

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

Hybride mismatches tussen belastingstelsels ten aanzien van de kwalificatie van een hybride entiteit

Een onderzoek naar het ondervangen van kwalificatiemismatches



Naam student: A.S. Timal
Studentnummer: 319675
Begeleider: Mr. R.B.N. van Ovost

Rotterdam, 15 september 2016

INHOUDSOPGAVE

LIJST MET GEBRUIKTE AFKORTINGEN	5
1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING	7
1.1 BEPS in internationaal perspectief	7
1.2 Onderwerp van het onderzoek	7
1.3 Probleemstelling en toetsingskader van het onderzoek	10
1.4 Reikwijdte van het onderzoek	11
1.5 Opzet van het onderzoek	11
2 DE CLASSIFICATIE VAN SAMENWERKINGSVERBANDEN	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen	13
2.2.1 Inleiding	13
2.2.2 Oprichting	14
2.2.3 In aandelen verdeeld kapitaal en deelgerechtigdheid	15
2.2.4 Aansprakelijkheid	16
2.3 De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden	16
2.3.1 Inleiding	16
2.3.2 De internationale fiscale classificatie van entiteiten	17
2.3.2.1 Similarity approach	18
2.3.2.2 Elective approach	19
2.3.2.3 Fixed approach	19
2.3.3 De Fiscale classificatie van entiteiten door Nederland	20
2.3.4 Symmetrical approach	22
3 KWALIFICATIECONFLICTEN	23
3.1 Inleiding	23
3.2 Double-deduction	24
3.3 Deduction, no inclusion	27
3.4 Reverse hybrid	28
4 DE VOORGESTELDE OPLOSSINGEN VAN DE OESO EN DE EC	30
	2

4.1 Inleiding	30
4.2 Actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO	31
4.3 Aanbevelingen inzake deduction, no inclusion structuren	32
4.3.1 Aanbeveling 3.1	33
4.3.2 Aanbeveling 3.2	34
4.3.3 Aanbeveling 3.3	34
4.4 Aanbevelingen inzake double deduction	35
4.4.1 Aanbeveling 6.1	36
4.4.2 Aanbeveling 6.2	37
4.5 Aanbevelingen inzake reverse hybrid	37
4.6 Deel II van actiepunt 2	38
4.6.1 Dubbele woonplaats entiteiten	39
4.6.2 Transparante entiteiten	39
4.7 Artikel 10 van de conceptrichtlijn van de Europese Commissie	40
5 ANALYSE VAN DE VOORGESTELDE OPLOSSINGEN VAN DE OESO EN DE EC	44
5.1 Inleiding	44
5.2 Analyse van de voorgestelde oplossingen van de OESO	45
5.2.1 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	45
5.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid	47
5.2.3 Tussenconclusie	49
5.3 Analyse van de voorgestelde oplossingen van de EC	50
5.3.1 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	50
5.3.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid	50
5.3.3 Tussenconclusie	52
6 AANBEVELINGEN	54
6.1 Inleiding	54
6.2 Aanpassingen in de nationale wetgeving van lidstaten	54
6.2.1 Renteaftrekbeperkingen	56
6.2.2 Fiscale consolidatieregime	58
6.2.3 CFC- regelgeving	59
6.3 Internationale aanbevelingen	60
6.3.1 Een verordening in plaats van een richtlijn	60
6.3.2 Een gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting: NCCTB	61

7 SAMENVATTING EN CONCLUSIE	63
7.1 Samenvatting	63
7.2 Conclusie	72
LITERATUURLIJST	77

LIJST MET GEBRUIKTE AFKORTINGEN

BEPS-rapport	Actie Plan inzake Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingzaken
CCCTB	Common Consolidate Corporate Tax Base
CFC	Controlled Foreign Company
EC	Europese Commissie
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (benaming t/m 2008)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (benaming sinds 2009)
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NCCTB	New Common Corporate Tax Base
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet DB 1965	Wet op de Dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet OB 1968	Wet op de Omzetbelasting 1968
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

1.1 BEPS in internationaal perspectief

Base erosion profit shifting (hierna: BEPS) een veel gehanteerd begrip in zowel nationale als internationale media. Het begon medio 2013 met beschuldigingen aan het adres van internationale grootheden waaronder Starbucks, Google en Amazon. Deze ondernemingen zetten destijds dusdanige fiscale structuren op, waarbij er in hoog belaste Europese landen (nagenoeg) geen belasting werd betaald. Dit was onder andere mogelijk door in deze landen hoge kosten in aanmerking te nemen die de belastinggrondslag uitholden. Tevens zorgde deze ondernemingen ervoor dat de belasting die wel afgedragen werd, verschuldigd was in laag belaste landen, zogenoemde tax havens. Zodoende kregen deze multinationals het voor elkaar om de wereldwijd verschuldigde belastingdruk drastisch te verlagen. Hierbij is niet onwettig gehandeld. Er werd namelijk niet alleen gekeken naar de fiscale mogelijkheden binnen de grenzen van de geldende (belasting)wetgeving en verdragen voor het concern, ook zijn er rulligs aangevraagd bij de belastingautoriteiten van de betreffende landen. Doordat deze multinationals hun fair share -een eerlijke, rechtvaardige bijdrage aan de collectieve middelen van de samenleving- niet bijdragen, leidt dit tot een noodzakelijke toename van de afdracht door anderen. Derhalve wordt deze ondernemingen verweten dat deze vorm van agressief belastingplannen immoreel en onethisch is.¹

1.2 Onderwerp van het onderzoek

Een in het oog springend onderdeel van belastingbesparende constructies van multinationals is het gebruiken van van fiscaal hybride entiteiten. In dit onderzoek staat de wijze waarop hybride entiteiten –met name samenwerkingsverbanden- in de belastingheffing worden betrokken centraal, evenals de problemen die hieruit voortvloeien en de mogelijke oplossingen. De wijze waarop een samenwerkingsverband in de belastingheffing wordt betrokken, hangt af van het type samenwerkingsverband. Is er sprake is van een transparant samenwerkingsverband, dan zullen de achterliggende participanten van het samenwerkingsverband belast worden. Ingeval van een niet-

¹ Engelen, F.A., De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google, NTFR 2013/158

transparant samenwerkingsverband, wordt het samenwerkingsverband zelf over de gegenereerde inkomsten belast. In grensoverschrijdende situaties kan het voorkomen dat samenwerkingsverbanden niet op dezelfde wijze worden gekwalificeerd. Dit verschil in kwalificatie kan ertoe leiden dat het samenwerkingsverband in het ene land gekwalificeerd wordt als transparant, en het andere land deze als niet – transparant kwalificeert. In een dergelijk geval spreekt men van een hybride entiteit.

Uit de Nederlandse belastingwetgeving volgt hoe naar Nederlands recht opgerichte rechtsvormen in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Een naar Nederlands recht opgerichte rechtsvorm, die als belastingplichtig voor de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) wordt aangemerkt, wordt als niet-transparant beschouwd. Rechtsvormen die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, worden aangemerkt als fiscaal transparant.

De wijze waarop Nederland naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverbanden kwalificeert, valt niet af te leiden uit de wet. Bij het kwalificeren van buitenlandse samenwerkingsverbanden maakt Nederland gebruik van het Besluit van 11 september 2009² dat uitgevaardigd is door de staatssecretaris. In dit besluit staan toetsingscriteria uiteengezet die buitenlandse rechtsvormen beoordelen op transparantie.

Sommige landen hanteren een andere methoden om een samenwerkingsverband te kwalificeren. Zo kennen de Verenigde Staten een “check-the-box” systeem waar, bij de aangifte, de keuze gemaakt kan worden voor een al dan niet transparante entiteit via het aankruisen van het daarvoor bestemde vak. Voorts kan het ook vaststaan of sprake is van een wel of niet transparante entiteit, deze methode hanteert Italië onder andere.

De manier waarop een entiteit gekwalificeerd wordt past elk land autonoom toe. Hierbij wordt enkel gekeken naar de in dat land geldende wet en regelgeving. Met de wijze waarop een ander land het samenwerkingsverband in de belastingheffing betreft wordt dus geen rekening gehouden. Het autonoom kwalificeren van entiteiten is de aanleiding voor kwalificatieconflicten, die centraal staan in dit onderzoek. Een kwalificatieconflict kan de toepassing van verdragen compliceren. Mogelijke ongewenste gevolgen hiervan zijn dubbele

² Besluit van 11 september 2009, nr. CPP 2009/510M, BNB 2010/58

belastingheffing of dubbele niet-belastingheffing, als gevolg van dubbele aftrekposten of aftrekposten waarvan de ontvangsten onbelast zijn.

Onder meer naar aanleiding van de BEPS problematiek is het belang van het tegengaan van deze ongewenstheden toegenomen zodat het gemis aan belastingopbrengsten wordt teruggedrongen.³ Nederland wordt gezien als een land waar via bepaalde constructies veel belastingontwijking plaatsvindt.⁴ Via onder meer hybride entiteiten in structuren waar Nederland bij betrokken is kan de belastingdruk geminimaliseerd worden.

Met betrekking tot het neutraliseren van kwalificatieconflicten zijn al verschillende stappen gezet, die hebben geleid tot de oplossingen in actiepunt 2 van het finale BEPS rapport van de OESO.⁵ Actiepunt 2 ziet op dispariteiten aangaande de kwalificatie van geldverstrekkingen, transacties, samenwerkingsverbanden en rechtsvormen. De insteek van dit meest recente rapport is in essentie gelijk aan het voorlopige actierapport uit 2014, met een meer gedetailleerde richting en een grote hoeveelheid aan voorbeelden omtrent de aanbevolen maatregelen.

Niet alleen de OESE hield zich bezig met de BEPS-problematiek. Op 28 januari 2016 presenteerde de Europese Commissie (hierna: EC) haar 'anti tax avoidance package', dit pakket omvat een samenhangend geheel aan coördinatiemaatregelen inzake de winstbelastingheffing van het Europese bedrijfsleven. Middels deze maatregelen wordt zowel een effectieve winstbelastingheffing als transparantie binnen de EU beoogd. Tevens wordt er gestreefd naar een gelijk spelveld binnen de interne markt.⁶ Een van de onderdelen van dit pakket is een richtlijnvoorstel voor een 'anti tax avoidance directive' die onder anderen voorziet in een raamwerk voor de aanpak van hybride mismatches. De voorgestelde regeling van de Europese Commissie omtrent hybride mismatches is te vinden in artikel 10 van de conceptrichtlijn. In artikel 10 van deze richtlijn wordt aangegeven hoe om te gaan met kwalificatieconflicten binnen de Europese lidstaten. Dit kan (in)direct

³ U. Jonker, Aanpak van belastingontwijking multinationals levert € 1 à 4 miljard op, 14-03-2016, Financieel Dagblad.

⁴ J. Vleggeert, De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus "aggressive tax planning indicators", WFR 2016/47.

⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Kluwer: Deventer 2015, p. 85-86.

⁶ Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 1-7

gevolgen hebben voor Nederland. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) heeft in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven zich zorgen te maken over de mogelijke uitwerking van de voorgestelde anti-ontgaansrichtlijn voor de aantrekkelijkheid van Nederland voor het bedrijfsleven.⁷

1.3 Probleemstelling en toetsingskader van het onderzoek

In dit onderzoek staat de aanpak van kwalificatieconflicten met betrekking tot hybride entiteiten centraal. De probleemstelling waarop in deze scriptie een antwoord getracht wordt te geven luidt derhalve als volgt:

Welke problemen doen zich voor bij de belastingheffing van hybride entiteiten, bieden de voorgestelde oplossingen in actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO en artikel 10 van de anti-ontgaansrichtlijn van de EC een adequate oplossing en zo nee, op welke wijze zou een dergelijke oplossing wel kunnen worden gerealiseerd?

Om tot een adequate beantwoording van de probleemstelling te komen, zullen de volgende sub vragen worden beantwoord:

- *Op welke wijze worden samenwerkingsverbanden geclassificeerd?*
- *Wat is een (omgekeerde) hybride entiteit en welke problemen doen zich voor bij de belastingheffing van hybride entiteiten?*
- *Welke oplossingsmethoden geven de OESO en de EC om de gevolgen van kwalificatieconflicten te neutraliseren?*
- *Wat zijn de gevolgen van de toepassing van de oplossingen van de OESO en de EC?*
- *Welke aanbevelingen worden er gedaan in de literatuur ten aanzien van het neutraliseren van dergelijke kwalificatieconflicten*

Voor het beantwoorden van deze probleemstelling zal er gebruik worden gemaakt van een aantal toetsingscriteria, te weten:

⁷ Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op voorstel COM(2016)26 final, 16-02-2016.

Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid: handhaafbaarheid duidt op de mogelijkheid om naleving af te dwingen. Daarnaast dient er gekeken te worden of de aanbevolen maatregelen leiden tot conflicten of fraudegevoelig zijn.

Doeltreffendheid: dragen de voorgestelde aanpassingen bij aan de realisatie van het beoogde doel? Het betreft hier het doel kwalificatieconflicten te elimineren. Bij de toetsing aan dit criterium komt eveneens aan de orde of de in de aanbevelingen opgenomen voorwaarden bijdragen aan het bereiken van dit doel.

Doelmatigheid: staan, gegeven de doelstelling, de kosten van de voorgestelde aanpassingen in verhouding tot de opbrengsten? In het meest ideale geval zouden de kosten en baten van de voorgestelde aanpassingen in beeld moeten worden gebracht, daar het enkel aanbevelingen betreffen, zijn er geen gegevens beschikbaar om deze berekeningen te kunnen maken. Derhalve vindt deze toetsing op kwalitatieve wijze plaats

1.4 Reikwijdte van het onderzoek

Kwalificatieconflicten vinden plaats in internationaal verband, om het toetsingskader concreet toe te kunnen passen zal Nederland als uitgangspunt worden genomen. Bij de Nederlandse classificatie van entiteiten wordt aangesloten bij de Wet VPB 1969, de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en de Wet op de Dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965). De Wet op de Omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB 1968) classificeert entiteiten op een afwijkende manier, en gezien de aard van het onderzoek blijft deze wijze van kwalificeren buiten beschouwing. Tevens zullen in dit onderzoek enkel hybride entiteiten aan de orde komen, dus geen hybride financieringen.

1.5 Opzet van het onderzoek

Om tot een gedegen beantwoording van de probleemstelling te komen, zal allereerst in hoofdstuk 2 worden ingegaan op de classificatie van samenwerkingsverbanden. Omdat er geen internationale regels zijn die voorzien in een generieke methode voor het classificeren van samenwerkingsverbanden, kunnen er mogelijk kwalificatieconflicten ontstaan. Deze kwalificatieconflicten staan centraal in het derde hoofdstuk. Na een uiteenzetting van

kwalficatieconflicten volgt er een beschrijving van de oplossingen van de OESO en de EC in hoofdstuk vier. In hoofdstuk vijf volgt een analyse van deze oplossingen. Aanbevelingen naar aanleiding van deze analyse worden gedaan in hoofdstuk zes. Tot slot wordt er met behulp van de in de voorgaande hoofdstukken verworven inzichten bij de conclusie in hoofdstuk 7 een antwoord op de probleemstelling geformuleerd.

2 DE CLASSIFICATIE VAN SAMENWERKINGSVERBANDEN

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt getracht inzicht te verschaffen in de civielrechtelijke en fiscale kwalificatie van entiteiten. Bij het classificeren van samenwerkingsverbanden in grensoverschrijdende situaties ligt het nationale civiel- en belastingrecht van een land ten grondslag. Er zijn geen internationale regels die voorzien in een generieke methode voor deze classificering, elk land is hier autonoom in.⁸ Samenwerkingsverbanden die niet naar Nederlands recht zijn opgericht, kunnen naar Nederlandse maatstaven zowel karakteristieken van kapitaal- als personenvennootschappen bezitten. Mogelijk kan dit leiden tot classificatieproblemen. Dergelijke samenwerkingsverbanden vallen onder de noemer hybride entiteiten. Door een hybride entiteit tussen een Nederlandse en een buitenlands samenwerkingsverband te plaatsen kunnen belastingplichtigen door in te spelen op het kwalificatieconflict onder andere dubbele non-heffing realiseren.⁹

Aanvankelijk wordt er in dit hoofdstuk een onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen gemaakt. Grofweg zijn kapitaalvennootschappen¹⁰ zelfstandig belastingplichtig en personenvennootschappen¹¹ fiscaal transparant, wat inhoudt dat de achterliggende participanten in de belastingheffing worden betrokken.

Voorts komen de gehanteerde classificatiemethoden evenals de classificatieproblemen aan de orde.

2.2 Het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen

2.2.1 Inleiding

Zodra er een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid tot stand komt, waarmee beoogd wordt om door middel van deelname aan het economisch verkeer winst te behalen, dient er gekozen te worden voor een geschikte rechtsvorm, van waaruit de activiteiten kunnen worden uitgeoefend. Deze rechtsvorm is niets anders dan een juridische vorm waar de

⁸ OECD-report: 'The application of the OECD model.ax convention to partnerships', 1999, p. 9

⁹ A.J.A. Stevens, Hybride entiteiten en belastingverdragen, MBB 2010/04

¹⁰ Bezitten rechtspersoonlijkheid

¹¹ Bezitten geen rechtspersoonlijkheid

onderneming in wordt gegoten, die de onderneming in staat stelt om in rechte te kunnen functioneren.¹²

In het Nederlandse civiele recht wordt een onderscheid gemaakt tussen twee typen samenwerkingsverbanden, te weten; personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Onder de noemer kapitaalvennootschap vallen; de besloten vennootschap, de naamloze vennootschap en de open coöperatieve vennootschap (de gesloten CV is transparant). Personenvennootschappen zijn te onderscheiden in de vennootschap onder firma, de maatschap en de commanditaire vennootschap.

2.2.2 Oprichting

Met de oprichting van een kapitaalvennootschap wordt beoogd een vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van de aandeelhouders te gelde te maken. Conform het Nederlandse civiele recht dient de oprichting van een kapitaalvennootschap plaats te vinden bij notariële akte.¹³ Waar na de oprichting de samenwerkende personen naar de achtergrond treden, blijft het opgerichte samenwerkingsverband op de voorgrond staan. Het samenwerkingsverband krijgt als het ware eigen persoonlijkheid, namelijk rechtspersoonlijkheid. Wat niet weg neemt dat aandeelhouders ook bestuurders kunnen zijn.¹⁴ De enige verplichting waar de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap aan onderworpen zijn, is het deelnemen in het in aandelen verdeeld kapitaal, door een storting in geld of goed met geldswaarde.¹⁵

In tegenstelling tot een kapitaalvennootschap, is een personenvennootschap niet een rechtspersoon die door oprichting bij notariële akte tot stand komt, maar deze berust op een overeenkomst die, mondeling dan wel schriftelijk, tussen twee of meerdere vennoten wordt aangegaan waarbij een winst oogmerk wordt nagestreefd. Een vennoot is, afhankelijk van hetgeen in de overeenkomst staat vermeld, juridisch of economisch deelgerechtigd tot

¹² G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme, 13 Kapitaalvennootschap; rechtspersoonlijkheid, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/13

¹³ Artikel 2:64 en 2:175 lid 1 en 2, Burgerlijk Wetboek

¹⁴ G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme, 13 Kapitaalvennootschap; rechtspersoonlijkheid, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/13

¹⁵ Artikel 2:80b, lid 1 jo. 2:191b, lid 1, Burgerlijk Wetboek

de goederen die deel uitmaken van het vennootschapsvermogen. Nadat het contract met betrekking tot de samenwerking tot stand is gekomen, blijven de vennoten op de voorgrond staan. Doorgaans is het zo dat de vennoot tevens een besturende functie heeft.¹⁶ Behalve geld of goed met geldswaarde, kunnen vennoten die kiezen voor een personenvennootschap als rechtsvorm, ook arbeid en vlijt inbrengen.¹⁷ Naar verhouding van zijn inbreng is een vennoot in de regel gerechtigd tot zijn deelneming in de vennootschap.¹⁸ De wijze waarop de winsten en verliezen worden verdeeld mogen de vennoten onderling bepalen, wel dient in acht te worden genomen dat de winst niet enkel aan een van de vennoten toekomt, voor het verlies is dit wel toegestaan.¹⁹

2.2.3 In aandelen verdeeld kapitaal en deelgerechtigdheid

Een kapitaalvennootschap is een vennootschap waarbij het maatschappelijk kapitaal bij statuten in aandelen is verdeeld.²⁰ Doorgaans worden zowel de rechten en plichten als de winstuitkering²¹ en de uitkeringen van het vermogen inzake vereffening²², evenredig aan het nominale bedrag per aandeel verdeeld.²³ Eenmaal deelnemer, kan men hetgeen ingebracht is in de vennootschap niet zonder meer terug eisen. In feite is men deelnemer totdat de vennootschap wordt ontbonden, tenzij de aandeelhouder zijn aandelen tussentijds kan overdragen aan een ander die de deelname voortzet. Deze gebondenheid van de aandeelhouder en diens rechtsopvolger zien op de continuïteit van de vennootschap. Voor wat betreft eventuele verliezen die worden geleden door de vennootschap geldt dat de aandeelhouders niet verplicht zijn om een bijdrage in de verliezen te leveren, voor zover deze verliezen het bedrag dat op hun aandelen behoort te worden gestort te boven gaat.²⁴

¹⁶G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, 13 Kapitaalvennootschap; rechtspersoonlijkheid, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/13

¹⁷ Artikel 7A:1662, lid 1, Burgerlijk Wetboek

¹⁸ M. van Olffen, Personenvennootschappen, Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/155 en 2010/157

¹⁹ Artikel 7a:1672, Burgerlijk Wetboek

²⁰ Artikel 2:79, Burgerlijk Wetboek

²¹ Artikel 2:105, lid 6 jo. 2:216, lid 6, Burgerlijk Wetboek

²² Artikel 2:23b, lid 1, Burgerlijk Wetboek

²³ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288, r.o. 5.8

²⁴ G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, 13 Kapitaalvennootschap; rechtspersoonlijkheid, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/13

2.2.4 Aansprakelijkheid

Uit het civiele recht volgt dat de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld tegenover derden voor de handelingen van de vennootschap.²⁵ Zij kunnen louter in hun persoonlijke vermogen worden aangetast tot het bedrag van hun deelneming in het bijeen te brengen kapitaal, het zakelijk vermogen. Vanwege het onpersoonlijk karakter vormen de aandelen een afgescheiden zelfstandig vermogen. Zodra er sprake is van onbehoorlijk bestuur dat geleid heeft tot een faillissement, gaat het voorgaande niet op en kunnen aandeelhouders wel aansprakelijk gesteld worden.²⁶ Ook kan het bestuur hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld op het moment dat de betaling van de opeisbare schulden na winstuitkering in gevaar komt. Het ontstane tekort dient aan de BV te worden vergoed door de bestuurders.²⁷

Vennoten die deel uitmaken van een personenmaatschap zijn wel hoofdelijk aansprakelijk voor vennootschapsschulden. Naast het zakelijk vermogen kunnen schuldeisers van personenvennootschappen ook aanspraak maken op het privévermogen.²⁸

2.3 De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden

2.3.1 Inleiding

Eén van de basisbeginselen die ten grondslag ligt aan het internationaal privaatrecht is dat een entiteit haar civielrechtelijke karakteristieken ontleent aan het civiele recht van het land waarnaar zij is opgericht. Net zoals in het Nederlands privaatrecht, wordt er in het internationaal privaatrecht eveneens een onderscheid gemaakt tussen rechtspersonen en personenvennootschappen. Omdat er op internationaal niveau geen uniforme definitie bestaat van de begrippen kapitaalvennootschap en personenvennootschap, kan dit mogelijk leiden tot classificatieproblemen indien entiteiten zowel karakteristieken van kapitaal- als personenvennootschappen bezitten.²⁹ De wijze waarop een buitenlands

²⁵ Artikel 2:64 en 2:175, lid 1, Burgerlijk Wetboek

²⁶ Artikel 2:138 en 2:248, Burgerlijk Wetboek

²⁷ Artikel 2:216, lid 3, Burgerlijk Wetboek

²⁸ M. van Olfen, *Personenvennootschappen*, Asser/Van Olfen 7-VII* 2010/155 en 2010/157

²⁹ A. Amatucci, *International Tax Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2012, p. 97

samenwerkingsverband als een fiscaal transparante of zelfstandige entiteit wordt geclassificeerd, is afhankelijk van de nationale wetgeving van landen. In de volgende paragrafen komt de fiscale classificatie van entiteiten in internationaal verband aan de orde.

2.3.2 De internationale fiscale classificatie van entiteiten

Daar het gros van de landen naast het nationaliteitsbeginsel, het woonland en/of bronland beginsel hanteren, is het van belang om niet alleen binnenlandse maar ook buitenlandse entiteiten die binnen hun landsgrenzen een bron van inkomen hebben te kwalificeren als fiscaal transparant of zelfstandig. Conform het woonlandbeginsel wordt een inwoner belast voor zijn wereldinkomen in het land waar hij woonachtig is. Het woonland kan in geval van een samenwerkingsverband enkel bepalen aan wel type belasting het samenwerkingsverband onderworpen is nadat de entiteit op grond van nationale wet en regelgeving is gekwalificeerd. Tevens is van belang dat inkomsten en kosten toegerekend dienen te worden aan de entiteit, om zo te kunnen bepalen welk gedeelte van het wereldinkomen elders ³⁰belast is. Fungeert een land als bronland, dan is het essentieel om te bepalen welk tarief en welke grondslag van toepassing is alsmede of de entiteit dan wel de achterliggende participanten in de belastingheffing dienen te worden betrokken.³¹

Voorts is de classificatie van essentieel belang in het kader van verdragsvoordelen. Indien een entiteit de kwalificatie transparant krijgt van de woonstaat, kwalificeert deze entiteit niet als inwoner voor verdragstoepassing en heeft derhalve geen recht op verdragsvoordelen. Deze entiteit is immers niet aan belasting onderworpen in dat land. Een entiteit die als niet-transparant wordt gekwalificeerd kan zich als zijnde inwoner wel beroepen op de verdragsvoordelen.³²

³⁰ P.H.J., Essers en G. Meussen, Taxation of Partnerships/Hybrid Entities, in The Governance of Close Corporations and Partnerships: US and European Perspectives, Oxford Scholarship Online, 2004 p.418

³¹ P.H.J., Essers en G. Meussen, Taxation of Partnerships/Hybrid Entities, in The Governance of Close Corporations and Partnerships: US and European Perspectives, Oxford Scholarship Online, 2004 p.376

³² M. Fetter, en S. Admiraal, Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant, Forfaitair 2006/167

Tevens bepaalt het verdrag aan welk land de ondernemingswinsten toegerekend dienen te worden. Uitgaande van het OESO-modelverdrag, worden inkomsten toegerekend aan de woonstaat.³³ Indien er elders sprake is van een vaste inrichting, is de bronstaat bevoegd te heffen over de winsten die kunnen worden toegerekend aan deze vaste inrichting.³⁴

Het kan voorkomen dat een entiteit door de woonstaat anders wordt gekwalificeerd dan de bronstaat, men spreekt dan van een hybride entiteit of een omgekeerde hybride entiteit. Een hybride entiteit³⁵ is een samenwerkingsverband dat in het woonland als niet-transparant wordt gekwalificeerd en in het bronland als transparant. Bij een omgekeerde hybride entiteit³⁶ krijgt het samenwerkingsverband de kwalificatie transparant in het woonland, het bronland kwalificeert het samenwerkingsverband dan als niet-transparant. De oorzaak van het verschil in kwalificatie kan herleid worden naar de kwalificatiemethoden die landen daarvoor gebruiken op grond van hun nationale wetgeving.³⁷

2.3.2.1 Similarity approach

Landen zoals Nederland Duitsland en het Verenigd Koninkrijk maken gebruik van de Similarity approach om buitenlandse samenwerkingsverbanden te kwalificeren. De Similarity approach is een relatief veel gehanteerde benadering, waaronder op grond van bepaalde karakteristieken van het buitenlandse samenwerkingsverband, een vergelijking wordt getrokken met binnenlandse entiteiten. De karakteristieken van het buitenlandse samenwerkingsverband worden afgeleid uit het buitenlandse civiele recht. Zodra er een corresponderende binnenlands samenwerkingsverband is gevonden, dan wordt het buitenlandse samenwerkingsverband op dezelfde wijze geclassificeerd - transparant dan wel niet-transparant – als de binnenlandse corresponderende entiteit. Indien er geen corresponderende binnenlandse samenwerkingsverband gevonden kan worden voor het

³³ Artikel 7 lid 1 OESO-modelverdrag

³⁴ Artikel 7 lid 2 OESO-modelverdrag

³⁵ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 51 en 42

³⁶ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 45.

³⁷ G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen, MBB 2011/05

buitenlandse samenwerkingsverband, dan brengt deze wijze van classificeren de nodige problemen met zich mee waaronder rechtsonderzekerheid bij de belastingplichtige.³⁸

2.3.2.2 *Elective approach*

De Elective approach biedt het samenwerkingsverband een keuzemogelijkheid, de entiteit kan onder deze benadering namelijk kiezen om al dan niet als transparant te worden aangemerkt. De Verenigde Staten is een van de landen die deze manier van classificeren hanteert, het zogenoemde check-the-box systeem. De belastingplichtige mag doorgaans zelf kiezen tussen *corporation*, *partnership* of *disregarded entity*. In de Verenigde Staten worden de *partnership* en *disregarded entity* als transparant gezien, en een *corporation* wordt als niet transparant gezien en is derhalve een zelfstandige entiteit. Dit check-the-box systeem wordt niet alleen gehanteerd voor buitenlandse entiteiten maar ook voor binnenlandse entiteiten, wat de belastingneutraliteit ten goede komt. Een aantal entiteiten echter, zijn uitgezonderd van het check-the-box systeem, dit zijn de *per se corporations*.³⁹ Deze *per se corporations* zijn internationale kapitaalvennootschappen en hebben geen keuzevrijheid.

De Elective approach schept rechtszekerheid voor belastingplichtigen, evenals administratieve lastenvermindering zowel voor de belastingplichtige als de fiscale autoriteiten. De keerzijde van de medaille is echter dat belastingplichtige met deze methode kan inspelen op een mismatch. De Elective approach is dus hiermee zeer gevoelig voor belastingontwijking.⁴⁰

2.3.2.3 *Fixed approach*

Naast de Elective approach en de Similarity approach kent men de Fixed approach. Deze benadering wordt toegepast door landen zoals Zwitserland en Italië. Conform deze benadering krijgen alle buitenlandse entiteiten een identieke kwalificatie, namelijk fiscaal transparant of fiscaal niet transparant. In Italië worden alle buitenlandse samenwerkingsverbanden als niet transparant gekwalificeerd, terwijl het zomaar zou kunnen dat een vergelijkbare binnenlandse entiteit de classificatie fiscaal transparant heeft.

³⁸ A.J.A. Stevens, De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden, NTFR-B 2011/45.

³⁹ A.J.A. Stevens, Hybride entiteiten en belastingverdragen, MBB 2010/04

⁴⁰ W.H.H. Bolhaar, Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches, NTFR-A 2013/25.

De voordelen van deze manier van classificeren zijn zonder meer de eenvoud en de rechtszekerheid die hiermee gepaard gaan. Daartegenover staat dat deze benadering niet rechtsvormneutraal is, en zeer gevoelig is voor hybride mismatches. Als Italië een buitenlands samenwerkingsverband als niet transparant classificeert en eenzelfde samenwerkingsverband elders als transparant classificeert ontstaat er een hybride mismatch.⁴¹

2.3.3 De Fiscale classificatie van entiteiten door Nederland

Indien een buitenlands samenwerkingsverband zowel karakteristieken van een rechtspersoon als van een personenvennootschap bezit, dient Nederland deze entiteit te kwalificeren.⁴² Er kunnen zich drie aangelegenheden voordoen waarbij classificatie door Nederland noodzakelijk is, te weten:

- Iemand die woonachtig is in Nederland, ontvangt als zijnde participant dividenduitkeringen of rente/royaltybetalingen van een samenwerkingsverband dat gevestigd is in het buitenland. Geeft Nederland deze entiteit de kwalificatie transparant, dan wordt de participant in Nederland belast voor het winstaandeel in dit samenwerkingsverband. (-woonlandbeginsel). Wordt deze entiteit als niet transparant gekwalificeerd, dan heeft Nederland niet de bevoegdheid te heffen over de inkomsten.
- Eveneens conform het woonlandbeginsel wordt een in Nederland gevestigde samenwerkingsverband belast, dat opgericht is naar buitenlands recht. Wordt dit samenwerkingsverband gekwalificeerd als niet-transparant, dan is de entiteit zelf belastingplichtig. Blijkt deze naar Nederlandse maatstaven transparant te zijn, dan worden de achterliggende participanten belast.
- Conform het bronlandbeginsel is Nederland heffingsbevoegd als een in het buitenland gevestigde samenwerkingsverband inkomsten genereert uit een Nederlandse bron. Dit gaat op voor zowel transparante als niet-transparante

⁴¹ A.J.A. Stevens, Hybride entiteiten en belastingverdragen, MBB 2010/04

⁴² G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen, MBB 2011/05

samenwerkingsverbanden. Classificatie is in dit geval noodzakelijk om vast te kunnen stellen aan welk type belasting, vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting, de buitenlands belastingplichtige onderworpen is.⁴³

Bij het kwalificeren van buitenlandse samenwerkingsverbanden maakt Nederland gebruik van het Besluit van 11 september 2009⁴⁴ dat uitgevaardigd is door de staatssecretaris. Dit besluit omvat naast een lijst met buitenlandse samenwerkingsverbanden waarvan de kwalificatie vaststaat, een uiteenzetting van toetsingscriteria die buitenlandse rechtsvormen beoordelen op transparantie. Het toetsingskader ziet er als volgt uit:

- a. Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?*
- b. Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?*
- c. Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?*
- d. Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?*

Indien drie of vier vragen van het bovenstaande toetsingskader bevestigend beantwoord zijn is er sprake van een kapitaalvennootschap, de entiteit wordt dan zelfstandig in de belastingheffing betrokken. Is er geen sprake van een kapitaalvennootschap dan kwalificeert het samenwerkingsverband niet als kapitaalvennootschap en worden de achterliggende participanten in de belastingheffing betrokken.

Het op de bovenstaande wijze kwalificeren van samenwerkingsverbanden neemt de mogelijkheid niet weg dat een ander land het samenwerkingsverband niet identiek kwalificeert, met mogelijke hybride mismatches als gevolg.⁴⁵

⁴³ A.J.A. Stevens, Hybride entiteiten en belastingverdragen, MBB 2010/04

⁴⁴ Besluit van 11 september 2009, nr. CPP 2009/510M, BNB 2010/58

⁴⁵ Besluit van 11 september 2009, nr. CPP 2009/510M, BNB 2010/58

2.3.4 Symmetrical approach

Uit de hierboven uiteengezette benaderingen volgt dat er bij elk kanttekeningen zijn te plaatsen. Middels de elective approach kan er ingespeeld worden op een mismatch, de fixed approach is niet rechtsvormneutraal en de similarity approach kan tot een ongelijke kwalificatie leiden, met een mogelijke hybride mismatch als gevolg en rechtsonzekerheid bij de belastingplichtige.

Een door weinig landen gebruikte benadering is de symmetrical approach⁴⁶, hierbij wordt voor de kwalificatie van een entiteit aangesloten bij de kwalificatie van het land waar de entiteit gevestigd is. Deze benadering is in mijn optiek het meest gunstig omdat er geen sprake meer kan zijn van een mismatch, er wordt immers aangesloten bij de kwalificatie van het vestigingsland. Hetgeen wel ten koste gaat van de autonomie van het andere land. In de volgende hoofdstukken zien we hoe de OESO en de EC beide de symmetrical approach in hun voorstellen verwerkt hebben.

⁴⁶ W.H.H. Bolhaar, Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches, NTFR-A 2013/25.

3 KWALIFICATIECONFLICTEN

3.1 Inleiding

Zoals reeds genoemd is één van de basisbeginselen die ten grondslag ligt aan het internationaal privaatrecht dat een entiteit haar civielrechtelijke karakteristieken ontleent aan het civiele recht van het land waarnaar zij is opgericht. Net zoals in het Nederlands privaatrecht, wordt er in het internationaal privaatrecht eveneens een onderscheid gemaakt tussen rechtspersonen en personenvennootschappen. Omdat er op internationaal niveau geen uniforme definitie bestaat van de begrippen kapitaalvennootschap en personenvennootschap, kan dit mogelijk leiden tot classificatieproblemen indien entiteiten zowel karakteristieken van kapitaal- als personenvennootschappen bezitten.⁴⁷ De wijze waarop een buitenlands samenwerkingsverband bij een grensoverschrijdende situatie fiscaal wordt geclassificeerd, is afhankelijk van de nationale fiscale wetgeving van landen.

Zodra minimaal twee landen een samenwerkingsverband niet op identieke wijze kwalificeren kan dit mogelijk leiden tot een hybride mismatch. Bij een hybride mismatch structuur wordt er gebruik gemaakt van een hybride element in de fiscale behandeling van een entiteit of instrument in twee of meer jurisdicties om een mismatch te creëren. Een dergelijk mismatch leidt tot een lagere belastingdruk bij de desbetreffende belastingplichtigen.⁴⁸

Hybride mismatch structuren zijn onder te verdelen in twee hoofdcategorieën te weten; mismatches die verband houden met financiële instrumenten en mismatches die samenhangen met de kwalificatie van een entiteit. Het gebruik maken van hybride instrumenten biedt belastingplichtige de mogelijkheid om een aftrek te creëren waar geen corresponderende heffing tegenover staat. Daar het gebruik van hybride instrumenten in het kader van dit onderzoek irrelevant is wordt hier verder niet op ingegaan.

⁴⁷ A. Amatucci, *International Tax Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2012, p. 97

⁴⁸ OECD (2014), *Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements*, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 8

Indien er twee of meer betrokken landen een samenwerkingsverband op verschillende wijze kwalificeren brengt dit mogelijk ongewenste gevolgen met zich mee, zoals dubbele niet-belastingheffing. Dubbele niet - belastingheffing ontstaat zodra er in een van de betrokken landen belasting wordt geheven, maar in twee landen een renteaftrek wordt toegestaan, voor dit fenomeen wordt ook wel de term “double-deduction” gebruikt.⁴⁹

Een ander gevolg dat zich mogelijk voor kan doen, is dat een land de kostenaftrek toestaat en het andere betrokken land de baten niet belast, dit wordt ook wel “deduction, no inclusion” genoemd.⁵⁰ Indien drie landen betrokken zijn bij een kwalificatieconflict spreekt men van een omgekeerde hybride entiteit ofwel reverse hybrid⁵¹. In dit geval kan het voorkomen dat twee landen geen baten in de belastingheffing betrekken, maar een derde land verleent wel een renteaftrek. Niet uitgesloten is dat een kwalificatieconflict mogelijk dubbele belastingheffing met zich meebrengt. In dit hoofdstuk worden deze structuren en de gevolgen die hiermee gepaard gaan nader uiteengezet.

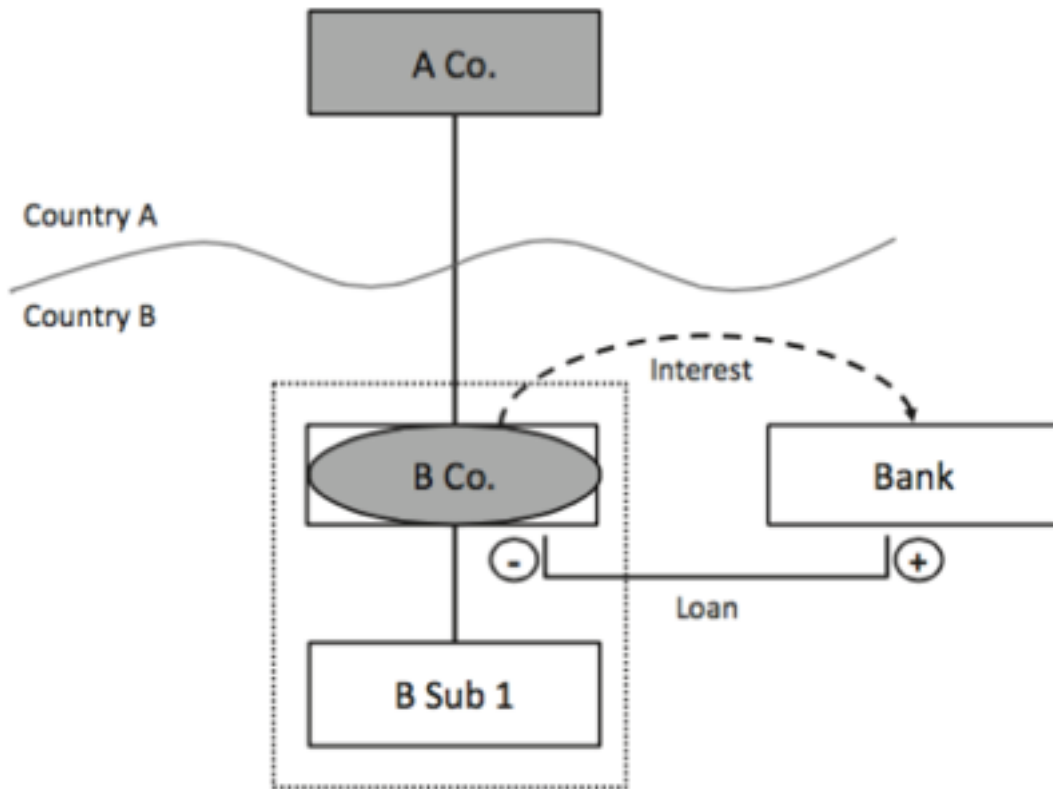
3.2 Double-deduction

Als er een betaling wordt gedaan door een hybride entiteit, die naar het fiscaal recht van twee jurisdicties fiscaal aftrekbaar is, is er sprake van double-deduction. In figuur 1 is een veel voorkomende double-deduction structuur weergegeven.

⁴⁹ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 51.

⁵⁰ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 42.

⁵¹ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 45.



Figuur 1⁵²

In het bovenstaande figuur heeft A Co., die gevestigd is in land A, een dochteronderneming in Land B. A Co. is in het bezit van alle aandelen B Co. en B Sub 1. B Co. heeft een rentedragende lening bij de bank, daarnaast zijn er geen inkomsten of kosten bij B Co. Omdat B Co. en B Sub 1 een fiscaal consolidatieregime zijn aangegaan, kunnen zij hun winsten en verliezen onderling consolideren. Land A heeft B Co. de kwalificatie transparant verstrekt en land B classificeert hetzelfde samenwerkingsverband als een zelfstandige entiteit. Derhalve is B Co een hybride entiteit. Omdat het samenwerkingsverband B Co. als transparant is gekwalificeerd door land A, wordt de lening die verstrekt is door de bank toegerekend aan A Co. Land A verleent derhalve een aftrek voor de betaalde rente over de

⁵² OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 6.

banklening. Land B kwalificeert B Co. als een niet-transparante entiteit en verleent ook een rentaftrek welke wordt meegenomen in de consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime met B Sub 1. Op deze wijze wordt er zowel in land A als in land B een renteaftrek verkregen en worden de renteopbrengsten slechts eenmaal in de belastingheffing betrokken bij de bank in land B.⁵³

In de zojuist beschreven casus is een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen spreken van een double- deduction, dat er een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime van kracht is. In haar woonland wordt A Co belast voor haar wereldwinst, waarbij A Co een voorkoming van de betaalde belasting in het buitenland krijgt. Omdat B Co geen verdere inkomsten genereert leidt zij door de betaling van de rentekosten een verlies, derhalve is B Co geen belasting verschuldigd in land B. Omdat B Co geen belasting verschuldigd is in land B, zal A Co ook geen voorkoming van dubbele belasting worden gegeven. Middels een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime kunnen de rentelasten worden geconsolideerd met de inkomsten van andere entiteiten binnen de fiscale eenheid⁵⁴

Indien er gebruik wordt gemaakt van een entiteit die een dubbele vestigingsplaats heeft, kan er ook een double-deduction ontstaan.⁵⁵ De entiteit kan door de dubbele vestigingsplaats in meerdere landen in een fiscale eenheid worden betrokken. Conform het woonlandbeginsel zal de entiteit de rentelasten tot twee keer toe kunnen consolideren met de inkomsten van andere entiteiten binnen de fiscale eenheid.⁵⁶

⁵³ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 6.

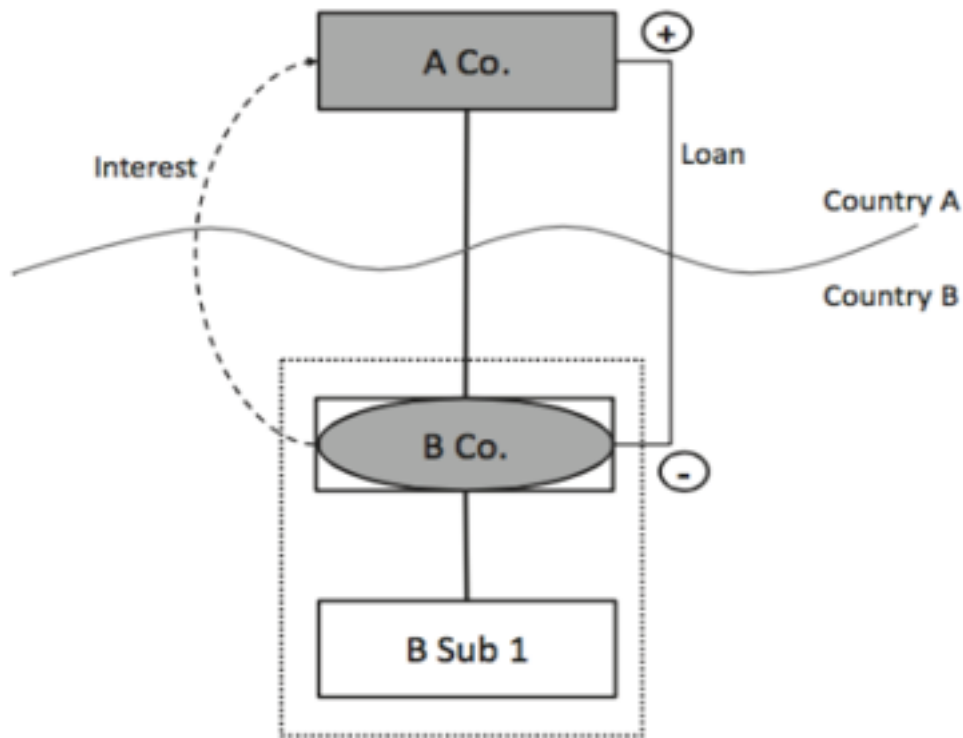
⁵⁴ OECD (2014), Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 46

⁵⁵ OESO (2014), Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 46 en 47

⁵⁶ O. Popa, Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan?, European Tax, 2014, p. 410

3.3 Deduction, no inclusion

Figuur 2 illustreert de situatie deduction, no inclusion. Hierbij staat het ene land een kostenaf trek toe, terwijl het andere betrokken land de baten niet belast. Er is dus geen sprake van een corresponderende heffing.



Figuur 2⁵⁷

Vergeleken met Figuur 1 zijn de feiten en omstandigheden in grote lijnen hetzelfde, met uitzondering van de banklening. In Figuur 2 wordt de lening niet verstrekt door een derde partij, de bank, maar door moedermaatschappij A Co. B Co. is een hybride entiteit, immers kwalificeert land A het samenwerkingsverband B Co. als transparant, en land B hetzelfde samenwerkingsverband als een zelfstandige entiteit. Land B verleent wederom een renteaftrek aan B Co. zijnde een zelfstandige entiteit. Deze aftrek wordt meegenomen in de consolidatie met B Sub 1 daar er sprake is van een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime. In land A worden de rentebaten niet belast aangezien entiteit B Co. in dit land als transparant wordt gezien. Derhalve is er vanuit het perspectief van land A geen

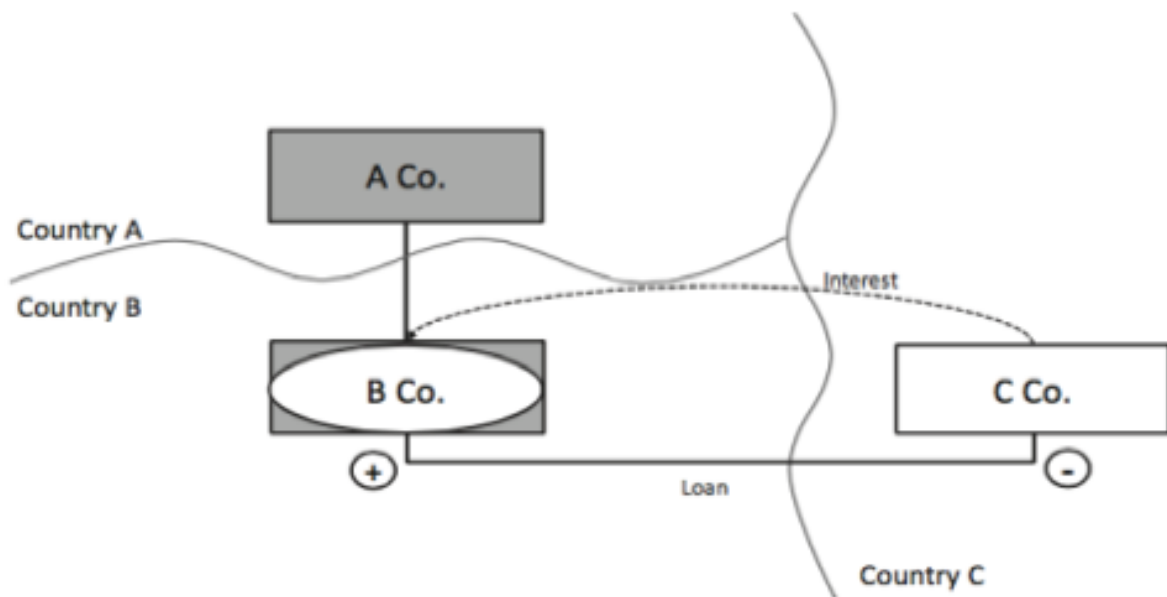
⁵⁷OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 3.

sprake van een lening en ook geen rentebetaling. De rentebaten worden dus niet belast op het niveau van A Co. Omdat B Co. in land B een renteaftrek krijgt toegewezen is er sprake van een aftrek zonder dat daar een corresponderende heffing tegenover staat.⁵⁸

In Figuur 2 wordt er optimaal gebruik gemaakt van de hybride structuur omdat B Co. de renteaftrek kan verrekenen met de winsten van B Sub 1, deze winsten worden immers niet belast in land A maar enkel in land B.⁵⁹

3.4 Reverse hybrid

De voorgaande figuren gaven een hybride mismatch weer waarbij er een betaling werd verricht *door* de hybride entiteit zelf. De oorzaak van een hybride mismatch kan ook zijn gelegen in een betaling *aan* een hybride entiteit, er is dan sprake van een reverse hybrid.



Figuur 3⁶⁰

⁵⁸ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 3.

⁵⁹ OESO (2014), Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 48

⁶⁰ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 4.

Figuur 3 illustreert een reverse hybrid, ook wel omgekeerde hybride entiteit genoemd. In het bovenstaande figuur heeft A Co., die gevestigd is in land A, een dochteronderneming in Land B. A Co. is in het bezit van alle aandelen B Co. Het samenwerkingsverband B Co. heeft een lening verstrekt aan haar verbonden lichaam C Co. dat gevestigd is in land C. In deze casus is B Co. de hybride entiteit, in haar woonland, land B, wordt zij gezien als een transparante entiteit derhalve is B Co. niet zelfstandig belastingplichtig. Bij B Co. worden er, naar aanleiding van de door haar verstrekte lening aan C Co., rentebaten gerealiseerd. Land A kwalificeert B Co. als een zelfstandige entiteit, en gaat ervan uit dat de rente bate dus in land B worden belast. Deze belasting vindt echter niet plaats in land B, immers vanuit dit land bezien worden de baten toegerekend en belast in land A, per slot van rekening kwalificeert land B de hybride entiteit als transparant. Het verbonden lichaam C Co. ontvangt in land C uiteraard een renteaftrek. Op deze wijze worden binnen concern de rentebaten niet belast, maar is er wel een rentaftrek mogelijk. Indien er sprake is van een vaste inrichting in land B is de bovenstaande structuur echter niet mogelijk, er is dan immers sprake van fiscale aanwezigheid.⁶¹

Zowel de OESO als de Europese Commissie erkennen kwalificatieconflicten al enige tijd en proberen de gevolgen ervan de bestrijden door concrete oplossingen aan te dragen. Deze oplossingen worden in het volgende hoofdstuk uiteengezet.

⁶¹ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Chapter 4.

4 DE VOORGESTELDE OPLOSSINGEN VAN DE OESO EN DE EC

4.1 Inleiding

Indien er twee of meer betrokken landen een samenwerkingsverband op verschillende wijze kwalificeren brengt dit mogelijk ongewenste gevolgen met zich mee, zoals een double-deduction⁶², een deduction no inclusion⁶³ of een reverse hybrid⁶⁴. In het voorgaande hoofdstuk zijn deze structuren en de gevolgen die hiermee gepaard gaan nader uiteengezet.

Onder meer naar aanleiding van de BEPS problematiek is het belang van het tegengaan van deze ongewenstheden toegenomen zodat het gemis aan belastingopbrengsten wordt teruggedrongen.⁶⁵ Nederland wordt gezien als een land waar via bepaalde constructies veel belastingontwijking plaatsvindt.⁶⁶ Via onder meer hybride entiteiten in structuren waar Nederland bij betrokken is kan de belastingdruk geminimaliseerd worden.

Met betrekking tot het neutraliseren van kwalificatieconflicten zijn al verschillende stappen gezet, die hebben geleid tot de oplossingen in actiepunt 2 van het finale BEPS rapport van de OESO.⁶⁷ Actiepunt 2 ziet op dispariteiten aangaande de kwalificatie van geldverstrekkingen, transacties, samenwerkingsverbanden en rechtsvormen. De insteek van dit meest recente rapport is in essentie gelijk aan het voorlopige actierapport uit 2014, met een meer gedetailleerde richting en een grote hoeveelheid aan voorbeelden omtrent de aanbevolen maatregelen. Tevens is de reikwijdte van de voorgestelde aanpassingen in actiepunt 2 van

⁶² OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 51.

⁶³ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 42.

⁶⁴ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 45.

⁶⁵ U. Jonker, Aanpak van belastingontwijking multinationals levert € 1 à 4 miljard op, 14-03-2016, Financieel Dagblad.

⁶⁶ J. Vleggeert, De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus “aggressive tax planning indicators”, WFR 2016/47.

⁶⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Kluwer: Deventer 2015, p. 85-86.

het finale BEPS-rapport beperkt tot betalingen tussen verbonden partijen en structuren die opgezet zijn met het oogmerk een hybride mismatch te creëren.⁶⁸

Niet alleen de OESO hield zich bezig met de BEPS-problematiek. Op 28 januari 2016 presenteerde de Europese Commissie haar 'anti tax avoidance package', dit pakket omvat een samenhangend geheel aan coördinatiemaatregelen inzake de winstbelastingheffing van het Europese bedrijfsleven. Middels deze maatregelen wordt zowel een effectieve winstbelastingheffing als transparantie binnen de EU beoogd. Tevens wordt er gestreefd naar een gelijk spelveld binnen de interne markt.⁶⁹ Een van de onderdelen van dit pakket is een richtlijnvoorstel voor een 'anti tax avoidance directive' die onder andere voorziet in een raamwerk voor de aanpak van hybride mismatches.

De voorgestelde regeling van de Europese Commissie omtrent hybride mismatches is te vinden in artikel 10 van de conceptrichtlijn.⁷⁰ In artikel 10 van deze conceptrichtlijn wordt aangegeven hoe om te gaan met kwalificatieconflicten binnen de Europese lidstaten.

In dit hoofdstuk worden de oplossingen van de van de OESO en de EC inzake kwalificatieconflicten nader uiteengezet.

4.2 Actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO

De OESO is een samenwerkingsverband bestaande uit 35 landen en heeft als oogmerk het bespreken, bestuderen en het coördineren van sociaal en economisch beleid. De landen die zijn aangesloten bij de OESO hebben als doel het oplossen van de gezamenlijke problemen en streven ernaar internationaal beleid af te stemmen.

⁶⁸ ECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 105 en 113

⁶⁹ Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 1-7

⁷⁰ Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 1-7

De OESO heeft diverse initiatieven genomen inzake het neutraliseren van kwalificatieconflicten bij hybride entiteiten.⁷¹ In actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO⁷² staan de meest recente oplossingen omtrent kwalificatieconflicten uiteengezet. Het OESO-rapport inzake actiepunt 2 bestaat uit twee delen. In deel I worden aanbevelingen gedaan voor het aanbrengen van aanpassingen in de nationale wetgeving van landen. Deel II reikt aanbevelingen aan voor maatregelen in de belastingverdragen en doet in dit verband voorstellen tot wijziging van het OESO- Modelverdrag en het OESO-Commentaar hierop.

4.3 Aanbevelingen inzake deduction, no inclusion structuren

De aanbevelingen uit hoofdstuk 3 van actiepunt 2 zijn onder andere vormgegeven als zogenoemde “linking rules” die de fiscale behandeling van een entiteit in het ene land afhankelijk maken van de fiscale behandeling van die entiteit in het andere land. Hierbij is het uitgangspunt het volgen van de financiële stromen waarbij adequate informatie-uitwisseling een vereiste is. Er wordt echter niet aangesloten bij de kwalificatie van een entiteit, maar bij de wijze waarop een betaling in de heffing wordt betrokken. Ingeval van een hybride mismatch wordt er een aftrekpost geschrapt, of wordt er juist een ontvangen betaling in de heffing betrokken. Deze *linking rules* worden automatisch toegepast, daarnaast is er een rangorde in deze regels in de zin van een *primary rule* en een *secondary rule*, om zo te voorkomen dat meerdere landen deze regels toepassen en er dubbele belasting ontstaat. De primaire correctie houdt in dat de woonstaat van de betaler de mismatch moet wegnemen, door bijvoorbeeld voor een vergoeding op de geldverstrekking geen aftrek toe te staan. Indien de woonstaat van de betaler geen primaire correctie uitvoert en daarmee een mismatch in stand wordt gehouden, dient de secundaire correctie plaats te vinden. De woonstaat van de hybride entiteit dient dan de mismatch weg te nemen door de ontvangsten te belasten. De secundaire correctie geldt enkel als de primaire correctie ontbreekt.⁷³ Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat de andere staat een

⁷¹ OESO-report: ‘The application of the OECD model tax convention to partnerships’, 1999. Besluit van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168

Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues’, 2012.

⁷² OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

⁷³ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2- 2015 Final Report, p. 11-12.

tax haven is of een lidstaat is die de nieuwe voorstellen (nog) niet in haar nationale wetgeving heeft geïmplementeerd.

In de aanbevelingen 3.1 tot en met 3.4 van dit rapport worden de *primary rule* en de *secondary rule* nader toegelicht, daarnaast worden de nodige begrippen gedefinieerd. Alvorens aan de antimisbruikbepaling toegekomen wordt, dient cumulatief aan de voorwaarden te worden voldaan die staan uiteengezet in de aanbevelingen 3.1 tot en met 3.3.

4.3.1 Aanbeveling 3.1

Ter preventie van hybride mismatch structuren die bewust opgezet zijn om binnen concernverband een belastingvoordeel te behalen, doet de OESO een voorstel tot neutralisatie van een hybride mismatch structuur voor zover er sprake is van een aftrek zonder corresponderende heffing.⁷⁴ Deze voorgestelde antimisbruikbepaling is dus niet van kracht als tegenover een aftrekbare betaling een dual inclusion (twee keer belasten) staat.

In aanbeveling 3.1 wordt de het begrip dual inclusion nader toegelicht. Onder dual inclusion wordt een inkomstenbron verstaan die door zowel het recht van de staat van de betaler als door het recht van de staat van de ontvangende entiteit in de belastingheffing wordt betrokken.⁷⁵ Of een inkomstenbron gekwalificeerd wordt als dual inclusion is dus afhankelijk van de wijze waarop het inkomen naar het nationaal recht van de twee staten wordt gekwalificeerd. Wordt de inkomstenbron door het nationale recht van beide staten gekwalificeerd als inkomen dan is er sprake van een dual inclusion. De wijze van waarderen en het tijdstip waarop de inkomstenbron in de belastingheffing wordt betrokken staan hier los van.⁷⁶ Inkomsten die vallen onder een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting, zoals de deelnemingsvrijstelling, worden ook gerekend tot dual inclusion inkomen. Hiervan

⁷⁴ OECD (2015), *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD, Paris, p. 50

⁷⁵ OECD (2015), *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD, Paris, p. 51 en 52

⁷⁶ OECD (2015), *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD, Paris, p. 51

uitgaande dient elke bron van inkomen gekwalificeerd te worden zijnde dual income of niet, wat de uitvoerbaarheid niet ten goede komt. Derhalve stelt de OESO voor dat het hanteren van een eenvoudigere methode door lidstaten om te bepalen of er sprake is van een dual inclusion, toegestaan is. De regels voor de winstbepaling van een vaste inrichting kunnen bijvoorbeeld gebruikt worden om een dual inclusion vast te stellen.⁷⁷

4.3.2 Aanbeveling 3.2

Om de antimisbruikbepaling te kunnen toepassen dient de betaling te worden gekwalificeerd als disregarded payment en moet deze betaling zijn verricht door een hybride betaler. Onder de term disregarded payment vallen betalingen die aftrekbaar zijn naar het nationale recht van de staat van de betalende entiteit, zoals rente, royalty's, huurlasten en management fee's.⁷⁸

Cumulatief dient er voldaan te worden aan de voorwaarde dat de betalende entiteit gekwalificeerd wordt als hybride betaler. Een betaler wordt gekwalificeerd als hybride indien conform het recht dat gehanteerd wordt in de staat van de ontvanger, de betaling wordt genegeerd en derhalve niet in de belastingheffing wordt betrokken.⁷⁹

4.3.3 Aanbeveling 3.3

Tot slot dient er voldaan te worden aan de noodzakelijke voorwaarde dat de structuur leidt tot een hybride mismatch.⁸⁰ Er wordt gesproken van een hybride mismatch zodra naar het nationale recht van de staat van de betaler een disregarded payment verrekend kan worden met non –dual inclusion inkomen. Deze verrekening kan zowel via een consolidatieregime geschieden als via reverse hybrids en hybride instrumenten. Hierbij wordt uitdrukkelijk

⁷⁷ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 50

⁷⁸ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 51

⁷⁹ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 54

⁸⁰ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 49

vermeld dat de methode die gehanteerd wordt om een belastingvoordeel te realiseren niet van belang is maar de hybride mismatch structuur.⁸¹

Resumerend komt het erop neer dat zodra er aan de bovenstaande drie voorwaarden wordt voldaan, de staat van de betaler conform de *primary rule* geen aftrek dient toe te staan. Er is dan ten eerste sprake van een aftrek zonder corresponderende heffing, daarnaast wordt de betaling als disregarded payment aangemerkt en de betaler kan aangemerkt worden als hybride entiteit. Voorts is er sprake van een hybride mismatch daar het verlies geleden bij de betaler wordt verrekend met een andere entiteit middels een consolidatieregime. Blijft de staat van de betaler de aftrek toestaan dan dient de *secondary rule* te worden toegepast die voorschrijft dat de betaling bij de ontvanger dient te worden belast.

4.4 Aanbevelingen inzake double deduction

Ten aanzien van double deduction structuren doet de OESO aanbevelingen in hoofdstuk 6 van actiepunt 2.⁸² De voorgestelde antimisbruikbepaling heeft betrekking op een hybride betaler, die een betaling verricht die aftrekbaar is in zijn staat en eveneens aftrekbaar is bij de ontvanger van de betaling volgens de geldende wetgeving in de staat van de ontvanger. In casu schrijft de *primary rule* voor dat de woonstaat van de ontvanger geen aftrek toestaat, voor zover de aftrek hoger is dan het dual inclusion inkomen van degene die de aftrek claimt. Neutraliseert de woonstaat van de ontvangende partij deze mismatch niet, dan mag de betaler de aftrekbare betaling niet verrekenen met haar non dual inclusion inkomen conform de *secondary rule*.⁸³

⁸¹ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 54

⁸² OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 67

⁸³ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 68

Deze antimisbruikbepaling kan enkel worden toegepast indien er cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden:⁸⁴

- (1) de betaling heeft een double deduction als gevolg;
- (2) de aftrekbare betalingen zijn gedaan door een hybride betaler, en
- (3) de betaling resulteert in een hybride mismatch.

De derde voorwaarde kan op dezelfde wijze worden geïnterpreteerd als aanbeveling 3.3 van hoofdstuk 3 actiepunt 2. Deze is reeds uiteengezet in paragraaf 4.3.3 van dit hoofdstuk. Zodoende zal hier niet nader op in worden gegaan. De eerste twee voorwaarden verdienen wel de nodige aandacht, deze worden hieronder besproken.

4.4.1 Aanbeveling 6.1

De antimisbruikbepaling kan enkel worden toegepast indien de betaling die verricht wordt leidt tot een dubbele aftrek, hieronder wordt verstaan:⁸⁵

-dat de aftrek meegenomen wordt bij de berekening van het totale inkomen in minimaal twee jurisdicties, of

-indien er sprake is van een betaling, gedaan door een hybride entiteit die als transparant gekwalificeerd wordt, deze betaling niet alleen in aftrek wordt gebracht van het inkomen van de entiteit, maar ook afgetrokken wordt van het inkomen van de investeerder.

Of een bepaalde structuur resulteert tot dubbele aftrek is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Deze dienen volgens de OESO recht op aftrek te geven in zowel de bronstaat als in de woonstaat.⁸⁶

⁸⁴ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 67

⁸⁵ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 68

⁸⁶ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 69

4.4.2 Aanbeveling 6.2

De voorgestelde antimisbruikbepaling kan enkel worden toegepast, als de hybride entiteit eveneens de kwalificatie hybride betaler heeft. Een hybride entiteit krijgt de kwalificatie hybride betaler zodra de betaling die wordt gedaan door deze entiteit ook aftrekbaar is in de woonstaat van de investeerder.⁸⁷

In de toelichting bij aanbeveling 6 verstrekt de OESO-adviezen over op welke wijze de aanbevelingen te geïmplementeerd moeten worden in de nationale wetgeving. Doorgaans worden de inkomsten en kosten van een entiteit die belast wordt in twee of meer landen op zelfstandige wijze berekend door deze landen. Aan de hand van het nationale belastingrecht wordt de belastingplicht van een hybride entiteit in elke staat bepaald. Deze informatie dient te worden gebruikt om het dual inclusion inkomen te bepalen en om te bepalen of er sprake is van dubbele aftrek.⁸⁸ Hierbij is goede informatie-uitwisseling een noodzakelijke vereiste.

4.5 Aanbevelingen inzake reverse hybrid

Met betrekking tot reverse hybrid structuren worden er door de OESO maatregelen voorgesteld in hoofdstuk 4 van actiepunten 2.⁸⁹ Wederom schrijft de OESO hier een primary rule voor. Deze primary rule impliceert dat een staat de aftrek op een betalingen aan een hybride entiteit niet toestaat. Omdat de betalingen die door de hybride entiteit worden verricht, reeds aan de entiteit in de investeringsstaat worden toegerekend, is een secondary rule niet noodzakelijk.⁹⁰ Enkel indien er cumulatief voldaan is aan de onderstaande drie voorwaarden kan de voorgestelde antimisbruikregeling tegen reverse hybrid structuren worden toegepast:

⁸⁷ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 74

⁸⁸ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 73 -74

⁸⁹ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 55

⁹⁰ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 56

- De betaling die gedaan wordt aan de reverse hybrid dient aftrekbaar te zijn, zonder dat daar een corresponderende heffing tegenover staat. De voorgestelde antimisbruikbepaling kan dus niet worden toegepast indien de betaling tot het inclusion inkomen behoort van een jurisdictie. Tevens mag de antimisbruikbepaling niet worden toegepast indien de betaling conform CFC-wetgeving tot het inkomen van een entiteit in de bronstaat gerekend wordt. De belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat een betaling tot het inclusion inkomen hoort.⁹¹
- De betaling dient te zijn verricht aan een reverse hybrid. Dit houdt in dat de ontvanger een entiteit dient te zijn die conform de wetgeving in haar woonstaat als transparant wordt gekwalificeerd, en de wetgeving in de staat van de investeerder deze entiteit kwalificeert als zijnde zelfstandig.⁹²
- Voorts dient er sprake te zijn van een hybride mismatch. Of dit aan de orde is hangt af van hoe het nationaal recht van de staat van de investeerder de betaling kwalificeert om de fiscale behandeling te kunnen constateren. Ook van belang is of de betaling gekwalificeerd zou worden als inkomen als de betaling direct aan de investeerder zou zijn verricht.⁹³

4.6 Deel II van actiepunt 2

Deel II van actiepunt 2 reikt aanbevelingen aan voor maatregelen in de belastingverdragen en doet in dit verband voorstellen tot wijziging van het OESO- Modelverdrag en het OESO- Commentaar. Hierbij wordt beoogd misbruik van verdragsvoordelen die worden verkregen door hybride entiteiten te bestrijden. Hierbij wordt de focus gelegd op een drietal zaken, te weten:

⁹¹ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 58

⁹² OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 59

⁹³ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 60

- dubbele woonplaats entiteiten
- transparante entiteiten
- De wisselwerking tussen de voorstellen inzake verdragsbepalingen en het nationaal recht van staten.⁹⁴

4.6.1 Dubbele woonplaats entiteiten

Met betrekking tot het wijzigen van het OESO- Modelverdrag, wordt er voorgesteld artikel 4 lid 3 aan te passen. Dit artikel is voorzien van een tie-breaker bepaling, die ingeval van een dubbele woonplaats bepaalt waar de entiteit uiteindelijk gevestigd is voor voordragsvoordelen. Doorgaans wordt de uiteindelijke woonplaats bepaald middels een overlegprocedure aan de hand van feiten en omstandigheden. Het voorstel dat gedaan wordt door de OESO houdt in dat er geen verdragsvoordelen toegekend worden aan een entiteit met een dubbele woonplaats indien de staten (nog) geen consensus hebben bereikt met betrekking tot de woonplaats. Middels onderling overleg tussen staten zouden hier nuances en beperkingen in mogen worden aangebracht.⁹⁵

4.6.2 Transparante entiteiten

Indien je kwalificeert als inwoner van een staat kun je je beroepen op het verdrag. In artikel 1 van het OESO-modelverdrag staat uiteengezet welke personen als inwoner kwalificeren en wie zich derhalve kunnen beroepen op het verdrag. Door de OESO wordt voorgesteld een extra lid aan dit artikel toe te voegen. Indien een entiteit (gedeeltelijk) fiscaal transparant wordt gekwalificeerd door een verdragsstaat, dan wordt het gegenereerde inkomen enkel als inkomen van een inwoner gekwalificeerd voor zover dit inkomen conform het recht van de verdragsstaat in casu, de kwalificatie inkomen van de inwoner krijgt.

⁹⁴ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 135

⁹⁵ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 137

Voorts wordt er een paragraaf toegevoegd aan het commentaar bij artikel 1 van het OESO-modelverdrag. Hierin wordt verwezen naar het partnership rapport en worden hybride entiteiten en de daarmee gepaard gaande mismatches nader toegelicht.⁹⁶

Uit deel II van actiepunt 2 kan worden afgeleid dat de aanpassingen in het OESO-Modelverdrag mogelijk zouden kunnen leiden tot het ondervangen van hybride mismatch structuren die betrekking hebben op dual resident entiteiten en fiscaal transparante entiteiten. Belangrijk hierbij op te merken is dat het OESO-Modelverdrag slechts een leidraad is voor bilaterale verdragen tussen landen. Concreet komt het erop neer dat een aanpassing in het OESO-modelverdrag niet bindend is ten aanzien van bilaterale verdragen. Landen zullen eerst onderling overleg moeten voeren over het al dan niet aanpassen van het bilaterale verdrag conform het bovenstaande. Hier zal uiteraard ook de nodige tijd overheen gaan. Een mogelijke uitkomst zou het opnemen van de aanpassingen in een multilateraal instrument⁹⁷ zijn. Alhoewel de slagingskans ook in dit geval afhankelijk is van hetgeen uit het overleg rolt tussen de deelnemende staten. Vanwege de tijdrovende overlegprocedures en de mogelijkheid dat niet alle lidstaten zullen instemmen, schat ik de kans van slagen niet al te groot in.

4.7 Artikel 10 van de conceptringlijn van de Europese Commissie

Een van de belangrijkste instellingen binnen de Europese Unie is de Europese Commissie. Deze instelling wordt beschouwd als het dagelijks bestuur van de EU. De leden van deze commissie, de zogenoemde eurocommissarissen, zijn verantwoordelijk voor diverse beleidsgebieden en hebben als taak het behartigen van het belang van de Europese Unie als geheel. Naast het indienen van wetsvoorstellen controleert de Europese Commissie of de Europese wetgeving op juiste wijze toegepast wordt door de lidstaten. Indien dit niet het geval is kan er een procedure worden gestart bij het Europese Hof van Justitie.

⁹⁶ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 139 t/m 143

⁹⁷ OECD (2015), Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

De voorgestelde regeling van de Europese Commissie omtrent hybride mismatches is te vinden in artikel 10 van de conceptrichtlijn⁹⁸ en luidt als volgt:⁹⁹

“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.”

“Wanneer twee lidstaten een verschillende wettelijke kwalificatie geven aan dezelfde betaling (hybride instrument) en dit tot een situatie leidt waarin er sprake is van een aftrek 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 het hybride instrument wordt gegeven door de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, overgenomen door de andere lidstaat.”

Deze door de Europese Commissie voorgestelde antimismatchbepaling voor hybride structuren voorziet in een regeling voor hybride entiteiten en in een regeling voor hybride instrumenten binnen de EU. Daar deze thesis zich beperkt tot hybride structuren zal over de regeling inzake hybride entiteiten niet worden uitgeweid.

Artikel 10 ziet op het neutraliseren van kwalificatieconflicten bij hybride entiteiten inzake een double deduction of een deduction no inclusion.¹⁰⁰ Hierbij wordt als uitgangspunt

⁹⁸ Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 1-7

⁹⁹ Europese Commissie, COM(2016) 26 def., 28-01-2016 Brussel, blz. 24

¹⁰⁰ Europese Commissie, COM(2016) 26 def. 28-01-2016 Brussel, Artikel 10

volledige wederzijdse erkenning van de kwalificatie van het samenwerkingsverband gehanteerd. Om deze wederzijdse erkenning te kunnen bereiken dient de staat van de ontvanger het samenwerkingsverband te herkwalficeren. In dit geval via herkwalficatie van het samenwerkingsverband in de ontvangende lidstaat.

Ten aanzien van een double deduction structuur zal de woonstaat van de deelnemer in de hybride entiteit geen aftrek verlenen. De woonstaat van de deelnemer in de hybride entiteit zal de hybride entiteit herkwalficeren naar een niet- transparante entiteit en er dus geen dubbele aftrek mogelijk is.

Ingeval van een deduction, no inclusion structuur zal de woonstaat van de deelnemer in de hybride entiteit de ontvangsten in de heffing betrekken. Ook in dit geval vindt er een herkwalficatie plaats van de hybride entiteit in de desbetreffende lidstaat. Zodoende ontstaat er een niet-transparante entiteit en worden derhalve de ontvangsten zichtbaar.

Een expliciete oplossing inzake een reverse hybrid wordt niet genoemd. Met behulp van CFC-regelgeving of de de switch-over clause die ook staan uiteengezet in het voorstel, kunnen de baten die genoten worden door de reverse hybrid ook in de belastingheffing worden betrokken. Indien een herkwalficatie noodzakelijk blijkt te zijn omdat staten een entiteit niet op identieke kwalificeren, zal de woonstaat van de deelnemer in de reverse hybrid, deze entiteit als transparant kwalificeren. Op deze wijze worden de ontvangsten toegerekend aan die lidstaat en daar in de belastingheffing betrokken. Oplossingen voor dubbele belastingheffing worden niet geboden.¹⁰¹

Deze bepaling geldt alleen bij kwalificatieverschillen waar twee EU-lidstaten bij zijn betrokken, Ingeval van een kwalificatieverschil tussen een EU-lidstaat en een derde land is er geen verplichting deze te elimineren. Noemenswaardig is dat in de Explanatory Memorandum wordt opgemerkt dat het probleem met derde landen niet van de baan is, echter kost een oplossing hiervoor meer tijd. Lidstaten zijn er wel vrij in eenzijdige

¹⁰¹ H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, Hybride entiteiten: een einde met haken en ogen?, WFR 2016/48.

maatregelen te treffen.¹⁰² In mijn optiek zou artikel 10 van de conceptrichtlijn van de Europese Commissie ook werking moeten hebben ingeval van derde landen. Immers wordt nu het reële risico gelopen dat belastingplichtigen in kunnen spelen op hybride mismatches door een derde land te betrekken in de structuur teneinde te profiteren van deze mismatch.

¹⁰² Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 25

5 ANALYSE VAN DE VOORGESTELDE OPLOSSINGEN VAN DE OESO EN DE EC

5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de door de OESO en de EC voorgestelde oplossingen inzake kwalificatieconflicten nader uiteengezet.

De OESO doet aanbevelingen in actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport, met als uitgangspunt het aan elkaar knopen van belastingstelsels door middel van linking rules. Deze linking rules bestaan uit twee stappen, te weten: een primary adjustment en een secondary adjustment. Afhankelijk van het type kwalificatieconflict dient in het beginsel het ene land het kwalificatieconflict op te lossen door een aftrek te weigeren of door een inkomstenbron in de heffing te betrekken. Doet dit land dat niet, dan dient het andere land conform de secondary adjustment actie te ondernemen teneinde de mismatch weg te nemen.¹⁰³

De EC stelt mutual recognition rules - integrale wederzijdse erkenningsregels - voor. Hierbij is het uitgangspunt de volledige wederzijdse erkenning van de kwalificatie van het samenwerkingsverband. Concreet gaat het om herkwalificatie van het samenwerkingsverband in de ontvangende lidstaat.¹⁰⁴

In dit hoofdstuk worden de door de OESO en de EC voorgestelde oplossingen geanalyseerd, om te bepalen of de aanbevolen aanpassingen een adequate oplossing bieden inzake kwalificatieconflicten. Om hier een zo objectief mogelijk oordeel over te kunnen vellen zal er getoetst worden aan een aantal criteria, te weten:

Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid: handhaafbaarheid duidt op de mogelijkheid om naleving af te dwingen. Daarnaast dient er gekeken te worden of de aanbevolen maatregelen leiden tot conflicten of fraudegevoelig zijn.

¹⁰³ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

¹⁰⁴ Europese Commissie, COM(2016) 26 def. 28-01-2016 Brussel, Artikel 10.

Doeltreffendheid: dragen de voorgestelde aanpassingen bij aan de realisatie van het beoogde doel? Het betreft hier het doel kwalificatieconflicten te elimineren. Bij de toetsing aan dit criterium komt eveneens aan de orde of de in de aanbevelingen opgenomen voorwaarden bijdragen aan het bereiken van dit doel.

Doelmatigheid: staan, gegeven de doelstelling, de kosten van de voorgestelde aanpassingen in verhouding tot de opbrengsten? In het ideale geval zouden de kosten en baten van de voorgestelde aanpassingen in beeld moeten worden gebracht, daar het enkel aanbevelingen betreft, zijn er geen gegevens beschikbaar om deze berekeningen te kunnen maken. Derhalve vindt deze toetsing op kwalitatieve wijze plaats.

5.2 Analyse van de voorgestelde oplossingen van de OESO

5.2.1 *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*

De staatssecretaris onderschrijft In zijn brief van 5 oktober 2015, 'Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat'¹⁰⁵, de noodzaak van het bestrijden van hybride mismatches. Daarnaast acht de staatssecretaris dat de voorgestelde regels erg ingewikkeld te implementeren en uit te voeren zijn, met name door het gecompliceerde karakter van de problematiek. In deze brief geeft de staatssecretaris eveneens aan niet eenzijdig de OESO- aanbevelingen te gaan implementeren. Hybride mismatches kunnen enkel effectief worden bestreden zodra alle landen de aanbevelingen na zullen leven. Indien er landen zijn die de aanbevelingen niet effectueren, zullen sommige ondernemingen hun activiteiten verplaatsen naar die landen teneinde middels belasting planning gebruik te maken van de hybride mismatch structuren. Dit heeft uiteindelijk een negatieve invloed op het gelijke speelveld, zowel binnen als buiten de EU. Derhalve onderschrijft de staatssecretaris een gecoördineerde aanpak middels vastlegging van deze regels in een voor alle lidstaten bindend voorschrift, bijvoorbeeld in een EU- richtlijn. Ook Van den Hurk is een voorstander van hard law, zijn voorkeur gaat uit naar een verordening die dubbele belastingheffing uitsluit, enkel op deze wijze hebben lidstaten niet meer de

¹⁰⁵ IZV/2015/657 M, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, p. 12

vrijheid om een gunstiger beleid te kiezen.¹⁰⁶ Het kabinet hecht er tevens sterk aan dat de EU aantrekkelijk blijft voor investeerders en zich daarin niet op achterstand plaatst ten opzichte van de rest van de wereld.¹⁰⁷ Deze mening onderschrijf ik, immer is het een feit dat landen met een gunstiger beleid meer investeringen zullen trekken.

Om zeker te stellen dat de hybride mismatch regels effectief zijn en compliance- en administratiekosten te minimaliseren voor zowel de belastingbetaler als voor de belastingautoriteiten, onderkent het OESO-rapport het belang van coördinatie bij het implementeren en het toepassen van de hybride mismatch regels. Teneinde de consistentie bij de applicatie van de regels te bewerkstelligen bevatten de voorstellen van de OESO een aantal tot in detail uitgewerkte definities en basisbeginselen.^{108 109} Indien deze definities worden overgenomen zal dit ofwel leiden tot een behoorlijke aanpassing van een aantal definities in de Wet VPB 1969, ofwel een cruciale uitbreiding van de bepalingen in de Wet VPB 1969, ofwel allebei. De redactie van het Vakstudie nieuws is voorstander van het zoveel mogelijk overnemen van deze definities in de nationale wet, tenzij er zwaarwegende redenen zijn dit niet te doen.¹¹⁰ Ook het kabinet erkent dat een aantal nationale regels aangepast moeten worden om een betere aansluiting tussen het Nederlandse systeem en het buitenlandse systeem te bewerkstelligen. Zij beveelt aan verstandig mee te bewegen met de gecoördineerde en bindende internationale veranderingen, daar verzet hiertegen zal leiden tot een onhoudbaar isolement en onnodige reputatieschade.¹¹¹

De tot in detail uitgewerkte definities en basisbeginselen kunnen in mijn optiek een bijdrage leveren voor wat betreft de consistentie binnen de EU. Harris is echter van mening dat de

¹⁰⁶ Aanpassing moeder-dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan, Taxlive 27/06/2014

¹⁰⁷ IZV/2015/657 M, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, p. 12

¹⁰⁸ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2- 2015 Final Report, p. 12

¹⁰⁹ Een voorbeeld hiervan is de definitie van een verbonden lichaam, zoals wij die kennen in artikel 10a lid4 van de Wet VPB 1960, hierbij ligt de grens bij een belang van 1/4^e in plaats van 1/3^e. Bovendien worden lichamen geacht verbonden te zijn zodra zij deel uitmaken van dezelfde consolidatiekring

¹¹⁰ Vakstudie Nieuws, Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten, V-N 2015/56.2, p. 8.

¹¹¹ IZV/2015/657 M, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, p. 6.

voorgestelde maatregelen een onsamenhangend geheel is van zeer specifieke bepalingen voor verscheidene situaties die veel te ingewikkeld zijn om te implementeren in de nationale wetgeving.¹¹²

De regelgeving van de OESO schrijft voor dat indien de woonstaat van de betaler geen primaire correctie uitvoert en daarmee een mismatch in stand wordt gehouden, de secundaire correctie dient plaats te vinden. De woonstaat van de hybride entiteit dient dan de mismatch weg te nemen door de ontvangsten te belasten. De secundaire correctie geldt enkel als de primaire correctie ontbreekt. Mogelijk zou de situatie zich kunnen voordoen dat land 1 niet corrigeert en land 2 geen secundaire correctie uitvoert indien dit land bijvoorbeeld een taxhaven is. In dit geval wordt een hybride mismatch niet ondervangen. Verder plaats ik mijn vraagtekens bij de een primary adjustment en een secondary adjustment an sich. Nergens in de voorstellen staat concreet aangegeven wie dient aan te kaarten dat er een adjustment nodig is. Dienen de landen hier toezicht op te houden, is dit een misschien een taak van het bedrijf zelf of zal de OESO hierop toezien?

5.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid

In actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport staan een aantal design principles uiteengezet. Deze design principles zijn voorwaarden waar de antimisbruikbepalingen, die zien op hybride mismatches, aan moeten voldoen.¹¹³ Opmerkelijk is dat de aanbevelingen van de OESO zelf niet consistent zijn ten opzichte van haar design principles die genoemd worden in hoofdstuk 9 van het finale BEPS-rapport. Harris is namelijk van mening dat niet alleen de uitvoerbaarheid van de voorgestelde antimisbruikbepalingen in twijfel kan worden getrokken, maar dat er ook vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de compliance kosten voor de belastingplichtigen die mogelijk de pan uit zullen rijzen. Deze hoge compliance kosten zijn het gevolg van de verschillende complexe antimisbruikbepalingen die verschillen per land en welke derhalve door de belastingplichtige in ogenschouw genomen dient te

¹¹² P. Harris, Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, p. 25

¹¹³ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, hoofdstuk 9

worden. Daarnaast dient er relatief meer overleg plaats te vinden tussen de belastingplichtige en de belastingautoriteiten.¹¹⁴

Voorts is niet zeker in hoeverre de voorgestelde regels handhaafbaar zijn voor de belastingautoriteiten, daar elke betaling waar een hybride entiteit mee te maken krijgt beoordeeld dient te worden op de wijze waarop deze betaling fiscaal behandeld wordt in een andere staat.¹¹⁵ Om tot een juiste beoordeling te kunnen komen is zowel technische als inhoudelijke kennis van fiscale regels in het buitenland een vereiste. Dit maakt de voorgestelde aanpassingen lastig te realiseren. Omdat de bewijslast ligt bij de belastingplichtige, zal deze zich in meerdere landen fiscaal moeten laten adviseren inzake haar fiscale positie in elk land, wat eveneens de nodige kosten met zich mee brengt. Derhalve constateert de OESO terecht in actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport dat het tijdig en op spontane wijze verstrekken van informatie inzake hybride mismatch structuren noodzakelijk is.

Om het beoogde doel zo effectief mogelijk te kunnen realiseren is het van essentieel belang dat de regelgeving wereldwijd wordt geïmplementeerd. Daar hier sprake is van soft law zijn de voorgestelde maatregelen niet afdwingbaar wat mogelijk leidt tot belastingconcurrentie tussen staten. Multinationals zullen zich gaan vestigen in landen waar de voorgestelde maatregelen (nog) niet zijn geïmplementeerd.

Zelfs als alle staten ervoor kiezen de voorgestelde maatregelen te implementeren, zullen staten verschillen in de wijze waarop details zullen worden geïmplementeerd of toegepast. Derhalve zal de mogelijkheid tot belastingplanning blijven bestaan.

De bedoeling is dat de aanbevelingen in actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport geïmplementeerd worden naast de reeds bestaande antimisbruikbepalingen die staan

¹¹⁴ P. Harris, *Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, p. 25.

¹¹⁵ P. Harris, *Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, p. 32

opgenomen in de nationale wetgeving van staten.¹¹⁶ In actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport staat verder niet uiteengezet wat de verhouding dient te zijn tussen de aanbevelingen die de OESO heeft gedaan en de regels in de nationale wetgeving omtrent hybride mismatches die reeds van kracht zijn. Belangrijk om te weten is welke regeling prevaleert ingeval zowel de regeling uit actiepunt 2 van toepassing is als een nationale generieke antimisbruikbepaling. Om de consistentie ten goede te komen is het van belang dat de verschillende staten hier op dezelfde wijze mee om gaan, derhalve ben ik van mening dat de regeling uit actiepunt 2 zou moeten prevaleren ten opzichte van een nationale generieke antimisbruikbepaling. Enkel op deze wijze kan de consistentie gewaarborgd blijven.

5.2.3 Tussenconclusie

Ingeval alle landen op korte termijn de aanpassingen op de voorgestelde wijze implementeren, met inbegrip van de tot in detail uitgewerkte definities en basisbeginselen, dan zou dit een doeltreffende oplossing zijn geweest. Het probleem zit hem echter in de termijn waarop landen besluiten hun wetgeving aan te passen, en of ze dit überhaupt gaan doen op de voorgeschreven wijze. Rekening houdend met het feit dat staten tot op heden de voorstellen uit het partnership rapport¹¹⁷ niet (volledig) hebben opgevolgd -terwijl deze voorstellen minder ingrijpend waren- en rekening houdend met het feit dat de de aanbevolen maatregelen van de OESO niet kunnen worden afgedwongen, acht ik de kans klein dat alle staten de de aanpassingen op de voorgestelde wijze implementeren. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het eenzijdig invoeren van wetgeving op deze relatief 'vrijblijvende' BEPS-uitkomsten niet effectief is en ook niet goed is voor het gelijke speelveld binnen de EU en daarbuiten. Indien bepaalde landen de aanpassingen veel eerder implementeren dan anderen, zou dit een averechts effect kunnen hebben op de belastinginkomsten en op de competitiviteit in de economie van deze landen, daar het fiscale vestigingsklimaat relatief onaantrekkelijk wordt.

¹¹⁶ A. Postma, Comments on OECD Discussion Drafts on Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, EY, 2015, p. 183.

¹¹⁷ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.5

Ook staat nergens in de voorstellen concreet aangegeven wie er dient aan te kaarten dat er überhaupt een adjustment nodig is. Dit tezamen met het vrijblijvende karakter maakt het voorstel niet alleen moeilijk uitvoerbaar maar ook moeilijk handhaafbaar.

Hiertegenover staan wel hoge compliance en nalevings -kosten voor zowel de belastingplichtige en de autoriteiten, die mogelijk in verhouding kunnen staan met de hogere belastinginkomsten. Ik sluit derhalve niet uit dat deze maatregelen doelmatig kunnen zijn.

5.3 Analyse van de voorgestelde oplossingen van de EC

5.3.1 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Indien alle 28 lidstaten instemmen met de door de EC voorgestelde anti-ontgaansrichtlijn, is de richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat, wat een positieve invloed zou hebben op een gelijk speelveld. Hierbij dient wel de kanttekening geplaatst te worden dat artikel 10 van het richtlijnvoorstel bestaat uit 16 regels, twee paragrafen toelichting in de Explanatory Memorandum en een enkele paragraaf in de preambule. Concreet komt het erop neer dat de EU-lidstaten bij het implementeren van de richtlijn veel zelf zullen moeten regelen. De ene lidstaat zou de richtlijn veel ruimer kunnen implementeren dan de andere. Dit zou het lastiger kunnen maken om tot een gecoördineerde aanpak te komen¹¹⁸, waar de staatssecretaris sterk aan hecht.¹¹⁹

In het voorgaande hoofdstuk staat uiteengezet dat artikel 10 van de conceptrichtlijn een primaire en secundaire correctie voorstelt. Voorts kan ook bij dit voorstel de vraag worden gesteld wiens taak het is het startschot te geven voor herkwalificatie. Nergens in het voorstel staat concreet aangegeven wie deze taak heeft.

5.3.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid

Indien het gaat om een dispariteit en wederzijdse erkenning niet afdwingbaar is wordt dubbele belastingheffing in het Europees recht niet voorkomen op grond van de vrije

¹¹⁸ Redactie Vakstudie Nieuws, Voorstel 'anti tax avoidance'-richtlijn, V-N 2016/12.5, p. 27

¹¹⁹ IZV/2015/657 M, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, p. 12-13

verkeersbepalingen.¹²⁰ Net zoals in het voorgestelde actiepun 2 wordt er in deze conceptrichtlijn geen oplossing geboden voor dubbele belastingheffing als gevolg van een hybride entiteit. In de voorstellen wordt er voornamelijk gefocust op belastingontwijking als gevolg van double deduction, reverse hybrid en deduction no inclusion structuren. Doordat de OESO-aanbevelingen het volgen van de financiële stromen vereist, kan er bij deze maatregelen mogelijk rekening worden gehouden met eventuele dubbele belasting. De integrale wederzijdse erkenningsregels van de EC houden hier op geen enkele wijze rekening mee. Indien er een gedeeltelijke aftrek, dus niet volledige aftrek, wordt geboden – als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking- en daartegenover in het andere land volledige belasting plaatsvindt, is er immers sprake van dubbele belastingheffing. Het feit dat er geen oplossing geboden wordt voor dergelijke dubbele belasting situaties is in feite een gemiste kans. Dit wordt door sommige auteurs¹²¹ genuanceerd, omdat zij vinden dat belastingplichtigen zelf capabel genoeg zijn deze dubbele belastingheffing te omzeilen, immers zijn belastingplichtigen ook in staat de belastingheffing te minimaliseren. Mijns inziens is deze manier van redeneren niet helemaal terecht, daar dubbele belastingheffing naast non belasting ook een ongewenst gevolg is van een kwalificatieconflict, weliswaar voor de belastingplichtige, maar dat maakt het niet minder ongewenst. Tevens wordt hierdoor de rechtszekerheid voor de belastingplichtige geschaad.

Voorts kan artikel 10 van de conceptrichtlijn een zeer ongewenst effect hebben op grensoverschrijdende investeringen en handel, hierbij spelen verschillen in vennootschapsbelastingtarieven tussen landen een belangrijke rol. Indien een betaling wordt verricht vanuit een land met een lager tarief, dan het tarief dat geldt in het land waar de ontvanger is gevestigd, dan is de corresponderende heffing over deze betaling veel hoger dan de aftrek. Hetgeen er uiteraard toe leidt dat belastingplichtige minder snel grensoverschrijdende activiteiten zullen verrichten. De omgekeerde situatie zal een nadelig effect hebben op binnenlandse investeringen. Uiteindelijk zal artikel 10 van de conceptrichtlijn ertoe leiden dat landen met een laag vennootschapsbelastingtarief (veel)

¹²⁰ G.K. Fibbe, Recente ontwikkelingen omtrent fiscaal hybride entiteiten binnen de OESO en de EU, Ondernemingsrecht 2014/105.

¹²¹ H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, Hybride entiteiten: een einde met haken en ogen?, WFR 2016/48.

meer investeringen zullen trekken. Het gevolg hiervan is meer concurrentie tussen landen onderling betreffende het vennootschapsbelastingtarief.¹²²

De door de EC voorgestelde wederzijdse erkenning van de fiscale kwalificatie van een hybride entiteit gaat verder dan de linking rules uit actiepoint 2. De NOB vraagt zich af waarom er voor een dergelijke vergaande ingreep in de nationale vennootschapsbelastingstelsels wordt gekozen. Het soevereine recht van een EU-lidstaat om te bepalen hoe een hybride entiteit in de belastbare grondslag te betrekken wordt nu immers ingeperkt, daar de door de Europese Commissie voorgestelde regelgeving volledige herkwalificatie van hybride entiteiten vereist.¹²³ Volgens Van den Hurk kiest de EC voor deze wederzijdse erkenningsregels om eventuele conflicten met verdragsvrijheden te voorkomen.¹²⁴ Tegenover deze inperking van de soevereiniteit staat wel dat het recht om belasting te heffen doorgaans wordt verruimd.

Van den Hurk is eveneens van mening dat dat de EC met haar anti-ontgaansrichtlijn te weinig rekening gehouden heeft met het verschil tussen grote en kleine lidstaten. Nederland zijnde een relatief kleine lidstaat is afhankelijker van sterke internationale relaties omdat het een kleine economie betreft. Derhalve kan het vestigingsklimaat eveneens worden aangetast.¹²⁵ Ik onderschrijf deze mening, de voorgestelde anti ontgaansrichtlijn mag dan de belastingopbrengsten doen toenemen in Europa, daar staat wel tegenover dat er met name in de kleinere lidstaten een reductie zal plaatsvinden in de arbeidsplaatsen.

5.3.3 Tussenconclusie

Ten aanzien van artikel 10 van het richtlijnvoorstel kan geconcludeerd worden dat de ene lidstaat de richtlijn veel ruimer zou kunnen implementeren dan de andere. Dit zou het lastiger kunnen maken om tot een gecoördineerde aanpak te komen. Ook staat er nergens uiteengezet wiens taak het is het startschot te geven voor herkwalificatie wat leidt tot de

¹²² R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

¹²³ Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op voorstel COM(2016)26 final, 16-02-2016, p. 25

¹²⁴ Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

¹²⁵ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

vraag of er überhaupt ooit een herkwalificatie zal plaatsvinden. Derhalve trek ik zowel de uitvoerbaarheid als de handhaafbaarheid sterk in twijfel. Het feit dat deze maatregel dubbele belasting niet ondervangt en de mogelijke race to the bottom maken de maatregel in mijn optiek minder doeltreffend. In geval van dubbele belasting zou het ontvangstland het betaalland moeten volgen en een (gedeeltelijke) vrijstelling moeten verlenen voor de rente die niet afgetrokken kan worden in het betaalland. De mogelijk dubbele belasting zou eventueel ook ondervangen kunnen worden middels een hardheidsclausuleverzoek. Omdat tegenover inperking van de soevereiniteit en reductie van arbeidsplaatsen staat dat het recht om belasting te heffen wordt verruimd zou deze maatregel mogelijk doelmatig kunnen zijn.

6 AANBEVELINGEN

6.1 Inleiding

Om uiteindelijk te kunnen bepalen of de aanbevolen aanpassingen van de OESO en de EC een adequate oplossing bieden inzake kwalificatieconflicten, zijn de door de OESO en de EC voorgestelde oplossingen in het vorige hoofdstuk geanalyseerd. Om hier een zo objectief mogelijk oordeel over te kunnen vellen is hierbij getoetst aan een drietal criteria. Gebleken is dat beide aanbevelingen geen adequate oplossing bieden inzake hybride mismatches. Derhalve worden er in dit hoofdstuk aanbevelingen gedaan die de ongewenste gevolgen van kwalificatieconflicten mogelijk (gedeeltelijk) wel het hoofd kunnen bieden.

6.2 Aanpassingen in de nationale wetgeving van lidstaten

Uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken dat belasting planning aan de hand van grensoverschrijdende structuren reeds zeer complex is en middels de aanbevolen aanpassingen van de OESO en de EC wordt het er niet eenvoudiger op. Popa is echter van mening dat maatregelen die er genomen worden om belastingplanning middels hybride entiteiten te elimineren uiteindelijk altijd zullen worden omzeild door de belastingplichtigen.¹²⁶

Naast het feit dat de voorgestelde aanpassingen continue dienen te worden gemonitord, dienen deze ook waar nodig te worden aangepast. Daar het niet plausibel is dat de OESO de betreffende antimisbruikbepalingen continue zal analyseren, zullen de extra handelingen die hierbij komen kijken voor rekening komen van de betreffende lidstaten. Derhalve is het zeer gunstig voor deze staten om te kiezen voor een x aantal bepalingen in de nationale wetgeving die uitholling van de belastinggrondslag tegen gaan, vanuit het perspectief van de bronstaat en de woonstaat. Het belang voor staten neemt in dit geval toe aangezien de focus van nationale regels ligt op uitholling van de eigen belastinggrondslag. Immers is het volgens Popa nogal onrealistisch om te denken dat een land zich zal inspannen om uitholling van de belastinggrondslag in een ander land tegen te gaan, waar de regels van de OESO en

¹²⁶ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.5

de EC in de kern op zijn gebaseerd.¹²⁷ Geheel onrealistisch vind ik deze denkwijze niet, want zodra alle landen zich inspannen om uitholling in een ander land tegen te gaan is de cirkel rond en heeft een ieder hier uiteindelijk baat bij.

Popa is eveneens van mening dat de focus dient te worden verlegd van de hybride mismatch zelf naar mismatches die ontstaan naar aanleiding van het (fiscale) beleid van landen. De crux van een hybride mismatch zit hem in het feit dat de nationale fiscale wetgevingen niet homogeen zijn en dus niet in de wijze waarop verschillende landen een entiteit kwalificeren. Uiteraard is het kwalificatieverschil essentieel inzake structuren met hybride entiteiten, echter leidt het kwalificatieverschil niet zonder meer tot belasting planning. Belasting planning kan enkel worden verwezenlijkt door de belastingplichtigen indien fiscale stelsels de belastingplichtigen de gelegenheid bieden om enerzijds een zekere betaling af te trekken en anderzijds gebruik te maken van een fiscaal consolidatieregime teneinde de inkomsten van de hybride entiteit te verrekenen met het non-dual inclusion inkomen van een andere groepsentiteit.¹²⁸

In mijn optiek zouden hybride mismatches enkel geëlimineerd dienen te worden zodra deze structuren leiden tot belasting planning of Base Erosion Profit Shifting, de focus dient dus te worden gelegd op misbruik door de belastingplichtigen teneinde overkill tegen te gaan. Ik sluit me derhalve aan bij de auteurs Tuerff et al., zij zijn van van mening dat het constant in ogenschouw nemen van de fiscale regelgeving van andere landen omtrent hybride betalingen de eenvoud niet ten goede komt, sterker nog zij merken dit aan als onnodig complex.¹²⁹ Eventuele antimisbruikbepalingen in de nationale wetgeving, die minder vergaand zijn zouden belastingoptimalisatie of Base Erosion Profit Shifting kunnen

¹²⁷ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.5

¹²⁸ O. Popa, Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan?, European Tax, 2014, p. 411

¹²⁹ T. Tuerff, G. Sierra, en H. Cohen, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws) (Public Discussion Draft), Deloitte USA, 2014, Washington, p. 173

eliminieren. In de volgende paragrafen worden de aanbevelingen inzake antimisbruikbepalingen in de nationale wetgeving nader toegelicht.

6.2.1 Renteaftrekbeperkingen

Afgezien van reverse hybrid structuren kunnen hybride mismatch structuren die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben, ondervangen worden door renteaftrekbeperkingen. Uit de in actiepoint 2 gegeven voorbeelden door de OESO komt immers nagenoeg altijd naar voren dat een hybride entiteit een rentebetaling bewerkstelligt.¹³⁰ Ingeval er een betaling plaatsvindt anders dan interest, zoals een royalty, huur of loon betaling, is het volgens Marres en de Boer vrijwel onmogelijk een dubbele aftrek te bewerkstelligen. Indien er een dergelijke betaling plaatsvindt, staan hier doorgaans inkomsten bij de hybride entiteit of vaste inrichting tegenover, er is dus sprake van een dual inclusion income.¹³¹

Voorts gaat op voor hybride mismatch structuren die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben, dat een aftrekbare rentebetaling realisatie van het belastingvoordeel eenvoudiger maakt. Derhalve is een renteaftrekbeperking volgens de auteurs Marres en de Boer mogelijk een oplossing als het gaat om hybride mismatch structuren die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben.¹³²

Op 14 augustus 2014 is er een algemene antimisbruikbepaling opgenomen in de Moederdochterrichtlijn ten aanzien van het gebruik van hybride betalingen teneinde fiscale mismatches te realiseren. Deze bepaling tracht een eind te maken aan fiscale voordelen in de zin van dubbele niet-heffing binnen een groep die grensoverschrijdend opereert. Om dit te realiseren wordt de belastingvrijstelling die verstrekt wordt aan de moeder, voor winstuitkeringen die zij ontvangt van haar dochter, ontzegd voor zover deze winst aftrekbaar

¹³⁰ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 25 en 26

¹³¹ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

¹³² R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

is bij dochter. Uiterlijk op 31 december 2015 dienden de lidstaten deze gewijzigde richtlijn te hebben geïmplementeerd.¹³³

Nadat het kabinet op 15 september 2015 het wetsvoorstel inzake de wijzigingen Moederdochterraichtlijn had ingediend heeft de eerste kamer hier op 22 december mee ingestemd. Met ingang van 1 januari 2016 is art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 van kracht geworden. Dit artikel schrijft voor dat de deelnemingsvrijstelling niet meer onverkort van toepassing is op voordelen uit hoofde van een deelneming, indien die voordelen bestaan uit vergoedingen of betalingen die bij dochter –in het bronland- in aftrek *kunnen* komen voor een winstbelasting. Voorts heeft Nederland ervoor gekozen dat dit artikel ook van toepassing is op derde landen¹³⁴.

De nuancering die gemaakt dient te worden bij de renteaftrekbeperking zijnde een oplossing voor hybride mismatch structuren die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben, is dat art.13, lid 17 leidt tot overkill. Dit artikel biedt immers geen ruimte voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling indien de vergoeding in land A naar haar aard aftrekbaar is, maar in land A feitelijk niet (volledig) in aftrek kan worden gebracht, op grond van een specifieke of generiek renteaftrekbeperking. Hetgeen leidt tot economische dubbele belasting.

Voorts blijkt uit voorbeeld 6.3 in actiepunt 2¹³⁵ dat indien er een betaling plaatsvindt anders dan interest, zoals een royalty, huur of loon betaling, het wel mogelijk is een dubbele aftrek te bewerkstelligen. Dit strookt niet met hetgeen Marres en de Boer beweren.¹³⁶ In casu gaat het om een vergoeding in de zin van loon door de hybride entiteit zonder dat er een dual inclusion inkomen tegenover staat, omdat de dochtermaatschappij van de hybride entiteit een dividenduitkering doet, waarvan de ontvangsten zijn vrijgesteld bij de hybride entiteit.

¹³³ Richtlijn van 8 juli 2014, nr. 2014/86/EU, Pb EU 219/40

¹³⁴ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 306, nr. 3, memorie van toelichting, p. 2-3

¹³⁵ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 320

¹³⁶ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

Hier is dus sprake van een loonbetaling zonder dat daar een dual inclusion inkomen tegenover staat. Een renteaftrekbeperking is in dit geval geen adequate oplossing.

6.2.2 Fiscale consolidatieregime

Uit de uitleg bij figuur 1 en 2 in hoofdstuk 3 is gebleken dat een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen spreken van een double- deduction of een deduction, no inclusion, is dat er een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime van kracht is. Middels een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime kunnen immers de rentelasten worden geconsolideerd met de inkomsten van andere entiteiten binnen de fiscale eenheid.¹³⁷ Zouden landen er unaniem voor kiezen om dergelijke fiscale consolidatieregimes op te heffen, dan zou het lastiger worden om fiscale voordelen te realiseren middels een hybride structuur. Daar het gros van de economisch stabiele landen een dergelijk fiscale consolidatieregime hanteren, is het niet aannemelijk dat alle landen dit regime unaniem zullen elimineren uit hun belastingsysteem. Het aanpassen van een dergelijk systeem is wel plausibel. Mogelijke aanpassingen die Popa¹³⁸ voorstelt teneinde de nadelige effecten van hybride mismatches te bestrijden zijn; het verbieden dat hybride entiteiten deel uit mogen maken van een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime of de verliesverrekening van een hybride entiteit met een andere entiteit, binnen een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime, niet toestaan. Net zoals de renteaftrekbeperking, ondervangt het verbod op verliesverrekening in de bovenstaande situatie, de mismatch met de reverse hybrid structuur niet. Immers wordt hierbij geen gebruik gemaakt van een vorm van fiscale eenheidsregime of consolidatie.

¹³⁷ OECD (2014), Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 46

¹³⁸ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.3.2.3.3

6.2.3 CFC- regelgeving

Een mogelijke oplossing voor de nadelige gevolgen van kwalificatiemismatches is het implementeren van CFC-regelgeving in de nationale wetgeving van landen. Middels deze regelgeving wordt een entiteit dat gevestigd is in een bepaald land (de woonstaat) belast in de woonstaat voor de inkomsten van haar hybride deelneming in het buitenland.

CFC-regelgeving is een samenstel van regels die zien op profit shifting, er wordt voorkomen dat winst verschoven wordt vanuit de woonstaat naar een deelneming die gevestigd is in een land met een gunstig belastingklimaat voor de belastingplichtige.¹³⁹

Onder de voorgestelde CFC-regelgeving worden inkomsten van een deelneming die gevestigd is in het buitenland rechtstreeks toegerekend aan de aandeelhouder teneinde de entiteit in de woonstaat te belasten voor het passief inkomen van de deelneming die gevestigd is in het buitenland.

Middels de introductie van deze regelgeving kan er af worden gezien van zowel de primaire als secundaire correctie zoals actiepunt 2 van de OESO voorschrijft. Door CFC-regelgeving te hanteren wordt er simpelweg geen aftrek toegestaan voor een betaling waar geen corresponderende belastingheffing tegenover staat. Het uitvoeren en het controleren van CFC-regelgeving zal ongetwijfeld gepaard gaan met hoge kosten in de vorm van tijd en geld. Bovendien is de vraag hoe men kan controleren of er al dan niet een corresponderende belastingheffing tegenover een betaling staat.

Deze aanbeveling is een uitbreiding op de CFC-maatregelen die de EC voorschrijft. Om profit shifting van een hoofdkantoor dat gevestigd is in Europa naar een bedrijfsonderdeel in een land met een laag belastingtarief tegen te gaan, stelt de EC CFC regelgeving voor indien de effectieve belastingdruk in dat land lager is dan 40% van het tarief waartegen het hoofdkantoor wordt belast. Het inkomen van de laag belaste dochter wordt als het ware opgeteld bij het inkomen van de moeder. Deze regels dienen conform het bovenstaande ook worden toegepast op situaties met meer substance, dus niet enkel op

¹³⁹ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.3.2.2.1

brievenbusmaatschappijen. De keerzijde van de medaille is volgens Van de Streek¹⁴⁰ dat CFC-regelgeving Europese multinationals zal triggeren tot een herstructurering. Het hoofdkantoor zal dan verplaats worden naar een land buiten Europa, teneinde daar de laag belaste passieve onderdelen van de groep onder te brengen. Ook Van den Hurk is van mening dat hoofdkantoren de EU zullen gaan verlaten onder deze regelgeving.¹⁴¹ Deze mening onderschrijf ik, alhoewel een hoofdkantoor niet perfect mobiel is, zal -zeker op de lange termijn- het effect zichtbaar zijn. Bovendien brengt dit de nodige gevolgen met zich mee voor de belastinginkomsten voor de overheid en het aantal arbeidsplaatsen voor werknemers, beiden zullen dalen.

6.3 Internationale aanbevelingen

Naast aanbevelingen in de nationale wetgeving, worden er in de literatuur ook aanbevelingen gedaan op internationaal vlak. Onderstaand worden een drietal aanbevelingen uiteengezet.

6.3.1 Een verordening in plaats van een richtlijn

Omdat de voorstellen van de EC zijn verwerkt in een richtlijn, zijn landen vrij om deze ruimer te implementeren dan nodig. Ten aanzien van landen die ervoor kiezen de richtlijn strikter te implementeren zal een gelijk spelveld van landen met een ruime interpretatie in gevaar komen.

Zoals reeds in hoofdstuk vijf¹⁴² is opgemerkt, is Van den Hurk een voorstander van hard law en gaat zijn voorkeur uit naar een verordening die dubbele belastingheffing uitsluit, enkel op deze wijze hebben lidstaten niet meer de vrijheid om een gunstiger beleid te kiezen.¹⁴³

Mijnz inziens zal de implementatie van de voorstellen op deze wijze geharmoniseerd worden, wat eveneens mogelijke nieuwe dispariteiten ondervangt. Wel dient het probleem omtrent een gedeeltelijke aftrek als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking

¹⁴⁰ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

¹⁴¹ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

¹⁴² Zie paragraaf 5.2.1

¹⁴³ Aanpassing moeder-dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan, Taxlive 27/06/2014

waartegenover in het andere land volledige belasting plaatsvindt, opgelost te worden.¹⁴⁴ Dit leidt immers tot dubbele belastingheffing. In deze gevallen zou het ontvangstland het betaalland moeten volgen en een (gedeeltelijke) vrijstelling moeten verlenen voor de rente die niet afgetrokken kan worden in het betaalland. De mogelijk dubbele belasting zou eventueel ook ondervangen kunnen worden middels een hardheidsclausuleverzoek. In the best case scenario zal uiteraard het probleem omtrent de concurrentie tussen landen onderling betreffende het vennootschapsbelastingtarief¹⁴⁵ -wat op haar beurt weer leidt tot een *race tot he bottom* - en de inperking van de soevereiniteit van landen¹⁴⁶, een rol blijven spelen.

6.3.2 Een gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting: NCCTB

Een faliekant afwijkende aanbeveling doet Bellingwout, deze auteur stelt de New Common Corporate Tax Base voor (hierna: NCCTB). De NCCTB is een gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting, waarbij de grondslag wordt bepaald middels de cost-plusmethode. Daarnaast worden rentekosten uitgesloten van de grondslag, zodoende is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen irrelevant. Voorts kan er op deze wijze ook¹⁴⁷ geen base erosion and profit shifting meer plaats vinden. Volgens Bellingwout is het gebruiken van structuren met hybride entiteiten niet langer meer interessant. Hier gaat ook deze auteur voorbij aan voorbeeld 6.3 in actiepunt 2.¹⁴⁸ Indien er een betaling plaatsvindt anders dan interest, zoals een royalty, huur of loon betaling, is het conform dit voorbeeld wel mogelijk een dubbele aftrek te bewerkstelligen. In casu gaat het om een vergoeding in de zin van loon door de hybride entiteit zonder dat er een dual inclusion inkomen tegenover staat, omdat de dochtermaatschappij van de hybride entiteit

¹⁴⁴ H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, Hybride entiteiten: een einde met haken en ogen?, WFR 2016/48.

¹⁴⁵ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

¹⁴⁶ Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op voorstel COM(2016)26 final, 16-02-2016, p. 25

¹⁴⁷ J.W. Bellingwout, Blueprint for a new common corporate tax base, European Taxation, januari 2015

¹⁴⁸ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 320

een dividenduitkering doet, waarvan de ontvangsten zijn vrijgesteld bij de hybride entiteit. Hier is dus sprake van een loonbetaling zonder dat daar een dual inclusion inkomen tegenover staat. Voorts zit de crux hem in de implementatie van dit stelsel, daar de implementatie van de CCCTB tot op heden het ook af heeft laten weten. Theoretisch zou het voorstel van Bellingwout echter wel een effectieve methode kunnen zijn om een deel van de hybride mismatches weg te nemen.

Aanbeveling	Double deduction	Deduction, no inclusion	Reverse Hybrid	Uitvoerbaar	Overige opmerkingen
Renteaftrekbeperkingen	+	-	-	ja	Overkill mogelijk middels economische dubbele belasting
Aanpassen fiscale eenheidsregime (hybride entiteiten uitsluiten)	+	+	-	ja	
CFC-regelgeving	+	+	+	nee	-Hoofdkantoren zullen EU verlaten -Arbeitsplaatsen zullen afnemen
Verordening	+	+	+	ja	-Overkill mogelijk middels economische dubbele belasting -race tot he bottom
NCCCTB	+	-	-	nee	

7 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

7.1 Samenvatting

Een in het oog springend onderdeel van belastingbesparende constructies van multinationals is het gebruiken van van fiscaal hybride entiteiten. In dit onderzoek staat de wijze waarop hybride entiteiten –met name samenwerkingsverbanden- in de belastingheffing worden betrokken centraal, evenals de problemen die hieruit voortvloeien en de mogelijke oplossingen. De wijze waarop een samenwerkingsverband in de belastingheffing wordt betrokken, hangt af van het type samenwerkingsverband.

Is er sprake van een transparant samenwerkingsverband, dan zullen de achterliggende participanten van het samenwerkingsverband belast worden. Ingeval van een niet-transparant samenwerkingsverband, wordt het samenwerkingsverband zelf over de gegenereerde inkomsten belast. In grensoverschrijdende situaties kan het voorkomen dat samenwerkingsverbanden niet op dezelfde wijze worden gekwalificeerd. Dit verschil in kwalificatie kan ertoe leiden dat het samenwerkingsverband in het ene land gekwalificeerd wordt als transparant, en het andere land deze als niet – transparant kwalificeert. In een dergelijk geval spreekt men van een hybride entiteit.

Eén van de basisbeginselen die ten grondslag ligt aan het internationaal privaatrecht is dat een entiteit haar civielrechtelijke karakteristieken ontleent aan het civiele recht van het land waarnaar zij is opgericht. Net zoals in het Nederlands privaatrecht, wordt er in het internationaal privaatrecht eveneens een onderscheid gemaakt tussen rechtspersonen en personenvennootschappen. Omdat er op internationaal niveau geen uniforme definitie bestaat van de begrippen kapitaalvennootschap en personenvennootschap, kan dit mogelijk leiden tot classificatieproblemen indien entiteiten zowel karakteristieken van kapitaal- als personenvennootschappen bezitten.¹⁴⁹ De wijze waarop een buitenlands samenwerkingsverband bij een grensoverschrijdende situatie fiscaal wordt geclassificeerd, is afhankelijk van de nationale fiscale wetgeving van landen.

¹⁴⁹ A. Amatucci, *International Tax Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2012, p. 97

De manier waarop Nederland naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverbanden kwalificeert, valt niet af te leiden uit de wet. Bij het kwalificeren van buitenlandse samenwerkingsverbanden maakt Nederland gebruik van het Besluit van 11 september 2009¹⁵⁰ dat uitgevaardigd is door de staatssecretaris. In dit besluit staan de toetsingscriteria die het mogelijk maken buitenlandse rechtsvormen te beoordelen op transparantie.

Sommige landen hanteren een andere methoden om een samenwerkingsverband te kwalificeren. Zo kennen de Verenigde Staten een “check-the-box” systeem waar, bij de aangifte, de keuze gemaakt kan worden voor een al dan niet transparante entiteit via het aankruisen van het daarvoor bestemde vak. Voorts kan het ook vaststaan of sprake is van een wel of niet transparante entiteit, deze methode hanteren Italië en Zwitserland onder andere.¹⁵¹

Bij elk van de hierboven genoemde benaderingen zijn er kanttekeningen te plaatsen. Middels de elective approach kan er ingespeeld worden op een mismatch, de fixed approach is niet rechtsvormneutraal en de similarity approach kan tot een ongelijke kwalificatie leiden, met een mogelijke hybride mismatch als gevolg en rechtsonzekerheid bij de belastingplichtige.

Een door weinig landen gebruikte benadering is de symmetrical approach¹⁵², hierbij wordt voor de kwalificatie van een entiteit aangesloten bij de kwalificatie in het land waar de entiteit gevestigd is. Deze benadering is in mijn optiek het meest gunstig omdat er geen sprake meer kan zijn van een mismatch, er wordt immers aangesloten bij de kwalificatie van het vestigingsland. Hetgeen wel ten koste gaat van de autonomie van het andere land.

Zodra minimaal twee landen een samenwerkingsverband niet op identieke wijze kwalificeren kan dit mogelijk leiden tot een hybride mismatch. Bij een hybride mismatch structuur wordt er gebruik gemaakt van een hybride element in de fiscale behandeling van

¹⁵⁰ Besluit van 11 september 2009, nr. CPP 2009/510M, BNB 2010/58

¹⁵¹ G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen, MBB 2011/05

¹⁵² W.H.H. Bolhaar, Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches, NTFR-A 2013/25.

een entiteit of instrument in twee of meer jurisdicties om een mismatch te creëren. Een dergelijk mismatch leidt tot een lagere belastingdruk bij de desbetreffende belastingplichtigen.¹⁵³

Hybride mismatch structuren zijn onder te verdelen in twee hoofdcategorieën te weten; mismatches die verband houden met financiële instrumenten en mismatches die samenhangen met de kwalificatie van een entiteit. Het gebruik maken van hybride instrumenten biedt belastingplichtigen de mogelijkheid om een aftrek te creëren waar geen corresponderende heffing tegenover staat. Daar het gebruik van hybride instrumenten in het kader van dit onderzoek irrelevant is, is hier verder niet op ingegaan.

Indien er twee of meer betrokken landen een samenwerkingsverband op verschillende wijze kwalificeren brengt dit mogelijk ongewenste gevolgen met zich mee, zoals dubbele niet-belastingheffing. Dubbele niet - belastingheffing ontstaat zodra er in een van de betrokken landen belasting wordt geheven, maar in twee landen een renteaftrek wordt toegestaan, voor dit fenomeen wordt ook wel de term “double-deduction” gebruikt.¹⁵⁴

Een ander gevolg kan zijn dat een land de kostenaftrek toestaat en het andere betrokken land de baten niet belast, dit wordt ook wel “deduction, no inclusion” genoemd.¹⁵⁵ Indien drie landen betrokken zijn bij een kwalificatieconflict spreekt men van een omgekeerde hybride entiteit ofwel reverse hybrid¹⁵⁶. In dit geval kan het voorkomen dat twee landen geen baten in de belastingheffing betrekken, maar een derde land verleent wel een renteaftrek. Niet uitgesloten is dat een kwalificatieconflict mogelijk dubbele belastingheffing met zich meebrengt.

¹⁵³ OECD (2014), Public discussion draft BEPS Action 2: neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements, (Recommendations for domestic laws), OECD, Paris, p. 8

¹⁵⁴ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 51.

¹⁵⁵ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 42.

¹⁵⁶ OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 45.

Onder meer naar aanleiding van de BEPS problematiek is het belang van het tegengaan van deze ongewenstheden toegenomen zodat het gemis aan belastingopbrengsten wordt teruggedrongen.¹⁵⁷ Nederland wordt gezien als een land waar via bepaalde constructies veel belastingontwijking plaatsvindt.¹⁵⁸ Via onder meer hybride entiteiten in structuren waar Nederland bij betrokken is kan de belastingdruk geminimaliseerd worden.

Met betrekking tot het neutraliseren van kwalificatieconflicten zijn al verschillende stappen gezet, die hebben geleid tot de oplossingen in actiepunt 2 van het finale BEPS rapport van de OESO.¹⁵⁹ Actiepunt 2 ziet op dispariteiten aangaande de kwalificatie van geldverstrekkingen, transacties, samenwerkingsverbanden en rechtsvormen. De insteek van dit meest recente rapport is in essentie gelijk aan het voorlopige actierapport uit 2014, met een meer gedetailleerde richting en een grote hoeveelheid aan voorbeelden omtrent de aanbevolen maatregelen. Het uitgangspunt van de aanbevelingen uit actiepunt 2 van het finale BEPS-rapport, is het aan elkaar knopen van belastingstelsels door middel van linking rules. Deze linking rules bestaan uit twee stappen, te weten: een primary adjustment en een secondary adjustment. Afhankelijk van het type kwalificatieconflict dient in het beginsel het ene land het kwalificatieconflict op te lossen door een aftrek te weigeren of door een inkomstenbron in de heffing te betrekken. Doet dit land dat niet, dan dient het andere land conform de secondary adjustment actie te ondernemen teneinde de mismatch weg te nemen.¹⁶⁰

Om zeker te stellen dat de hybride mismatch regels effectief zijn en compliance- en administratiekosten te minimaliseren voor zowel de belastingbetaler als voor de belastingautoriteiten, onderkent het OESO-rapport het belang van coördinatie bij het implementeren en het toepassen van de hybride mismatch regels.

Ingeval alle landen op korte termijn de aanpassingen op de voorgestelde wijze implementeren, met inbegrip van de tot in detail uitgewerkte definities en basisbeginselen,

¹⁵⁷ U. Jonker, Aanpak van belastingontwijking multinationals levert € 1 à 4 miljard op, 14-03-2016, Financieel Dagblad.

¹⁵⁸ J. Vleggeert, De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus “aggressive tax planning indicators”, WFR 2016/47.

¹⁵⁹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Kluwer: Deventer 2015, p. 85-86.

¹⁶⁰ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

dan zou dit een doeltreffende oplossing zijn geweest. Het probleem zit hem echter in de termijn waarop landen besluiten hun wetgeving aan te passen, en of ze dit überhaupt gaan doen op de voorgeschreven wijze. Rekening houdend met het feit dat staten tot op heden de voorstellen uit het partnership rapport¹⁶¹ niet (volledig) hebben opgevolgd -terwijl deze voorstellen minder ingrijpend waren- en rekening houdend met het feit dat de de aanbevolen maatregelen van de OESO niet kunnen worden afgedwongen, acht ik de kans klein dat alle staten de aanpassingen op de voorgestelde wijze implementeren.

Indien bepaalde landen de aanpassingen veel eerder implementeren dan anderen, zou dit een averechts effect kunnen hebben op de belastinginkomsten en op de competitiviteit in de economie van deze landen. Multinationals zullen zich gaan vestigen in landen waar de voorgestelde maatregelen (nog) niet zijn geïmplementeerd.

Daarnaast plaats ik mijn vraagtekens bij de een primary adjustment en een secondary adjustment an sich. Nergens in de voorstellen staat concreet aangegeven wie dient aan te kaarten dat er een adjustment nodig is? Dienen de landen hier toezicht op te houden, is dit misschien een taak van het bedrijf zelf of zal de OESO hierop toezien?

Voorts kunnen er ook vraagtekens geplaatst worden bij de compliance kosten voor de belastingplichtigen die mogelijk de pan uit zullen rijzen. Deze hoge compliance kosten zijn het gevolg van de verschillende complexe antimisbruikbepalingen die verschillen per land en welke derhalve door de belastingplichtige in ogenschouw genomen dienen te worden. Omdat de bewijslast ligt bij de belastingplichtige, zal deze zich in meerdere landen fiscaal moeten laten adviseren inzake haar fiscale positie in dat land, wat eveneens de nodige kosten met zich mee brengt. Daarnaast dient er relatief meer overleg plaats te vinden tussen de belastingplichtige en de belastingautoriteiten

Niet alleen de OESE hield zich bezig met de BEPS-problematiek. Op 28 januari 2016 presenteerde de Europese Commissie (hierna: EC) haar 'anti tax avoidance package', dit pakket omvat een samenhangend geheel aan coördinatiemaatregelen inzake de winstbelastingheffing van het Europese bedrijfsleven. Middels deze maatregelen wordt zowel een effectieve winstbelastingheffing als transparantie binnen de EU beoogd. Tevens

¹⁶¹ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.5

wordt er gestreefd naar een gelijk spelveld binnen de interne markt.¹⁶² Een van de onderdelen van dit pakket is een richtlijnvoorstel voor een 'anti tax avoidance directive' die onder andere voorziet in een raamwerk voor de aanpak van hybride mismatches.

De voorgestelde regeling van de Europese Commissie omtrent hybride mismatches is te vinden in artikel 10 van de conceptrichtlijn. In artikel 10 van deze richtlijn wordt aangegeven hoe om te gaan met kwalificatieconflicten binnen de Europese lidstaten. De EC stelt mutual recognition rules - integrale wederzijdse erkenningsregels - voor. Hierbij is het uitgangspunt de volledige wederzijdse erkenning van de kwalificatie van het samenwerkingsverband. Concreet gaat het om herkwalificatie van het samenwerkingsverband in de ontvangende lidstaat.¹⁶³

Indien alle 28 lidstaten instemmen met de door de EC voorgestelde anti-ontgaansrichtlijn, is de richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat, wat een positieve invloed zou hebben op een gelijk spelveld. Wel is het zo dat de EU-lidstaten bij het implementeren van de richtlijn veel zelf zullen moeten regelen. De ene lidstaat zou de richtlijn veel ruimer kunnen implementeren dan de andere. Dit zou het lastiger kunnen maken om tot een gecoördineerde aanpak te komen¹⁶⁴.

Voorts hebben de integrale wederzijdse erkenningsregels van de EC mogelijk overkill als gevolg. Indien er een gedeeltelijke aftrek, dus niet volledige aftrek, wordt geboden – als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking- en daartegenover in het andere land volledige belastingheffing plaatsvindt, is er immers sprake van dubbele belastingheffing. Het feit dat er geen oplossing geboden wordt voor dergelijke dubbele belasting situaties is in feite een gemiste kans en schaadt de rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Daarnaast zal artikel 10 van de conceptrichtlijn leiden tot concurrentie tussen landen onderling ten aanzien van het vennootschapsbelastingtarief¹⁶⁵ en wordt het soevereine recht van een EU-lidstaat om te bepalen hoe een hybride entiteit in de belastbare grondslag te betrekken ingeperkt, daar de door de Europese Commissie voorgestelde regelgeving volledige

¹⁶² Europese Commissie, Anti Tax Avoidance Directive, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 1-7

¹⁶³ Europese Commissie, COM(2016) 26 def. 28-01-2016 Brussel, Artikel 10.

¹⁶⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, Voorstel 'anti tax avoidance'-richtlijn, V-N 2016/12.5, p. 27

¹⁶⁵ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

herkwalificatie van hybride entiteiten vereist. Van den Hurk¹⁶⁶ is eveneens van mening dat de EC met haar anti-ontgaansrichtlijn te weinig rekening gehouden heeft met het verschil tussen grote en kleine lidstaten. Nederland, zijnde een relatief kleine lidstaat, is afhankelijker van sterke internationale relaties omdat het een kleine economie betreft. Derhalve kan het vestigingsklimaat eveneens worden aangetast. Ik onderschrijf deze mening, de voorgestelde anti-ontgaansrichtlijn mag dan de belastingopbrengsten doen toenemen in Europa, daar staat wel tegenover dat er met name in de kleinere lidstaten een reductie zal plaatsvinden in de arbeidsplaatsen.

Afgezien van reverse hybrid structuren kunnen hybride mismatch structuren die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben, ondervangen worden door renteaftrekbeperkingen volgens Marres en de Boer.¹⁶⁷ Ingeval er een betaling plaatsvindt anders dan interest, zoals een royalty, huur of loon betaling, is het volgens Marres en de Boer vrijwel onmogelijk een dubbele aftrek te bewerkstelligen. Echter blijkt uit uit voorbeeld 6.3 in actiepunt 2 dat dit niet zonder meer op gaat. Ook dient de nuancering gemaakt te worden dat de renteaftrekbeperking zijnde een oplossing voor hybride mismatch structuren (artikel 13 lid 17) die dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende heffing als gevolg hebben leidt tot overkill.

Mogelijke aanpassingen die Popa¹⁶⁸ voorstelt teneinde de nadelige effecten van hybride mismatches te bestrijden zijn; het verbieden dat hybride entiteiten deel uit mogen maken van een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime of de verliesverrekening van een hybride entiteit met een andere entiteit, binnen een consolidatie of een soortgelijk fiscale eenheidsregime, niet toestaan. Immers is uit de uitleg bij figuur 1 en 2 in hoofdstuk 3 gebleken dat een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen spreken van een double-deduction of een deduction, no inclusion, is dat er een consolidatie of een soortgelijk fiscale

¹⁶⁶ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016

¹⁶⁷ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

¹⁶⁸ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.3.2.3.3

eenheidsregime van kracht is. Net zoals de renteaftrekbeperking, ondervangt het verbod op verliesverrekening in de bovenstaande situatie, de mismatch met de reverse hybrid structuur niet. Immers wordt hierbij geen gebruik gemaakt van een vorm van fiscale eenheidsregime of consolidatie.

Voorts stelt Popa¹⁶⁹ voor CFC-regelgeving te implementeren in de nationale wetgeving van landen, als een mogelijke oplossing voor de nadelige gevolgen van kwalificatiemismatches. . Deze regels dienen ook worden toegepast op situaties met meer substance, dus niet enkel op brievenbusmaatschappijen. De keerzijde van de medaille is volgens Van de Streek¹⁷⁰ dat CFC-regelgeving Europese multinationals zal triggeren tot een herstructurering. Het hoofdkantoor zal dan verplaatst worden naar een land buiten Europa, teneinde daar de laag belaste passieve onderdelen van de groep onder te brengen. Ook Van den Hurk is van mening dat hoofdkantoren de EU zullen gaan verlaten onder deze regelgeving.¹⁷¹ Daarnaast zal dit een afname van het aantal arbeidsplaatsen als gevolg hebben.

Naast aanbevelingen in de nationale wetgeving, worden er in de literatuur ook aanbevelingen gedaan op internationaal vlak.

Zoals reeds in hoofdstuk vijf¹⁷² is opgemerkt, is Van den Hurk een voorstander van hard law en gaat zijn voorkeur uit naar een verordening die dubbele belastingheffing uitsluit, enkel op deze wijze hebben lidstaten niet meer de vrijheid om een gunstiger beleid te kiezen.¹⁷³ Mijns inziens zal de implementatie van de voorstellen op deze wijze geharmoniseerd worden, wat eveneens mogelijke nieuwe dispariteiten ondervangt. Wel dient het probleem omtrent een gedeeltelijke aftrek als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking waartegenover in het andere land volledige belasting plaatsvindt, opgelost te worden.¹⁷⁴ Dit

¹⁶⁹ O. Popa, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services, § 6.3.2.2.1

¹⁷⁰ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

¹⁷¹ M. Muller, Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

¹⁷² Zie paragraaf 5.2.1

¹⁷³ Aanpassing moeder-dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan, Taxlive 27/06/2014

¹⁷⁴ H. Lohuis en J.J.H. Reijnen, Hybride entiteiten: een einde met haken en ogen?, WFR 2016/48.

leidt immers tot dubbele belastingheffing. In deze gevallen zou het ontvangstland het betaalland moeten volgen en een (gedeeltelijke) vrijstelling moeten verlenen voor de rente die niet afgetrokken kan worden in het betaalland. De mogelijk dubbele belasting zou eventueel ook ondervangen kunnen worden middels een hardheidsclausuleverzoek. In the best case scenario zal uiteraard het probleem omtrent de concurrentie tussen landen onderling betreffende het vennootschapsbelastingtarief¹⁷⁵ -wat op haar beurt weer leidt tot een *race tot he bottom* - en de inperking van de soevereiniteit van landen¹⁷⁶, een rol blijven spelen.

Een afwijkende aanbeveling doet Bellingwout, deze auteur stelt de New Common Corporate Tax Base voor (hierna: NCCTB). De NCCTB is een gemeenschappelijke belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting, waarbij de grondslag wordt bepaald middels de cost-plusmethode. Daarnaast worden rentekosten uitgesloten van de grondslag, zodoende is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen irrelevant. Voorts kan er op deze wijze¹⁷⁷ geen base erosion and profit shifting meer plaats vinden. Volgens Bellingwout is het gebruiken van structuren met hybride entiteiten niet langer meer interessant. Hier gaat ook deze auteur voorbij aan voorbeeld 6.3 in actiepunt 2.¹⁷⁸ Indien er een betaling plaatsvindt anders dan interest, zoals een royalty, huur of loon betaling, is het conform dit voorbeeld wel mogelijk een dubbele aftrek te bewerkstelligen. Voorts zit de crux hem in de implementatie van dit stelsel, daar de implementatie van de CCCTB tot op heden ook van zich af heeft laten weten. Theoretisch zou het voorstel van Bellingwout echter wel een effectieve methode kunnen zijn om een deel van de hybride mismatches weg te nemen.

¹⁷⁵ R. de Boer en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

¹⁷⁶ Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op voorstel COM(2016)26 final, 16-02-2016, p. 25

¹⁷⁷ J.W. Bellingwout, Blueprint for a new common corporate tax base, European Taxation, januari 2015

¹⁷⁸ OECD (2015), Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD, Paris, p. 320

7.2 Conclusie

In deze scriptie is getracht antwoord te geven op de volgende hoofdvraag:

Welke problemen doen zich voor bij de belastingheffing van hybride entiteiten, bieden de voorgestelde oplossingen in actiepunten 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO en artikel 10 van de anti-ontgaansrichtlijn van de EC een adequate oplossing en zo nee, op welke wijze zou een dergelijke oplossing wel kunnen worden gerealiseerd?

Hierbij is onderzoek verricht naar het ondervangen van kwalificatiemismatches ten aanzien van hybride entiteiten. Uitgangspunt waren de door de OESO aanbevolen actiepunten 2 van het finale BEPS-rapport en de door de EC voorgestelde wederzijdse erkenningsregels uit artikel 10 van de conceptrichtlijn. Beide voorstellen zijn getoetst op adequaatheid aan de hand van een drietal toetsingscriteria, te weten; doelmatigheid, doeltreffendheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Ingeval alle landen op korte termijn de aanpassingen uit actiepunten 2 van het finale BEPS-rapport op de voorgestelde wijze implementeren, met inbegrip van de tot in detail uitgewerkte definities en basisbeginselen, dan zou dit een doeltreffende oplossing zijn geweest. Het probleem zit hem echter in de termijn waarop landen besluiten hun wetgeving aan te passen, en of ze dit überhaupt gaan doen op de voorgeschreven wijze. Rekening houdend met het feit dat staten tot op heden de voorstellen uit het partnership rapport niet (volledig) hebben opgevolgd -terwijl deze voorstellen minder ingrijpend waren- en rekening houdend met het feit dat de aanbevolen maatregelen van de OESO niet kunnen worden afgedwongen, acht ik de kans klein dat alle staten de aanpassingen op de voorgestelde wijze implementeren. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het eenzijdig invoeren van wetgeving op deze relatief 'vrijblijvende' BEPS-uitkomsten niet effectief is en ook niet goed is voor het gelijke speelveld binnen de EU en daarbuiten. Indien bepaalde landen de aanpassingen veel eerder implementeren dan anderen, zou dit een averechts effect kunnen hebben op de belastinginkomsten en op de competitiviteit in de economie van deze landen, daar het fiscale vestigingsklimaat relatief onaantrekkelijk wordt. Multinationals zullen zich gaan vestigen in landen waar de voorgestelde maatregelen (nog) niet zijn geïmplementeerd.

Ook staat nergens in de voorstellen concreet aangegeven wie er dient aan te kaarten dat er überhaupt een adjustment nodig is. Dit tezamen met het vrijblijvende karakter maakt het voorstel niet alleen moeilijk uitvoerbaar maar ook moeilijk handhaafbaar.

Hiertegenover staan wel hoge compliance- en nalevingskosten voor zowel de belastingplichtige en de autoriteiten. Mogelijk zouden deze kosten wel in verhouding kunnen staan met de hogere belastinginkomsten. Ik sluit derhalve niet uit dat deze maatregelen doelmatig kunnen zijn.

Ook bij de door de de door de EC voorgestelde wederzijdse erkenningsregels uit artikel 10 van de conceptrichtlijn kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Enkel als alle 28 lidstaten instemmen met de door de EC voorgestelde anti-ontgaansrichtlijn, is de richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat, wat een positieve invloed zou hebben op een gelijk spelveld. Wel is het zo dat de EU-lidstaten bij het implementeren van de richtlijn veel zelf zullen moeten regelen. De ene lidstaat zou de richtlijn veel ruimer kunnen implementeren dan de andere. Dit zou het lastiger kunnen maken om tot een gecoördineerde aanpak te komen.

Ook staat er nergens uiteengezet wiens taak het is het startschot te geven voor herkwalificatie wat leidt tot de vraag of er überhaupt ooit een herkwalificatie zal plaatsvinden. Derhalve trek ik zowel de uitvoerbaarheid als de handhaafbaarheid sterk in twijfel.

Voorts hebben de integrale wederzijdse erkenningsregels van de EC mogelijk overkill als gevolg. Indien er een gedeeltelijke aftrek, dus niet volledige aftrek, wordt geboden – als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking- en daartegenover in het andere land volledige belasting plaatsvindt, is er immers sprake van dubbele belastingheffing. Dat er geen oplossing geboden wordt voor dergelijke dubbele belasting situaties is in feite een gemiste kans en schaadt de rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Daarnaast zal artikel 10 van de conceptrichtlijn leiden tot concurrentie tussen landen onderling ten aanzien van het vennootschapsbelastingtarief en wordt het soevereine recht van een EU-lidstaat om te bepalen hoe een hybride entiteit in de belastbare grondslag te betrekken ingeperkt, daar de door de Europese Commissie voorgestelde regelgeving volledige herkwalificatie van hybride entiteiten vereist

Het feit dat deze maatregel dubbele belasting niet ondervangt en de mogelijke race to the bottom maken de maatregel in mijn optiek minder doeltreffend.

Van den Hurk is eveneens van mening dat de EC met haar anti-ontgaansrichtlijn te weinig rekening gehouden heeft met het verschil tussen grote en kleine lidstaten. Nederland zijnde een relatief kleine lidstaat is afhankelijker van sterke internationale relaties omdat het een kleine economie betreft. Derhalve kan het vestigingsklimaat eveneens worden aangetast. Ik onderschrijf deze mening, de voorgestelde anti ontgaansrichtlijn mag dan de belastingopbrengsten doen toenemen in Europa, daar staat wel tegenover dat er met name in de kleinere lidstaten een reductie zal plaatsvinden in de arbeidsplaatsen.

Omdat tegenover inperking van de soevereiniteit en reductie van arbeidsplaatsen staat dat het recht om belasting te heffen wordt verruimd zou deze maatregel mogelijk doelmatig kunnen zijn.

Gelet op het bovenstaande kan de vraag of de voorgestelde oplossingen in actiepunten 2 van het finale BEPS-rapport van de OESO en artikel 10 van de anti-ontgaansrichtlijn van de EC een adequate oplossing bieden, ontkennend worden beantwoord.

Om antwoord te kunnen geven op de vraag op welke wijze hybride mismatches tussen belastingstelsels ten aanzien van de kwalificatie van een hybride entiteit wel kunnen worden ondervangen, zijn er aanbevelingen uit de literatuur geraadpleegd. Naar aanleiding hiervan ben ik tot de conclusie gekomen dat geen enkele aanbeveling een kwalificatiemismatch perfect elimineert.

Uit het onderstaande schema volgt dat de aanbeveling van Van den Hurk als enige aanbeveling alle drie de typen hybride mismatches ondervangt én uitvoerbaar is.

Derhalve sluit ik me aan bij de aanbeveling van Van den Hurk. Hij is een voorstander van hard law en zijn voorkeur uit naar een verordening die dubbele belastingheffing uitsluit, enkel op deze wijze hebben lidstaten niet meer de vrijheid om een gunstiger beleid te kiezen. Mijns inziens zal de implementatie van de voorstellen op deze wijze geharmoniseerd worden, wat eveneens mogelijke nieuwe dispariteiten ondervangt. Wel dient het probleem omtrent een gedeeltelijke aftrek als gevolg van bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking waartegenover in het andere land volledige belasting plaatsvindt, opgelost te worden. Dit

leidt immers tot dubbele belastingheffing. In deze gevallen zou het ontvangstland het betaalland moeten volgen en een (gedeeltelijke) vrijstelling moeten verlenen voor de rente die niet afgetrokken kan worden in het betaalland. Een mogelijk andere oplossing hiervoor is een hardheidsclausuleverzoek.

Daarnaast zou concreet gemaakt moeten worden wiens taak het is het startschot te geven voor herkwalificatie. Daar het probleem met derde landen niet van de baan is, verwacht ik hier (op de lange termijn) een oplossing voor, waardoor verplaatsing van hoofkantoren tezamen met daling van het aantal arbeidsplaatsen niet aan de orde zal zijn.

In the best case scenario zal uiteraard het probleem omtrent de concurrentie tussen landen onderling betreffende het vennootschapsbelastingtarief -wat op haar beurt weer leidt tot een race tot de bodem - en de inperking van de soevereiniteit van landen, een rol blijven spelen. Echter staat daar tegenover dat deze wijze van het ondervangen van hybride mismatches wel een oplossing biedt voor alle drie de mismatches én reëel is ten aanzien van de implementeerbaarheid en uitvoerbaarheid.

Aanbeveling	Double deduction	Deduction, no inclusion	Reverse Hybrid	Uitvoerbaar	Overige opmerkingen
Renteaftrekbeperkingen	+	-	-	ja	Overkill mogelijk middels economische dubbele belasting
Aanpassen fiscale eenheidsregime (hybride entiteiten uitsluiten)	+	+	-	ja	
CFC-regelgeving	+	+	+	nee	-Hoofdkantoren zullen EU verlaten -Arbeitsplaatsen zullen afnemen
Verordening	+	+	+	ja	-Overkill mogelijk middels economische dubbele belasting -race tot he bottom
NCCCTB	+	-	-	nee	

LITERATUURLIJST

Artikelen

Jonker, U., Aanpak van belastingontwijking multinationals levert € 1 à 4 miljard op, 14-03-2016, Financieel Dagblad.

Boeken

Amatucci,A., International Tax Law, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2012, p. 97.

Essers, P.H.J. en G. Meussen, Taxation of Partnerships/Hybrid Entities, in The Governance of Close Corporations and Partnerships: US and European Perspectives, Oxford Scholarship Online, 2004

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

Fibbe, G.K. en A.J.A., Stevens, Hybrid Entities and the EU Direct Tax Directives, Kluwer Law International BV: The Netherlands 2015.

Graaf, A.C.G.A.C. de, Kavelaars, P., en Stevens, A.J.A., Internationaal belastingrecht, Kluwer: Deventer 2015.Jurisprudentie.

Popa, O., International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, IBFD Research Services

Jurisprudentie

Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04.

Hof van Justitie, 6 december 2007, C-298/05.

Tijdschriften

Boer, de, R. en O. Marres, BEPS Action 2: neutralizing the effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax, 2015, p. 40

Bolhaar, W.H.H., Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches, NTFR-A 2013/25.

Engelen, F.A., De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google, NTFR 2013/158.

Fetter, M. en S. Admiraal, Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant, Forfaitair 2006/167.

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

Fibbe, G.K., OESO en Europese Commissie op oorlogspad tegen hybride structuren, 'k Moet eerlijk zeggen: Andere wetenschappelijke uitgaven, 24-05-2013.

Fibbe, G.K., Recente ontwikkelingen omtrent fiscaal hybride entiteiten binnen de OESO en de EU, Ondernemingsrecht 2014/105.

Gosen, A.G.L.H., Hybride entiteiten: het vermijden van dubbele (niet-) belasting onder de MD-richtlijn en het OESO-modelverdrag, WFR 2016/16.

Harris, P., Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014

Lohuis, H., en J.J.H. Reijnen, Hybride entiteiten: een einde met haken en ogen?, WFR 2016/48.

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

Popa, O., Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan?, European Tax, September 2014

Redactie Vakstudienieuws (2015), Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten, V-N 2015/56.2

Redactie Vakstudie Nieuw (2016), Voorstel 'anti tax avoidance'-richtlijn, V-N 2016/12.5

Solinge, van, G. en M.P. Nieuwe Weme, 13 Kapitaalvennootschap; rechtspersoonlijkheid, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/13

Stevens, A.J.A., Hybride entiteiten en belastingverdragen, MBB 2010/04

Stevens, A.J.A., Het nieuwe classificatiebesluit, NTFR 2010/12.

Stevens, A.J.A., De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden, NTFR-B 2011/45

Stevens, A.J.A., Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.

Tuerff, T., G., Sierra en H., Cohen, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws) (Public Discussion Draft), Deloitte USA, 2014, Washington

Vleggeert, J., De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus “aggressive tax planning indicators”, WFR 2016/47.

Wilde, M.F. de, Rapport BEPS Actiepunt: ‘Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, NTFR 2015/2722.

Kamerstukken en beleid

Besluit van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168.

Besluit van 11 september 2009, nr. CPP 2009/510M, BNB 2010/58.

Brief Staatssecretaris van Financiën, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657M, 05-10-2015.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, nr. IZV/2015/936 U, V-N 2015/61.12.

Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op voorstel COM(2016)26 final, 16-02-2016.

Code of Conduct Group, Report of the Council (Ecofin), Brussel, 13 december 2011, 17081/1/11.

Europese Commissie, COM(2011) 121 def., 03-10-2011 Brussel.

Europese Commissie, COM(2012) 722 def., 06-12-2012 Brussel.

Europese Commissie, COM(2015) 302 def., 17-06-2015 Brussel.

Europese Commissie, COM(2016) 26 def., 28-01-2016 Brussel.

Kamer Aanbiedingsbrief informatievoorziening over nieuwe Commissievoorstellen 04-03-2016 bijlage: Fiches van de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC), Fiche 3.

Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 112.

OECD-report: 'The application of the OECD model.ax convention to partnerships', 1999.

OECD-report, 'Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues', 2012.

OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 BEPS-project.

OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: Action 2, 2015 Final Report.

OECD (2015), Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 -2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

Websites

Muller, M., Anti-ontwijkingsrichtlijn Europese Commissie (on)aangenaam verrassend, Taxlive 03-02-2016.

Muller, M., Anti-BEPS-richtlijn vereist weloverwogen akkoord, Taxlive 16-03-2016.

Muller, M., Aanpassing moeder-dochterrichtlijn eenvoudiger gezegd dan gedaan, Taxlive 27/06/2014

Postma, A., Comments on OECD Discussion Drafts on Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, EY, 2

