder besproken voorbeeld waarbij KD BV een lening ontvangt van de reverse hybride entiteit, waarop rente wordt betaald. De rentebetaling is aftrekbaar in land C, maar de inkomsten worden door zowel lidstaat A als lidstaat B niet belast, aangezien lidstaat B het inkomen toerekent aan A BV en lidstaat A het inkomen toerekent aan de reverse hybride entiteit.

Bovenstaande situatie valt in principe onder de reikwijdte van de richtlijn, aangezien het een kwalificatieconflict tussen twee lidstaten betreft, waarbij de reverse hybride entiteit in lidstaat B is gevestigd. Aangezien de bepaling omtrent hybride mismatches echter weigering van de aftrek door de lidstaat van de betalende partij voorschrijft, wordt de hybride mismatch in bovenstaande situatie niet voorkomen, aangezien de betalende partij niet in een lidstaat is gevestigd.

Hieruit blijkt dat D/NI structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van een reverse hybride entiteit niet onder de reikwijdte van de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD vallen. Ook structuren waarin een reverse hybride entiteit wordt gebruikt om belastinguitstel te creëren, valt niet onder de reikwijdte van deze bepaling, aangezien de bepaling slechts D/NI- en D/D structuren aanpakt.

Voor het oplossen van mismatches als gevolg van structuren met reverse hybride entiteiten of als gevolg van structuren met hybride entiteiten waarbij een derde land betrokken is dient er dus verder gekeken te worden naar de andere relevante bepalingen uit de ATAD, waarbij de CFC-bepaling een uitkomst kan bieden.

5.3.1.2 CFC-regime

De bepalingen omtrent het CFC-regime zijn neergelegd in art. 7 en 8 van de ATAD en zijn van toepassing op in de EU gevestigde entiteiten die zelf of tezamen met gelieerde ondernemingen een rechtstreeks of middellijk belang van meer dan 50% in een dochtervennootschap²⁷¹ houden. Het CFC-regime is van toepassing op zowel in de EU gevestigde CFC's als in derde landen gevestigde CFC's en houdt in dat de inkomsten van een door een in de EU gevestigde moedermaatschappij gehouden laagbelaste CFC opnieuw aan die moedermaatschappij worden toegerekend en overeenkomstig in de belastingheffing worden betrokken in de woonstaat van de moedermaatschappij. Een dochtervennootschap wordt als CFC aangemerkt indien:

- de belastingplichtige zelf of tezamen met gelieerde ondernemingen een rechtstreeks of middellijk belang van meer dan 50% houdt in die dochtervennootschap; en
- de daadwerkelijk door de dochtervennootschap over haar winsten betaalde vennootschapsbelasting lager is dan het verschil tussen de vennootschapsbelasting die van die dochtervennootschap zou zijn geheven in de lidstaat van de belastingplichtige en de daadwerkelijk door de dochtervennootschap over haar winsten betaalde vennootschapsbelasting.

Zoals uit bovenstaande blijkt wordt bij de beoordeling of een entiteit laagbelast is onder het CFC-regime uitgegaan van de daadwerkelijke belastingdruk waaraan de dochtervennootschap is onderworpen, in plaats van het statutaire tarief. Indien een dochtermaatschappij als CFC wordt aangemerkt dient het niet-uitgekeerde inkomen van die CFC in de belastinggrondslag van de belastingplichtige te worden meegenomen. Lidstaten mogen voor de berekening van dit bedrag kiezen tussen twee benaderingen, namelijk:

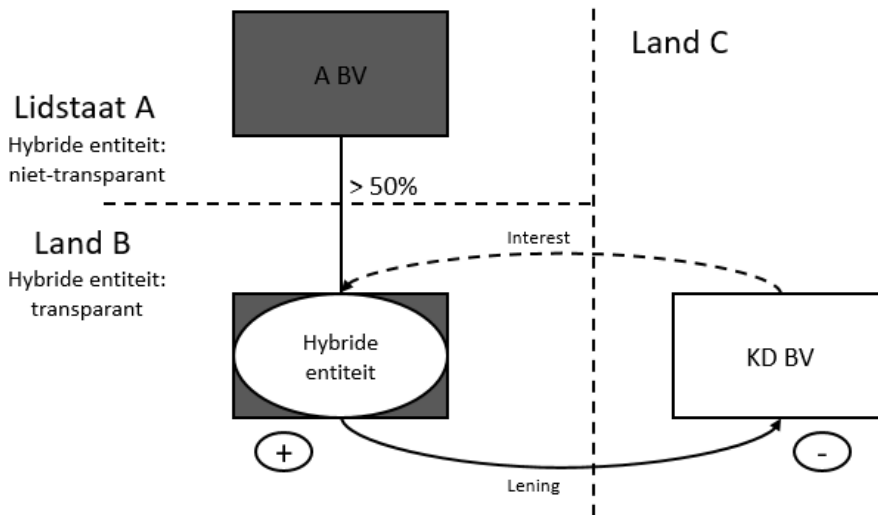
1. het bedrag aan niet-uitgekeerde specifieke passieve inkomsten van de CFC, zoals gedefinieerd in de ATAD. Deze benadering kent echter een uitzondering voor gevallen waarin de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent, welke wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen. Lidstaten mogen deze uitzondering echter achterwege laten indien de CFC niet is gevestigd in een EU- of EER-lidstaat;²⁷² of
2. het bedrag aan niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC die voortkomen uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen. Een constructie wordt voor toepassing van deze bepaling aangemerkt als kunstmatig voor zover de CFC geen eigenaar van de activa zou zijn, of niet de risico's zou hebben genomen die haar inkomsten genereren indien zij niet onder de zeggenschap stond van een vennootschap waar

²⁷¹ Voor toepassing van het CFC-regime uit de ATAD wordt in deze scriptie onder "dochtervennootschap" ook een vaste inrichting verstaan.

²⁷² Art. 7, lid 2, sub a van de ATAD.

de voor die activa en risico's relevante sleutelfuncties worden verricht, welke een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de CFC.²⁷³ Lidstaten mogen CFC's met een boekhoudkundige winst van ten hoogste €750.000 en inkomsten van ten hoogste €750.000, of waarvan de boekhoudkundige winst minder dan 10% van de exploitatiekosten voor het belastingtijdvak bedraagt, uitzonderen van deze benadering.²⁷⁴

De werking van de CFC-bepaling kan als volgt worden geïllustreerd:



In bovenstaande situatie gaat het wederom om een variatie op een eerder besproken voorbeeld waarbij KD BV een lening van de reverse hybride entiteit ontvangt, waarop rente wordt betaald. De rentebetaling is aftrekbaar in land C, maar de inkomsten worden door zowel lidstaat A als land B niet belast, aangezien land B het inkomen toerekent aan A BV en lidstaat A het inkomen toerekent aan de reverse hybride entiteit. Het belang van A BV in de reverse hybride entiteit is groter dan 50% en het bedrag aan de door de reverse hybride entiteit betaalde belasting is lager dan het verschil tussen de belasting die in lidstaat A zou zijn geheven en de daadwerkelijk door de reverse hybride entiteit betaalde belasting.

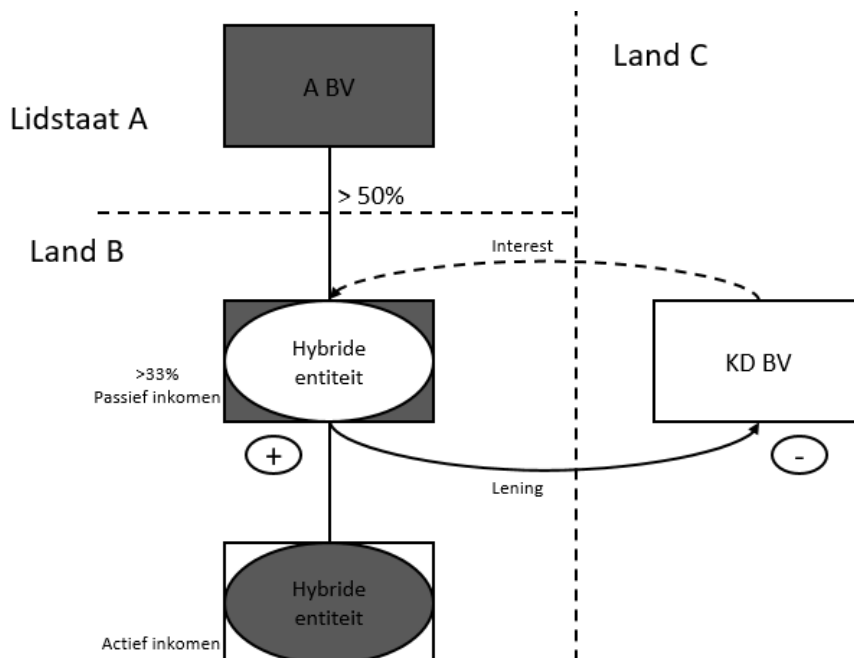
Op grond van de CFC-bepalingen uit de ATAD dient lidstaat A het inkomen dat wordt behaald door de reverse hybride entiteit in de belastingheffing te betrekken op het niveau van A BV. Hiervoor is vereist dat A BV een belang van groter dan 50% in de reverse hybride entiteit heeft, de reverse hybride entiteit passief inkomen of inkomen uit kunstmatige constructies behaalt en dat de reverse hybride entiteit in land B een bedrag aan belasting over haar winst betaalt dat lager is dan het verschil tussen de belasting die in lidstaat A zou zijn geheven en de daadwerkelijk door de reverse hybride entiteit in land B betaalde belasting. Aangezien land B de reverse hybride entiteit als transparant aanmerkt, heft land B geen belasting over de inkomsten behaald op het niveau van de reverse hybride entiteit en is het

²⁷³ Art. 7, lid 2, sub b van de ATAD.

²⁷⁴ Art. 7, lid 4 van de ATAD.

CFC-regime van toepassing. De renteontvangsten van de reverse hybride entiteit worden zodoende bij A BV in de heffing betrokken.

Op grond van art. 7, lid 3 van de ATAD kan een lidstaat, die voor de berekening van het niet-uitgekeerde inkomen van de CFC de eerder besproken methode 1 aanhangt, er voor kiezen om een buitenlandse dochtervennootschap niet als CFC te behandelen indien het inkomen van die dochtervennootschap voor een derde of minder uit passief inkomen bestaat. Aangezien lidstaten hun fiscale vestigingsklimaat zo aantrekkelijk mogelijk willen houden, ligt het in de lijn der verwachting dat lidstaten deze bepaling zullen implementeren in hun nationale wetgevingen.²⁷⁵ Implementatie van laatstgenoemde bepaling kan ertoe leiden dat het CFC-regime kan worden ontgaan door in de hiervoor beschreven structuur onder de reverse hybride entiteit een reguliere hybride entiteit te hangen die actieve inkomsten behaalt. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:



Bovenstaande situatie is identiek aan het voorgaande voorbeeld, met als verschil dat de reverse hybride entiteit een dochtervennootschap, zijnde een reguliere hybride entiteit die actief inkomen genereert, bezit. Aangezien de reguliere hybride entiteit als transparant wordt aangemerkt door lidstaat A, wordt het actieve inkomen door lidstaat A toegerekend aan de reverse hybride entiteit. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat het totale inkomen dat door lidstaat A aan de reverse hybride entiteit wordt toegerekend voor minder dan een derde uit passief inkomen bestaat, waardoor het CFC-regime niet van toepassing is en lidstaat A de inkomsten van de reverse hybride entiteit niet op het niveau van A BV in de belastingheffing kan betrekken.

²⁷⁵ Zie voor een uitgebreidere beschrijving over de invloed van de ATAD op het fiscale vestigingsklimaat van de lidstaten §5.3.2 van deze scriptie.

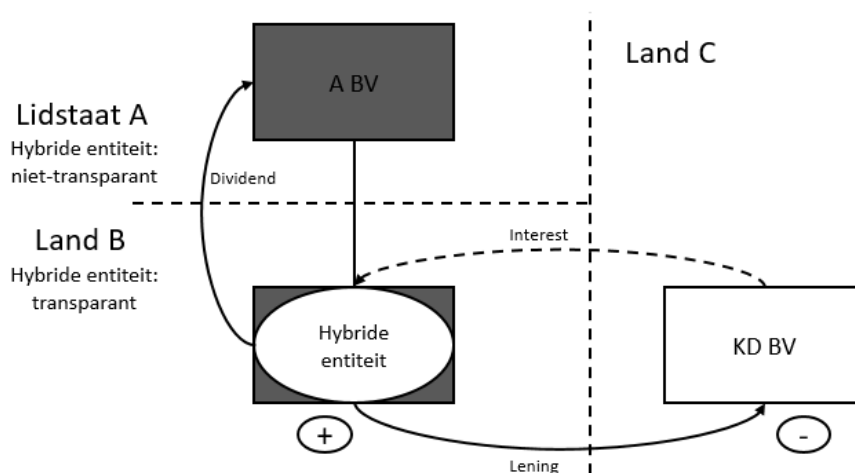
5.3.1.3 Switch-over

De switch-over bepaling maakte onderdeel uit van het oorspronkelijke voorstel voor een ATAD van de Europese Commissie, maar is in de ATAD waarover uiteindelijk overeenstemming is bereikt komen te vervallen, aangezien een aantal lidstaten de bepaling verder vond gaan dan nodig en in combinatie met het CFC-regime overbodig vond.

De switch-over bepaling hield in dat de lidstaat van een belastingplichtige inkomen dat is ontvangen van een kapitaalvennootschap of vaste inrichting uit een derde land niet mocht vrijstellen indien de entiteit of vaste inrichting in het derde land onderworpen is aan een statutair belastingtarief dat lager is dan 40% van het statutaire belastingtarief waaraan de moedermaatschappij is onderworpen. Op grond van de switch over bepaling werden de door de moedermaatschappij ontvangen inkomsten in een dergelijk geval in de woonstaat belast, waarbij een verrekening zou worden gegeven voor de in het derde land betaalde belasting dat toerekenbaar is aan die inkomsten.

Het doel van deze bepaling was om te voorkomen dat niet- of laagbelast inkomen de Unie binnenkomt en vervolgens onbelast binnen de Unie kan circuleren.²⁷⁶ Bij de beoordeling of een entiteit laagbelast is, werd voor toepassing van de switch-over bepaling aangeknoopt bij het statutaire belastingtarief, en niet bij het effectieve belastingtarief. De reden hiervoor is dat de switch-over bepaling niet vereist dat er zeggenschap wordt uitgeoefend over de laagbelaste entiteit, waardoor het mogelijk is dat de voor het berekenen van het effectieve belastingtarief benodigde stukken, zoals jaarrekeningen, niet (eenvoudig) toegankelijk zijn.²⁷⁷

De werking van de switch-over bepaling kan als volgt worden geïllustreerd:



²⁷⁶ COM(2016) 26 final, preambule §8.

²⁷⁷ Idem.

In bovenstaande situatie gaat het om een variatie op een eerder besproken voorbeeld waarbij KD BV een lening van de reverse hybride entiteit ontvangt, waarop rente wordt betaald. De rentebetaling is aftrekbaar in land C, maar de inkomsten worden door zowel lidstaat A als land B niet belast, aangezien land B het inkomen toerekent aan A BV en lidstaat A het inkomen toerekent aan de reverse hybride entiteit. Vervolgens keert de reverse hybride entiteit de renteontvangsten uit aan A BV in de vorm van dividend.

Op grond van de vervallen switch-over bepaling uit de oorspronkelijk voorgestelde ATAD dient lidstaat A de dividendontvangst in de belastingheffing te betrekken op het niveau van A BV. Hiervoor is vereist dat de reverse hybride entiteit in land B is onderworpen aan een belasting tegen een statutair tarief dat lager is dan 40% van het statutaire tarief waar A BV aan is onderworpen. Aangezien land B de reverse hybride entiteit als transparant aanmerkt, heft land B geen belasting over de renteontvangst en is de switch-over bepaling in principe van toepassing waardoor de hybride mismatch wordt voorkomen.

5.3.2 Beoordeling Anti Tax Avoidance Directive

Zoals besproken bestaat de ATAD uit vijf specifieke anti-ontgaansmaatregelen die zijn vormgegeven als minimumstandaarden, waarvan er twee relevant zijn voor het voorkomen van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit, namelijk de CFC-bepaling en de bepaling omtrent hybride mismatches.

De ATAD is op zichzelf een effectief instrument voor het neutraliseren van hybride mismatches die ontstaan door het gebruik van hybride entiteiten. De ATAD zorgt namelijk voor een EU-brede implementatie van anti-ontgaansmaatregelen, waarbij de uitkomst van het BEPS-rapport van de OESO als basis is genomen. De ATAD bevat echter ook bepalingen die niet in het BEPS-rapport zijn besproken.²⁷⁸

Het feit dat de bepalingen in de ATAD zijn vormgegeven als minimumstandaarden zorgt ervoor dat lidstaten de ATAD verschillend kunnen implementeren ten opzichte van elkaar, wat rechtsonzekerheid met zich meebrengt. Daarnaast kan het vooroplopen in de implementatie van de voorstellen uit het BEPS-rapport door de EU en het feit dat de ATAD op een aantal punten verder gaat dan de BEPS voorstellen ervoor zorgen dat het vestigingsklimaat van de EU onaantrekkelijker wordt ten opzichte van derde landen, aangezien de mogelijkheid tot belastingbesparende structuren in de EU kleiner wordt. Hierdoor kan de concurrentiepositie van de EU verslechteren. Ook ziet de ATAD slechts op

²⁷⁸ Bijvoorbeeld de generieke antimisbruikbepaling, zie kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2071, pp. 24-25.

intra-EU situaties²⁷⁹ en EU-outbound situaties.²⁸⁰ De ATAD houdt geen rekening met EU-inbound situaties.

Zoals gezegd kent de ATAD twee bepalingen die relevant zijn voor het neutraliseren van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, namelijk de bepaling omtrent hybride mismatches en de CFC-bepaling. De oorspronkelijk door de Europese Commissie voorgestelde bepaling omtrent hybride mismatches voorzag in een herkwalificatie van de hybride entiteit in het geval de hybride entiteit zou leiden tot een D/NI- of een D/D-structuur, waarbij de woonstaat de fiscale kwalificatie van de bronstaat zou volgen. De bepaling omtrent hybride entiteiten is echter uiteindelijk in een gewijzigde vorm aangenomen, waarbij meer is aangesloten bij de voorstellen van de OESO uit BEPS actie 2. Op grond van de bepaling omtrent hybride mismatches zoals deze is aangenomen dient een aftrek te worden geweigerd in het geval van een hybride mismatch als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit. Deze bepaling ziet echter slechts op hybride mismatches waarbij twee lidstaten zijn betrokken, waardoor hybride mismatches die ontstaan tussen een lidstaat en een derde land niet worden voorkomen door de bepaling omtrent hybride mismatches. Daarnaast ziet de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD slechts op reguliere hybride mismatches en niet op reverse hybride mismatches, zoals beschreven in §5.3.1.1.

In tegenstelling tot de eerder besproken voorstellen uit BEPS actie 2 ziet de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD slechts op D/NI- en D/D structuren die ontstaan als gevolg van het gebruik van een hybride entiteit. Structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van een reverse hybride entiteit vallen niet onder de reikwijdte van deze bepaling uit de ATAD. Een reden hiervoor is dat er in de ATAD geen defensive rule is opgenomen omtrent hybride mismatches, wat in de OESO-voorstellen wel het geval is. Als in de bepaling omtrent hybride mismatches in de ATAD ten aanzien van D/NI structuren een defensive rule zou zijn opgenomen, op grond waarvan de ontvangende partij het inkomen in de heffing zou moeten betrekken indien er sprake is van een hybride mismatch, zou het in §5.3.1.1 beschreven voorbeeld wel onder de reikwijdte van de ATAD vallen en zouden zodoende ook D/NI structuren die ontstaan als gevolg van het gebruik van reverse hybride entiteiten aangepakt kunnen worden onder de ATAD.

Daarnaast houdt de bepaling omtrent hybride entiteiten geen rekening met dubbele belastingheffing. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de kosten niet volledig door de hybride entiteit in aftrek kunnen worden gebracht in de bronstaat en de woonstaat door toepassing van de genoemde bepaling uit de ATAD de aftrek weigert (in het geval van een D/D-structuur).

²⁷⁹ Zoals bijvoorbeeld in de bepaling omtrent hybride mismatches.

²⁸⁰ Zoals bijvoorbeeld in de CFC-bepaling.

De CFC-bepaling voorziet in een CFC-regime waarbij, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, inkomen van een door een in de EU gevestigde entiteit gehouden laagbelaste CFC opnieuw aan die in de EU gevestigde entiteit wordt toegerekend.²⁸¹ Indien aan de voorwaarden van de CFC-bepaling wordt voldaan zullen inkomsten van een door een in de EU gevestigde entiteit gehouden reverse hybride entiteit op het niveau van de EU-entiteit in de belastingheffing worden betrokken.

De CFC-bepaling is in beginsel, in combinatie met andere bepalingen, een effectieve antimisbruikbepaling, aangezien slechts passief inkomen onder de reikwijdte ervan valt en structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van reverse hybride entiteiten kunnen worden aangepakt. Door slechts passief inkomen mee te nemen in het CFC-regime is de kans kleiner dat structuren die door zakelijke overwegingen zijn ingegeven onder de reikwijdte van het CFC-regime vallen, aangezien actief inkomen vaak samenhangt met reële activiteiten. Het is echter relatief eenvoudig om een structuur zo op te zetten dat deze buiten de reikwijdte van de CFC-bepaling blijft, door onder de laagbelaste CFC een hybride entiteit te hangen die actief inkomen behaalt, waardoor de lidstaat van de moedermaatschappij het inkomen van die hybride entiteit aan de laagbelaste CFC toerekent, wat ervoor kan zorgen dat het inkomen van de laagbelaste CFC voor minder dan een derde uit passief inkomen bestaat.²⁸²

Het elimineren van de eerdergenoemde switch-over bepaling doet afbreuk aan de effectiviteit en de reikwijdte van de ATAD. De switch-over bepaling voorziet in het belasten van uitkeringen aan een in de EU gevestigde vennootschap die zijn gedaan door een in een derde land gevestigde laagbelaste dochtervennootschap, waarbij verrekening van de door de woonstaat van de dochtervennootschap geheven belasting wordt gegeven. Een betaling gedaan door een reverse hybride entiteit aan een in de EU gevestigde participant zou in principe onder de reikwijdte van de switch-over bepaling vallen, aangezien een reverse hybride entiteit over het algemeen zo wordt vormgegeven dat er nergens belasting is verschuldigd. Doordat het CFC-regime slechts in werking treedt indien een belastingplichtige een direct of indirect belang van meer dan 50% in een CFC heeft, valt niet elke situatie waarin een in de EU gevestigde vennootschap een belang heeft in een laagbelaste dochtervennootschap onder de reikwijdte ervan. Om deze reden zou de switch-over bepaling een goede aanvulling op het CFC-regime zijn, en zorgt het elimineren van de switch-over bepaling ervoor dat de ATAD geen oplossing biedt voor situaties waarin het gebruik van een reverse hybride entiteit, waarin een belang van minder dan 50% wordt gehouden door een in de EU gevestigde moedermaatschappij, leidt tot een hybride mismatch.

Zoals opgemerkt kunnen de voorstellen uit de ATAD een negatieve invloed hebben op het fiscale vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van de EU, aangezien de EU met het aannemen van een

²⁸¹ Zie §5.3.1.3 van deze scriptie voor een uitgebreidere beschrijving en de genoemde voorwaarden.

²⁸² Zie het besproken voorbeeld in §5.3.1.3 van deze scriptie.

dergelijke richtlijn voorloopt op de rest van de wereld in de strijd tegen belastingontwijking, waardoor ondernemingen zich liever in andere landen zullen vestigen. Om deze negatieve effecten te compenseren, zullen lidstaten mogelijk hun nationale belastingtarieven verlagen, om zo toch te proberen om bedrijvigheid aan te trekken. De drang om de nationale belastingtarieven te verlagen wordt versterkt door met name de CFC-bepaling uit de ATAD. Dit komt omdat deze bepaling bij de beoordeling of een entiteit laagbelast is uitgaat van een relatieve onderworpenheid ten opzichte van de in de EU gevestigde aandeelhouder, in plaats van een absolute onderworpenheid. Dit zorgt ervoor dat hoe lager het nationale tarief van een lidstaat is, hoe lager het tarief van de woonstaat van de CFC mag zijn voordat het CFC-regime in werking treedt.

Het bovenstaande kan leiden tot hevige concurrentie tussen lidstaten onderling op basis van belastingtarieven, waarin lidstaten onderling concurreren door middel van tariefverlagingen. Dit wordt ook wel aangeduid als de “race to the bottom.”²⁸³ Een dergelijke onderlinge concurrentie via verlaging van belastingtarieven kan echter weer andere effecten op de concurrentiepositie en de economie van de EU als geheel hebben, aangezien andere landen en gebieden die niet aan de EU-wetgeving zijn gebonden dergelijke tariefverlagingen niet hoeven door te voeren, zoals de VS. Daarnaast kunnen tariefverlagingen in de EU er voor zorgen dat laagbelastende derde landen hier weer op in spelen door hun belastingtarieven mee te verlagen om investeringen vanuit de EU te blijven aantrekken.

Een deel van het probleem van de race to the bottom kan worden opgelost door de onderworpenheidstoets uit de CFC-bepaling afhankelijk te maken van een vast percentage, in plaats van de relatieve onderworpenheid als uitgangspunt te nemen.²⁸⁴

De ATAD is op zichzelf een effectief instrument ter voorkoming van hybride mismatches, aangezien met de ATAD een EU-brede implementatie van antimisbruikbepaling wordt bereikt. De effectiviteit van de ATAD wordt echter ten eerste beperkt doordat deze slechts ziet op intra-EU situaties en EU-outbound situaties en ten tweede door het elimineren van de switch-over bepaling, waardoor de reikwijdte van de ATAD verder verkleind wordt. Met betrekking tot de efficiëntie van de ATAD zijn goede stappen gezet gedurende het goedkeuringsproces. Zo zag het eerste voorstel voor een bepaling omtrent hybride mismatches op een volledige herkwalificatie van entiteiten indien er sprake was van een mismatch, wat veel verder gaat dan nodig. In de uiteindelijk aangenomen versie van de ATAD is met de bepaling omtrent hybride mismatches meer aangesloten bij de efficiëntere voorstellen van de OESO uit BEPS actie 2. Het feit dat de ATAD op sommige punten echter verder gaat dan de voorstellen van de OESO en de vormgeving van de ATAD als minimumstandaarden doen echter afbreuk aan de efficiëntie ervan, aangezien de ATAD verder gaat dan nodig en er een verschil in

²⁸³ Zie o.a. M.F. de Wilde, “Commissievoorstellen Anti-ontgaanspakket; tussenstop of eindhalte?,” FED 2016/38, pp. 6-7.

²⁸⁴ Zoals ook voorgesteld door kamerlid Merkies door middel van een motie, Kamerstukken II 2015/16, 34 418, nr. 9.

implementatie tussen lidstaten kan ontstaan. Ook wordt er in de ATAD geen rekening gehouden met dubbele belastingheffing. Daarnaast is met name de CFC-bepaling redelijk complex vormgegeven. Dit wordt met name veroorzaakt doordat lidstaten de keuze hebben tussen twee manieren om het bedrag aan niet-uitgekeerde inkomsten te berekenen dat in de lidstaat van de belastingplichtige in de belastinggrondslag wordt meegenomen en doordat er, met name door toepassing van art. 7, lid 3 van de ATAD, ontwijkingsmogelijkheden worden geboden.

Zoals eerder in deze paragraaf aangegeven, kan de ATAD een negatieve impact op de economie van de lidstaten, en op de economie van de EU als geheel, hebben. Dit wordt veroorzaakt door het ongunstiger wordende fiscale vestigingsklimaat van de lidstaten en de daarmee mogelijk samenhangende race to the bottom. Hier staan verhoogde belastingopbrengsten als gevolg van lagere belastingontwijking tegenover.

De publieke opinie tegenover de ATAD is positief. De ATAD is een onderdeel van de eerder in dit hoofdstuk besproken ATAP, waar door de media de afgelopen tijd veel aandacht aan is besteed. Aangezien belastingontwijking door met name multinationale ondernemingen de afgelopen jaren onderwerp van discussie is geweest, kan de ATAD rekenen op steun van het grote publiek.

5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de recente ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten door de OESO en de Europese Commissie besproken, waarbij voornamelijk is ingegaan op BEPS actie 2 van de OESO en de ATAD van de Europese Commissie. Er is onderzocht welke ontwikkelingen er in de strijd tegen hybride entiteiten zijn, welke maatregelen met betrekking tot hybride entiteiten er zijn genomen en voorgesteld en of deze maatregelen effectief zijn in de strijd tegen hybride entiteiten. Ook is elke afzonderlijke maatregel voorzien van commentaar.

In september 2013 stelde de OESO, in samenwerking met de G20, een 15-delig actieplan vast, met als doel om grondslaguitholling en belastingontwijking tegen te gaan. Van dit 15-delige actieplan is met name actiepunt 2 relevant voor deze scriptie, aangezien dit actiepunt gaat over het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. De definitieve versie van dit actiepunt is eind 2015 gepubliceerd en bestaat uit een deel met aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen en een deel met aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen. De vormen van hybride mismatches die onder de reikwijdte van BEPS actie 2 vallen zijn D/NI structuren, D/D structuren en structuren waarbij een mismatch wordt gecreëerd door middel van een betaling aan een reverse hybride entiteit.

De aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen zijn door de OESO vormgegeven als linking rules, waarbij er voor verschillende soorten mismatches zowel een primary response als een defensive

rule is gegeven. De aanbevelingen van de OESO uit BEPS actie 2 kunnen in hoofdlijnen als volgt worden weergegeven:

Soort Mismatch	Structuur	Specifieke aanbeveling voor nationale wetgeving	Aanbevolen linking rules		
			Primary response	Defensive rule	Reikwijdte
D/NI	Betaling door hybride entiteit die onbelast blijft	-	Weiger aftrek bij de betalende partij	Behandel de betaling als inkomen bij de ontvanger	Controlgroep en opgezette structuren
	Betaling aan een reverse hybride entiteit	Verbeter regels omtrent offshore investeringen. Beperk fiscale transparantie van tussenhoudsters indien een buitenlandse investeerder deze vennootschap als niet-transparant kwalificeert	Weiger aftrek bij de betalende partij	-	Controlgroep en opgezette structuren
D/D	Aftrekbare betaling door een hybride entiteit	-	Weiger aftrek bij de moeder	Weiger aftrek bij de betalende partij	Primary response geen beperking. Defensive rule van toepassing op controlgroep en opgezette structuren

De aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen bestaan uit de toevoeging van een nieuw artikellid aan het OESO MV met bijbehorende toevoegingen aan het commentaar bij het OESO MV, op grond waarvan landen verdragsvoordelen ten aanzien van inkomen van een hybride entiteit slechts dienen te verlenen indien één van beide verdragsluitende staten dat inkomen ziet als inkomen dat is ontvangen door een inwoner en dit inkomen overeenkomstig belast.

De aanbevelingen van de OESO uit BEPS actie 2 zijn in beginsel geschikt om mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan, aangezien de aanbevelingen erop gericht zijn om wetgevingen van verschillende staten met elkaar in lijn te brengen ten aanzien van hybride mismatches. De OESO kiest ervoor om specifieke transacties waarbij een mismatch ontstaat door het gebruik van een hybride entiteit te repareren, in plaats van bijvoorbeeld het volledig herkwalificeren van een hybride entiteit. Hierdoor blijft de fiscale autonomie van landen gewaarborgd.

Problemen kunnen echter ontstaan wanneer een aantal landen de voorstellen van de OESO niet, of later dan andere landen, implementeert. In een dergelijk geval worden mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten niet effectief voorkomen, aangezien het mogelijk blijft om hybride entiteiten te gebruiken in of via landen die de voorstellen niet of later implementeren. Dit kan er toe leiden dat de competitiviteit van landen die de voorstellen wel, en tijdig, hebben geïmplementeerd daalt en het fiscale vestigingsklimaat van deze landen verslechtert. De OESO kan een deel van dit probleem wegnemen door regels omtrent het tijdvak waarin OESO-lidstaten de aanbevelingen dienen te implementeren te stellen. Daarnaast biedt de aanpak van de OESO gelegenheid tot “cherry picking,” aangezien aanbevelingen van de OESO niet bindend zijn en landen er dus voor kunnen kiezen om slechts de voor hen meest voordelige aanbevelingen te implementeren.

Daarnaast wordt in de voorstellen van de OESO geen rekening gehouden met tariefverschillen tussen landen, waardoor het mogelijk blijft om hybride entiteiten te gebruiken om een betaling in een

jurisdictie met een hoog tarief in aftrek te brengen en te laten belasten in een jurisdictie met een laag tarief. De voorstellen van de OESO kunnen ook tot de omgekeerde situatie leiden, wat betekent dat deze voorstellen tot overkill kunnen leiden, aangezien de OESO zich slechts richt op het gedeelte van het inkomen dat in de heffing wordt betrokken, en niet op de belastingtarieven die landen hanteren.

In aanvulling op de aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen, geven de aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen een oplossing voor belastinguitstel als gevolg van het gebruik van een reverse hybride entiteit. Het nadeel van het doen van aanbevelingen via het OESO MV is echter, evenals de overige voorstellen van de OESO, dat deze niet bindend zijn. Zo kan elk land afzonderlijk bepalen of het de aanbeveling uit het OESO MV overneemt en wanneer het de aanbeveling overneemt. Daarnaast staat het landen vrij om een uitzondering op te nemen bij de aanbeveling uit het OESO MV, om bijvoorbeeld bepaalde fiscale structuren te blijven faciliteren. Om deze reden wordt door het doen van aanbevelingen via het OESO MV aan effectiviteit ingeboet.

Op 28 januari 2016 presenteerde de Europese Commissie haar ATAP: een pakket met verschillende maatregelen met als doel om de belastingwetgevingen van de lidstaten op elkaar af te stemmen zodat krachtadiger en gecoördineerder kan worden opgetreden tegen bedrijven die proberen een eerlijke bijdrage aan belastingen te ontlopen. Het onderdeel van deze ATAP dat met name interessant is met betrekking tot de strijd tegen hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, is de ATAD. De ATAD, waar inmiddels overeenstemming over is bereikt door de lidstaten, is een Europese richtlijn die bestaat uit vijf bepalingen die zien op het tegengaan van belastingontwijking. Van deze vijf bepalingen zijn met name de bepaling omtrent hybride mismatches en de CFC-bepaling aan bod gekomen.

De bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD beslaat D/NI- en D/D structuren en is qua werking vergelijkbaar met de voorstellen van de OESO uit BEPS actie 2 omtrent dit punt. De bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD ziet echter slechts op intra-EU situaties, en is dus niet van toepassing op hybride mismatches tussen een lidstaat en een derde land.

In de bepaling omtrent hybride mismatches zijn, in tegenstelling tot BEPS actie 2, geen defensive rules opgenomen. De reden hiervoor is dat de bepalingen uit de ATAD verplicht geïmplementeerd moeten worden door de lidstaten, wat een defensive rule in principe overbodig maakt. Er kunnen zich echter problemen voordoen in het geval dat er een reverse hybride entiteit wordt gebruikt om een D/NI structuur te creëren, zoals in §5.3.1.1 geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. In een dergelijke situatie gaat het namelijk om een mismatch in kwalificatie van de reverse hybride entiteit tussen twee lidstaten, maar is de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD niet van toepassing, aangezien er een rentebetaling in een derde land wordt afgetrokken. Op deze manier kan het niet opnemen van een defensive rule er toe leiden dat kwalificatieconflicten ten aanzien van een entiteit binnen EU-verhoudingen niet worden opgelost. Daarnaast houdt de bepaling omtrent hybride

entiteiten geen rekening met dubbele belastingheffing. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de kosten niet volledig door de hybride entiteit in aftrek kunnen worden gebracht in de bronstaat en de woonstaat door toepassing van de genoemde bepaling uit de ATAD de gehele aftrek weigert (in het geval van een D/D-structuur).

De CFC-bepaling uit de ATAD regelt dat het niet-uitgekeerde inkomen van een door een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij gehouden CFC opnieuw aan die moedermaatschappij wordt toegerekend en overeenkomstig in de woonstaat in de belastingheffing wordt betrokken.

De CFC-bepaling is in beginsel een effectief instrument om, in aanvulling op de bepaling omtrent hybride mismatches, voordelen die worden behaald door middel van het gebruik van hybride entiteiten tegen te gaan, doordat reverse hybride entiteiten die kwalificeren als CFC en worden gehouden door een in de EU gevestigde entiteit onder de reikwijdte van deze bepaling vallen. Het is echter relatief eenvoudig om de CFC-bepaling te ontwijken, er vanuit gaande dat de lidstaten de in eerder genoemde bepaling van art. 7, lid 3 van de ATAD implementeren. Door middel van deze bepaling kan een hybride entiteit die actief inkomen behaalt onder een CFC worden gehangen, waardoor de lidstaat van de moedermaatschappij het inkomen van die hybride entiteit aan de laagbelaste CFC toerekent, wat ervoor kan zorgen dat het inkomen van de CFC voor minder dan een derde uit passief inkomen bestaat. De CFC-bepaling ging in het oorspronkelijk voorstel voor de ATAD gepaard met een switch-over bepaling. Aangezien de CFC-bepaling slechts in werking treedt bij een belang in een dochtermaatschappij van meer dan 50% vallen veel situaties buiten de reikwijdte ervan en doet de eliminatie van de switch-over bepaling uit de ATAD afbreuk aan de effectiviteit en de reikwijdte ervan.

Het feit dat de EU met het bereiken van een overeenstemming over de ATAD vooroploopt in de strijd tegen belastingontwijking kan een negatieve invloed hebben op het fiscale vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van de EU. Hiermee ontstaat de kans dat lidstaten deze negatieve effecten gaan compenseren door hun nationale belastingtarieven te verlagen, wat kan leiden tot hevige concurrentie tussen lidstaten onderling op basis van belastingtarieven; een zogenoemde “race to the bottom.” De race to the bottom wordt versterkt doordat er in de onderworpenheidstoets uit de CFC-bepaling wordt uitgegaan van een relatieve onderworpenheid in plaats van een absolute onderworpenheid, waardoor lidstaten de reikwijdte van de CFC-bepaling kunnen verkleinen door hun belastingtarieven te verlagen. Een onderlinge concurrentie op basis van belastingtarieven tussen lidstaten kan echter weer van invloed zijn op de concurrentiepositie en de economie van de EU als geheel, aangezien andere niet-lidstaten, zoals de VS, hun tarieven niet hoeven te verlagen om concurrerend te blijven. Daarnaast kunnen tariefverlagingen in de EU er voor zorgen dat laagbelastende derde landen hun belastingtarieven mee verlagen om investeringen vanuit de EU te blijven aantrekken.

6. Conclusies en aanbevelingen

In deze scriptie is een onderzoek gedaan naar hybride entiteiten en de problemen die kunnen ontstaan als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, waarbij met name is gefocust op het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding tussen Nederland en de VS en de verhouding tussen Nederland en andere EU-lidstaten. Hierbij is uitgegaan van de volgende probleemstelling:

“Welke problemen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten doen zich voor in de verhouding tussen Nederland en de VS en tussen Nederland en andere EU-lidstaten en zorgen de huidige maatregelen en voorstellen voor een doeltreffende aanpak van deze problemen?”

Om tot een beantwoording van de probleemstelling te komen is een aantal deelvragen geformuleerd, die in de verschillende hoofdstukken van deze scriptie aan bod zijn gekomen. De eerste deelvraag is besproken in hoofdstuk twee en luidt als volgt:

1. *Wat zijn hybride entiteiten en voor welke problemen zorgen ze?*

Een hybride entiteit is een entiteit die in verschillende landen verschillend gekwalificeerd wordt. Het ene land kwalificeert de entiteit als transparant en negeert de entiteit voor belastingdoeleinden, terwijl het andere land de entiteit als niet-transparant kwalificeert en de entiteit als zelfstandig belastingplichtige ziet. Een land kan een buitenlandse entiteit op twee manieren kwalificeren, namelijk door erkenning van de buitenlandse fiscale status, waarbij de fiscale kwalificatie van de woonstaat van de buitenlandse entiteit wordt gevolgd, en door middel van onafhankelijke classificatie, waarbij een land een buitenlandse entiteit een eigen onafhankelijke kwalificatie geeft. Hybride entiteiten kunnen slechts voorkomen indien een buitenlandse entiteit wordt gekwalificeerd door middel van onafhankelijke classificatie. Er zijn drie mogelijke situaties waarin een buitenlandse entiteit een fiscale kwalificatie dient te krijgen, namelijk:

- naar buitenlands recht opgericht samenwerkingsverbanden met een feitelijke leiding in een andere jurisdictie;
- in outbound situaties, waarbij inkomsten uit een buitenlandse entiteit worden ontvangen door een binnenlandse partij; en
- in inbound situaties, waarbij door een binnenlandse entiteit een betaling wordt gedaan aan een buitenlandse entiteit.

In 1999 publiceerde de OESO het Partnership Report, waarmee werd getracht kwalificatieverschillen ten aanzien van entiteiten, en de daarmee verband houdende problemen, te voorkomen. In hoofdlijnen werd door de OESO voorgesteld dat voor de voorkoming van dubbele belastingheffing de fiscale kwalificatie van de woonstaat gevolgd dient te worden door de bronstaat. Indien er sprake is van non-belasting volgt de woonstaat de kwalificatie van de bronstaat. Nederland heeft echter een voorbehoud

gemaakt ten aanzien van het Partnership Report, aangezien Nederland er de voorkeur aan geeft om kwalificatieverschillen te voorkomen door per belastingverdrag specifieke bepalingen hieromtrent op te nemen.

Aangezien hybride entiteiten ontstaan als gevolg van kwalificatieverschillen tussen verschillende landen, kunnen hybride entiteiten leiden tot een verschillende fiscale behandeling van met deze hybride entiteit samenhangende geldstromen. De meest voorkomende fiscale voordelen die worden behaald met het gebruik van hybride entiteiten zijn:

- D/D structuren, waarbij een hybride entiteit wordt gebruikt om ten aanzien van hetzelfde object in twee verschillende landen een aftrek te claimen;
- D/NI structuren, waarbij een hybride entiteit wordt gebruikt om een aftrek te claimen in één land, terwijl daar geen belastbaar inkomen tegenover staat; en
- belastinguitstel, waarbij een hybride entiteit wordt gebruikt om winsten in een bepaalde (laagbelastende) jurisdictie onder te brengen, waarbij er geen belasting is verschuldigd totdat het geld wordt uitgekeerd aan de moedermaatschappij.

Bovenstaande fiscale voordelen kunnen worden behaald met zowel reguliere hybride entiteiten, die door de woonstaat van de achterliggende participant(en) als transparant en door de bronstaat als niet-transparant worden aangemerkt, als met reverse hybride entiteiten, die door de woonstaat van de achterliggende participant(en) als niet-transparant en door de bronstaat als transparant worden aangemerkt.

Het gebruik van hybride entiteiten, en met name de fiscale voordelen die hiermee door ondernemingen worden behaald, leidt tot een aantal problemen. De belangrijkste problemen die het gebruik van hybride entiteiten met zich meebrengen zijn:

- verminderde belastingopbrengsten van landen, aangezien de belastinggrondslag wordt uitgehold;
- een verstoring in de economische competitie, aangezien niet elke onderneming op dezelfde schaal gebruik kan maken van hybride entiteiten en een aantal ondernemingen zodoende een voordeel heeft;
- een verstoring in de economische efficiëntie, aangezien de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten de investeringsbeslissing kan beïnvloeden en financiële instabiliteit kan creëren;
- aantasting van de (economische) transparantie, aangezien de economie onoverzichtelijker wordt door de kunstmatige fiscale structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten om belastingvoordelen te behalen; en

- aantasting van de eerlijkheid en gelijkheid binnen een land, aangezien de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteiten om belastingvoordelen te behalen niet voor elke onderneming of persoon open staat, maar slechts voor kapitaalkrachtige multinationale ondernemingen.

De tweede deelvraag is besproken in hoofdstuk drie en luidt als volgt:

2. *Op welke manier zijn hybride entiteiten te gebruiken onder het verdrag tussen Nederland en de VS en zijn er maatregelen ter voorkoming van problemen als gevolg hiervan?*

Om de mogelijkheid tot het gebruik van hybride entiteit in de verhouding tussen Nederland en de VS te onderzoeken, is eerst de relevante Amerikaanse wet- en regelgeving aan bod gekomen.

De VS kwalificeert buitenlandse entiteiten aan de hand van het check-the-box systeem, wat in hoofdlijnen inhoudt dat een buitenlandse entiteit de keuze heeft om als transparant of als niet-transparant te worden gekwalificeerd door de VS. Met het check-the-box systeem wordt het erg eenvoudig gemaakt om hybride entiteiten te creëren, aangezien buitenlandse entiteiten hun eigen fiscale kwalificatie kunnen kiezen. Dit zorgt ervoor dat het behalen van belastingvoordelen door middel van het gebruik van een hybride entiteit eenvoudig te bereiken is.

De VS tracht de mogelijkheid tot belastingontwijking onder het check-the-box systeem te neutraliseren door middel van de zogenoemde Subpart F wetgeving. Op grond van deze wetgeving wordt passief inkomen van door Amerikaanse entiteiten gehouden CFC's in de VS in de belastingheffing betrokken. Uitzonderingen op deze regel zijn de same-country regel, waarmee passief inkomen dat is verkregen van een verbonden lichaam die in dezelfde jurisdictie als de ontvanger is gevestigd wordt uitgezonderd, en de look-through regel, waarmee door een CFC van een verbonden CFC ontvangen passief inkomen wordt uitgezonderd. Het check-the-box systeem kan echter eenvoudig worden gebruikt om aan de Subpart F wetgeving te ontkomen. Zo kan er bijvoorbeeld een hybride entiteit die actief inkomen behaalt onder een door een in de VS gevestigde vennootschap gehouden CFC worden gehangen, waardoor het inkomen van de hybride entiteit door de VS aan de CFC wordt toegerekend, waardoor latere dividenduitkeringen van de hybride entiteit aan de CFC niet onder de reikwijdte van de Subpart F wetgeving vallen. Ook kan het check-the-box systeem in combinatie met de same-country regel worden gebruikt om aan de Subpart F wetgeving te ontkomen, zoals in §3.2.2 aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd.

Het check-the-box systeem kan eveneens worden gebruikt om de Amerikaanse FTC-wetgeving te misbruiken. Normaal gesproken verleent de VS aan binnenlands belastingplichtigen een teruggaaf voor in het buitenland betaalde belasting. Door middel van het check-the-box systeem kan echter een situatie worden gecreëerd waarin de VS belastingteruggaaf verleent voor in het buitenland betaalde belasting, terwijl er geen heffing tegenover staat in de VS.

Om misbruik van de Amerikaanse regelgeving, en met name het gebruik van hybride structuren, tegen te gaan, heeft de VS zogenoemde reparatiewetgeving ingevoerd, op grond waarvan de VS tracht verdragsvoordelen te ontzeggen aan een ontvanger van inkomen indien er bij deze betaling gebruik is gemaakt van een hybride structuur. Deze reparatiewetgeving ziet echter slechts op, vanuit Amerikaans oogpunt, inbound investeringen.

Sinds 2004 bevat het belastingverdrag tussen Nederland en de VS een antimisbruikbepaling die specifiek gericht is op het tegengaan van belastingvoordelen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, namelijk art. 24-4. Op grond van deze bepaling zijn de verdragsvoordelen uit het verdrag tussen Nederland en de VS slechts op inkomen dat is verkregen door een transparante entiteit van toepassing indien dat inkomen in de woonstaat wordt behandeld als inkomen dat is verkregen door een inwoner. Indien er inkomen wordt verkregen door een transparante entiteit regelt art. 24-4 dus wie de ontvanger is en wijst aan diegene verdragsgerechtigdheid toe, waarbij de bronstaat de woonstaat dient te volgen wat betreft de fiscale kwalificatie van de hybride entiteit.

De staatssecretaris heeft door middel van een besluit geregeld dat CV-BV structuren niet onder de reikwijdte van art. 24-4 vallen, waardoor dergelijke structuren in de verhouding tussen Nederland en de VS kunnen blijven worden gebruikt om belastinguitstel te creëren, zoals bijvoorbeeld door middel van een in §3.3.2 besproken spaarpot-op-zee structuur. Alhoewel het besluit van de staatssecretaris de reikwijdte van art. 24-4 beperkt, zou de oplossing van dit probleem bij de VS moeten liggen. Het niet meer toestaan van CV-BV structuren in de verhouding tussen Nederland en de VS zou namelijk een enorme klap voor de Nederlandse economie met zich meebrengen, aangezien veel in Nederland gevestigde multinationale ondernemingen zich in een dergelijk geval mogelijk ergens anders heen zullen verplaatsen. Daarnaast zijn de gevolgen van CV-BV structuren relatief beperkt voor de VS, aangezien deze niet worden gebruikt om belasting te ontwijken, maar om belastingheffing uit te stellen.²⁸⁵ Om deze problemen tegen te gaan zou de VS bijvoorbeeld het check-the-box systeem kunnen afschaffen of de reikwijdte van de Subpart F wetgeving kunnen uitbreiden. Nederland zou de VS hierbij tegemoet kunnen komen door bijvoorbeeld CV-BV structuren slechts toe te staan tot aan een bepaald bedrag aan opgepotte winsten.

Ook in de Amerikaanse politiek wordt aandacht besteed aan belastingontwijking door voornamelijk multinationale ondernemingen. Zo hebben president van de VS Obama en Amerikaanse presidentskandidaten Hillary Clinton en Donald Trump voorstellen gedaan om belastingontwijking tegen te gaan.

Obama doet in zijn Budget 2016 en Budget 2017 een viertal voorstellen omtrent het voorkomen van belastingontwijking als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. Het eerste voorstel houdt in dat

²⁸⁵ Zoals eerder beschreven leidt langdurige uitstel van belasting echter uiteindelijk tot afstel.

al het door Amerikaanse entiteiten in het buitenland behaalde inkomen in de VS wordt belast tegen een tarief van 19%, waarbij een verrekening wordt gegeven ter grootte van 85% van de effectieve belastingdruk in de bronstaat. Aangezien niet al de in het buitenland betaalde belasting wordt verrekend kan dubbele belastingheffing optreden en gaat dit voorstel zodoende verder dan nodig. Het tweede voorstel houdt in dat in CFC's opgepotte winsten, die niet eerder in de VS in de belastingheffing zijn betrokken, eenmalig tegen een tarief van 14% worden belast in de VS. Er wordt bij dit voorstel geen rekening gehouden met investeringen die niet uit liquide middelen bestaan, waardoor ook dit voorstel verder gaat dan nodig.

Het derde voorstel houdt in dat een aftrek van interest- of royaltybetalingen aan verbonden partijen wordt geweigerd indien er een hybride entiteit bij de transactie betrokken is en de hybride entiteit zonder weigering van de aftrek een D/D- of een D/NI structuur veroorzaakt.

Het vierde voorstel houdt in dat de same-country- en look-through regel uit de Subpart F wetgeving niet van toepassing zijn op betalingen ontvangen door een buitenlandse reverse hybride entiteit die wordt gehouden door een VS-inwoner, indien die betalingen in aftrek kunnen worden gebracht bij een buitenlandse verbonden entiteit.

De twee laatstgenoemde voorstellen zullen een deel van de structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten tegengaan, maar niet elke structuur zal onder de reikwijdte ervan vallen. Zo ziet het derde voorstel slechts op gevallen waarin een in de VS gevestigde entiteit een interest-of royaltybetaling verricht, en ziet het vierde voorstel slechts op situaties waarbij een betaling wordt gedaan aan een reverse hybride entiteit die wordt gehouden door een in de VS gevestigde moedermaatschappij.

Evenals Obama stelt Trump voor om door Amerikaanse ondernemingen overzees gestalde gelden eenmalig in de VS te belasten, tegen een tarief van 10%. Daarnaast stelt Trump voor om toekomstige inkomsten van door in de VS gevestigde entiteiten gehouden buitenlandse dochtervennootschappen jaarlijks in de VS in de belastingheffing te betrekken.

Verder stelt Trump voor om het huidige Amerikaanse toptarief in de vennootschapsbelasting te verlagen naar 15%, waardoor het fiscale vestigingsklimaat in de VS gunstiger wordt en corporate inversions volgens Trump worden tegengegaan.

De voorstellen van Trump hebben tegenstrijdige effecten. Aan de ene kant zal het eenmalig belasten van overzees gestalde gelden leiden tot een éénmalig grote belastingopbrengst in de VS en zal de tariefverlaging leiden tot een gunstiger fiscaal vestigingsklimaat in de VS, wat leidt tot minder corporate inversions en uitstelstructuren en een aanzuigende werking op buitenlands kapitaal heeft. Aan de andere kant zal het voorstel om het inkomen van buitenlandse dochtervennootschappen in de VS te belasten juist tot meer corporate inversions leiden en kan de tariefverlaging een negatief effect op de Amerikaanse economie hebben als gevolg van de lagere belastingopbrengsten.

Clinton richt zich in haar voorstellen, in tegenstelling tot Trump, niet direct op het tegengaan van belastinguitstel, maar op het tegengaan van corporate inversions. Ten eerste stelt Clinton voor om het begrip “inversion” uit te breiden, waardoor het Amerikaanse entiteiten moeilijker wordt gemaakt om hun fiscale woonplaats naar een ander land te verplaatsen. Daarnaast stelt Clinton voor om in buitenlandse dochtervennootschappen opgepotte winsten in de VS te belasten indien de Amerikaanse moedermaatschappij de VS verlaat. Clinton raakt in haar voorstellen echter niet de kern van het probleem van belastingontwijking en -uitstel door zich slechts op corporate inversions te richten. Om belastingontwijking en -uitstel effectief tegen te gaan zouden de voorstellen van Clinton het beste gecombineerd kunnen worden met andere maatregelen, zoals het afschaffen van het check-the-box systeem, het uitbreiden van de reikwijdte van de Subpart F wetgeving of het aantrekkelijker maken van het Amerikaanse fiscale vestigingsklimaat.

De derde deelvraag is besproken in hoofdstuk vier en luidt als volgt:

3. *Zijn er mogelijkheden om hybride entiteiten te gebruiken tussen Nederland en andere EU-lidstaten? Zo nee, op welke wijze worden deze voorkomen?*

Om tot een antwoord op bovenstaande vraag te komen is onderzocht of het EU-recht de gelegenheid tot het gebruik van hybride entiteiten geeft, of het EU-recht bepalingen ter voorkoming van mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten kent en of mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten onder het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland worden voorkomen.

Het primaire EU-recht kent geen bepalingen omtrent hybride entiteiten, aangezien de fiscale autonomie van lidstaten met zich meebrengt dat het de lidstaten vrij staat om buitenlandse entiteiten op hun eigen manier te kwalificeren. Deze fiscale autonomie is zo vergaand dat lidstaten zelfs dubbele belastingheffing als gevolg van kwalificatieverschillen niet hoeven te voorkomen onder het primaire EU-recht.

Het secundaire EU-recht kent, in tegenstelling tot het primaire EU-recht, wel bepalingen omtrent hybride entiteiten. Deze bepalingen zijn voornamelijk te vinden in verscheidene Europese richtlijnen. Zo bevat de Moeder-dochterrichtlijn een bepaling op grond waarvan dubbele belastingheffing, die ontstaat door het gebruik van een hybride entiteit binnen EU-verhoudingen, dient te worden voorkomen. Ook zijn er in 2014 en 2015 respectievelijk een specifieke- en een generieke antimisbruikbepaling aan de Moeder-dochterrichtlijn toegevoegd, maar deze bepalingen zien slechts op hybride financieringen, die buiten het bereik van dit onderzoek vallen, en niet op hybride entiteiten. De Fusierichtlijn bevat eveneens bepalingen omtrent hybride entiteiten. Op grond van deze bepalingen dient dubbele belastingheffing te worden voorkomen in situaties waarin het gebruik van hybride entiteiten bij fusies en splitsingen zonder deze bepalingen zou leiden tot dubbele belastingheffing.

De Rente- en royaltyrichtlijn bevat geen specifieke bepaling omtrent hybride entiteiten, maar op grond van een evaluatierapport van de Europese Commissie kunnen hybride entiteiten onder bepaalde voorwaarden worden aangemerkt als ontvanger in de zin van de Rente- en royaltyrichtlijn, waardoor dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

Wat opvalt aan de bepalingen omtrent hybride entiteiten uit het secundaire EU-recht, is dat slechts dubbele belastingheffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten wordt tegengegaan. Situaties waarin hybride mismatches leiden tot non-heffing vallen niet onder de reikwijdte van het geldende secundaire EU-recht.

Aangezien het primaire EU-recht en het geldende secundaire EU-recht geen bepalingen omtrent het voorkomen van non-heffing als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten kennen, worden vaak aanvullende maatregelen getroffen in bilaterale belastingverdragen, zoals bijvoorbeeld in het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland.

De bepaling omtrent hybride entiteiten uit het verdrag Nederland – Duitsland is neergelegd in art. I, lid 2 van het Protocol en bestaat uit een doorkijkbepaling, welke vergelijkbaar is met art. 24-4 uit het verdrag tussen Nederland en de VS, en uit een onderling overlegbepaling. De doorkijkbepaling is van toepassing op situaties waarin een hybride entiteit in de verhouding tussen Nederland en Duitsland inkomen verkrijgt en houdt in dat de bronstaat de fiscale kwalificatie die de woonstaat van de achterliggende participanten aan de hybride entiteit geeft volgt, indien het inkomen door de woonstaat van de achterliggende participant aan een inwoner wordt toegerekend.

De onderling overlegbepaling is van toepassing op overige situaties waarin het gebruik van een hybride entiteit leidt tot dubbele heffing of non-heffing. Op grond van deze bepaling treden Nederland en Duitsland in onderling overleg om de problemen op te lossen.

Zoals in §4.4.1 aan de hand van casus vier is geïllustreerd waarin non-heffing voorkomt in de verhouding tussen Nederland en Duitsland door het gebruik van een hybride entiteit waarbij beide landen op basis van hun nationale wetgeving geen belasting heffen. In een dergelijk geval kan de non-heffing niet worden voorkomen door toepassing van art. I, lid 2 van het Protocol, aangezien een verdrag slechts heffingsbevoegdheid kan verdelen, en geen belastingplicht kan creëren.

Volgens de Nederlandse staatssecretaris bevat de doorkijkbepaling van art. I, lid 2 van het Protocol geen uitzondering voor situaties waarin zowel Nederland als Duitsland inkomen toerekenen aan een inwoner. Hierdoor wordt in een dergelijke situatie de heffingsbevoegdheid van één van beide landen weggenomen, waardoor dubbele heffing wordt voorkomen. Dit leidt er echter toe dat art. I, lid 2 van het Protocol de heffingsbevoegdheid van één van beide landen zelfs in complete binnenlandse verhoudingen kan beperken. Het is niet bekend of Duitsland de doorkijkbepaling op dezelfde manier uitlegt, aangezien Duitsland, in tegenstelling tot Nederland, geen voorbehoud ten aanzien van het

Partnership Report heeft gemaakt, waardoor Duitsland mogelijk wel een uitzondering aanwezig acht voor situaties waarin beide landen inkomen aan een inwoner toerekenen. Een dergelijke dispariteit in de uitleg van de doorkijkbepaling van art. I, lid 2 van het Protocol kan leiden tot oneerlijke situaties, aangezien Duitsland in dergelijke gevallen wel heft, terwijl Nederland dit niet doet. Zodoende is het van belang dat Nederland en Duitsland afspraken maken omtrent dit punt.

De vierde en laatste deelvraag is besproken in hoofdstuk vijf en luidt als volgt:

4. *Welke ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten zijn er en zijn de gekozen maatregelen doeltreffend?*

Uit het antwoord op de voorgaande deelvragen is gebleken dat het erg lastig is om problemen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten op nationaal niveau, of door middel van bilaterale belastingverdragen, te voorkomen. Om deze reden is voor de beantwoording van bovenstaande vraag ingegaan op ontwikkelingen die deel uitmaken van een gecoördineerde aanpak op hoger niveau. De belangrijkste ontwikkelingen omtrent een gecoördineerde aanpak van belastingontwijking zijn het BEPS-rapport van de OESO en de ATAP van de Europese Commissie.

De voorstellen van de OESO omtrent het tegengaan van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten zijn neergelegd in BEPS actie 2. Deze voorstellen bestaan uit twee delen, namelijk een deel met aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen en een deel met aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen. De vormen van hybride mismatches die onder de reikwijdte van BEPS actie 2 vallen zijn D/NI structuren, D/D structuren en structuren waarbij een mismatch wordt gecreëerd door middel van een betaling aan een hybride entiteit.

De aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen zijn vormgegeven als linking rules, waarmee wordt getracht de wetgevingen van OESO-lidstaten met elkaar in lijn te brengen indien er sprake is van een mismatch, teneinde de mismatch te neutraliseren. De aanbevelingen van de OESO bestaan steeds uit een primary response, waarmee een hoofdregel voor neutralisatie van een specifieke mismatch wordt gegeven, en uit een defensive rule, waarmee een regel wordt gegeven om een specifieke mismatch te neutraliseren indien de primary response niet wordt toegepast door het desbetreffende land. De aanbevelingen ten aanzien van nationale wetgevingen van de OESO kunnen als volgt worden weergegeven:

Soort Mismatch	Structuur	Specifieke aanbeveling voor nationale wetgeving	Aanbevolen linking rules		
			Primary response	Defensive rule	Reikwijdte
D/NI	Betaling door hybride entiteit die onbelast blijft	-	Weiger aftrek bij de betalende partij	Behandel de betaling als inkomen bij de ontvanger	Controlgroep en opgezette structuren
	Betaling aan een reverse hybride entiteit	Verbeter regels omtrent offshore investeringen. Beperk fiscale transparantie van tussenhoudsters indien een buitenlandse investeerder deze vennootschap als niet-transparant kwalificeert	Weiger aftrek bij de betalende partij	-	Controlgroep en opgezette structuren
D/D	Aftrekbare betaling door een hybride entiteit	-	Weiger aftrek bij de moeder	Weiger aftrek bij de betalende partij	Primary response geen beperking. Defensive rule van toepassing op controlgroep en opgezette structuren

De aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen bestaan uit de toevoeging van een artikellid met bijbehorend commentaar aan het OESO MV, op grond waarvan landen verdragsvoordelen ten aanzien van inkomen van een hybride entiteit slechts dienen te verlenen indien één van beide verdragsluitende staten dat inkomen ziet als inkomen dat is ontvangen door een inwoner en dit inkomen overeenkomstig belast.

Doordat de OESO kiest voor het neutraliseren van een specifieke transactie die leidt tot een mismatch, in plaats van bijvoorbeeld volledige herkwalificatie van een hybride entiteit, wordt ervoor gezorgd dat de fiscale autonomie van OESO-lidstaten gewaarborgd blijft. Er kunnen echter problemen ontstaan doordat de aanbevelingen van de OESO niet bindend zijn. Zo kan de situatie ontstaan waarin een aantal landen de voorstellen van de OESO tijdig implementeert, terwijl andere landen de voorstellen niet, of later dan andere landen, implementeren. Dit kan een negatieve invloed hebben op de economie van de landen die de voorstellen wel tijdig hebben geïmplementeerd, aangezien ondernemingen hun activiteiten zullen verplaatsen naar landen vanuit waar het mogelijk blijft om hybride entiteiten te gebruiken voor het creëren van mismatches. Ook is het mogelijk dat landen overgaan tot “cherry picking” met betrekking tot de aanbevelingen van de OESO, wat inhoudt dat landen slechts de voor hun voordelige, of minst nadelige, aanbevelingen implementeren.

Daarnaast houdt de OESO geen rekening met tariefverschillen tussen landen, waardoor hybride entiteiten ook na implementatie van de voorstellen van de OESO kunnen worden gebruikt om een structuur op te zetten waarbij betalingen aftrekbaar zijn in een land met een hoog tarief en belast zijn in een land met een laag tarief. De voorstellen van de OESO kunnen ook tot de omgekeerde situatie leiden, waarbij dubbele belastingheffing ontstaat. In dergelijke gevallen leiden de voorstellen van de OESO zodoende tot overkill.

Het nadeel dat de voorstellen van de OESO niet bindend zijn speelt ook met betrekking tot de aanbevelingen voor maatregelen in belastingverdragen. Daarnaast dienen OESO-lidstaten deze voorstellen afzonderlijk in elk bilateraal belastingverdrag op te nemen, wat een erg tijdrovend proces is. OESO-lidstaten kunnen een voorbehoud ten aanzien van deze aanbevelingen maken, om

bijvoorbeeld bepaalde fiscale structuren te blijven faciliteren, wat afbreuk doet aan de effectiviteit van deze voorstellen van de OESO.

De Europese Commissie publiceerde in januari 2016 een ATAP, welke bestaat uit verschillende maatregelen om belastingontwijking op een gecoördineerde manier aan te pakken. Uit de ATAP is met name de ATAD, waar op 17 juni 2016 overeenstemming over is bereikt door de Raad, van belang voor dit onderzoek. In de ATAD zijn twee bepalingen neergelegd die van belang zijn in de strijd tegen hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, namelijk de bepaling omtrent hybride mismatches en de CFC-bepaling.

De bepaling omtrent hybride mismatches is vergelijkbaar met de voorstellen van de OESO ten aanzien van D/NI- en D/D structuren uit BEPS actie 2, met als verschil dat in de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD geen defensive rules zijn opgenomen. Verder ziet de bepaling omtrent hybride mismatches slechts op intra-EU situaties. Zoals in §5.3.1.1 aan de hand van een voorbeeld is geïllustreerd, zorgt het feit dat er in de bepaling omtrent hybride mismatches uit de ATAD geen defensive rules zijn opgenomen voor een verkleining van de reikwijdte van deze bepaling, aangezien reverse hybride entiteiten niet onder de reikwijdte ervan vallen. Daarnaast wordt er in de bepaling omtrent hybride mismatches geen rekening gehouden met mogelijk dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van deze bepaling.

De CFC-bepaling uit de ATAD regelt dat het niet-uitgekeerde inkomen van een door een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij gehouden CFC opnieuw aan die moedermaatschappij wordt toegerekend en overeenkomstig in de woonstaat in de belastingheffing wordt betrokken. De CFC-bepaling werd in het oorspronkelijk voorstel voor de ATAD aangevuld door een switch-over bepaling, op grond waarvan een lidstaat door een belastingplichtige van een in een derde land gevestigde dochtervennootschap ontvangen inkomen onder voorwaarden in de belastingheffing diende te betrekken. Door het schrappen van de switch-over bepaling is afbreuk gedaan aan de effectiviteit van de ATAD, aangezien de CFC-bepaling slechts in werking treedt indien een belang van meer dan 50% in een dochtervennootschap wordt gehouden. Situaties waarin een belang van 50% of minder in een dochtervennootschap wordt gehouden zouden mogelijk onder de switch-over bepaling vallen, maar vallen door het schrappen van de switch-over bepaling buiten de reikwijdte van de ATAD.

Daarnaast kan de ATAD een negatieve invloed op het fiscale vestigingsklimaat, en daarmee de concurrentiepositie, van de EU hebben, aangezien de EU vooroploopt in de strijd tegen belastingontwijking en in de EU gevestigde ondernemingen mogelijk hun activiteiten naar buiten de EU zullen verplaatsen als gevolg van de ATAD. Om deze negatieve effecten te compenseren zullen lidstaten mogelijk hun belastingtarieven verlagen en een onderlinge concurrentie op basis van belastingtarieven aangaan, een zogenoemde “race to the bottom.” Een race to the bottom kan echter weer een negatieve invloed op de concurrentiepositie en de economie van de EU als geheel hebben,

aangezien andere landen hun tarieven niet hoeven te verlagen om concurrerend te blijven en investeringen te blijven aantrekken.

Aan de hand van de in de verschillende hoofdstukken van deze scriptie behandelde deelvragen is getracht om tot een antwoord op de eerder geformuleerde probleemstelling te komen. In dit hoofdstuk is reeds uiteengezet welke problemen zich voordoen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten in de verhouding tussen Nederland en de VS en tussen Nederland en andere EU-lidstaten. Daarnaast is besproken welke voorstellen met betrekking tot de aanpak van deze problemen er op dit moment zijn. Met behulp van de informatie uit de voorgaande hoofdstukken kan de beoordeling op doeltreffendheid van de voorstellen worden weergegeven in de volgende tabel:

	Effectiviteit	Efficiëntie	Economische impact	Publieke opinie	Wettelijke haalbaarheid	Complexiteit	<u>Doeltreffendheid</u>
Art. 24-4	0	+	0	0	++	-	0/+
Voorstellen Obama	+	0	-	+	-	+	0
Voorstellen Trump	+	-	--	+	-	+	-/0
Voorstellen Clinton	-	+	0	+	+	+	0/+
Art. 1, lid 2 Protocol	+	0	+	0	++	-	0/+
BEPS	++	+	+	++	0	-	+
ATAD	+	+	0	++	++	0	+

Art. 24-4 scoort op effectiviteit neutraal. Dit komt omdat D/NI en D/D structuren niet onder de reikwijdte van het artikel vallen en belastinguitstel in de vorm van CV-BV structuren nog wordt gefaciliteerd door de staatssecretaris. Het artikel heeft een efficiënte werking, aangezien de neutralisatie van mismatches op specifieke betalingen ziet. Er wordt echter geen rekening gehouden met dubbele belastingheffing waardoor art. 24-4 op dat punt verder gaat dan nodig. De economische impact is neutraal aangezien uitstelstructuren door toepassing van het besluit van de staatssecretaris van 6 juli 2005 gefaciliteerd blijven, waardoor Nederland weinig kapitaaluitstroom zal ondervinden. De publieke opinie is eveneens neutraal aangezien de werking van belastingverdragen over het algemeen niet of nauwelijks bekend is bij het grote publiek. Op wettelijke haalbaarheid scoort art. 24-4 goed, aangezien het een reeds bestaande en geïmplementeerde maatregel betreft. Tot slot is art. 24-4 een redelijk complexe maatregel, aangezien het artikel op elk inkomensbestanddeel afzonderlijk moet worden toegepast. De complexiteit van het artikel is versterkt door de staatssecretaris door middel van

eerdergenoemd besluit. Daarnaast heeft de staatssecretaris met dit besluit ontgaansmogelijkheden geschapen.

De voorstellen van Obama gaan uitstel effectief tegen, maar kunnen leiden tot corporate inversions doordat bedrijven de voorstellen willen ontlopen. Daarnaast valt een deel van de in deze scriptie besproken structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten buiten de reikwijdte van de voorstellen, zoals reeds aangegeven in §3.4.3. Op efficiëntie scoren de voorstellen van Obama neutraal, aangezien het voorstel omtrent het belasting van buitenlandse winsten kan leiden tot dubbele belastingheffing en er in het voorstel omtrent het belasting van overzees gestalde gelden geen rekening wordt gehouden met investeringen die niet uit liquide middelen bestaan. De voorstellen van Obama zullen hoogstwaarschijnlijk een negatieve invloed op de Amerikaanse economie hebben. Weliswaar zal er een eenmalig grote belastingopbrengst zijn als gevolg van het belasting van overzees gestalde gelden, maar de voorstellen zullen ook leiden tot corporate inversions. De publieke opinie ten aanzien van de voorstellen van Obama is positief. Dergelijke voorstellen worden vaak breed opgepikt door de media en voorstellen omtrent het tegengaan van belastingontwijking kunnen over het algemeen rekenen op acceptatie bij het grote publiek. De wettelijke haalbaarheid van de voorstellen van Obama is niet erg groot. Dit wordt met name veroorzaakt doordat Amerikaanse multinationale ondernemingen het hardst worden geraakt door de voorstellen en dergelijke ondernemingen een zeer sterke lobbypositie hebben. Daarnaast heeft het feit dat Obama in beide kamers van het Congres, te weten de Senaat en het Huis van Afgevaardigden, geen meerderheid meer heeft een negatieve invloed op de wettelijke haalbaarheid van de voorstellen. Ook krijgt een zittende president in het laatste jaar van zijn ambtstermijn in de regel maar weinig nieuwe wetgeving goedgekeurd. Verder zijn Obama's voorstellen eenvoudig en begrijpelijk vormgegeven.

De voorstellen van Trump gaan belastingontwijking als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten effectief tegen. Daarnaast zijn de voorstellen zowel gericht op het tegengaan van belastinguitstel als op het voorkomen van corporate inversions. De voorstellen van Trump zijn echter niet erg efficiënt, aangezien een deel van de voorstellen corporate inversions zal tegengaan, maar het voorstel omtrent het belasting van buitenlandse winsten juist zal leiden tot meer corporate inversions. Volgens experts hebben de voorstellen van Trump een zeer negatieve impact op de economie, wat met name wordt veroorzaakt door de aanzienlijke tariefverlaging die Trump voorstelt. Evenals de voorstellen van Obama krijgen de voorstellen van de Amerikaanse presidentskandidaten veel aandacht in de media, wat de publieke opinie ten goede komt. De voorstellen hebben echter geen grote wettelijke haalbaarheid, aangezien deze met name door de verwachte negatieve impact op de economie weinig steun zullen krijgen. Tot slot zijn de voorstellen begrijpelijk vormgegeven en zal met name de tariefverlaging tot een eenvoudiger belastingsysteem leiden, aangezien het huidige vennootschapsbelastingstelsel meerdere tarieven kent.

De voorstellen van Clinton zijn niet erg effectief in de strijd tegen belastingontwijking als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten, aangezien Clinton de kern van het probleem mist en zich niet op belastinguitstel richt. De voorstellen richten zich slechts op het tegengaan van corporate inversions, welke wel efficiënt worden tegengegaan. Volgens experts zullen de voorstellen van Clinton een redelijk neutraal effect op de economie hebben. Evenals de voorstellen van Trump krijgen de voorstellen van Clinton veel aandacht in de media, wat de publieke opinie ten goede komt. De voorstellen zijn wettelijk haalbaar, aangezien deze slechts zijn gericht op het tegengaan van corporate inversions en niet op het tegengaan van belastinguitstel, waardoor de effecten voor Amerikaanse multinationale ondernemingen relatief beperkt zullen zijn en lobbygroepen de voorstellen minder snel zullen proberen te blokkeren.

Art. I, lid 2 van het Protocol zorgt er voor dat hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten over het algemeen effectief worden voorkomen. Een groot deel van de structuren valt echter onder de reikwijdte van de onderling overlegbepaling en niet alle structuren worden voorkomen onder art. I, lid 2 van het Protocol. Qua efficiëntie scoort art. I, lid 2 van het Protocol neutraal. Hybride mismatches worden tegengegaan, maar de reikwijdte van de onderling overlegbepaling is te groot. Het artikel had specifiekere vormgeving moeten worden, waardoor over een kleiner deel van de hybride mismatches onderling overlag had hoeven plaatsvinden. Daarnaast bestaan er onduidelijkheden over of het artikel een uitzondering kent voor de gevallen waarin beide landen een inkomensbestanddeel toerekenen aan een inwoner. Art. I, lid 2 van het Protocol heeft naar verwachting een positieve invloed op de economie van de betrokken landen. De onzekerheid of een hiervoor genoemde uitzondering wel of niet bestaat kan een kleine negatieve invloed hebben op de Nederlandse economie, maar het voorkomen van hybride mismatches zorgt voor extra belastingopbrengsten. De publieke opinie ten aanzien van art. I, lid 2 van het Protocol is neutraal, aangezien de werking van belastingverdragen over het algemeen niet of nauwelijks bekend is bij het grote publiek. Op wettelijke haalbaarheid scoort art. I, lid 2 van het Protocol goed, aangezien het een reeds bestaande en geïmplementeerde maatregel betreft. Verder is art. I, lid 2 van het Protocol een redelijk complexe maatregel, aangezien een groot deel van de hybride mismatches door middel van onderling overleg dient te worden opgelost.

De aanbevelingen uit BEPS actie 2 zijn op zichzelf erg effectief. Hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten worden per geval voorkomen door de belastingwetgevingen van landen op elkaar te laten aansluiten. Daarnaast bestaan de aanbevelingen uit zowel primary responses als defensive rules. Verder zijn de aanbevelingen ook redelijk efficiënt vormgegeven. De voorstellen zijn weliswaar complex, maar dit is onvermijdelijk door de grote reikwijdte van de voorstellen. Wel wordt door middel van het geven van zowel een primary response als een defensive rule gelegenheid gegeven tot “cherry picking” door landen en wordt er geen rekening gehouden met tariefverschillen tussen landen. Indien alle landen de aanbevelingen van de OESO tijdig implementeren heeft dit een

erg positief effect op de economie van de betrokken landen, aangezien belastingontwijking effectief wordt tegengegaan. Indien echter niet alle landen de voorstellen tijdig implementeren heeft dit een negatief effect op de economie van de landen die de voorstellen wel tijdig hebben geïmplementeerd. De publieke opinie ten aanzien van het BEPS-rapport is zeer positief. BEPS is een zeer omvangrijk project waar over de hele wereld aandacht aan wordt besteed. Verder zijn de BEPS voorstellen veelvuldig opgepikt en besproken door de media. De wettelijke haalbaarheid van de BEPS voorstellen is neutraal. Weliswaar is implementatie van de voorstellen niet wettelijk afdwingbaar, maar omdat BEPS een zeer groot project is en er veel over wordt gesproken ligt er een zekere druk op de OESO-lidstaten om deze voorstellen toch te implementeren. Verder zijn de voorstellen van de OESO zeer complex, wat met name wordt veroorzaakt door de grote reikwijdte van de voorstellen.

De maatregelen uit de ATAD leiden tot een effectieve voorkoming van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten. Bij een deel van de bepalingen uit de ATAD is aangesloten bij de voorstellen uit het BEPS-rapport. De effectiviteit van de bepalingen uit de ATAD wordt echter beperkt doordat deze bepalingen slechts zien op intra-EU situaties en EU-outbound situaties en door het elimineren van de switch-over bepaling. Daarnaast is de ATAD een redelijk efficiënte maatregel. Er zijn voornamelijk goede stappen gezet door aansluiting te zoeken bij de voorstellen uit het BEPS-rapport. Op een aantal punten gaat de ATAD echter verder dan het BEPS-rapport en de bepalingen uit de ATAD zijn vormgegeven als minimumstandaarden, wat de bepalingen iets minder efficiënt maakt. De economische impact van de ATAD is waarschijnlijk neutraal. Aan de ene kant kan implementatie van de ATAD leiden tot kapitaaluitstroom uit de EU, maar aan de andere kant kan implementatie van de ATAD leiden tot extra belastingopbrengsten als gevolg van de verminderde belastingontwijking en kunnen lidstaten de negatieve invloed op de economie compenseren met het verlagen van belastingtarieven. Evenals bij het BEPS-rapport is de publieke opinie ten aanzien van de ATAD erg positief. De ATAD is een onderdeel van de ATAP, waar onder andere door de media veel aandacht aan is besteed. Aangezien belastingontwijking door met name multinationale ondernemingen in de afgelopen jaren vaak onderwerp van discussie is geweest kan de ATAD rekenen op steun van het grote publiek. Op wettelijke haalbaarheid scoort de ATAD goed, aangezien reeds overeenstemming is bereikt over de ATAD en deze door de lidstaten geïmplementeerd gaat worden. Tot slot scoort de ATAD neutraal op complexiteit. De ATAD is met vijf bepalingen die zien op belastingontwijking redelijk overzichtelijk, maar door de vormgeving als minimumstandaarden is de ATAD complexer dan nodig. Ook de CFC-bepaling is complex doordat lidstaten de keuze hebben tussen twee manieren om het bedrag aan niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC te berekenen.

Zoals uit het voorgaande blijkt, hebben alle maatregelen en voorstellen omtrent het voorkomen van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten zowel voor- als nadelen, en is er op dit moment geen enkel voorstel en geen enkele maatregel die alle in deze scriptie aan bod gekomen structuren waarbij een hybride mismatch wordt gecreëerd door middel van het gebruik van een

hybride entiteit effectief tegengaat. Er zijn de afgelopen tijd steeds meer voorstellen en initiatieven om belastingontwijking tegen te gaan bijgekomen en naar verwachting zullen deze ontwikkelingen zich voortzetten in de toekomst.

De meest recente ontwikkelingen in de strijd tegen hybride entiteiten, namelijk het BEPS-rapport en de ATAD, zijn op basis van de in dit onderzoek gebruikte beoordelingscriteria ook de meest doeltreffende maatregelen in deze strijd, en alhoewel deze initiatieven nog geen eenduidige oplossing voor het voorkomen van hybride mismatches als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten bieden, is dit wel een positieve ontwikkeling. Op basis van deze voorstellen en initiatieven zal verder moeten worden toegewerkt naar een situatie waarin problemen als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten effectief kunnen worden tegengegaan. Vooralsnog lijkt deze oplossing zich te bevinden in volledige herkwalificatie van een entiteit door één van beide landen indien er sprake is van een hybride mismatch, aangezien hybride mismatches op een dergelijke manier effectief voorkomen worden. Een dergelijke maatregel is echter lastig te bereiken, aangezien landen erg veel waarde hechten aan hun fiscale autonomie.

Literatuurlijst

Artikelen

- J.F. Avery Jones et al., "Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax," Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD Publications, juli 2002
- R. de Boer en O. Marres, "BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements," Intertax 2015/43
- W.H.H. Bolhaar, "Naar een system ter voorkoming van hybride mismatches," NTFRA 2013/25
- M. Evers, A.C.G.A.C de Graaf en A.J.A. Stevens, "Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd," MBB 2011/02
- M. Fetter en S. Admiraal, "Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant," Forfaitair 2006/167-5
- G.K. Fibbe, "Enkele aspecten van de nieuwe bepaling inzake hybride entiteiten in het verdrag met de Verenigde Staten," WFR 2005/429
- G.K. Fibbe, "Enkele fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van hybride entiteiten," Ondernemingsrecht 2010/24
- G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, "De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen," MBB 2011/05
- G.K. Fibbe, "Enkele observaties bij de bepaling inzake hybride entiteiten in het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk," MBB 2013/3
- G.K. Fibbe, "Recente ontwikkelingen omtrent fiscaal hybride entiteiten binnen de OESO en de EU," Ondernemingsrecht 2014/105
- C. Humer en R. Pierson, "Obama's inversion curbs kill Pfizer's \$160 billion Allergan deal," Reuters, 6 april 2016
- M.H.G.M van der Linden, "2004 NL-VS-protocol: een hamerslag bij heldere hemel," WFR 2004/1313
- M.H.G.M van der Linden, "Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder," WFR 2014/886
- H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, "Hybride entiteiten: een einde met haken (V/Λ) en ogen (á)?," WFR 2016/48

O.C.R. Marres en I.M. de Groot, “De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1),” WFR 2015/886

S.R. Pancham, “Enkele EU-rechtelijke aspecten van hybride entiteiten in het licht van fiscale autonomie,” MBB 2010/04

F.P.G. Pötgens en A.J.A. Stevens, “Het nieuwe belastingverdrag Nederland-Duitsland: een update,” MBB 2016/01

R. Rubin, “Hillary Clinton Hasn’t Tipped Her Hand on Corporate Tax Rate,” The Wall Street Journal, 6 juni 2016

S.C. Ruchelman, “Hybrid Entities in Cross Border Transactions: The Canadian Experience-The US Response,” 2008

F.P. Snel en C.L. Mas, “The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis,” 2003, European Taxation 10

E.M.S. Spierts, “Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland,” MBB 2012/07/08

A.J.A. Stevens, “Hybride entiteiten en belastingverdragen,” MBB 2010/04

A.J.A. Stevens, “De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden,” NTFR-B 2011/45

C. Sweitzer, “Analyzing Subpart F in Light of Check-the-Box,” Akron Tax Journal, 20 (1)

The Fiscal Times, “Donald Trump’s Tax Proposal: The Experts Weigh In,” 17 mei 2016

Tax Policy Center, “An Analysis of Donald Trump’s Tax Plan,” 22 december 2015

M.F. de Wilde, “Rapport BEPS Actiepunt 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements,” NTFR 2015/2722

M.F. de Wilde, “Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie,” NTFR 2016/574

M.F. de Wilde, “Commissievoorstellen Anti-ontgaanspakket; tussenstop of eindhalte?,” FED 2016/38

Beleidsstukken

Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730, BNB 2005/88

Besluit van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, BNB 2005/280

Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M

Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2015, “Kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV,” nr. AFP/2015/948 M

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, “Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat,” nr. IZV/2015/657 M

Budget of the U.S. Government, FY2016

Budget of the U.S. Government, FY2017

Europese Commissie – rapport van 25 november 2013, COM(2013) 814

Europese Commissie, Commission Staff Working Document, SWD(2016) 6 final

OESO, “Issues in international taxation (The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships),” nr. 6, Parijs 1999

OESO, “Addressing Tax Risks Involving Bank Losses,” OECD Publishing, 2010

OESO, “Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues,” 2012

OESO, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting,” OECD Publishing, 2013

OESO, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting,” OECD Publishing, 2013

OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements,” Comments received on Public Discussion drafts, 2014

OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Recommendations for Domestic Laws,” Public Discussion Draft, 2014

OESO, “BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues),” Public Discussion Draft, 2014

OESO, “Explanatory Statement,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015

OESO, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015

Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten

Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten

Richtlijn (EU) 2016/... van de Raad van ... tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, nr. 10539/16

D. Trump, "Tax Reform that will make America Great Again: The Goals of Donald J. Trump's Tax Plan," 8 februari 2016

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, COM(2016) 26 final

Boeken

J. Ault en J. Brian, "Comparative income taxation: a structural analysis," Kluwer law international, 2004

Van Bael & Bellis, "Business law guide to Belgium," Kluwer law international 2003

J. Barenfeld, "Taxation of Cross-Border Partnerships," IBFD 2005, Doctoral Series Vol. 9

R.P.C.W.M. Brandsma et al., "Cursus Belastingrecht: Europees Belastingrecht," Deventer: Kluwer 2015

K. Mullis, "Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities," Tax Analysts 2011

C. van Raad et al., "Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht," Deventer: Kluwer 2010

Rachofsky, "Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities," 2001

J.L. van de Streek et al., "Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting," Deventer: Kluwer 2015

B.J.M. Terra en P.J. Wattel, "European Tax Law," Deventer: Kluwer 2012

H. Vermeulen, “Grondslagen internationaal belastingrecht,” Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015

K. Vogel, “Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN-, and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital, with particular reference to German treaty practice,” Kluwer Law International, 1997

Jurisprudentie

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

HR 4 juni 1986, nr. 23 614, BNB 1986/239 (Sarakreek)

Court of Appeal 1 juli 1998 (Memec plc v IRC), STC 754

HR 1 april 2003, nr. 36 374, V-N 2003/28.8

HR 2 juni 2006, nr. 40 919

HvJ EG 12 december 2006, nr. C-319/02 (Test Claimants ACT GLO)

HvJ EG 6 december 2007, nr. C-298/05 (Columbus)

HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64

HR 3 juni 2016, nr. 14/05100, V-N 2016/30.15

Kamerstukken

Kamerstukken II 2010/11, 25 087, bijlage bij nr. 7

Kamerstukken II 2013/14, 33 615, nr. 5

Kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2071

Kamerstukken II 2015/16, 34 418, nr. 9

Overig

Citizens for Tax Justice, “\$2.1 Trillion in Corporate Profits Held Offshore: A Comparison of International Tax Proposals,” 14 juli 2015

Citizens for Tax Justice, “Offshore Shell Games 2015: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies,” oktober 2015

Deloitte, “Administration Proposes Fundamental International Tax Reform in FY2016 Budget,”
United States Tax Alert, 6 februari 2015

Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2016 Revenue
Proposals,” Februari 2015

Department of the Treasury, “General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2017 Revenue
Proposals,” Februari 2016

Europese Commissie – persbericht van 21 oktober 2015, nr. IP/15/5880

Europese Commissie – persbericht van 28 januari 2016, nr. IP/16/159

EY, “President Obama’s FY 2017 Budget Builds on Previous Tax Proposals,” WCEY Tax Legislative
Alert, 9 februari 2016

Ministerie van Financiën – persbericht van 21 oktober 2015, “Nederlandse reactie op EC-besluit over
Starbucks”

Raad van de Europese Unie – persbericht van 21 juni 2016, nr. 370/16

Raad van de Europese Unie – persbericht van 12 juli 2016, nr. 424/16