

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Hybride mismatches & de samenwerkende groep, een mismatch?

Een onderzoek naar de invloed van de samenwerkende groep op de ratio van de hybride mismatchwetgeving

Naam student: Josephine van der Have
Studentnummer: 446334

Begeleider: L.C. van Hulten MSc
Tweede beoordelaar: Mr. Y. Vink

Datum: 02-07-2020

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam

Inhoud

Lijst van afkortingen.....	4
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	5
1.1 Aanleiding en probleemstelling.....	5
1.2 Opbouw	6
1.3 Afbakening	7
Hoofdstuk 2. De wetgeving betreffende hybride mismatches.....	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Een wereldwijde aanpak: het BEPS-project.....	9
2.2.1. Globalisering, een problematische ontwikkeling?	9
2.2.2 De problematiek van hybride mismatches.....	10
2.2.3 De doelen van het BEPS-project	12
2.3 De Europese aanpak: ATAD II	13
2.3.1 ATAD I & II.....	13
2.3.2 De ratio van ATAD II	14
2.3.3. Tussenconclusie.....	15
2.4 De Nederlandse implementatie.....	15
2.5 De werking van de wetgeving	16
2.5.1 Het neutraliseren van de voordelen	17
2.5.2 Inzoomen op de samenwerkende groep.....	18
2.6 Beantwoording deelvragen.....	20
Hoofdstuk 3. De samenwerkende groep nader bekeken	22
3.1 Inleiding.....	22
3.2 De context van de samenwerkende groep	22
3.3 Effective control	23
3.3.1. Effective control in het BEPS-project.....	24
3.3.2 Effective control in ATAD II.....	26
3.3.3. Tussenconclusie.....	28
3.4 De visie van de wetgever.....	28
3.4.1 Interpretatiemethode van de wetgever	29
3.4.2. Concrete elementen van de samenwerkende groep I.....	29
3.4.3 Tussenconclusie.....	31
3.5 Vakliteratuur over de samenwerkende groep	32
3.5.1 (On)duidelijkheid en rechtsonzekerheid.....	32
3.5.2. Mazen in de wet(?)	34
3.6 Jurisprudentie betreffende de samenwerkende groep.....	36

3.6.1 <i>De samenwerkende groep en fraus legis</i>	36
3.6.2 <i>Concrete elementen van een samenwerkende groep II</i>	37
3.6.3. <i>Tussenconclusie</i>	40
3.7 Beantwoording deelvraag.....	40
Hoofdstuk 4. De samenwerkende groep en de ratio	44
4.1 Inleiding.....	44
4.2 De werking van hybride mismatches met een samenwerkende groep	44
4.2.1 <i>Een kanttekening bij de definitie van de samenwerkende groep</i>	44
4.2.2. <i>Hybride mismatches met een samenwerkende groep</i>	45
4.3 Aanbevelingen aan de wetgever	49
4.4 Beantwoording deelvraag.....	52
5. Conclusie	53
5.1 Inleiding.....	53
5.2 Bevindingen.....	53
5.3 Conclusie	54
Literatuurlijst	56
Bijlage 1	60

Lijst van afkortingen

A-G	= Advocaat-generaal
ATAD I	= De eerste Anti-Tax Avoidance Directive
ATAD II	= De tweede Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	= Base Erosion and Profit Shifting
DD	= Double Deduction (een dubbele aftrekpost)
D/NI	= Deduction No Inclusion (een aftrekpost zonder betrekking in de heffing)
EU	= Europese Unie
FCPR	= Fonds Communs de Placement à Risques
LP	= Limited partnership
LTD	= Limited
MNO	= Multinationale onderneming
OESO	= Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
STAK	= Stichting administratiekantoor
SWV	= Samenwerkingsverband
VI	= Vaste inrichting
Wet VPB 1969	= Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Aanleiding en probleemstelling

In 2013 presenteerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) een actieplan tegen belastingontwijking en grondslaguitholling: het BEPS-project (Base Erosion and Profit Shifting). Ook in de media¹ en politiek² was er de afgelopen jaren veel aandacht voor deze problematiek. In hoeverre is belastingontwijking nog maatschappelijk aanvaardbaar? Het BEPS-project heeft duidelijkheid gegeven over een aantal vormen van belastingontwijking: deze zijn nu verboden of beperkt mogelijk. In deze scriptie worden twee elementen behandeld die (indirect) voortkomen uit het BEPS-project: de wetgeving rondom hybride mismatches en het begrip samenwerkende groep.

In 2020 zijn onder andere de artikelen 12aa-12ag in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (vanaf nu: Wet VPB 1969) geïntroduceerd. Deze kwamen voort uit actiepunt 2 van het BEPS-project, het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches,³ en de tweede Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD II) van de Europese Unie (EU)⁴. Hybride mismatches zijn structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels om belasting te ontwijken. Deze structuren vinden in de praktijk nagenoeg alleen plaats in groepsverhoudingen⁵. De wetgeving is, logischerwijs, ook alleen dan van toepassing⁶, waarom zou je immers een onafhankelijke derde willen bevoordelen? Deze scriptie zoomt in op één specifieke groepsverhouding: de samenwerkende groep.

Juist het begrip samenwerkende groep is interessant om nader te bekijken omdat er geen eenduidige of wettelijke definitie is. In 2017 is dit begrip in artikel 10a, Wet VPB 1969 geïntroduceerd met als doel de maas in de wet rondom het formele verbondenheidscriterium te dichten. In de praktijk werd dit criterium van 1/3^e belang⁷ namelijk veelal als volgt ontweken: verschillende aandeelhouders met een klein belang deden een gecoördineerde investering. Door dit soort praktijken als ‘samenwerkende groep’ aan te duiden heeft de wetgever de formele definitie van verbonden lichamen uitgebreid.⁸ De invulling

¹ Denk hierbij bijvoorbeeld aan de Panamapapers (zie bijvoorbeeld: M. Fonseca, ‘Panama Papers leverden al 1 miljard euro aan boetes en naheffingen op – en het einde is nog niet in zicht’, *de Volkskrant* 3 april 2019), maar ook de aandacht voor de belastingconstructie van bedrijven als Ikea of Apple (bijvoorbeeld: W. van Noort, ‘Drie vragen over de naheffing van 13 miljard voor Apple’, *NRC handelsblad* 30 augustus 2016 & C. Driessen, ‘Hoe Ikea al jarenlang belastingen ontwijkt’, *NRC handelsblad* 7 december 2018).

² Bijvoorbeeld het algemeen overleg van de Tweede Kamer over belastingontwijking op 28 maart 2019, zie *Kamerstukken II*, 2018/19, 25087 nr. 236.

³ Action 2 Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>.

⁴ Richtlijn (EU) 2017/952 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen. Vanaf nu: ATAD II.

⁵ Met groepsverhoudingen wordt bedoeld op artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969: belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam, hoofdhuis en vaste inrichting, twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam en gestructureerde regelingen. In paragraaf 3.3 wordt hier nader op ingegaan.

⁶ Zie voetnoot 5.

⁷ Zie artikel 10a, vierde lid, onderdelen a-c, Wet VPB 1969. Voor de volledigheid: er is ook sprake van verbondenheid indien de partijen in dezelfde fiscale eenheid zitten (zie artikel 10a, vierde lid, onderdeel d, Wet VPB 1969) maar dat is niet op deze manier te ontwijken.

⁸ *Kamerstukken II*, 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29 (MvT).

van het begrip samenwerkende groep is niet eenduidig en ontwikkelt zich nog. Om deze redenen is de uitleg en werking van dit begrip voor de wetgeving rondom hybride mismatches (nog) niet volledig duidelijk. Afhankelijk of de invulling van het begrip zich breed of juist eng ontwikkelt zullen meer, respectievelijk minder, hybride mismatches mogelijk zijn. Is deze wetgeving dan nog wel in lijn met het doel dat de wetgever beoogde? In deze scriptie wordt hier verder naar gekeken aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

‘Draagt het begrip samenwerkende groep bij aan de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches? En zo nee, is er aanvullend beleid nodig?’

Deze vraag is wetenschappelijk relevant omdat er nog niet eerder zo uitgebreid onderzoek is gedaan naar de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches. Maatschappelijk draagt deze scriptie bij aan de discussie rondom belastingontwijking. Omdat in deze scriptie kritisch gekeken zal worden of de wetgeving uitwerkt zoals de wetgever beoogd heeft of dat er aanvullend beleid nodig is, is deze scriptie ook beleidsmatig relevant. De onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van literatuuronderzoek.

1.2 Opbouw

Hoe het begrip samenwerkende groep de toepassing van de wetgeving betreffende hybride mismatches beïnvloed, staat centraal in deze scriptie. Om dit te onderzoeken zijn er vier deelvragen opgesteld. De manier waarop deze zijn onderzocht wordt voorts toegelicht.

Hoofdstuk 2 biedt inzicht in hybride mismatches. Het ontstaan, de ratio en de werking van de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 worden bekeken. Eerst wordt de context geschetst, hierdoor kan de lezer de problematiek betreffende hybride mismatches beter plaatsen. Want waar kom de behoefte aan wetgeving vandaan? Vervolgens wordt in chronologische volgorde de ratio betreffende hybride mismatches bekeken, achtereenvolgens komen aan de orde: het BEPS-project, ATAD II en de implementatie van de Nederlandse wetgeving betreffende hybride mismatches. Met deze elementen kan de eerste deelvraag beantwoord worden: *‘Wat is de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches?’*. Vervolgens wordt de werking van de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 op hoofdlijnen uitgelegd. Dit is nodig om de invloed van het begrip samenwerkende groep op de uitwerking van de artikelen te kunnen begrijpen. De algemene werking van de wetgeving moet duidelijk worden, die wordt geïllustreerd met een voorbeeld. Er wordt ingezoomd op artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969. Dit lid beoogt een beperking van de toepassing van de wetgeving betreffende hybride mismatches. Hiermee wordt een bruggetje naar het begrip samenwerkende groep gemaakt.⁹ De lezer zal begrijpen dat nadere invulling van het begrip

⁹ De wetgeving betreffende hybride mismatches is namelijk onder andere van toepassing in gelieerde verhoudingen (artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969) en een samenwerkende groep betreft gelieerde lichamen (artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969). Dit is uitgewerkt in paragraaf 2.5.2.

nodig is omdat het in de wettekst niet is gedefinieerd. Met bovenstaande uitleg kan de tweede deelvraag beantwoord worden: *‘Hoe werken de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969?’*.

In het derde hoofdstuk wordt het begrip samenwerkende groep uitgewerkt. Eerst wordt de context van het begrip geschetst. Vervolgens wordt vanuit internationaal perspectief de samenwerkende groep uitgewerkt. In het BEPS-project¹⁰ en ATAD II¹¹ is het begrip effective control te vinden. Dit lijkt de internationale, equivalente term voor samenwerkende groep. Tevens is het mijns inziens nodig aandacht te besteden aan het begrip acting together.¹² Door vervolgens de Nederlandse parlementaire stukken rondom de samenwerkende groep te behandelen kan bekeken worden hoe de internationale termen doorwerken in de nationale interpretatie. Voorts wordt het begrip verder ingevuld aan de hand van vakliteratuur. Tot slot wordt de jurisprudentie betreffende de samenwerkende groep behandeld. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord zal worden is als volgt: *‘Hoe kan het begrip samenwerkende groep uit artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 gedefinieerd worden?’*.

In hoofdstuk 4 komen de twee hoofdelementen van deze scriptie samen: hybride mismatches en de samenwerkende groep. Er wordt bekeken in hoeverre de definitie van de samenwerkende groep, zoals gevonden in hoofdstuk 3, aansluit bij de hybride mismatchwetgeving. Tevens wordt de werking van hybride mismatches met een samenwerkende groep geïllustreerd. Verschillende onduidelijkheden en beperkingen komen hierbij naar voren. Derhalve worden er twee aanbevelingen aan de wetgever gedaan en wordt er een blik in de toekomst geworpen. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord zal worden luidt als volgt: *‘Hoe verhoudt de interpretatie van het begrip samenwerkende groep zich tot de ratio van de hybride mismatchwetgeving?’*.

De scriptie wordt afgesloten met een samenvatting en beantwoording van de hoofdvraag.

1.3 Afbakening

Om in logische stappen, zonder onnodige uitweidingen, bij het antwoord van de hoofdvraag te komen, gaat deze scriptie op de volgende zaken niet in.

Deze scriptie betreft hybride mismatches, daarom worden andere actiepunten van het BEPS-project buiten beschouwing gelaten. Om een compleet beeld te geven wordt in hoofdstuk 2 wel beknopt de algemene reden achter het BEPS-project uitgelegd. Specifiek wordt er echter alleen op de problematiek en de reden achter actiepunt 2 ingegaan. Bij de toelichting over ATAD II komt de eerste Anti-Tax

¹⁰ Zie bijvoorbeeld aanbeveling 11 onderdeel 1 (b) van OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, p. 113.

¹¹ Zie paragraaf 13 van de preambule van ATAD II.

¹² OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 113. & p. 117 en preambule van ATAD II, par. 13.

Avoidance Directive (ATAD I) kort aan bod, andere richtlijnen die als reactie op het BEPS-project verschenen¹³ worden niet behandeld.

Betreffende de werking van hybride mismatches is het nodig te benadrukken dat slechts de algemene werking duidelijk moet worden. Mismatches door middel van een dubbele vestigingsplaats worden dan ook buiten beschouwing gelaten omdat deze – aldus de Kamerstukken - in de praktijk nauwelijks voorkomen.¹⁴ Ook op hybride overdrachten wordt niet ingegaan: deze zijn erg complex en het uitleggen van de werking draagt weinig bij aan deze scriptie.

Hoofdstuk 3 beperkt zich tot de interpretatie van het begrip samenwerkende groep voor de Nederlandse wetgeving. De begrippen effective control en acting together uit het BEPS-project en ATAD II worden wel bekeken omdat deze doorwerken naar het Nederlandse begrip. Andere internationale visies of rechtszaken worden niet behandeld. In dit hoofdstuk wordt niet ingegaan op de interpretatie van eerdere introducties van de samenwerkende groep in de Nederlandse wet.¹⁵ De reden hierachter is dat deze interpretatie niet doorwerkt naar het huidige begrip.¹⁶

Hoofdstuk 4 bevat geen specifieke beperkingen.

¹³ Bijvoorbeeld de Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisselingen op belastinggebied, deze geef invulling aan actiepunt 5.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 29.

¹⁵ Het begrip komt meerdere keren terug in de parlementaire geschiedenis, zie onder meer: *Kamerstukken I* 1999/2000, 26727, nr. 202c, p. 16-17 & 21 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32426, nr. 7, p. 10.

¹⁶ Dit volgt impliciet uit *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT) omdat er geen nadere invulling wordt gegeven. In *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 14 (NV II), p. 51 komt dit explicieter naar voren.

Hoofdstuk 2. De wetgeving betreffende hybride mismatches

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar hybride mismatches. Wat zijn dat precies? En waarom is wetgeving nodig? Er komen verschillende onderwerpen aan bod om de twee deelvragen te beantwoorden. De eerste deelvraag biedt inzicht in het ontstaan van de wetgeving rondom hybride mismatches: *‘Wat is de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches?’*. Er wordt bekeken waarom de OESO het BEPS-project startte, waarbij specifiek aandacht is voor actiepunt 2: het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. Vervolgens wordt ATAD II toegelicht, de richtlijn waarmee de EU op het BEPS-project reageerde. Aansluitend komt de Nederlandse implementatie van deze richtlijn aan bod. *‘Hoe werken de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969?’* is de tweede deelvraag van dit hoofdstuk. Om hierop een antwoord te kunnen formuleren, wordt de werking van de artikelen toegelicht. Hierbij wordt ingezoomd op de samenwerkende groep.

2.2 Een wereldwijde aanpak: het BEPS-project

‘We reiterate the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the ongoing work of the OECD in this area’. In de jaarlijkse bijeenkomst van de leiders van de G20¹⁷ in 2012 wordt de noodzaak van het werk van de OESO rondom het BEPS-project nogmaals benadrukt,¹⁸ een jaar later gaat het project van start. Maar hoe is de noodzaak voor het BEPS-project ontstaan? En wat moet er precies bereikt worden? Het is interessant om te kijken naar de ontwikkelingen die tot het BEPS-project en vooral actiepunt 2 geleid hebben. Hierdoor kan de doelstelling van het project in een bredere context geplaatst worden.

2.2.1. Globalisering, een problematische ontwikkeling?

De problematiek van grondslaguitholling en winstverschuiving komt hoofdzakelijk voort uit twee ontwikkelingen: globalisering en digitalisering.¹⁹ Voor de vraagstelling is het slechts relevant om in te gaan op de invloed van globalisering op belastingheffing.²⁰

Globalisering heeft de afgelopen decennia voor een verschuiving in businessmodellen gezorgd. Waar vroeger veel bedrijven in één land gevestigd waren, opereren ze steeds vaker in meerdere landen (multinationale ondernemingen, vanaf nu: MNO's). Technologische ontwikkelingen, mobiele productiefactoren en de vermindering van internationale handelsbelemmeringen zorgen er mede voor dat een internationale bedrijfsstructuur nu vaak efficiënter is. Belastingstelsels daarentegen zijn niet

¹⁷ Groep van 19 landen en de EU.

¹⁸ G20 Leaders Declaration, 19 juni 2012, Los Cabos, Mexico, par. 48, laatste volzin.

¹⁹ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p. 9-11.

²⁰ Digitalisering staat niet in verband met hybride mismatches en wordt daarom in deze scriptie niet behandeld, voor de achtergrond en de aanpak van de problemen rondom digitalisering en belastingheffing zie: OESO (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*.

fundamenteel veranderd. Zo zijn steeds grotere gaten ontstaan tussen belastingstelsels van verschillende landen. Ook nationale belastingwetgeving sluit (nog) niet goed aan bij deze ontwikkelingen.²¹

Zonder te diep op technische details in te gaan, worden de problemen van globalisering voor belastingheffing bekeken. MNO's ervaren door de globalisering veel meer concurrentie. Om de winst op peil te houden worden veelal kostendrukkende bedrijfsstrategieën ingezet.²² Ook belastingkosten worden laag gehouden, onder andere door oneigenlijk gebruik van belastingverdragen (bijvoorbeeld door treaty shopping)²³ en agressieve tax planning. Bij agressieve tax planning maken MNO's gebruik van gaten in het internationale belastingstelsel: door kunstmatige constructies op te zetten worden winsten verschoven naar plekken zonder reële economische activiteit en/of belastingheffing.²⁴ Het gebruik maken van hybride mismatches is een vorm van agressieve tax planning. Andere voorbeelden zijn het verschuiven van kosten naar landen met een hoog belastingtarief of het ontwijken van bronbelastingen.²⁵ Gemeenschappelijke factor bij al voorgenoemde zaken is dat deze nooit mogelijk zouden zijn indien het bedrijf in één land zou zitten. Het BEPS-project biedt onder andere een aanpak voor de beschreven problemen van globalisering.^{26, 27}

2.2.2 De problematiek van hybride mismatches

Dusver is gebleken dat globalisering veel problemen voor belastingheffing met zich mee brengt, hybride mismatches zijn hiervan een voorbeeld. Uit een gesimplificeerde omschrijving van een hybride mismatch volgt al dat deze voortkomen uit de geglobaliseerde economie: een hybride mismatch is een structuur waarbij gebruikt wordt gemaakt van kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels om belasting te ontwijken. Juist internationale bedrijven kunnen hier dus gebruik van maken, nationaal opererende bedrijven vallen immers in één belastingstelsel van één land. Hybride mismatches kunnen op verschillende manieren ontstaan: met financiële instrumenten, vaste inrichtingen (vanaf nu: VI) en hybride entiteiten.²⁸ De kwalificatieverschillen tussen landen voor deze drie vormen worden toegelicht, vervolgens wordt ingegaan op de problemen die hybride mismatches met zich meebrengen.

Een financieel instrument is een instrument dat leidt tot rendement op een geldlening, een daarmee vergelijkbare overeenkomst of eigen vermogen.²⁹ Het betalen van rente is vreemd vermogen en

²¹ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.27.

²² OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 13 & 28.

²³ OESO (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping, Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, p. 11.

²⁴ BEPS work, <https://www.oecd.org/tax/aggressive/>.

²⁵ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 73-81.

²⁶ Zie actiepunten 2, 3, 4, 5, 6 & 12 van het BEPS-project als aanpak voor de beschreven problemen.

²⁷ Deze paragraaf biedt een (gesimplificeerde) illustratie van grondslaguitholling en belastingontwijking rondom globalisering, een volledige beschrijving is te vinden in OESO(2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

²⁸ OESO (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, p. 8. en Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 (MvT).

²⁹ Artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969.

afteikbaar van de winst,³⁰ het uitdelen van eigen vermogen (dividend) echter niet.³¹ Indien het ene land een (rente)betaling als vreemd vermogen en een ander land deze als eigen vermogen aanmerkt, is er sprake van een kwalificatieverschil. Dit is een hybride mismatch door middel van een financieel instrument. Een andere vorm is een hybride VI. Een VI betreft, gesimplificeerd, ondernemingsactiviteiten van een entiteit (hoofdhuis) in het buitenland met een zekere mate van duurzaamheid en aanwezigheid.³² In dit kader komt de problematiek betreffende kwalificatieverschillen op indien landen een verschillende methode hanteren om de aanwezigheid van een VI te bepalen. Ook indien landen de winst (van het hoofdhuis) op verschillende wijze toerekenen aan een VI kan deze problematiek ontstaan.³³

De derde vorm van hybride mismatches betreffen situaties met hybride lichamen; deze vorm behoeft uitgebreidere uitleg. Een hybride lichaam is een entiteit die in het ene land als transparant wordt gezien en in het andere land als niet-transparant. Bij transparante entiteiten worden de inkomsten toegerekend aan de achterliggende participanten; niet-transparante entiteiten zijn zelfstandig belastingplichtig. Hoe kan het dat het ene land een entiteit als transparant ziet en een ander niet? Dit is een gevolg van verschillende kwalificatiemethoden voor buitenlandse entiteiten: de similarity-, de elective- en de fixed approach.³⁴ Doorgaans komen deze kwalificatieverschillen alleen bij personenvennootschappen voor omdat kapitaalvennootschappen in de regel niet-transparant zijn.³⁵ Om het ontstaan van hybride lichamen te begrijpen worden hierna de verschillende methoden kort toegelicht. Daarnaast wordt de werking geïllustreerd met een voorbeeld.

i) de similarity approach: dit is een vergelijkingsmethode waarbij de juridische eigenschappen van een buitenlandse entiteit vergeleken worden met die van binnenlandse entiteiten. Zo wordt bepaald of een buitenlandse entiteit meer overeenkomt met een binnenlandse transparante of niet-transparante entiteit.³⁶ Nederland past deze methode toe, zie hiervoor het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009.³⁷

ii) de elective approach: bij deze methode kiezen buitenlandse entiteiten zelf om als transparant of niet-transparant te kwalificeren. In veel gevallen kan hiermee dubbele heffing voorkoming worden. In sommige gevallen kan dit echter ook de mogelijkheid voor een hybride mismatch creëren.³⁸

³⁰ Artikel 8, eerste lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 3.8 Wet IB 2001.

³¹ Artikel 10, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

³² A. Hofman, *'Vaste inrichting: grensoverschrijdende activiteiten belast in het buitenland.'*, <https://www.navigators.nl/thema/1087>

³³ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 & 16 (MvT).

³⁴ In de literatuur is ook de symmetrical approach te vinden. Omdat er slechts weinig landen zijn die deze methode toepassen, wordt deze buiten beschouwing gelaten (zie: W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/25, par. 2.2.4.).

³⁵ W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/25, par. 2.1.

³⁶ W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/25, par. 2.2.1.

³⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, *Stcrt.* 2009, 19749.

³⁸ W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/25, par. 2.2.2.

iii) de fixed approach: hierbij worden alle buitenlandse entiteiten als transparant of niet-transparant gekwalificeerd. Onder andere Italië past deze methode toe, daar worden alle buitenlandse entiteiten als niet-transparant aangemerkt.³⁹

Hoe uit deze methoden een hybride lichaam ontstaat, zal nu verduidelijkt worden. Een besloten CV gevestigd in Nederland met participanten in Italië is een voorbeeld van een hybride lichaam. Een besloten CV is namelijk transparant in Nederland, op basis van de fixed approach wordt de besloten CV vanuit Italiaans perspectief echter als niet-transparant aangemerkt.

Mismatches zijn problematisch wegens verschillende redenen. Als vorm van agressieve tax planning leiden ze allereerst tot minder belastingopbrengst in het algemeen. Ook ontstaat er oneerlijke concurrentie tussen MNO's en het midden- en kleinbedrijf. MNO's kunnen namelijk (gemakkelijker) profiteren van de voordelen die hybride mismatches bieden. Ten slotte komen ook de transparantie en economische efficiëntie in geding als er complexe structuren ontstaan wegens belastingredenen.⁴⁰

2.2.3 De doelen van het BEPS-project

Nu de problematiek van globalisering voor belastingheffing duidelijk is, kan gekeken worden naar de oplossingen. Het BEPS-project geeft met 15 actiepunten een aanpak voor de beschreven problemen. Het actieplan moet landen helpen bij het voorzien in nationale en internationale mogelijkheden om belasting te heffen die beter in lijn liggen met de reële economische activiteit. Internationale belastingheffing moet weer gaan aansluiten bij de geglobaliseerde business modellen.⁴¹ In het BEPS-project wordt benadrukt dat een multilaterale aanpak cruciaal is. Unilaterale acties zullen leiden tot chaos, onzekerheid en mogelijke dubbele belastingheffing.⁴²

Specifiek voor hybride mismatches is het doel van het BEPS-project om de effecten te neutraliseren.⁴³ Dit betekent dat het belastingvoordeel behaald met de mismatch teniet wordt gedaan.⁴⁴ Om dit doel te bereiken zijn aanpassingen in het OESO-modelverdrag en aanbevelingen voor nationale wetgeving gedaan.⁴⁵ De meningen over de aanpak en het doel van het BEPS-project lopen uiteen. Zo vinden Graaf & Visser dat de OESO met het BEPS-project slechts aan probleembestrijding doet en niet bijdraagt een structurele oplossing voor de verouderde belastingstelsels. De hybride mismatchmaatregelen zien zij als een voorbeeld hiervan. In het algemeen betogen Graaf & Visser voor een geheel andere

³⁹ W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/25, par. 2.2.3.

⁴⁰ OESO (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, p.11-12.

⁴¹ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 8-9.

⁴² OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p. 11.

⁴³ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 15-16.

⁴⁴ De uitwerking hiervan komt in paragraaf 2.5 aan bod.

⁴⁵ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 15-16.

heffingsbenadering, op basis van economische realiteit.⁴⁶ Voor hybride mismatches specifiek wordt geen concrete, structurele oplossing aangedragen. Net als Graaf & Visser onderkent ook de Wilde dat de OESO niet de oorzaak van hybride mismatches bestrijdt. Een internationaal geharmoniseerd kwalificatie- en classificatiesysteem ziet hij als mogelijke oplossing maar voor nu gaat dat te ver: landen moeten autonoom blijven in hun kwalificatie- en classificatiebeslissingen.⁴⁷ Fibbe onderschrijft, in EU-verband, deze oplossing wel: lidstaten moeten aansluiten bij elkaars fiscale kwalificatie om de oorzaak van hybride mismatches weg te nemen. Dat dit de autonomie van lidstaten zou aantasten⁴⁸ is volgens Fibbe een drogreden omdat dit al in grote mate gebeurt is.⁴⁹ Mijns inziens zou deze oplossing in EU-verband goed kunnen werken. Het probleem van hybride mismatches is echter wereldwijd en derhalve is de oplossing van Fibbe niet volledig doeltreffend. Deze opmerking ligt in het verlengde van wat de Wilde aangeeft: in hoeverre zijn landen (buiten de EU) immers bereid hun autonomie op te geven? Het BEPS-project heeft hier een oplossing voor: de secundaire regel. Hiermee worden de effecten van mismatches ook geneutraliseerd indien het land van de betaler geen maatregelen kent.⁵⁰ Dit maakt het toepassingsbereik veel breder. Naar mijn mening is actiepunt 2 van het BEPS-project op dit moment dan ook zeer doeltreffend. Er is nog geen haalbaar alternatief om de oorzaak van hybride mismatches aan te pakken. Rekening houdend met de mogelijkheid dat er nieuwe structuren ontstaan om de maatregelen te omzeilen, is het wat mij betreft wel verstandig te (blijven) denken over een structurele oplossing.

2.3 De Europese aanpak: ATAD II

In 2016 reageerde de EU op het BEPS-project met ATAD I. Met deze richtlijn onderschrijft de Raad van de Europese Unie (vanaf nu: de Raad) de conclusies uit het BEPS-project en steunt maatregelen om grondslaguitholling en belastingontwijking te bestrijden.⁵¹ In 2017 volgde ATAD II. In deze paragraaf wordt bekeken wat ATAD II precies inhoudt en hoe deze richtlijn zich verhoudt tot actiepunt 2 van het BEPS-project: het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches.

2.3.1 ATAD I & II

ATAD II is niet alleen een wijziging van ATAD I maar ook een uitbreiding. ATAD I bevat een aantal maatregelen tegen belastingontwijking, waarvan een die ziet op hybride mismatches. Deze regels betreffende hybride mismatches waren echter niet alomvattend genoeg: deze zagen alleen op

⁴⁶ A.C.G.A.C. de Graaf & K.J. Visser, 'BEPS: het einde van belastingplanning?', *MBB* 2017/4, par. 3.2.

⁴⁷ M. F. de Wilde, *commentaar bij OESO – Actiepunten BEPS*, NDFR (online, bijgewerkt tot 15 december 2019), par. 6.2.

⁴⁸ Dit tegenargument komt onder meer terug in het commentaar van de NOB commissie wetsvoorstellen, p. 2 & 14-15, https://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob_commentaar_anti-beps_richtlijn.pdf

⁴⁹ G.K Fibbe, 'Hybride mismatches onder ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186, par. 8.

⁵⁰ In paragraaf 2.5 wordt onder meer de secundaire regel uitgelegd.

⁵¹ Preambule van ATAD I, par. 2.

belastingontwijking via hybride entiteiten en financiële instrumenten tussen Europese lidstaten.⁵² Met ATAD II zijn de regels uit ATAD I vervangen door regels die tevens gelden voor derde landen.⁵³ Ook kwamen er extra maatregelen rondom VI's, hybride overdrachten, geïmporteerde mismatches en situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats.⁵⁴

2.3.2 De ratio van ATAD II

Hier wordt de ratio van ATAD II aan de hand van het doel van het BEPS-project bekeken. Ook de keuze van de Raad voor een richtlijn is relevant en wordt toegelicht.

In zowel ATAD I als ATAD II wordt de methode van het BEPS-project tot het neutraliseren van de effecten (grotendeels) gevolgd. In paragraaf 28 van de preambule is dit expliciet aangegeven: *‘Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn dienen de lidstaten gebruik te maken van de toepasselijke toelichting en voorbeelden in het OESO-rapport over BEPS-actie 2, als bron van voorbeelden of uitlegging voor zover deze sporen met het bepaalde in deze richtlijn en met het recht van de Unie.’* Geheel in lijn met paragraaf 28 zijn geen fundamentele afwijkingen in ATAD II te vinden ten opzichte van actiepunt 2 van het BEPS-project.⁵⁵

ATAD II is een richtlijn, staat de keuze voor juist deze rechtshandeling⁵⁶ in verband met de ratio? Richtlijnen hebben een bindende werking ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar geven lidstaten wel vrijheid vorm en middelen te kiezen om het doel te bereiken.⁵⁷ De Raad heeft voor een richtlijn gekozen om de werking van de interne markt te waarborgen, hiervoor is het essentieel dat lidstaten een coherente en gecoördineerde aanpak hebben.⁵⁸ Ook oud-staatssecretaris van Financiën Menno Snel vindt dat oplossingen voor belastingontwijking zoveel mogelijk bindend moeten zijn.⁵⁹ Een kanttekening is hier op zijn plaats; richtlijnen bieden lidstaten namelijk enige flexibiliteit qua implementatie.⁶⁰ Fibbe stelt dat ATAD I ruimte laat voor inconsistente implementatie, wat kan resulteren in een ineffectieve aanpak van hybride mismatches.⁶¹ Naar mijn inzicht geldt dit niet voor ATAD II: de

⁵² Preambule van ATAD I, par. 13 en R.P. van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 10.

⁵³ Preambule van ATAD II, par. 5.

⁵⁴ Preambule van ATAD II, par. 6, 7 & 26.

⁵⁵ Wel zijn er kleine, geen fundamentele, afwijkingen te vinden tussen de ATAD II en het BEPS-project, voor een uitgebreide toelichting hierop zie: R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 15-03-2020), par. 8.5.10.

⁵⁶ De EU heeft om haar bevoegdheden uit te oefenen de volgende rechtshandelingen tot haar beschikking: verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen (dit volgt uit artikel 288 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap).

⁵⁷ Artikel 288 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

⁵⁸ Preambule van ATAD I, par. 2.

⁵⁹ *Kamerstukken II*, 2012/13, 25087, nr. 34, p. 9.

⁶⁰ Voor een uitgebreidere uitleg betreffende flexibiliteit in richtlijnen zie: R.P.C.W.M. Brandsma e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 15-03-2020), par. 3.0.3.

⁶¹ G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186, par. 8.

keuzevrijheid bij deze richtlijn is immers beperkt.⁶² De (argumentatie van de) keuze voor een richtlijn lijkt mij dan ook juist. Enige flexibiliteit in de richtlijnen is wel nodig, onder meer zodat de maatregelen goed op de belastingstelsels van de lidstaten aansluiten.⁶³

2.3.3. Tussenconclusie

De Raad benadrukt met de keuze voor een richtlijn het belang van een multilaterale samenwerking, in het BEPS-project komt dit ook naar voren.⁶⁴ Om deze reden en vanwege paragraaf 28 van de preambule van ATAD II wordt gesteld dat de ratio van ATAD II in het verlengde ligt van het doel van het BEPS-project.

2.4 De Nederlandse implementatie

Sinds 2020 bevat de Nederlandse vennootschapsbelasting een uitgebreide aanpak tegen hybride mismatches. In deze paragraaf zal de ratio van de recent geïmplementeerde artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 toegelicht worden. Voor een volledig beeld van de Nederlandse wetgeving tegen hybride mismatches komt ook artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB aan bod.

Het kabinet wil af van ‘*het beeld dat Nederland het internationale bedrijven fiscaal makkelijk zou maken om belasting te ontwijken*’.⁶⁵ De afgelopen jaren staat het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling dan ook hoog op de politieke agenda.⁶⁶ Zowel de actieve rol van Nederland rondom het BEPS-project als de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 wijzen op deze intentie.⁶⁷ De nieuwe artikelen uit 2020 komen voort uit ATAD II⁶⁸ en deze richtlijn is op zeer strikte wijze geïmplementeerd.^{69, 70} Ook dit sluit aan bij de bredere doelstelling van het kabinet. Mede wegens deze strikte implementatie komt de ratio van de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 overeen met die van ATAD II: het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. In de literatuur zijn op dit doel, ten

⁶² Dit volgt uit de transponeringstabel uit *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 35 – 37.

⁶³ Preambule van ATAD I, par. 3 en P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.2.3, p. 14.

⁶⁴ Zie paragraaf 2.2.3.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3, par. 2, tweede volzin (MvT).

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 (MvT) en bijlage bij Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987, p. 2.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 (MvT) en bijlage bij Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987, p. 2.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁶⁹ Deze strikte implementatie is onder meer terug te zien in het feit dat de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van mogelijkheden tot uitzonderingen. Zo bestond de mogelijkheid banken tijdelijk uit te sluiten van de maatregelen betreffende hybride mismatches. De wetgever koos hier niet voor omdat hybride financiële instrumenten ongewenste fiscale resultaten hebben en derhalve aangepakt moeten worden. Het argument dat banken deze structuren gebruiken vanwege hun verliesabsorptiecapaciteit is voor de wetgever geen rechtvaardiging voor de ongewenste uitkomst (*Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 32-33, (MvT)). Een ander voorbeeld betreft het strikt invoeren van de secundaire regel, ook hiervoor bestond de mogelijkheid bepaalde situaties uit te zonderen (*Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 10, 19 & 20 (MvT)).

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 35-37 (MvT).

opzichte van de werking van de wet, geen relevante kritiekpunten te vinden.⁷¹ Wel is er kritiek op de complexiteit van de wetgeving.⁷² Stevens & Rijff vinden echter dat ondanks de complexiteit er een goed conceptwetsvoorstel is gekomen,⁷³ wat mij betreft geldt dit ook voor de uiteindelijke wettekst. Mijns inziens draagt in dit geval de complexiteit bij aan de doeltreffendheid: alle vormen van hybride mismatches moeten immers binnen het bereik van de wet vallen.

Om het doel van de Nederlandse wetgeving betreffende hybride mismatches volledig te begrijpen is het van belang ook de ratio van artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969 te bekijken. Dit is de enige andere bepaling in de Nederlandse wet tegen hybride mismatches en ziet op het tegengaan van hybride leningen. In 2016 werd lid zeventien ingevoerd als gevolg van een wijziging in de Moeder-dochterrichtlijn⁷⁴. Volgens de Raad was deze wijziging nodig ter voorkoming van misbruik.⁷⁵ Belangrijk punt hierbij is dat deze bepaling niet voortkomt uit ATAD II. Omdat die wel (gedeeltelijk) dezelfde problematiek bevat, kan bekeken worden of er enig verband tussen artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969 en ATAD II is. Er is inderdaad expliciet aangegeven dat er aansluiting is gezocht bij de ontwikkelingen van het BEPS-project.⁷⁶ Tevens relevant is de keuze van het kabinet voor een mondiale toepassing van deze bepaling tegen hybride leningen. Deze keuze sloot aan bij de conceptvoorstellen van het BEPS-project^{77, 78} en ondersteunt de brede doelstelling van het kabinet: het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling.

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat Nederland streeft naar een algemene aanpak tegen belastingontwijking en grondslaguitholling. Dit komt onder meer naar voren in de strikte implementatie van ATAD II. De hieruit volgende wetsartikelen beogen de effecten van hybride mismatches te neutraliseren.

2.5 De werking van de wetgeving

In deze paragraaf zal de werking van de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 duidelijk worden. Welke voordelen werden er met hybride mismatches behaald? En waarom kan dat nu niet meer? Een voorbeeld

⁷¹ Er is wel kritiek op de aanpak: het neutraliseren van de effecten. Deze kritiek op het BEPS-project en ATAD II is beschreven in paragrafen 2.2.3. en 2.3.

⁷² Zie bijvoorbeeld: *Reactie van 10-12-18 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan het Ministerie van Financiën met betrekking tot de internetconsultatie Implementatie ATAD2*, <https://www-ndfr-nl.eur.idm.oclc.org/pdfroot/nob-reactie-10dec2018.pdf> en *Het RB geeft het Ministerie van Financiën stof tot nadenken*, <https://www-ndfr-nl.eur.idm.oclc.org/pdfroot/pb-rb-051218.pdf>.

⁷³ A.J.A. Stevens & L.S. Rijff, 'de Nederlandse implementatie van ATAD 2: het consultatiedocument', *MBB* 2019/2-7, par. 3.

⁷⁴ Moeder-dochterrichtlijn (2011/96/EU).

⁷⁵ Preambule van Richtlijn EU (2015/121), par. 2-5.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34306, nr. 6, p. 1-2 (NV II).

⁷⁷ Er wordt hier verwezen naar de conceptvoorstellen omdat de definitieve rapporten betreffende het BEPS-project uitkwamen in het najaar van 2015, artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969 werd al 1 januari 2016 geïmplementeerd.

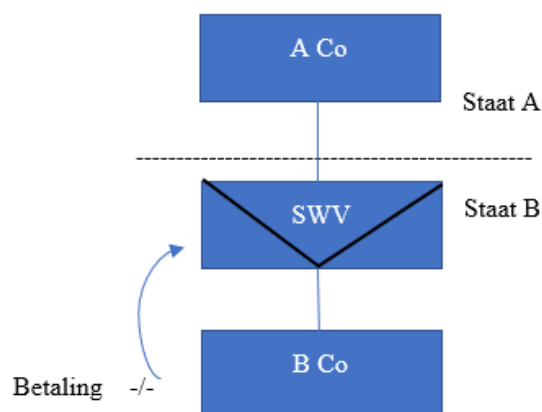
⁷⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34306, nr. 3, p. 3 (MvT).

biedt een illustratie van de werking. Daarna wordt het begrip samenwerkende groep in relatie tot de beperking van de toepassing van de wetgeving bekeken.

2.5.1 Het neutraliseren van de voordelen

Het voordeel dat behaald kan worden⁷⁹ met een hybride mismatch is een aftrekpost zonder betrekking in de heffing (Deduction No Inclusion, vanaf nu: D/NI) of een dubbele aftrekpost (Double Deduction, vanaf nu: DD). In beide gevallen leidt de aftrekpost tot een lagere fiscale winst en dus minder te betalen belasting. De wetgever gaat D/NI in beginsel tegen door de aftrekpost te weigeren (dit is de primaire regel).⁸⁰ Indien de staat van de betaler geen anti-hybridemismatchregels kent kan de aftrekpost niet geweigerd worden. In dat geval wordt de secundaire regel toegepast: de betaling wordt bij de ontvanger in de heffing betrokken.^{81, 82} Bij DD wordt één van de twee aftrekposten geweigerd, hierdoor is er geen sprake meer van dubbele aftrek.⁸³ Het belastingvoordeel wordt dus steeds geneutraliseerd. DD en D/NI worden gecreëerd met hybride lichamen, financiële instrumenten of VI's, in paragraaf 2.2.2 is uitgelegd hoe deze ontstaan. Een voorbeeld illustreert hoe een hybride mismatch daadwerkelijk tot een voordeel kan leiden.

In dit voorbeeld⁸⁴ wordt een voordeel door middel van het gebruik van een hybride lichaam beoogd. Het samenwerkingsverband (SWV) is een hybride lichaam en door middel van een betaling aan het SWV is sprake van een D/NI situatie. Hoe werkt dit stap voor stap uit? A Co, SWV en B Co zijn gelieerde entiteiten. Staat A ziet SWV als een niet-transparante entiteit en verwacht dat SWV zelfstandig in Staat B belast wordt. Staat B ziet SWV echter als transparante entiteit en rekent de winst toe aan de participanten, in dit geval A Co. SWV is dus een hybride lichaam en haar winsten worden nergens in de heffing betrokken. Indien B Co een betaling doet aan



Figuur 1. Een betaling aan een hybride lichaam

⁷⁹ Voor de volledigheid: een hybride mismatch hoeft niet perse tot een voordeel te leiden, het kan zelfs tot dubbele belastingheffing leiden.

⁸⁰ Een uitzondering hierop zijn hybride instrumenten (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969). De primaire regel voor hybride instrumenten is artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969. Dit volgt uit artikel 12aa, vijfde lid, Wet VPB 1969.

⁸¹ Artikel 12ab, Wet VPB 1969.

⁸² Voor de volledigheid: de secundaire regel wordt slechts toegepast bij artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a-c, e en f, Wet VPB 1969. Voor situaties beschreven in onderdeel d werkt de objectvrijstelling (artikel 15e, Wet VPB 1969) namelijk als secundaire regel.

⁸³ Voor de volledigheid: bij DD is er, net als bij D/NI, sprake van een primaire als secundaire regel. Middels de primaire regel weigert de staat van de investeerder de aftrek. Indien het land van de investeerder geen hybride mismatchwetgeving kent treedt, bij lidstaten van de EU, de secundaire regel in werking: de staat van de betaler weigert de aftrek (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g en vierde lid, Wet VPB 1969).

⁸⁴ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken II*, 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT).

SWV, heeft B Co een aftrekpost terwijl de betaling nergens in de heffing wordt betrokken: D/NI. De primaire regel zou in dit geval betekenen dat B Co de betaling niet in aftrek mag nemen.⁸⁵ Indien staat B geen regels tegen hybride mismatches kent, wordt in staat A – als dit een EU-staat is – in beginsel de secundaire regel toegepast: de betaling wordt tot de winst van A Co gerekend.⁸⁶

Artikel 12aa, Wet VPB 1969 geeft een gelimiteerde opsomming van hybride mismatch-situaties: het bevat alle hybride mismatches die bekend zijn.⁸⁷ Naast de betaling aan een hybride entiteit, zoals in het voorbeeld, bevat dit artikel ook vergoedingen of betalingen door hybride entiteiten, uit hoofde van een financieel instrument en vergoedingen of betalingen aan een (buiten beschouwing blijvende) VI. In het algemeen worden vergoedingen of betalingen alleen aangepakt indien en voor zover het leidt tot D/NI.⁸⁸ Bij een aantal soorten hybride mismatches geldt hierbij specifiek dat de aftrek niet geweigerd wordt indien de betaling in vermindering komt op dubbel in aanmerking genomen inkomen.⁸⁹ Kortom, alleen de daadwerkelijke voordelen als gevolg van een hybride mismatch worden geneutraliseerd. Dit is logisch: als er geen voordeel wordt behaald is er ook geen sprake van belastingontwijking en grondslaguitholling. Ook de voordelen van betalingen en vergoedingen die DD veroorzaken worden door artikel 12aa, Wet VPB 1969 geneutraliseerd.⁹⁰ In al deze situaties is het principe hetzelfde als in het voorbeeld: met een geldstroom wordt gebruik gemaakt van een kwalificatie verschil om een (belasting)voordeel te behalen. Middels de primaire of secundaire regel wordt het voordeel teniet gedaan. De algemene werking van de wetgeving tegen hybride mismatches is uitgewerkt, de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 bevatten verder onder meer nog definities, een aantal bijzondere vormen van hybride mismatches en een administratieplicht voor belastingplichtigen.

2.5.2 Inzoomen op de samenwerkende groep

De werking van de wetgeving betreffende hybride mismatches is uitgelegd. Hoe past de samenwerkende groep hierin? Om uiteindelijk bij het begrip samenwerkende groep uit te komen, wordt eerst artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969 bekeken. Dit lid beperkt de toepassing van de wetgeving: slechts in bepaalde verhoudingen worden de effecten van hybride mismatches geneutraliseerd. DD en D/NI worden slechts aangepakt indien deze ontstaan tussen belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam, hoofdhuis en VI, twee of meer VI's van hetzelfde lichaam of uit hoofde van een gestructureerde regeling.⁹¹ Om het begrip samenwerkende groep te bekijken moet ingezoomd worden op het begrip gelieerd lichaam. Dit begrip is te vinden in artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969. Er sprake van

⁸⁵ Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.

⁸⁶ Artikel 12ab, eerste lid, Wet VPB 1969.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 3 (NV II).

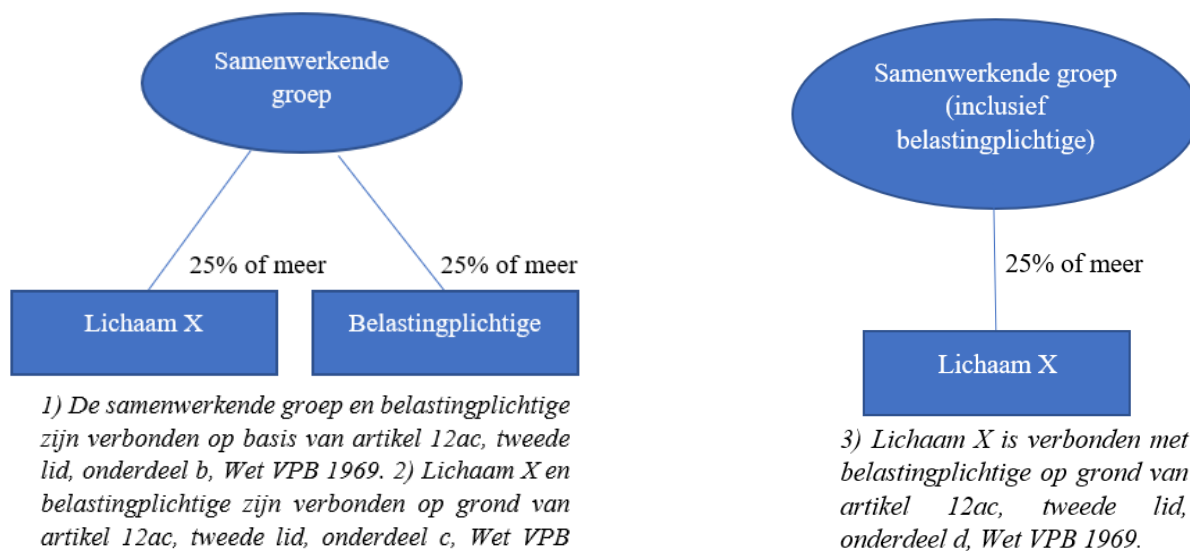
⁸⁸ Artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a-f, Wet VPB 1969.

⁸⁹ Artikel 12aa, derde lid, Wet VPB 1969.

⁹⁰ Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, Wet VPB 1969.

⁹¹ Artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969.

gelieerde lichamen in de volgende gevallen: i) er is sprake van een belang van minimaal 25%⁹² tussen belastingplichtige en een ander lichaam, natuurlijk persoon of in verhouding met een derde⁹³ ii) de lichamen behoren dezelfde groep⁹⁴ of iii) er is sprake van een samenwerkende groep.⁹⁵ Indien er een samenwerkende groep is, zijn er drie vormen die tot gelieerde (en dus verbonden) lichamen leiden; dit volgt uit artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b, c en d, Wet VPB 1969. Deze drie vormen zijn (versimpeld) grafisch weergegeven in figuur 2.⁹⁶ Relevant op te merken is dat in figuur 2 alleen sprake kan zijn van een hybride mismatch indien de gelieerde partijen in een andere staat gevestigd zijn.



Figuur 2. De drie vormen van gelieerdheid met een samenwerkende groep

Middels figuur 2 is een eerste stap gezet om de werking rondom hybride mismatches en de samenwerkende groep te duiden. De plek in de wet en de relevantie van de samenwerkende groep bij hybride mismatches is duidelijk. Door deze grafische illustratie is ook het belang van de uitwerking van het begrip duidelijk: indien er sprake is van een, respectievelijk geen, samenwerkende groep is de wetgeving wel, of juist niet, van toepassing. In hoofdstuk 4 wordt een volledig beeld van de werking tussen de samenwerkende groep en hybride mismatches geschetst.

⁹² Een belang dat tenminste: 25% van het nominaal gestorte kapitaal bedraagt, 25% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt of recht geeft op 25% van de winst (artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969).

⁹³ Voor de volledigheid, het gaat om een belang in een van de volgende verhoudingen: belastingplichtige heeft tenminste 25% belang in een lichaam, een lichaam of natuurlijk persoon houdt ten minste 25% belang in belastingplichtige of een natuurlijk persoon of lichaam houdt tenminste 25% in belastingplichtige en in één of meer andere lichamen, in dat geval zijn de andere lichamen ook gelieerd aan belastingplichtige (artikel 13ab, achtste en negende lid, Wet VPB 1969).

⁹⁴ Ter verduidelijking: dit is een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en geen samenwerkende groep.

⁹⁵ Artikel 12ac, tweede lid, onderdelen a-e, Wet VPB 1969.

⁹⁶ In figuur 2 wordt met '25% belang of meer' het volgende bedoeld: een belang dat tenminste 25% bedraagt van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal, tenminste 25% vertegenwoordigt van de statutaire stemrechten in het lichaam of recht geeft op tenminste 25% van de winst van het lichaam (artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969).

2.6 Beantwoording deelvragen

In dit hoofdstuk zijn het ontstaan en de werking van de wetgeving betreffende hybride mismatches onderzocht. De twee geformuleerde deelvragen kunnen nu worden beantwoord.

De eerste deelvraag luidt: *‘Wat is de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches?’*. Hiervoor zijn het ontstaan en het doel van het BEPS-project, ATAD II en de implementatie van de artikelen tegen hybride mismatches in de Nederlandse wet bekeken. Duidelijk is geworden dat belastingstelsels (nog) niet goed aansluiten op geglobaliseerde businessmodellen. Tot 2020 waren hierdoor onder meer hybride mismatches mogelijk: door middel van hybride financiële instrumenten, hybride VI's en hybride entiteiten werd belasting ontweken. Hybride mismatches schaadden de belastingopbrengsten, concurrentie, transparantie en economische efficiëntie. Het BEPS-project biedt een aanpak tegen hybride mismatches en ziet ook op verschillende andere gevolgen van de geglobaliseerde (en gedigitaliseerde) economie. ATAD II bevat regels specifiek tegen hybride mismatches. Zowel ATAD II als actiepunt 2 van het BEPS-project beogen de effecten van hybride mismatches te neutraliseren.

In Nederland is ATAD II strikt geïmplementeerd. Hiermee streeft het kabinet een bredere doelstelling na: het optreden tegen grondslaguitholling en belastingontwijking. Deze doelstelling is ook terug te zien in de keuze voor een brede, mondiale werking van artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969. De doelstelling sluit aan bij het BEPS-project. Ook de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches ligt in het verlengde van het BEPS-project.⁹⁷ Wegens de strikte implementatie van de richtlijn is de ratio gelijk aan die van ATAD II. De ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches bestaat dus uit twee elementen en kan als volgt samengevat worden: de wetgeving neutraliseert de effecten van hybride mismatches, dit past in de bredere doelstelling van het kabinet om op te treden tegen grondslaguitholling en belastingontwijking.

In paragraaf 2.5 is de werking van de wetgeving betreffende hybride mismatches bekeken. Hiermee kan een antwoord geformuleerd worden op de tweede deelvraag *‘Hoe werken de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969?’*. Met hybride mismatches wordt beoogd op een lager belastbaar bedrag uit te komen middels D/Ni of DD. De wetgeving treedt hier tegen op door de gevolgen te neutraliseren: middels de primaire en secundaire regel wordt de aftrek beperkt of de vergoeding of betaling wordt in de heffing betrokken. Op dit moment raakt de wetgeving alle hybride mismatches die bekend zijn. Er zijn twee beperkingen in de toepassing: ten eerste is de wetgeving (logischerwijs) alleen van toepassing indien en voor zover er D/Ni of DD wordt behaald. Ten tweede is in artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969 opgenomen in welke verhoudingen deze artikelen van toepassing zijn, er is hierbij ingezoomd op de samenwerkende groep. Een bondig antwoord op deze deelvraag luidt als volgt: artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969

⁹⁷ In paragraaf 2.3 is beschreven dat er geen fundamentele afwijkingen tussen BEPS en ATAD II zijn, wegens de kleine verschillen is het doel niet één op één gelijk. Dit geldt dus ook voor de Nederlandse implementatie.

neutraliseren de gevolgen van hybride mismatches middels de primaire of secundaire regel indien deze plaatsvinden in een van de verhoudingen omschreven in artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969.

Hoofdstuk 3. De samenwerkende groep nader bekeken

3.1 Inleiding

Wanneer is er sprake van een samenwerkende groep? En waarom precies? De samenwerkende groep is niet gedefinieerd in de wet, dit maakt het begrip lastig te interpreteren. In het algemeen kan het begrip als volgt omschreven worden: een groep aandeelhouders met ieder een klein belang die een gecoördineerde investering doen.⁹⁸ Deze omschrijving is naar mijn mening niet erg concreet. In dit hoofdstuk wordt een meer afgebakende definitie gezocht aan de hand van de volgende deelvraag: ‘*Hoe kan het begrip samenwerkende groep uit artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 gedefinieerd worden?*’. Om hier een antwoord op te vinden is het eerst nodig de context van het begrip te schetsen, waarom is het begrip geïntroduceerd? Vervolgens wordt gekeken naar internationale termen voor de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches: effective control en acting together. Voorts volgt een verkenning van het begrip in nationaal perspectief, achtereenvolgens worden parlementaire stukken, de vakliteratuur en jurisprudentie behandeld. Door deze nationale informatie te combineren met de internationale begrippen kan een antwoord op de deelvraag geformuleerd worden.

3.2 De context van de samenwerkende groep

Een startpunt naar een eenduidige definitie van de samenwerkende groep is de begripsomschrijving in de wet. In artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 staat ‘*een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid*’. Wat is de rol van de samenwerkende groep in artikel 10a, Wet VPB 1969? En is deze benadering één op één gelijk voor de maatregelen tegen hybride mismatches?

De samenwerkende groep is in 2017 in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 geïmplementeerd. Dit artikel bevat een renteaftrekbepaling om winstdrainage tegen te gaan.⁹⁹ Net als bij de maatregelen tegen hybride mismatches is de samenwerkende groep relevant voor het bepalen van het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling. De antiwinstdrainagebepaling is van toepassing bij verbonden lichamen en de samenwerkende groep is een vorm van verbondenheid. Tot 2017 bevatte deze slechts het formele verbondenheidscriterium van kortgezegd 1/3^e belang.¹⁰⁰ Hierdoor bestond de mogelijkheid de bepaling te ontwijken: indien vier of meer investeerders samen investeerden in één entiteit (een gecoördineerde investering), hielden zij ieder minder dan 1/3^e belang en was de

⁹⁸ Dit volgt uit: *Kamerstukken II*, 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29 (MvT).

⁹⁹ R. van Dam, commentaar bij artikel 10a – Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – niet-aftrekbare rente, NDFR (online, bijgewerkt tot 23 maart 2020), par. 1.

¹⁰⁰ Voor de volledigheid, bij deze renteaftrekbepaling wordt als een met de belastingplichtige verbonden lichaam aangemerkt: een lichaam waarin belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige en een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige (artikel 10a, vierde lid, onderdelen a-c, Wet VPB 1969). Tevens is er sprake van verbondenheid indien een lichaam met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid (artikel 10a, vierde lid, onderdeel d en zevende lid, Wet VPB 1969). Dit wordt verder buiten beschouwing gelaten omdat het niet bijdraagt aan de uitwerking van de samenwerkende groep.

renteaf trekbeperking niet van toepassing. De wetgever vond dit onwenselijk en introduceerde het begrip samenwerkende groep. Sinds 2017 vallen hierdoor gecoördineerde investeringen die slechts in materiële zin aan het verbondenheidscriterium voldoen ook binnen het bereik van de antiwinstdrainagebepaling.¹⁰¹

Duidelijk is dat de samenwerkende groep in de wet is geïntroduceerd om ontwikkelingspraktijken rondom de antiwinstdrainagebepaling te verminderen. In dit hoofdstuk wordt beoogd een definitie te vinden die relevant is voor de hybride mismatchwetgeving. Omdat de meeste bronnen zien op artikel 10a, Wet VPB 1969¹⁰² zal, waar nodig, benadrukt worden waarom de bron ook voor hybride mismatches geldt. In sommige gevallen blijft onduidelijk op welke manier de samenwerkende groep uitgelegd moet worden in de context van hybride mismatches, in hoofdstuk 4 wordt hier nader op ingegaan. Twee verschillen zijn relevant hier te vermelden omdat deze door het hele hoofdstuk terugkomen: bij artikel 10a, Wet VPB 1969 geldt een formeel verbondenheidscriterium van $1/3^e$,¹⁰³ bij de wetgeving betreffende hybride mismatches ligt dit lager: 25%.¹⁰⁴ In het hierboven beschreven voorbeeld zouden er voor hybride mismatches derhalve niet ten minste vier maar vijf investeerders moeten samenwerken om aan het formele criterium te ontkomen. Een tweede verschil betreft de mogelijkheid voor natuurlijk personen om aangemerkt te worden als lid van een samenwerkende groep. Bij de hybride mismatchwetgeving kan dit wel, bij artikel 10a, Wet VPB 1969 niet.¹⁰⁵

3.3 Effective control

Effective control lijkt de internationale, equivalente term voor de samenwerkende groep. Het begrip is, net als de samenwerkende groep, onderdeel van (de aanbevelingen voor) het toepassingsbereik van de maatregelen tegen hybride mismatches. De begrippen zijn niet één op één gelijk. Het nader bekijken van effective control geeft echter wel belangrijke handvaten om het begrip samenwerkende groep in de context van hybride mismatches in te kleuren. Veel van de andere literatuur ziet immers op de samenwerkende groep bedoeld in artikel 10a Wet, VPB 1969. In deze paragraaf zal eerst het begrip effective control vanuit het BEPS-project worden uitgewerkt en vervolgens vanuit ATAD II. Bij beide zal tevens kort aandacht worden besteed aan het begrip acting together. Naar mijn mening benadrukt dit begrip het groeps-element. Een uitwerking hiervan kan inzicht geven in een eenduidige definitie van de samenwerkende groep.¹⁰⁶

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29-30 (MvT).

¹⁰² De wetgeving betreffende hybride mismatches is op 1 januari 2020 geïmplementeerd en er is nog nauwelijks literatuur verschenen over de samenwerkende groep in de context van de hybride mismatchwetgeving.

¹⁰³ Artikel 10a, vierde lid, Wet VPB 1969.

¹⁰⁴ Artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969.

¹⁰⁵ Artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b-d, Wet VPB 1969 en artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969.

¹⁰⁶ Voor de volledigheid: in de literatuur is, naast effective control, ook acting together aangehaald als internationale/Europese term voor de samenwerkende groep (zie E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, 'Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021', *WFR* 2020/106, par. 2.2). Deze publicatie is zeer recent en dusver hebben er nog geen auteurs op gereageerd of deze visie onderschreven. Derhalve kan er niet zonder meer vanuit gegaan worden dat dit de juiste term is en effective control niet. Mijns inziens bevatten beide begrippen elementen van de samenwerkende groep.

3.3.1. Effective control in het BEPS-project

In deze paragraaf wordt ingegaan op het toepassingsbereik van actiepunt 2 van het BEPS-project. Er wordt ingezoomd op effective control. Voorts komt het begrip acting together aan de orde.

Het toepassingsbereik van actiepunt 2 omvat gestructureerde regelingen en verschillende concernverhoudingen.¹⁰⁷ Eén van de beschreven concernverhoudingen is de control group.¹⁰⁸ In de omschrijving van de control group komt onder meer het begrip effective control voor, dit is namelijk een vorm van een control group.¹⁰⁹ Indien twee entiteiten in dezelfde control group zitten zijn (een deel van) de maatregelen tegen hybride mismatches van toepassing.¹¹⁰ Er zijn een aantal specifieke regels die bepalen of er sprake is van een control group. In het algemeen is dit het geval bij partijen die dan wel door aandelen, dan wel door feitelijke omstandigheden met elkaar in verband staan.¹¹¹

In de beschrijving van de control group komt effective control aan de orde. De OESO omschrijft het begrip als volgt: *‘Two persons are in the same control group if: the first person has an investment that provides that person with effective control of the second person or there is a third person that holds investments which provides that person with effective control over both persons’*.¹¹² Deze definitie geeft weer dat er sprake is van een control group indien een persoon voldoende belang heeft in een ander en hierdoor de feitelijke zeggenschap heeft in beslissingen. Er is geen kwantitatief criterium voor de omvang van dit belang. Dat dit criterium vooral relatief is blijkt uit het volgende: indien een natuurlijk persoon een substantieel aandeel houdt in een beursgenoteerd bedrijf, heeft die persoon de feitelijke zeggenschap (effective control) over het aanwijzen van bestuurders.¹¹³ Dit is niet het geval indien er meerdere aandeelhouders zijn met een substantieel bezit. Wel kan er al sprake zijn van effective control indien één persoon 20% aandelen bezit en alle andere aandeelhouders heel kleine belangen houden.¹¹⁴ De OESO benadrukt de case-by-case approach: per geval moet bekeken worden of er sprake is van effective control.¹¹⁵ Wegens de relatieve benadering, met slechts één procentueel voorbeeld en de case-

¹⁰⁷ Aanbeveling 10 en 11 uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 105-120.

¹⁰⁸ Op de andere vormen wordt niet ingegaan omdat dit niet relevant is voor deze scriptie.

¹⁰⁹ Aanbeveling 11.1, onderdeel b (i) uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 113.

¹¹⁰ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 20.

¹¹¹ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 113.

¹¹² Aanbeveling 11.1, onderdeel b (ii) uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 113.

¹¹³ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, par. 364, p. 116.

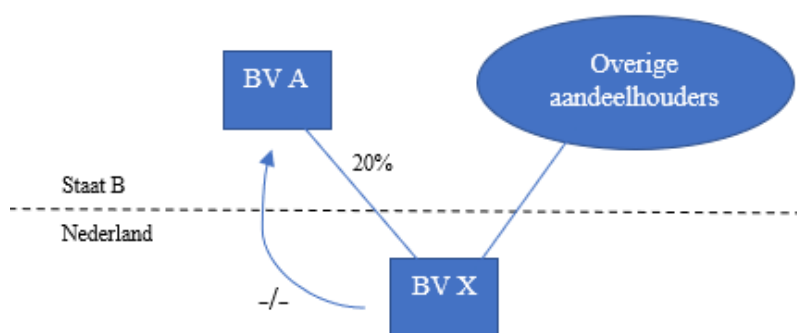
¹¹⁴ Voorbeeld 11.3 uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 449-450.

¹¹⁵ Dit blijkt uit voorbeeld 11.1 uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 445-446.

by-case approach is het lastig om concrete elementen voor de definitie van de samenwerkende groep te vinden.

Het begrip effective control mist naar mijn mening een groepsbenadering. In de definitie van de OESO gaat het in totaal om slechts twee of drie personen. Mijns inziens zijn zowel een element van controle als een groeps-element onmisbaar bij de samenwerkende groep betreffende hybride mismatches. Er moet immers invloed op de beslissingen uitgeoefend kunnen worden omdat anders niet tot een hybride mismatch structuur besloten kan worden. Tevens moet een groep minimaal vijf investeerders bevatten¹¹⁶ om het formele verbondenheidscriterium te ontlopen.

Deze redenatie kan geïllustreerd worden met een voorbeeld, zie figuur 3. BV X is gevestigd in Nederland en heeft verschillende aandeelhouders. BV A heeft een substantieel belang van 20% van de aandelen, de andere aandeelhouders bezitten slechts enkele procenten. Er is (waarschijnlijk)¹¹⁷ sprake van effective control. Stel, BV A verstrekt een hybride



Figuur 3. Illustratie van het belang van een groeps-element bij de samenwerkende groep

financieel instrument aan BV X. Wegens dit hybride karakter worden de betalingen afgetrokken bij de winst van BV X maar niet in de heffing betrokken bij BV A: D/Nl.¹¹⁸ Dit wordt niet geneutraliseerd omdat er bij een belang van 20% geen sprake is van gelieerde lichamen en dus zijn de maatregelen betreffende hybride mismatches niet van toepassing.¹¹⁹ De voordelen van deze structuur voor BV A zijn duidelijk. Maar hoe werkt dit uit voor de overige aandeelhouders? Deze profiteren niet van het instrument en zien alleen de betalingen, die de winst en derhalve hun dividend drukken. BV A zal de structuur moeten aanpassen zodat andere aandeelhouders ook kunnen profiteren, anders is de kans groot dat deze helemaal niet tot stand komt. Deze aanpassing zal leiden tot een groep die samenwerkt. De overige aandeelhouders bezitten immers kleine belangen.¹²⁰ BV A zal derhalve meerdere

¹¹⁶ In een samenwerkende groep in de context van hybride mismatches werken minimaal vijf natuurlijke personen/entiteiten samen, zie paragraaf 3.2.

¹¹⁷ In de alinea voorafgaand aan deze is beschreven dat er al sprake kan zijn van effective control indien één persoon een belang van 20% heeft in een beursgenoteerd bedrijf. De voorzichtige formulering is nodig wegens de case-by-case approach.

¹¹⁸ Voor een uitgebreide uitleg van hybride financiële instrumenten zie: *Kamerstukken II 2018/19*, 35241, nr. 3, p.13-16 & 41-42 (MvT).

¹¹⁹ Artikel 12aa, tweede lid, Wet VPB 1969, artikel 12ac, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. artikel 13ab, negende en tiende lid, Wet VPB 1969.

¹²⁰ Voor de volledigheid: het kan zijn dat een van de overige aandeelhouders een groter belang heeft, maar dan kan niet met zekerheid gesteld worden dat er sprake is van effective control voor BV A. Tevens kan er sprake zijn van effective control bij een belang van meer dan 20%, maar in dat geval zijn de hybride mismatchmaatregelen sowieso van toepassing en kom je niet meer aan een samenwerkende groep toe.

aandeelhouders moeten benaderen/laten profiteren om consensus over deze structuur te behalen. Wegens het belang van de groepsbenadering wordt voorts het begrip acting together toegelicht.

Acting together is, net als de control group, een van de beschreven concernverhoudingen van actiepunt 2 van het BEPS-project. Deze worden separaat van elkaar aanbevolen. Er zijn een aantal specifieke voorwaarden om te bepalen of er sprake is van acting together. Hierbij geldt dat indien verschillende investeerders feitelijk samen handelen, hun belangen samen worden geteld betreffende het toepassingsbereik van de maatregelen.¹²¹ De volgende situaties zullen als gevolg hiervan onder het toepassingsbereik vallen:

- i) indien een persoon verplicht is in overeenstemming met de wensen van een ander te handelen betreffende stemrechten of kapitaalbezit;
- ii) indien twee of meer personen afspreken in overeenstemming te handelen betreffende hun stemrechten of kapitaalbezit;
- iii) indien een of meer personen instemmen dat een derde namens hen kan handelen betreffende hun stemrechten of kapitaalbezit.¹²²

Bij i) en iii) is er sprake van een persoon die feitelijk de leiding heeft omdat de andere investeerder(s) naar zijn of haar wensen handelt/handelen. Bij ii) is er een groep die in het algemeen in overeenstemming met elkaar handelt. Mijns inziens is iii) het meest relevant voor de context van de samenwerkende groep, ook daar gaat het veelal om één persoon¹²³ die een investering van meerdere kapitaalbezitters coördineert. Of er sprake is van acting together hangt af van de feiten en omstandigheden,¹²⁴ ook hier komt de case-by-case approach dus terug. Samenvattend benadrukt dit begrip het groepslement van de samenwerkende groep.

3.3.2 Effective control in ATAD II

Het bekijken van de begrippen effective control en acting together in ATAD II is een logische vervolgstap na de uitwerking van deze begrippen vanuit het BEPS-project. De begrippen staan expliciet in de preambule. Voorts wordt de verhouding tussen de tekst van de richtlijn, effective control en de samenwerkende groep bekeken.

Effective control is in ATAD II, net als in het BEPS-project, onderdeel van het toepassingsbereik van de maatregelen tegen hybride mismatches. In de preambule wordt het volgende gesteld: *'mismatches die specifiek voortvloeien uit het hybride karakter van entiteiten, moeten alleen worden aangepakt*

¹²¹ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 113. & p. 117.

¹²² OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 119.

¹²³ De general partner of fondsmanager, zie paragraaf 3.4.2.

¹²⁴ Dit volgt uit voorbeelden 11.1, 11.2, 11.4 & 11.5 uit OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, p. 445-448 & 451-454.

wanneer een van de gelieerde ondernemingen - ten minste - feitelijke zeggenschap over de andere gelieerde ondernemingen heeft.'¹²⁵ Opvallend is dat ATAD II effective control (feitelijke zeggenschap) expliciet aan hybride entiteiten koppelt. Mijns inziens geeft deze zin uit de preambule aan dat effective control het meest relevant is voor hybride entiteiten, het is echter niet uitgesloten dat het begrip ook van toepassing kan zijn op andere vormen van hybride mismatches. In hoofdstuk 4 wordt hierop teruggekomen: bij welke vormen van mismatches kan een samenwerkende groep gebruikt worden? Verder is het relevant dat in de preambule eveneens het begrip acting together terugkomt.¹²⁶ ATAD II kan (grotendeels) geïnterpreteerd worden volgens de uitleg en voorbeelden van actiepunt 2,¹²⁷ hierom kan worden gesteld dat effective control en acting together op dezelfde manier uitgelegd kunnen worden als beschreven in paragraaf 3.2.1.

Na het bekijken van de preambule, komt de vraag op, op welke manier de tekst van de richtlijn elementen van de samenwerkende groep bevat. Effective control staat niet expliciet in de tekst van ATAD II. Een technische benadering van de Nederlandse implementatie van ATAD II is nodig om te bekijken welke artikelen uit de richtlijn betrekking hebben op de samenwerkende groep. De samenwerkende groep betreffende hybride mismatches staat in artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969. Dit lid is geïmplementeerd als uitwerking van artikel 1, tweede lid, ATAD II.¹²⁸ Het is niet duidelijk welke specifieke elementen van dit lid betrekking hebben op artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969. De redenen hierachter zijn de volgende: ten eerste bevatten beide artikelen meerdere onderdelen en is er niet gespecificeerd welk onderdeel uit artikel 1, tweede lid, ATAD II betrekking heeft op welk onderdeel van artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969. Ten tweede hadden de lidstaten bij de implementatie van artikel 1, tweede lid, ATAD II de vrijheid dit lid strenger te implementeren. De Nederlandse wetgever heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt om aansluiting te kunnen zoeken bij bestaand recht: de samenwerkende groep.¹²⁹ Duidelijk is dat er geen één op één definitie in ATAD II staat, wel zijn er mijns inziens twee onderdelen die elementen bevatten van de samenwerkende groep: artikel 2, tweede lid, onderdeel a, onder b en onder c van ATAD II. Deze worden uitgewerkt.

De duidelijkste vorm van effective control is te vinden in artikel 1, tweede lid, onderdeel a, onder b, ATAD II.¹³⁰ Dit onderdeel luidt als volgt: *'een persoon die met betrekking tot de stemrechten of het kapitaalbezit van een entiteit samen met een andere persoon optreedt, wordt beschouwd als houder van een deelneming in de stemrechten die of het kapitaalbezit dat die andere persoon in de genoemde entiteit heeft.'* Hier is duidelijk een samenwerkingselement terug te zien. Zoals reeds uitgelegd¹³¹ is het mijns

¹²⁵ Preambule antibelastingontwikingsrichtlijn 2 (ATAD II), par. 13.

¹²⁶ Preambule antibelastingontwikingsrichtlijn 2 (ATAD II), par. 13.

¹²⁷ Dit volgt uit de preambule antibelastingontwikingsrichtlijn 2 (ATAD II), par. 28.

¹²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 35 (MvT).

¹²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 35 (MvT).

¹³⁰ R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 15-03-2020), par. 8.4.5.B.

¹³¹ Zie paragraaf 3.3.1.

inziens nodig dat er, naast een samenwerkingselement, tevens sprake is van een controle-element. Samen optreden zal namelijk wel leiden tot grotere inspraak maar niet per definitie tot (volledige) controle. Stel, twee personen vertegenwoordigen beide 5% van de stemrechten. Indien zij samen optreden vertegenwoordigen zij 10% van de stemrechten. In veel gevallen is dit te weinig is om controle te kunnen uitoefenen en zal het derhalve lastig zijn een hybride mismatch structuur op te zetten. Om deze reden wordt voorts ingegaan op het controle-element uit ATAD II.

Het controle-element uit ATAD II is terug te zien in artikel 1, tweede lid, onderdeel a, onder c, ATAD II. In dit onderdeel wordt gesteld dat een onderneming waarin de belastingplichtige invloed van betekenis op de leiding uitoefent, als gelieerde onderneming kwalificeert. Bij zowel element b als c van artikel 1, tweede lid, onderdeel a, ATAD II is er slechts sprake van een kwalitatief criterium. Dit maakt het lastig concrete elementen van effective control en de samenwerkende groep te benoemen. In Vakstudie Nieuws wordt beargumenteerd dat dit bewust is gedaan, de elementen zijn een aanvulling op de kwantitatieve criteria.¹³² Wat mij betreft sluit deze redenering logisch aan bij de bredere context waarin het nationale begrip samenwerkende groep is geïntroduceerd: het uitbreiden van het toepassingsbereik om ontwikkelingsmogelijkheden tegen te gaan.

3.3.3. Tussenconclusie

Nu de begrippen effective control en acting together uitgewerkt zijn en de tekst van de richtlijn bekeken is, kan vanuit internationaal perspectief al enige elementen betreffende de samenwerkende groep geduid worden. Er zijn twee belangrijke kenmerken te onderscheiden. Enerzijds moet er sprake zijn van het feitelijk uitoefenen van controle, anderzijds moet er sprake zijn van een vorm van een groep die samenwerkt. Mijn visie betreffende dit groeps-element is uitgebreid uitgewerkt. Zoals toegelicht is dit element onmisbaar voor de samenwerkende groep. Om deze reden wordt dit als een van de hoofdelementen van de samenwerkende groep beschouwd. Een kanttekening hierbij is dat dit element in de parlementaire stukken, vakliteratuur en jurisprudentie slechts impliciet terugkomt. Deze bronnen vormen derhalve (slechts) een ondersteuning van dit hoofdelement. Het controle-element komt in de overige bronnen wel expliciet terug. Hierom en wegens de case-by-case approach en de afwezigheid van kwantitatieve criteria in deze internationale stukken zal dit element nog concreter uitgewerkt worden. De bevindingen hier worden als indicator aangemerkt.

3.4 De visie van de wetgever

Wat is een samenwerkende groep volgens de wetgever? Om dit te onderzoeken wordt eerst de gewenste invulling volgens de wetgever bekeken. Vervolgens staat het begrip in de context van artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 centraal. Zoals beschreven in paragraaf 3.2 wordt er in de wetgeving

¹³² Aantekening bij Antibelastingontwikklingsrichtlijn 2 (ATAD 2), *Vakstudie Nieuws* 2017/36.3, par. 2.

betreffende hybride mismatches verwezen naar de samenwerkende groep in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. Om deze reden zullen de parlementaire stukken betreffende dit lid uitgebreid aan bod komen.

3.4.1 Interpretatiemethode van de wetgever

Een belangrijke stap richting een eenduidige definitie van de samenwerkende groep is het bekijken van de interpretatiemethode van de wetgever. Op welke manier geeft hij invulling aan de wettekst? Zoals reeds aangegeven is er geen wettelijke definitie van de samenwerkende groep. De wetgever is zich bewust van de rechtsonzekerheid die hierdoor ontstaat, toch wordt de materiële case-by-case benadering geprefereerd boven een nauwkeurige definitie.¹³³ De wetgever interpreteert de samenwerkende groep namelijk volgens de principiële benadering.¹³⁴ Met deze benadering wordt meer nadruk gelegd op het doel en de context dan op specifieke regels. Hiermee wordt onder meer beoogd mazen in de wet te voorkomen.¹³⁵ Specifieke regels kunnen namelijk ontweken worden door een structuur net iets anders vorm te geven zodat deze buiten de definitie valt.¹³⁶ Mijns inziens volgt uit de principiële benadering dat de samenwerkende groep eerder breed dan eng uitgelegd moet worden.

3.4.2. Concrete elementen van de samenwerkende groep I

Bij de implementatie van de wetgeving betreffende hybride mismatches is nauwelijks aandacht besteed aan de samenwerkende groep. De wetgever verwijst naar het begrip in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 en geeft slechts twee specifieke opmerkingen. Allereerst wordt uitgelegd hoe de samenwerkende groep tot een gelieerde verhouding kan leiden.¹³⁷ Ten tweede wordt benadrukt dat aan de hand van de feiten en omstandigheden per geval beoordeeld moet worden of er sprake is van een samenwerkende groep¹³⁸; de bekende case-by-case approach. Deze twee opmerkingen dragen niet bij aan een eenduidige definitie van de samenwerkende groep. Om tot concrete elementen van de samenwerkende groep te komen worden derhalve de parlementaire stukken betreffende artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 toegelicht. Hierbij wordt eerst de strekking van private-equity structuren uitgelegd. Een samenwerkende groep is namelijk vaak een vorm van een private-equityinvestering.¹³⁹ Vervolgens wordt er een voorbeeld van de samenwerkende groep toegelicht. Mede vanwege de principiële interpretatiemethode en de case-by-case approach is dit het enige voorbeeld dat de wetgever uitgewerkt heeft. Om deze reden

¹³³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30 (MvT).

¹³⁴ *Kamerstukken I* 2016/17, 34552, nr. E, p. 52. Een opmerking bij deze bron: dit kamerstuk heeft betrekking op artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. De wetgever heeft in artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 expliciet verwezen naar het begrip samenwerkende groep in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. Om deze reden kan er mijns inziens vanuit worden gegaan dat deze interpretatie ook voor de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches geldt.

¹³⁵ R.H. Happé, 'Belastingrecht en de geest van de wet: Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving', *Tilburg University* 2011, par. 16.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30 (MvT).

¹³⁷ Dit is uitgewerkt in paragraaf 2.5.

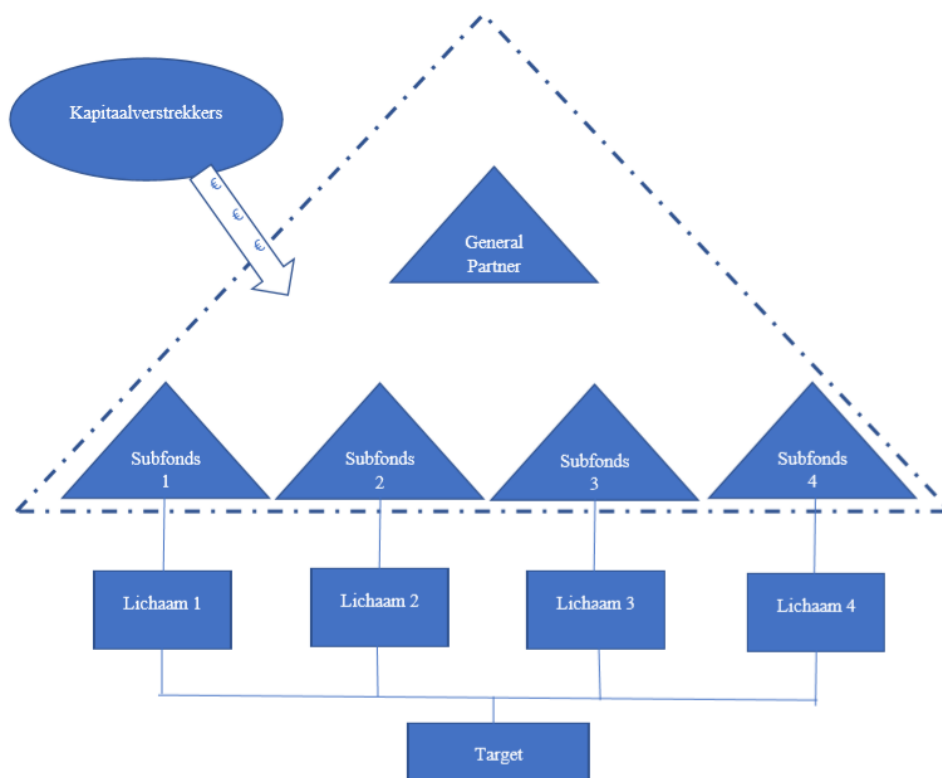
¹³⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 67-68 (MvT).

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55 (MvT).

zijn dit voorbeeld en de (weinige) concrete elementen die de wetgever geeft van groot belang voor de uiteindelijke definitie. Tot slot worden een aantal factoren van de samenwerkende groep besproken.

De (gesimplificeerde) werking van private-equityinvesteringen kan als volgt worden uitgelegd. Verschillende vermogensverschaffers brengen kapitaal bijeen, hiermee wordt een fonds gevormd. Een fondsmanager beheert het kapitaal uit dit fonds en selecteert bedrijven (targets) om in te investeren. De winststrategie is om het target op middellange termijn met winst te verkopen. Het rendement gaat naar de vermogensverschaffers en de fondsmanager. Laatstgenoemde ontvangt daarbij ook nog een deel van de overwinst (carried interest), dit geldt vaak ook voor het management van het target.¹⁴⁰

Nu de algemene werking van een private-equityinvestering duidelijk is, wordt een voorbeeld¹⁴¹ van een samenwerkende groep uitgelegd. Dit biedt inzicht in concrete elementen van het begrip. De gestreepte driehoek in figuur 4 is het fonds, bestaande uit subfondsen 1 tot en met 4. De kapitaalverstrekkers hebben een bepaald bedrag toegezegd en de zeggenschap betreffende de investering overgedragen aan de general partner (fondsmanager). Op het moment dat de general partner een target heeft gevonden, worden de toegezegde bedragen verdeeld over de subfondsen. Ten behoeve van de overname richten de subfondsen lichamen 1 tot en met 4 op. Na de overname zullen de lichamen ieder minder dan 1/3^e belang in het target houden en is formeel het 1/3^e criterium ontweken.¹⁴² In feite beslist de general partner wat er met de investering gebeurt. Indien de investering middels één lichaam was gedaan, was er wel sprake geweest van (formele) verbondenheid. Wegens deze verbondenheid in materiële zin worden lichamen 1 tot en met 4 worden aangemerkt als samenwerkende groep. Dit



Figuur 4. Een voorbeeld van een samenwerkende groep

¹⁴⁰ C.M. de Groot e.a., *private equity en fiscaliteit*, Belastingdienst: 2017, p. 12.

¹⁴¹ Voorbeeld ontleend aan *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-56 (MvT). Het voorbeeld is gesimplificeerd weergegeven.

¹⁴² Het 1/3^e criterium volgt uit artikel 10a, vijfde lid, Wet VPB 1969. Zoals eerder vermeld ligt dit criterium voor gelieerde lichamen bij hybride mismatches op 25%. In dit geval zouden er dus tenminste vijf lichamen opgericht moeten worden om dit criterium te ontlopen.

betekent echter niet dat deze lichamen voor alle andere investeringen die zij doen als samenwerkende groep worden aangemerkt, de reden hiervoor is de case-by-case approach.¹⁴³

Om te beoordelen of er sprake is van een samenwerkende groep zijn een aantal factoren relevant. Volgens de wetgever luiden de belangrijkste twee als volgt:

‘Van een samenwerkende groep zal in ieder geval sprake zijn indien de materiële zeggenschap over de – vormgeving van de – investering en het gezamenlijke belang in de overgenomen vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon en elke aandeelhouder onder min of meer vergelijkbare voorwaarden en in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en (risicovolle) leningen verschaft.’¹⁴⁴

De wetgever beschrijft nog een aantal andere factoren van de samenwerkende groep. Een aanwijzing voor een samenwerkende groep betreft participanten die een gezamenlijke en parallelle investering doen in het target. In het voorbeeld zijn dit lichamen 1 tot en met 4. De investering zal feitelijk vormgegeven zijn door de general partner. In het algemeen is het bij zulke parallelle investeringen niet toegestaan het belang te verminderen of uit de investering te stappen zonder toestemming van de general partner. Ten tweede is bij de beoordeling van een samenwerkende groep een coördinerende rol voor de general partner van belang. Deze rol kan zowel schriftelijk als feitelijk tot uitdrukking komen. Een voorbeeld van een coördinerende rol is een general partner die beslist over de verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen in het target.¹⁴⁵ Deze coördinatie kan op verschillende niveaus plaatsvinden en ook uitgeoefend worden door entiteiten of personen die geen aandeelhouder zijn.¹⁴⁶

Tot slot is voor de volledigheid van belang op te merken dat een samenwerkende groep ook een andere vorm kan aannemen. Als voorbeelden worden genoemd: een joint venture, het gebruik van een stichting administratiekantoor (STAK) en een gezamenlijke investering door vier of meer familieleden.¹⁴⁷ Ook in deze gevallen moet gekeken worden naar de feiten en de omstandigheden om te beoordelen of er sprake is van een materiële samenwerking en derhalve een samenwerkende groep.¹⁴⁸ Zoals vermeld komt een samenwerkende groep voornamelijk voor bij private-equity structuren.

3.4.3 Tussenconclusie

¹⁴³ Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-56 (MvT).

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 56 (MvT).

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-57 (MvT).

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 14, p. 49 (NV II).

¹⁴⁷ In de context van hybride mismatches moet het gaan om tenminste 5 familieleden. Tevens is in paragraaf 3.2 aangegeven dat in de context van artikel 10a, Wet VPB 1969 er geen sprake kan zijn van een samenwerkende groep met natuurlijke personen. Deze gezamenlijke investering door familieleden zou in die context dan ook (waarschijnlijk) moeten plaatsvinden via rechtspersonen (zie ook: R. A. Bosman, ‘Wijzigingen renteaftrekbepalingen bij winstdrainage en overnameholding per 1 januari 2017’, MBB 2017/1, par. 2.3). Bij hybride mismatches kan er ook zonder investering via een rechtspersoon sprake zijn van een samenwerkende groep.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 57 (MvT).

Met het voorbeeld en de beschreven factoren is het mogelijk een algemeen beeld te schetsen van de samenwerkende groep. De wetgever benadrukt twee hoofdfactoren. De andere factoren voor de samenwerkende groep die de wetgever benoemt zijn mijns inziens indicatoren van deze hoofdfactoren. In tabel 1 is dit weergegeven. Belangrijk is om te benadrukken dat de concrete elementen die de wetgever noemt erg belangrijk zijn voor de uiteindelijke definitie. De wetgever volgt immers de principiële interpretatiemethode en geeft slechts één voorbeeld. Derhalve zullen de hoofdfactoren tevens bij de concrete definitie van de samenwerkende groep tot de belangrijkste elementen behoren.

Tabel 1. Een overzicht van de hoofdfactoren en indicatoren van de samenwerkende groep uit de parlementaire stukken

Belangrijkste factoren voor een samenwerkende groep	De coördinerende rechtspersoon heeft materiële zeggenschap over de vormgeving van de investering	Elke aandeelhouder heeft min of meer vergelijkbare voorwaarden en deze zijn verschaft in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen
Indicatoren/ondersteunende factoren	De general partner beslist over de verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen	Er is sprake van een parallelle en gezamenlijke investering
	Uit de feitelijke en/of schriftelijke overeenkomsten blijkt dat de general partner een coördinerende rol heeft	Investerders kunnen niet zomaar uit de investering stappen of het belang verminderen
Aanwijzing	Er is een private-equity structuur	

3.5 Vakliteratuur over de samenwerkende groep

Deze paragraaf geeft een overzicht van de vakliteratuur over de samenwerkende groep. Biedt die een verduidelijking ten opzichte van de uitleg van de wetgever? Verschillende meningen en interpretatiemethoden worden uiteengezet. Vervolgens wordt ingezoomd op een voorbeeld uit de literatuur betreffende een (mogelijke) maas in de wet. Mijns inziens is er nog een ontwikkelingsmogelijkheid die op vergelijkbare wijze werkt. Deze wordt ook toegelicht. Voor de volledigheid is het van belang op te merken dat in deze paragraaf voornamelijk gebruik wordt gemaakt van vakliteratuur over de samenwerkende groep die (in beginsel) betrekking heeft op artikel 10a, Wet VPB 1969. Er is namelijk nauwelijks literatuur verschenen over het begrip in de context van hybride mismatches.

3.5.1 (On)duidelijkheid en rechtsonzekerheid

In de vakliteratuur is een positieve reactie op de implementatie van de samenwerkende groep in de wet (nagenoeg) niet te vinden. Verschillende auteurs gaven af op het voorstel voor de implementatie van het begrip in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969: de samenwerkende groep bracht teveel

rechtsonzekerheid met zich mee.¹⁴⁹ Ook na extra toelichting op de uiteindelijke wettekst¹⁵⁰ blijft de onzekerheid. Lohuis beschrijft dit als een teleurstelling voor degenen die op een concretere definitie gehoopt hadden.¹⁵¹ Volgens zowel Brandsma¹⁵² als Bobeldijk & Roos¹⁵³ tilt de wetgever te zwaar aan het doel om het ontwijken van het verbondenheidscriterium tegen te gaan. Er wordt opzettelijk rechtsonzekerheid gecreëerd, wat zeer onwenselijk is. In de context van hybride mismatches is dit niet anders: volgens verschillende auteurs is het begrip samenwerkende groep niet los van rechtsonzekerheid te zien.¹⁵⁴

Eerder werd duidelijk dat een reden achter de rechtsonzekerheid rondom de samenwerkende groep de principiële interpretatie van de wetgever is.¹⁵⁵ Bosman is van mening dat deze interpretatiemethode niet past in artikel 10a, Wet VPB 1969. Volgens hem is in dit artikel nauwkeurig gedefinieerd wat wel en niet onder de renteaftrekbepanking valt; dit is niet verenigbaar met een onzekere, dynamische interpretatie. Een principiële benadering voor specifiek het begrip samenwerkende groep onderschrijft Bosman dan ook niet, hij meent dat de wet hiervoor te weinig aanknopingspunten biedt.¹⁵⁶ Naar mijn mening geldt deze redenering niet in de context van hybride mismatches. Het kabinet benadrukt expliciet dat bij artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 in beginsel de wettekst en de toelichting leidend zijn.¹⁵⁷ In dit kader past een principiële benadering van de samenwerkende groep beter omdat het doel van dit begrip in parlementaire toelichtingen benadrukt wordt.

In de vakliteratuur betreffende de samenwerkende groep wordt vooral de rechtsonzekerheid benadrukt. Biedt de literatuur ook enige verduidelijking van het begrip? Specifiek in de context van hybride mismatches bieden Spoelder, Sari & Rasenberg één expliciete verduidelijking. Zij beschrijven namelijk praktijksituaties van hybride mismatches met een samenwerkende groep waarbij, indien de samenwerkende groep verdeeld is over meerdere staten, de secundaire regel pro rata toegepast moet

¹⁴⁹ Zie onder andere: J.L. van der Streek, 'De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017', *WFR* 2016/194, A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak' *WFR* 2016/208, par. 2.6, en *Reactie van het Register Belastingadviseurs (RB) op het ter consultatie voorgelegde concept 'van enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbepankingen in de Wet Vpb 1969'*, www.rb.nl/storage/app/media/internetconsultatie-renteaftrekbepankingen-vpb-definitief-compleet.pdf.

¹⁵⁰ Bijvoorbeeld de memorie van toelichting, nota naar aanleiding van het verslag en tweede nota van wijziging.

¹⁵¹ Commentaar van H. Lohuis, 'Belastingplan 2017: nota n.a.v. het verslag en tweede nota van wijziging', *NTFR* 2016/2595.

¹⁵² R. Brandsma, 'Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt', *WFR* 2017/28

¹⁵³ A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak' *WFR* 2016/208, par. 2.6.

¹⁵⁴ E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, 'Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021', *WFR* 2020/106, par. 2.2, 4.2 en 5.

¹⁵⁵ Zie paragraaf 3.4.1.

¹⁵⁶ R.A. Bosman, 'Wijzigingen renteaftrekbepankingen bij winstdrainage en overnameholding per 1 januari 2017', *MBB* 2017/1, par. 2.2.

¹⁵⁷ Dit volgt mijns inziens uit: *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 32 (NV II).

worden. De (rente)betaling wordt hierdoor gedeeltelijk bij de Nederlandse investeerders/leden van de samenwerkende groep in de heffing betrokken.¹⁵⁸

Verder gaan verschillende auteurs in op de andere vormen¹⁵⁹ van de samenwerkende groep. De wetgever merkt hier slechts over op dat de feiten en omstandigheden op een gecoördineerde investering moeten wijzen.¹⁶⁰ Bobeldijk & Roos stellen dat in gevallen van joint ventures deze coördinatie onder andere uit de aandeelhoudersovereenkomst kan blijken. Tevens leggen zij uit dat er bij het gebruik van een STAK en een investering in familieverhouding geen sprake hoeft te zijn van één coördinerende persoon (general partner). Dit maakt het begrip nog breder.¹⁶¹ Bosman meent dat bij het gebruik van een STAK de coördinatie veelal blijkt uit de samenwerking van de participanten¹⁶² ten aanzien van de investering en financiering.¹⁶³ Duidelijk is dat de vakliteratuur weinig aanknopingspunten biedt voor een afgebakende definitie van de samenwerkende groep. De hierboven beschreven elementen zijn relevant doch details.

3.5.2. Mazen in de wet(?)

Er lijken mogelijkheden te zijn de samenwerkende groep te ontwijken. Dit is relevant omdat de wetgever beoogt het begrip zo breed mogelijk uit te leggen en daarmee juist mogelijke mazen te dichtten. Lohuis¹⁶⁴ en Bosman¹⁶⁵ beschrijven een ontwijkingsmogelijkheid in de context van de renteaftrekbeperking. Een mogelijkheid die mijns inziens ook van toepassing is bij hybride mismatches. Het voorbeeld is daarom aangepast om het in de context van hybride mismatches uit te leggen. Vervolgens wordt een andere ontwijkingsmogelijkheid toegelicht die op vergelijkbare wijze werkt.

¹⁵⁸ E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, 'Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021', *WFR* 2020/106, par. 3.2.1.

¹⁵⁹ Joint ventures, het gebruik van een STAK en investeringen in familieverhoudingen, zie paragraaf 3.4.2.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 57 (MvT).

¹⁶¹ A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak' *WFR* 2016/208, par. 2.4.

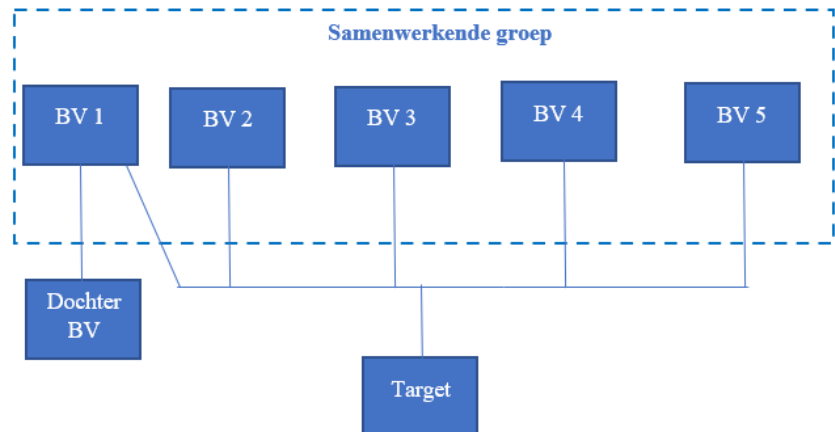
¹⁶² Bosman beschrijft dat participanten rechtspersonen moeten zijn, zoals reeds vermeld kunnen dit in de context van hybride mismatches ook natuurlijke personen zijn.

¹⁶³ R.A. Bosman, 'Wijzigingen renteaftrekbeperkingen bij winstdrainage en overnameholding per 1 januari 2017', *MBB* 2017/1, par. 2.3.

¹⁶⁴ Commentaar van H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2017', *NTFR* 2016/2354.

¹⁶⁵ R.A. Bosman, 'Wijzigingen renteaftrekbeperkingen bij winstdrainage en overnameholding per 1 januari 2017', *MBB* 2017/1, par. 2.5.

Stel, BV 1 tot en met 5 vormen een samenwerkende groep en BV 1 heeft tevens een 100% belang in Dochter BV. Indien het toepassingsbereik¹⁶⁶ van de wetgeving betreffende hybride mismatches grammaticaal¹⁶⁷ benaderd wordt, kan het criterium van gelieerde verhoudingen ontweken worden. Om dit uit te leggen is



Figuur 5. De (mogelijke) ontwikkelingsmogelijkheid uit artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, Wet VPB 1969

het nodig de wettekst van artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 te bekijken:¹⁶⁸ *‘als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt aangemerkt: een lichaam waarin lichamen of natuurlijke personen die deel uitmaken van een samenwerkende groep gezamenlijk een belang van ten minste 25% hebben en die lichamen, onderscheidenlijk natuurlijke personen, tevens gezamenlijk een belang van tenminste 25% hebben in de belastingplichtige.’* Essentieel is het woord ‘gezamenlijk’. Indien de samenwerkende groep gezamenlijk een belang zou hebben in Dochter BV, kwalificeren Dochter BV en het target als gelieerde lichamen.¹⁶⁹ In dit geval heeft BV 1 als enige een belang in Dochter BV. Derhalve kan gesteld worden dat indien Dochter BV en het target onderling gebruik maken van een hybride mismatch, deze situatie buiten de wetgeving valt. Een kanttekening is hier op zijn plaats: de wetgever maakt geen gebruik van de grammaticale interpretatie maar van de principiële benadering voor de samenwerkende groep. Als de wetgever van mening is dat deze situatie ook binnen de werking van de wet valt, zou de wetgever er mijns inziens goed aan doen hierover duidelijkheid te scheppen en/of de wettekst aan te scherpen. Dit lijkt namelijk een maas in de wet die de wetgever juist zo graag wil voorkomen.

Naar mijn inzicht is er nog een ontwikkelingsmogelijkheid die op vergelijkbare wijze als de hierboven beschrevene werkt. Een grammaticale interpretatie¹⁷⁰ van de wettekst betreffende gelieerde lichamen biedt het inzicht dat leden van dezelfde samenwerkende groep geen gelieerde lichamen zijn: in de wettekst worden namelijk alleen andere vormen van gelieerdheid beschreven.¹⁷¹ Betalingen tussen leden

¹⁶⁶ In paragraaf 2.5.2 is de werking van het toepassingsbereik uitgelegd.

¹⁶⁷ De grammaticale interpretatiemethode als beschreven in: E. Poelman e.a., *Cursus Belastingrecht (formeel belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 02-02-2020), par. 7.1.3.

¹⁶⁸ Wegens betere leesbaarheid is dit artikel ietwat verkort/gesimplificeerd weergegeven. De elementen die belangrijk zijn voor het voorbeeld zijn intact gehouden.

¹⁶⁹ Deze situatie is te zien in paragraaf 2.5.2, figuur 2 (met Dochter BV als lichaam X en target als belastingplichtige).

¹⁷⁰ De grammaticale interpretatiemethode als beschreven in: E. Poelman e.a., *Cursus Belastingrecht (formeel belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 02-02-2020), par. 7.1.3.

¹⁷¹ Artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b-d, Wet VPB 1969.

kunnen dus mogelijkwijs tot D/Ni of DD leiden. Deze mogelijkheid bestaat in ieder geval bij hybride VI's. Een VI is een afgesplitst gedeelte van het hoofdhuis en heeft geen zelfstandige juridische status.¹⁷² Dit betekent dat een VI met een hoofdhuis dat lid is van een samenwerkende groep niet in gelieerde verhouding staat tot de andere leden van deze samenwerkende groep. Een betaling tussen een hybride VI en een ander lid kan derhalve leiden tot D/Ni of DD. Dit effect wordt niet geneutraliseerd: de VI en het lid vallen immers niet onder het toepassingsbereik van de wetgeving.¹⁷³

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat de vakliteratuur geen verduidelijking biedt voor een eenduidige definitie van de samenwerkende groep. Er is vooral zorg over de rechtsonzekerheid. De wetgever rechtvaardigt deze rechtsonzekerheid met het argument dat er geen ruimte moet zijn voor ontwijking. Er lijken echter wel mazen in de wet te zitten. Mijns inziens is dit onzorgvuldig en onverenigbaar met de ratio van de samenwerkende groep.¹⁷⁴

3.6 Jurisprudentie betreffende de samenwerkende groep

De laatste stap naar een eenduidige definitie van de samenwerkende groep is het bekijken van jurisprudentie. Tot dusver is er geen jurisprudentie over de samenwerkende groep met betrekking tot hybride mismatches. Wel zijn er twee relevante zaken rondom de samenwerkende groep en artikel 10a, Wet VPB 1969: de Hunkemöller-zaak¹⁷⁵ en een zaak van Rechtbank Noord-Holland¹⁷⁶. In beide zaken speelt de samenwerkende groep een grote rol. De kern van de zaken wordt toegelicht,¹⁷⁷ voorts worden elementen die het begrip verduidelijken uitgewerkt.

3.6.1 De samenwerkende groep en fraus legis

In deze twee rechtszaken komt de samenwerkende groep op vergelijkbare wijze terug. Wat is het belang van het begrip in deze jurisprudentie? De kern van de zaken luidt als volgt: er wordt een acquisitie gedaan door middel van een complexe private-equityinvestering. De overname is grotendeels gefinancierd met vreemd vermogen. Het geschil gaat (onder meer) over de vraag of de rente in aftrek wordt beperkt. Is de renteaftrekbeperking van artikel 10a, Wet VPB 1969 van toepassing? Bij beide

¹⁷² A.C. G. A. C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 38.

¹⁷³ Voor de volledigheid: het hoofdhuis en de VI zijn verbonden op grond van artikel 12aa, tweede lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. Derhalve kunnen betalingen tussen het hoofdhuis en de VI niet tot D/Ni of DD leiden.

¹⁷⁴ In hoofdstuk 4 wordt hier op terug gekomen. Tevens wordt daar toegelicht hoe dit uitwerkt op de ratio van de hybride mismatchwetgeving.

¹⁷⁵ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504

¹⁷⁶ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807

¹⁷⁷ Slechts de kern van de zaken wordt toegelicht wegens de relevantie voor deze scriptie. Voor de volledigheid: deze zaken zijn erg actueel en krijgen veel aandacht in de media. De Belastingdienst heeft namelijk een tiental vergelijkbare zaken lopen om excessieve renteaftrek tegen te aan op basis van fraus legis. Indien dit wel respectievelijk geen stand houdt bij de Hoge Raad heeft dit grote gevolgen, dan wel voor de staatskas dan wel voor de financiën van investeerders. Zie voor deze bredere discussie bijvoorbeeld M. Muller, 'Private equity-structuren lastig te bestrijden met fraus legis', *Tax Live* 3 maart 2020 en J. Kooiman, 'Fiscus jaagt op miljoenen uit oude private-equity deals', *NRC handelsblad* 23 mei 2019.

zaken is de private-equity structuur zo vorm gegeven dat er niet voldaan is aan een van de verbondenheidscriteria¹⁷⁸, in beginsel wordt de rente dus niet in aftrek beperkt. Het begrip samenwerkende groep stond ten tijde van de overname nog niet in de wet. De Belastingdienst draagt echter aan dat de implementatie van de samenwerkende groep een codificatie is van een bestaande norm. Omdat in deze zaak feitelijk sprake is van een samenwerkende groep, zou voldaan zijn aan het verbondenheidscriterium.¹⁷⁹ Volgens Rechtbank Noord-Holland, Hof Amsterdam en advocaat-generaal (vanaf nu: A-G) Wattel¹⁸⁰ heeft het begrip echter geen terugwerkende kracht.¹⁸¹

De samenwerkende groep komt nogmaals terug in beide zaken, bij de toetsing of al dan niet sprake is van *fraus legis*. De aftrek van de enorme rentelast is namelijk mogelijk in strijd met doel en strekking van de wet.¹⁸² Er is sprake van *fraus legis* indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden: belastingverijdeling is het enige of volstrekt overwegende motief geweest voor de rechtshandelingen (motiefvereiste) én deze rechtshandeling is in strijd met het doel en de strekking van de wet (normvereiste).¹⁸³ De samenwerkende groep wordt in beide zaken aangedragen als argument voor het normvereiste. Rechtbank Noord-Holland beargumenteert dat het opnemen van de samenwerkende groep in de wet een codificatie is van een bestaande norm en dat in dit geval deze norm geschonden is.¹⁸⁴ Bij de Hunkemöller-zaak wordt een vergelijkbare redenering gegeven.¹⁸⁵ Derhalve kan gesteld worden dat er bij deze private-equity structuren waarschijnlijk sprake is van een materieel samenwerkende groep.¹⁸⁶ De kanttekening hierbij is de volgende: dit kan (nog) niet met volledige zekerheid gesteld worden omdat de Hoge Raad nog moet oordelen over deze zaken.

3.6.2 Concrete elementen van een samenwerkende groep II

¹⁷⁸ Zie paragraaf 3.2. voor uitleg over de werking van de verbondenheidscriteria in artikel 10a, Wet VPB 1969 en hoe deze veelal werden ontlopen. Deze zaken zijn hier een voorbeeld van.

¹⁷⁹ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 4.16.1 & Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 75.

¹⁸⁰ Dit betreft de Hunkemöller-zaak: Hof Amsterdam heeft hier reeds uitspraak over gedaan en A-G Wattel heeft zijn conclusie betreffende deze zaak gegeven.

¹⁸¹ PHR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102, par. 1.24, Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 4.18 & Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 79.

¹⁸² Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 4.19.4 & Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 84.1.

¹⁸³ E. Poelman e.a., *Cursus Belastingrecht (formeel belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 02-02-2020), par. 7.5.0 – 7.5.2.

¹⁸⁴ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 105 & 106.

¹⁸⁵ PHR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102, par. 1.24.

¹⁸⁶ In de noot bij de Hunkemöller-zaak van Redactie Vakstudie Nieuws wordt ook gesteld dat er sprake is van een materieel samenwerkende groep, zie: *fraus legis* voorkomt renteaftrek bij omvangrijke overname (Hof Amsterdam 18-04-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws), *Vakstudie Nieuws* 2019/33.7, par. *fraus legis*; twee normschendingen.

Nu duidelijk is dat de Belastingdienst in stelling brengt dat er sprake is van een samenwerkende groep, kan per casus bekeken worden welke concrete elementen van de private-equity structuren bijdragen aan een eenduidige definitie van het begrip samenwerkende groep.

In de Hunkemöller-zaak wordt weinig aandacht besteed aan de vraag óf en waarom er sprake is van een samenwerkende groep. Dit is mijns inziens te verklaren: de structuur die wordt gebruikt toont namelijk veel gelijkenissen met het voorbeeld van de wetgever.¹⁸⁷ Deze zaak bevestigt de reeds bekende elementen van de samenwerkende groep maar biedt geen nieuwe inzichten of verduidelijkingen. Wel zal deze structuur in hoofdstuk 4 nogmaals aan bod komen omdat ze hybride entiteiten bevat.¹⁸⁸

De zaak van Rechtbank Noord-Holland biedt wel een aantal nieuwe inzichten en zal om die reden uitgebreid worden toegelicht. De structuur van de overname is grafisch weergegeven in figuur 6. De gestippelde driehoek is fonds H met een general partner. De general partner is gerechtigd tot carried interest. Het fonds bestaat aanvankelijk uit vier limited partnerships (vanaf nu: LP) (J LP, K LP, L LP en M LP). Deze subfondsen maken parallelle investeringen met bedragen die zijn toegezegd door kapitaalverstrekkers. De general partner beslist over de investeringen.¹⁸⁹ Dit zijn de bekende elementen van de samenwerkende groep die tevens terugkwamen bij de uitleg van de wetgever¹⁹⁰. Ten behoeve van de overname van target N worden V Limited (vanaf nu: LTD), W LTD, Aa LTD, Ab LTD, AG LTD, de coöperatie, AE LP, eiseres, W BV en AD BV opgericht.¹⁹¹ Eiseres krijgt leningen en kapitaal gestort van (indirecte) aandeelhouders, die worden doorgestort via W BV naar AD BV zodat deze de overname kan doen.¹⁹² Bij de acquisitie verkrijgt target N ook een belang in eiseres en wordt een deel van de leningen aan eiseres overgenomen.^{193, 194}

¹⁸⁷ Dit voorbeeld is uitgewerkt in paragraaf 3.4.2.

¹⁸⁸ Ten tijde van deze zaak was er nog geen wetgeving tegen hybride mismatches. Om deze reden zijn de hybride entiteiten geen punt van geschil in deze zaak.

¹⁸⁹ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 1.1 – 1.4, 4, 4.1 & 4.3

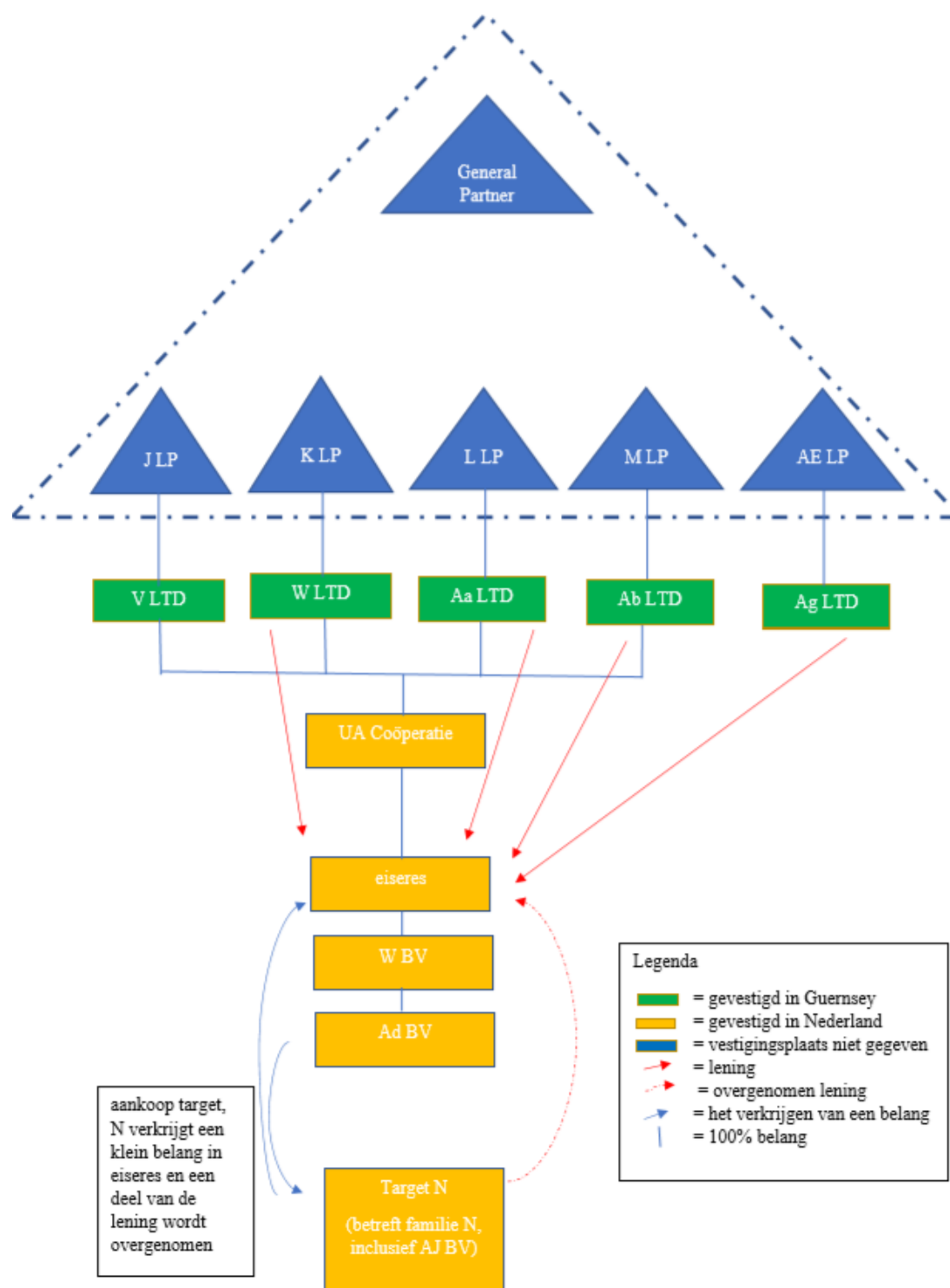
¹⁹⁰ Zie paragraaf 3.4.2.

¹⁹¹ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 5 – 8.3.

¹⁹² Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 14.

¹⁹³ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 12.

¹⁹⁴ Bij de acquisitie vindt tevens een verschuiving van belangen plaats, dit is niet relevant voor deze scriptie en wordt daarom buiten beschouwing gelaten.



Figuur 6. De (overname)structuur uit de zaak van Rechtbank Noord-Holland

De leningen en de daar bijhorende renteaftrek is de kern van het geschilpunt in deze zaak. Voor dit onderzoek is het echter relevant te bekijken of elementen van de samenwerkende groep verduidelijkt worden. Dat lijkt het geval bij deze casus. Zo wordt in deze zaak onder meer het belang van parallelle investeringen benadrukt. Volgens verweerder behoort namelijk een onderdeel van het target (AJ BV) tot de samenwerkende groep omdat deze BV parallel investeert met de subfondsen.¹⁹⁵ Tevens behoort V LTD niet tot de samenwerkende groep,¹⁹⁶ ook dit benadrukt het belang van parallelle investeringen. Mijns inziens komt dit namelijk omdat V LTD geen lening verstrekt aan eiseres en er hierdoor dus geen sprake is van een parallel investerende entiteit. Een ander element dat in deze zaak naar voren komt is de omvang van de samenwerkende groep. In deze scriptie is tot hier steeds naar voren gekomen dat slechts de entiteiten waarin de subfondsen belang hebben tot de samenwerkende groep behoren. De subfondsen zelf zijn geen onderdeel.¹⁹⁷ Deze redenering volgend, behoren in deze zaak W LTD, Aa LTD, Ab LTD en Ag LTD tot de samenwerkende groep en subfondsen K LP, L LP, M LP en AE LP niet. De Belastingdienst vindt echter dat de subfondsen ook tot de samenwerkende groep behoren.¹⁹⁸ Deze redenering impliceert een bredere definitie.

3.6.3. Tussenconclusie

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat de door de wetgever beschreven elementen van de samenwerkende groep in de praktijk terugkomen. Het begrip kan mogelijk breder uitgelegd worden door ook de subfondsen tot de samenwerkende groep te rekenen. Tevens is gebleken dat parallelle investeringen een belangrijk element is bij het bepalen van de aanwezigheid en/of de omvang van een samenwerkende groep.

3.7 Beantwoording deelvraag

In dit hoofdstuk is het begrip samenwerkende groep nader bekeken. De uitwerking van het begrip in zowel internationale als nationale context biedt verschillende (concrete) elementen van de samenwerkende groep. Er onderscheiden zich drie hoofdelementen en indicatoren hiervan. In tabel 2 is dit schematisch weergegeven. Hiermee is een antwoord geformuleerd op de deelvraag: *‘Hoe kan het begrip samenwerkende groep uit artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 gedefinieerd worden?’*

In internationale context geven de begrippen effective control en acting together aanwijzingen voor belangrijke elementen van de samenwerkende groep. De begrippen benadrukken enerzijds de feitelijke controle en anderzijds een groeps-element: één persoon oefent invloed uit over het kapitaalbezit of de stemrechten van een groep anderen. In de preambule van ATAD II komen de begrippen expliciet terug.

¹⁹⁵ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 75.

¹⁹⁶ Dit volgt uit Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 79.

¹⁹⁷ Dit is het geval bij het voorbeeld van de wetgever (zie paragraaf 3.4.2.) en de Hunkemöller-zaak (PHR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102, par. 2.23).

¹⁹⁸ Rb. Noord-Holland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:807, par. 75 & 76.

In de tekst van deze richtlijn komt effective control impliciet terug, ook hier is het belang van controle (invloed van betekenis) en een groepselement terug te zien.

De hierboven beschreven elementen van de samenwerkende groep zijn lastig concreet te maken. Vanuit internationaal perspectief ligt er namelijk veel nadruk op de case-by-case approach en ontbreken kwantitatieve criteria. Het controle-element van de samenwerkende groep dat in de internationale stukken is beschreven wordt om deze reden (slechts) als indicator gezien van het hoofdelement betreffende controle¹⁹⁹. Hoewel bij het groepselement tevens concrete criteria ontbreken, is er toch voor gekozen dit element als hoofdelement van de definitie te beschouwen. De redenen hiervoor zijn dat dit element in andere stukken niet (concreter) naar voren komt en dit element mijns inziens onmisbaar is voor een definitie van de samenwerkende groep. Een groepselement is nodig omdat zonder groep het verbondenheidscriterium niet ontweken wordt en een samenwerkende groep überhaupt niet aan de orde komt. Een groep in de context van de Nederlandse hybride mismatchwetgeving bestaat uit ten minste vijf partijen.

In de zoektocht naar een eenduidige definitie van de samenwerkende groep zijn in nationale context achtereenvolgens parlementaire stukken, vakliteratuur en jurisprudentie bekeken. De wetgever beschrijft twee hoofdelementen en indicatoren van de samenwerkende groep. Hierbij wordt nadruk gelegd op de materiële zeggenschap over de vormgeving van de investering en is het tevens belangrijk dat de aandeelhouders in dezelfde verhouding eigen vermogen en leningen verschaffen.²⁰⁰ De wetgever geeft slechts één voorbeeld en volgt de principiële interpretatiemethode. De concrete elementen die in de parlementaire stukken naar voren komen zijn daarom extra van belang. Om deze reden zijn de hoofdelementen die de wetgever noemt tevens elementen van de definitie van de samenwerkende groep. De vakliteratuur biedt aanknopingspunten op detailniveau rondom andere vormen van de samenwerkende groep, hierbij is coördinatie extra van belang maar hoeft er niet perse sprake te zijn van één general partner. In de jurisprudentie komen de hierboven besproken elementen van de samenwerkende groep terug. Uit de zaak van Rechtbank Noord-Holland wordt tevens duidelijk dat er in de definitie van de samenwerkende groep veel belang gehecht moet worden aan parallelle investeringen. De Belastingdienst draagt in deze zaak een bredere interpretatie van de samenwerkende groep aan: subfondsen zouden ook tot de samenwerkende groep behoren.

¹⁹⁹ Met dit hoofdelement wordt een van de hoofdelementen van de wetgever bedoelt. In de volgende alinea is dit uitgewerkt.

²⁰⁰ Zie tabel 1 in paragraaf 3.4.2.

Tabel 2. Een overzicht van de hoofdfactoren en indicatoren van een samenwerkende groep

Hoofdfactoren voor een samenwerkende groep 	De coördinerende rechtspersoon heeft materiële zeggenschap over de vormgeving van de investering	Elke aandeelhouder heeft min of meer vergelijkbare voorwaarden en deze zijn verschaft in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen.	Groepselement
Indicatoren 			
Effective control	Een persoon heeft voldoende belang in een ander en hierdoor de feitelijke zeggenschap in beslissingen		
Acting together			Benadrukt de groepsbenadering, een persoon handelt voor anderen betreffende stemrechten of kapitaal
ATAD II	Indien belastingplichtige invloed van betekenis uitoefent op de leiding van een onderneming is er sprake van een gelieerde onderneming (artikel 1 lid 2 onderdeel a, onder c, ATAD II)		Benadrukt samenwerkingselement (artikel 1 lid 2 onderdeel a, onder b, ATAD II)
Jurisprudentie	In de zaken komt dit element terug	In de zaken komt dit element terug, tevens nadruk op het belang van parallelle investeringen	Subfondsen

Tabel 2 biedt een overzicht van de hoofdelementen en de indicatoren uit dit hoofdstuk. Deze zijn reeds toegelicht. Hiermee is de volgende definitie van de samenwerkende groep geformuleerd: ‘er is sprake van een samenwerkende groep indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat een groep investeerders met ieder minder dan 25% belang op parallelle wijze investeert en leningen verstrekt, waarbij in de meeste gevallen een coördinerende rechtspersoon materiële zeggenschap heeft over de vormgeving van

de investering'. Deze definitie is een beknopt antwoord op de deelvraag en biedt ruimte aan de belangrijke elementen van dit hoofdstuk. Allereerst geeft het de principiële en case-by-case benadering weer (uit de feiten en omstandigheden). Tevens is er een groeps-element te zien (een groep) en komen de twee hoofdelementen van de wetgever²⁰¹ terug. In de definitie is 'in de meeste gevallen' opgenomen voor de volledigheid: in paragrafen 3.4.2 en 3.5.1. is immers gebleken dat een samenwerkende groep ook andere vormen kan aannemen en dat hierbij niet perse sprake hoeft te zijn van één coördinerende persoon.

²⁰¹ Zie voor indicatoren van deze hoofdelementen tabel 1 in paragraaf 3.4.2.

Hoofdstuk 4. De samenwerkende groep en de ratio

4.1 Inleiding

Deze scriptie betreft hybride mismatches en de samenwerkende groep. In de vorige hoofdstukken zijn beide begrippen bekeken. In dit hoofdstuk komen deze samen om de volgende deelvraag te beantwoorden: ‘*Hoe verhoudt de interpretatie van het begrip samenwerkende groep zich tot de ratio van de hybride mismatchwetgeving?*’. Eerst zal worden ingegaan op de werking van hybride mismatchstructuren waarbij gebruik is gemaakt van een samenwerkende groep. Kan elke soort hybride mismatch met een samenwerkende groep opgezet worden? En hoe werkt de wetgeving betreffende hybride mismatches bij deze structuren uit? Naar aanleiding van deze bevindingen worden twee aanbevelingen aan de wetgever gedaan. Tot slot wordt de deelvraag beantwoord.

4.2 De werking van hybride mismatches met een samenwerkende groep

In deze paragraaf worden hybride mismatchstructuren met een samenwerkende groep toegelicht. Eerst wordt een kanttekening bij de gevonden definitie van de samenwerkende groep geplaatst. Voorts worden concrete voorbeelden van hybride mismatches met een samenwerkende groep uitgewerkt.

4.2.1 Een kanttekening bij de definitie van de samenwerkende groep

Past de definitie van de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches? In hoofdstuk 3 is invulling gegeven aan het begrip samenwerkende groep zoals bedoeld in artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969: de gevonden definitie beschrijft het begrip zoals bedoeld in de renteaftrekbeperking uit artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 met waar mogelijk nadruk op hybride mismatches. In deze definitie is de invloed van de renteaftrekbeperking naar mijn mening teveel terug te zien. Een van de drie hoofdelementen van de definitie van de samenwerkende groep betreft namelijk aandeelhouders die onder min of meer vergelijkbare voorwaarden en in dezelfde verhouding eigen vermogen en leningen verschaffen aan het target.²⁰² Maar hoe belangrijk is de aanwezigheid van leningen in de context van hybride mismatches? Hybride mismatches zijn immers veel breder: niet alleen rente maar ook andere soorten betalingen kunnen leiden tot D/NI of DD.²⁰³ Mijns inziens resulteert deze nadruk op rente en investeringen dan ook tot een beperkte toepassing van de hybride mismatchmaatregelen bij structuren met een samenwerkende groep. Slechts indien er bij deze structuren sprake is van een rentebetaling kan met zekerheid gesteld worden dat de maatregelen van toepassing zijn. Bij andere soorten betalingen is dit onzeker.

Is de wetgever zich bewust van het beperkte toepassingsbereik van de maatregelen als gevolg van de definitie van de samenwerkende groep? Enerzijds lijkt het onmogelijk dat dit niet zo is: de nadruk op

²⁰² Zie paragraaf 3.4.2 en 3.7.

²⁰³ Zie paragraaf 2.5.1.

investeringen en rente komt immers voort uit de parlementaire stukken²⁰⁴ en er is nergens gespecificeerd dat de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches anders uitgelegd moet worden. Anderzijds lijkt het onwaarschijnlijk dat de wetgever zich bewust is van het beperkte toepassingsbereik. De wetgever hanteert een brede interpretatie van de samenwerkende groep en accepteert de rechtsonzekerheid rondom het begrip om mazen in de wet te voorkomen.²⁰⁵ Kortom, het is onduidelijk of de wetgever werkelijk beoogt de samenwerkende groep slechts in een beperkt aantal situaties van toepassing te laten zijn. Mijns inziens is dit wel de wijze waarop de huidige wetgeving behoort uit te werken. Hoe dit beperkte toepassingsbereik concreet uitwerkt komt in de volgende paragraaf aan bod.

Kan het zijn dat de wetgever met name een ander element van de samenwerkende groep op hybride mismatches wil betrekken? In de parlementaire stukken betreffende de samenwerkende groep werd immers ook nadruk gelegd op de materiële zeggenschap over de vormgeving van de investering.²⁰⁶ Wat mij betreft past dit beter in de context van hybride mismatches en zou dit het toepassingsbereik van de wetgeving (wel) effectief kunnen uitbreiden. Echter, ook hierbij geldt: de wetgever heeft dit nergens aangegeven en derhalve kan hier niet zonder meer van uitgegaan worden.

4.2.2. Hybride mismatches met een samenwerkende groep

In deze paragraaf wordt ingezoomd op voorbeelden van hybride mismatchstructuren met een samenwerkende groep. Er zijn drie soorten hybride mismatches te onderscheiden: mismatches door middel van hybride entiteiten, hybride VI's en hybride financiële instrumenten.²⁰⁷ Per soort hybride mismatch wordt toegelicht of deze mogelijk is met een samenwerkende groep. Omdat de wetgeving betreffende hybride mismatches met een samenwerkende groep hoofdzakelijk bedoeld is voor hybride entiteiten²⁰⁸ worden deze uitgebreider uitgewerkt.

Hoe ziet een structuur met een hybride entiteit en een samenwerkende groep er precies uit? Eerder werd duidelijk dat de vormgeving van dit soort structuren afgeleid kan worden uit de Hunkemöller-zaak²⁰⁹. In deze zaak werd namelijk winstbelasting ontweken met een structuur die zowel hybride entiteiten als (waarschijnlijk)²¹⁰ een samenwerkende groep bevat.²¹¹ Ten tijde van deze rechtszaak waren de wetsartikelen betreffende hybride mismatches nog niet van kracht en om deze reden is dit geen punt van

²⁰⁴ Zie paragraaf 3.4.2 en 3.7.

²⁰⁵ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁰⁶ Zie paragraaf 3.4 en 3.7.

²⁰⁷ Zie paragraaf 2.5.1.

²⁰⁸ Zie paragraaf 3.3.2.

²⁰⁹ Deze zaak kwam reeds aan bod, zie paragraaf 3.6.

²¹⁰ Een kanttekening is hier op zijn plaats: de Hoge Raad moet nog uitspraak doen over deze zaak, hierom kan er nog niet met volledige zekerheid gesteld worden dat hier sprake is van een samenwerkende groep. Tevens stond het begrip samenwerkende groep ten tijde van de zaak nog niet in de wet. Hof Amsterdam en A-G Wattel dragen de aanwezigheid van een samenwerkende groep aan als argument voor het normvereiste betreffende *fraus legis* (zie paragraaf 3.6). Om deze reden wordt deze zaak hier als voorbeeld gebruikt.

²¹¹ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 4.22.18.

geschil. De structuur wordt derhalve uitgelegd op de wijze waarop deze naar mijn inzicht onder de huidige wetgeving uitwerkt.

De kern van de Hunkemöller-zaak betreft een acquisitie van een Nederlands target door middel van een private-equityinvestering, zie figuur 7²¹². Relevant voor dit onderzoek is de samenwerkende groep, bestaande uit vier²¹³ in Frankrijk gevestigde Fonds Communs de Placement à Risques (vanaf nu: FCPR).²¹⁴ De FCPR's worden vanuit Frans perspectief als transparant gezien, terwijl Nederland deze als niet-transparant aanmerkt.²¹⁵ Duidelijk is dat er bij deze entiteiten een kwalificatieverschil kan optreden, hoe kan dit leiden tot een hybride mismatch? Indien (één van) de investeerders gevestigd zijn in Nederland, of in een andere staat waar de FCPR's als niet-transparant kwalificeren, kunnen betalingen van het target leiden tot D/NL. Voor het target zijn de betalingen aan de FCPR's namelijk aftrekposten en deze worden nergens in de heffing betrokken. Immers, vanuit Frans perspectief worden de betalingen belast bij de participanten (de investeerders) en Nederland, of een andere staat met een vergelijkbare kwalificatie van de FCPR's, zien de FCPR's als zelfstandige belastingplichtigen in Frankrijk.²¹⁶ Voor de volledigheid: in de Hunkemöller-zaak kan niet met zekerheid gesteld worden dat/in hoeverre er sprake is van betalingen aan hybride entiteiten omdat informatie over de vestigingsplaatsen van de investeerders ontbreekt.²¹⁷ De rentebetalingen van het target zijn hier wegens een andere reden onbelast.²¹⁸

²¹² Figuur ontleend aan PHR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102, par. 2.13. Het figuur is gesimplificeerd weergegeven.

²¹³ De Hunkemöller-zaak betreft een geschil rondom artikel 10a, Wet VPB 1969. Hierdoor is feitelijk het verbondenheidscriterium uit artikel 12ac, Wet VPB 1969 niet ontweken. Bij een samenwerkende groep in de context van hybride mismatches bestaat een groep immers uit ten minste vijf lichamen of natuurlijk personen (artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b - d, Wet VPB 1969 jo. artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969).

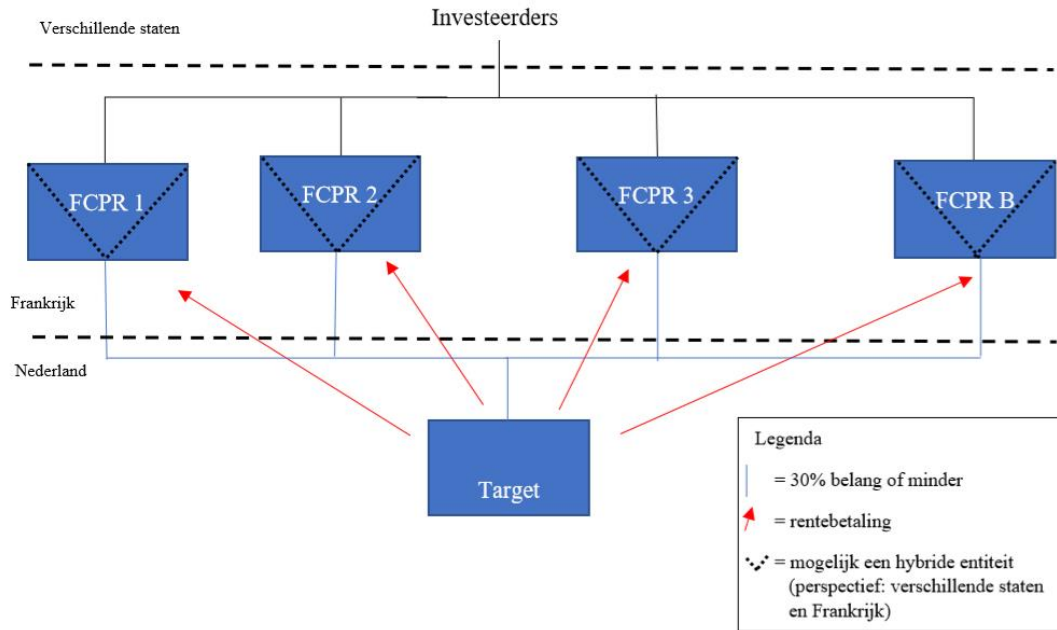
²¹⁴ PHR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102, par. 1.24.

²¹⁵ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 2.1, onderdeel 3.

²¹⁶ Zie voor een uitgebreider, algemeen voorbeeld van een hybride mismatch met een hybride entiteit paragraaf 2.5.1.

²¹⁷ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 2.1, onderdeel 4.

²¹⁸ De rentebetalingen zijn in deze zaak onbelast omdat er sprake is van convertible instruments. In Frankrijk worden deze betalingen niet als rentebaten gezien en derhalve niet in de heffing betrokken (dit volgt onder meer uit: Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, par. 4.22.18 en 53). Voor de volledigheid: met de huidige wetgeving zouden deze betalingen wel in Frankrijk in de heffing worden betrokken wegens artikel 4, eerste lid, onderdeel a, Moeder-dochterrichtlijn (2011/96/EU).



Figuur 7. De kern van de structuur in de Hunkemöller-zaak

Meer algemeen kan gesteld worden dat structuren met hybride entiteiten en een samenwerkende groep waarbij sprake is van een rentebetaling onder het toepassingsbereik van de wetgeving vallen.²¹⁹ In paragraaf 4.2.1 is namelijk het belang van rente nog eens benadrukt en eerder werd duidelijk dat de hybride mismatchmaatregelen betreffende een samenwerkende groep hoofdzakelijk voor hybride entiteiten bedoeld zijn. In het bovenstaande voorbeeld zou, indien (een van) de investeerders gevestigd is in Nederland, of in een staat met een vergelijkbaar kwalificatiesysteem voor de FCPR's, het target eventuele rentebetalingen aan de samenwerkende groep niet in aftrek mogen nemen wegens de primaire regel.²²⁰ Indien sprake zou zijn van andere soorten betalingen kan dit niet met zekerheid gesteld worden. De Hunkemöller-zaak biedt een illustratie van hybride entiteiten, er zijn echter ook ander soort structuren met hybride entiteiten en een samenwerkende groep mogelijk.

Structuren met hybride financiële instrumenten en een samenwerkende groep vallen mijns inziens binnen de werking van de wetgeving. De reden hiervoor is dat alleen rente- of zeer vergelijkbare betalingen tot een financieel instrument kunnen leiden.²²¹ Hierdoor zal een structuur met een hybride financieel instrument en een samenwerkende groep een rente-element bevatten en aansluiten op de gevonden definitie van de samenwerkende groep. Derhalve zullen deze structuren binnen het toepassingsbereik van de wet vallen en de effecten geneutraliseerd worden.²²² Een kanttekening is hier

²¹⁹ Het toepassingsbereik volgt uit: artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969, artikel 12ac, tweede lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 jo. artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969.

²²⁰ De primaire regel betreffende hybride entiteiten, zie artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.

²²¹ Dit volgt uit de definitie van een financieel instrument, zie artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969.

²²² Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

op zijn plaats: binnen Europa wordt deze soort hybride mismatch namelijk in eerste instantie aangepakt in het land van de ontvanger via de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling bewerkstelligt, samenvattend, dat voordelen die opkomen uit een deelneming in een ander lichaam, niet belast worden bij het eerste lichaam.²²³ Bij hybride financiële instrumenten is de deelnemingsvrijstelling niet van kracht en hierdoor worden de betalingen in beginsel tot de winst gerekend. Dit is de primaire regel voor hybride financiële instrumenten.^{224, 225} De deelnemingsvrijstelling is binnen Nederland van toepassing indien er sprake is van een belang van ten minste 5%,²²⁶ in het algemeen geldt een belang van ten minste 10%.²²⁷ Hierdoor wordt een hybride instrument met een samenwerkende groep slechts in een zeer beperkt aantal gevallen aangepakt wégens het begrip samenwerkende groep. De samenwerkende groep zou immers uit ten minste twintig respectievelijk tien leden moeten bestaan om onder de werking van de deelnemingsvrijstelling uit te komen, om vervolgens wel onder de werking van de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969 te vallen. Naar mijn inzicht kan gesteld worden dat de samenwerkende groep in de context van hybride financiële instrumenten slechts effectief uitwerkt in de gevallen dat het land van ontvanger geen EU-land is of indien het land van betaler geen hybride mismatchwetgeving kent.

Bij hybride VI's speelt de samenwerkende groep een kleinere rol dan bij hybride entiteiten of hybride financiële instrumenten. Er zijn drie soorten hybride VI's te onderscheiden.²²⁸ Bij een van deze soorten, veronderstelde betalingen,²²⁹ kan er geen sprake zijn van een samenwerkende groep. Deze mismatches vallen namelijk binnen het toepassingsbereik van de hybride mismatchwetgeving omdat ze tussen hoofdhuis en een VI of tussen twee of meer VI's plaatsvinden.²³⁰ Aan een samenwerkende groep wordt derhalve niet toegekomen. Bij de andere hybride VI's zijn er mijns inziens wel mogelijkheden tot structuren met een samenwerkende groep. In deze gevallen zullen de maatregelen de effecten neutraliseren.²³¹ Het is niet relevant om deze structuren tot in detail te behandelen. Dit draagt namelijk weinig bij aan de beantwoording van de deelvraag; de samenwerkende groep in context van hybride

²²³ Artikel 13, Wet VPB 1969 en R.P. van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 185.

²²⁴ Om verwarring te voorkomen: hybride financiële instrumenten wijken af van de primaire en secundaire regel bij de andere soorten mismatches (zie paragraaf 2.5). De uitwerking van de deelnemingsvrijstelling volgt namelijk het stramien van de 'reguliere' secundaire regel maar komt als eerste aan bod. Dit geldt alleen voor EU-landen. Indien het land van ontvanger geen EU-land is valt deze vorm van hybride mismatch namelijk wel in eerste instantie onder de primaire regel uit artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969. Tevens geldt de 'reguliere' secundaire regel indien het land van de betaler geen hybride mismatchwetgeving kent.

²²⁵ Artikel 4, eerste lid, onderdeel a, Moeder-dochterrichtlijn (2011/96/EU) en artikel 12aa, vijfde lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 13, zeventiende lid, Wet VPB 1969.

²²⁶ Artikel 13, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

²²⁷ Artikel 3, eerste lid, onderdeel a, onder i, Moeder-dochterrichtlijn (2011/96/EU).

²²⁸ De wetgeving betreffende hybride mismatches geeft een limitatieve opsomming van de bekende/bestaande hybride mismatches, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 3 (NV II). De maatregelen beschrijven drie soorten mismatches met een hybride VI (artikel 12aa, eerste lid, onderdelen c, d en f, Wet VPB 1969).

²²⁹ Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, Wet VPB 1969.

²³⁰ Artikel 12aa, tweede lid, onderdelen b en c, Wet VPB 1969.

²³¹ Artikel 15e, negende lid, Wet VPB 1969, artikel 12aa, eerste lid, onderdelen c en e, Wet VPB 1969, artikel 12ab, eerste lid, Wet VPB 1969, artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b-d, Wet VPB 1969.

mismatches is hoofdzakelijk bedoeld voor hybride entiteiten, bij hybride VI's ligt er geen specifieke nadruk op rente en er zijn geen bronnen over hybride VI's met een samenwerkende groep. Voor de volledigheid zijn deze structuren geïllustreerd in bijlage 1.

4.3 Aanbevelingen aan de wetgever

In deze paragraaf wordt bekeken of de werking van de wet bij hybride mismatchstructuren met een samenwerkende groep in lijn ligt met de ratio van deze maatregelen. Aan de hand daarvan worden aanbevelingen aan de wetgever beschreven. Ten slotte wordt een blik in de toekomst geworpen.

Past de samenwerkende groep bij de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches? De ratio van deze wetgeving is in hoofdstuk 2 onderzocht en luidt samenvattend: de wetgeving neutraliseert de effecten van hybride mismatches en dit past in de bredere doelstelling van het kabinet om op te treden tegen grondslaguitholling en belastingontwijking. In eerste instantie lijken het doel van de implementatie van de hybride mismatchmaatregelen en de samenwerkende groep in het verlengde van elkaar te liggen. De samenwerkende groep is immers oorspronkelijk geïmplementeerd om misbruik en de daar uit volgende belastingontwijking tegen te gaan.²³² Wanneer echter bekeken wordt in hoeveel situaties de maatregelen de effecten van een hybride mismatch neutraliseren wégens het begrip samenwerkende groep, valt dit tegen. Dit komt door drie zaken. Allereerst is de samenwerkende groep bij een van de soorten hybride VI's niet relevant. Het begrip draagt in dat geval niet bij aan het neutraliseren van de effecten. Ten tweede neutraliseren de maatregelen mogelijk alleen rentebetalingen bij hybride mismatches met een samenwerkende groep. Andere soorten betalingen lijken niet onder de werking te vallen, dit is het gevolg van de nadruk op leningen in de definitie van de samenwerkende groep. Het derde argument betreft de uitvoerbaarheid. Indien de leden/investeerdere van een samenwerkende groep wereldwijd verspreid zitten kan het lastig zijn om de informatie te verkrijgen die nodig is om aan te tonen dat er sprake is van een samenwerkende groep.^{233, 234}

Wat betekent bovenstaande voor de ratio? Allereerst kan gesteld worden dat de samenwerkende groep, zij het beperkt, bijdraagt aan het doel om de effecten te neutraliseren. Dit is het geval bij hybride entiteiten, de meest relevante soort mismatch in de context van de samenwerkende groep, en bij de meeste andere soorten hybride mismatches ook. De belangrijkste beperking komt door de nadruk op de rentebetalingen, slechts in dat geval komt de samenwerkende groep aan bod en worden de effecten geneutraliseerd. Een andere beperking resulteert uit de problemen betreffende uitvoerbaarheid die kunnen ontstaan bij een internationale samenwerkende groep. Ten tweede past de samenwerkende groep naar mijn inzicht niet geheel in de bredere doelstelling van het kabinet om belastingontwijking tegen te

²³² Zie paragraaf 3.2.

²³³ Dit zal vooral een rol spelen bij geïmporteerde hybride mismatches.

²³⁴ E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, 'Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021', *WFR* 2020/106, par. 3.1.1.

gaan. Het begrip biedt namelijk verschillende ontwikkelingsmogelijkheden. Zo kunnen de maatregelen bijvoorbeeld ontweken worden indien er sprake is van een ander soort betalingen dan rentebetalingen. Een andere ontwikkelingsmogelijkheid is eerder aan bod gekomen: een structuur met een samenwerkende groep kan zo vorm gegeven worden dat er geen sprake is van gelieerde lichamen waardoor deze niet binnen het toepassingsbereik van de maatregelen valt.²³⁵

Betreffende de interpretatie van de samenwerkende groep in verhouding tot de ratio van de hybride mismatchwetgeving kunnen wat mij betreft twee aanbevelingen worden geformuleerd. Deze kunnen ertoe bijdragen dat de samenwerkende groep meer in lijn ligt met de ratio van de hybride mismatchwetgeving. De aanbevelingen luiden als volgt:

-De wetgever zou de mazen in de wet betreffende gelieerde lichamen zoals beschreven in paragraaf 3.5.2 moeten dichten. Een grammaticale interpretatie van de wettekst biedt namelijk verschillende mogelijkheden om niet als gelieerde lichamen aangemerkt te worden. Deze situaties zullen derhalve niet in het toepassingsbereik van de wetgeving vallen waardoor sommige hybride mismatches met een samenwerkende groep nog steeds mogelijk zijn. Mijns inziens zou de wettekst van artikel 12ac, tweede lid, onderdelen b-d, Wet VPB 1969 aangepast moeten worden zodat het criterium van gelieerde lichamen uitgebreid wordt.

-De wetgever zou duidelijkheid moeten scheppen rondom de definitie van de samenwerkende groep betreffende hybride mismatches: deze is niet één op één gelijk aan het begrip uit artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. Er moet ruimte zijn voor een bredere interpretatie waardoor naast rentebetalingen ook ander soort betalingen onder het toepassingsbereik vallen. Indien de wetgever beoogt om in de context van hybride mismatches slechts het element van de samenwerkende groep betreffende gecoördineerde investeringen te benadrukken, moet dit aangegeven worden. Een beleidsbesluit kan mijns inziens deze verduidelijking bieden.

Om de eerste aanbeveling concreet te maken, worden de volgende twee suggesties voor aanpassingen van de wettekst gedaan. Eerst voor de ontwikkelingsmogelijkheid van artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, Wet VPB 1969. Samenvattend betreft deze maas in de wet entiteiten waarin niet alle leden van een samenwerkende groep een belang²³⁶ hebben. Deze entiteiten zijn namelijk niet gelieerd aan een target en hierdoor zijn er hybride mismatches mogelijk die niet onder het toepassingsbereik van de maatregelen vallen.²³⁷ De wettekst moet zo aangepast worden dat ook deze situaties geneutraliseerd worden. Naar mijn inzicht gebeurt dit indien de wet, gedeeltelijk,²³⁸ ook op één lichaam of natuurlijk persoon van

²³⁵ Zie paragraaf 3.5.2.

²³⁶ Het gaat hier om een belang dat ten minste 25% bedraagt van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal, 25% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt of recht geeft op 25% van de winst (artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, jo. artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969).

²³⁷ Deze ontwikkelingsmogelijkheid is uitgelegd in paragraaf 3.5.2.

²³⁸ Voor de volledigheid: de wet hoeft slechts gedeeltelijk op één lichaam of natuurlijk persoon van toepassing te zijn omdat een samenwerkende groep wel meerdere lichamen en/of natuurlijke personen betreft.

toepassing zou zijn en eenmaal²³⁹ het woord gezamenlijk geschrapt zou worden. Artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 zou mijns inziens als volgt moeten luiden: *als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt aangemerkt: een lichaam waarin lichamen of natuurlijke personen die deel uitmaken van een samenwerkende groep gezamenlijk een belang van ten minste 25% hebben en één of meerdere van die lichamen, onderscheidenlijk natuurlijke personen, tevens een belang van tenminste 25% heeft of hebben in de belastingplichtige*.²⁴⁰ Ten tweede, de maas in de wet betreffende leden van dezelfde samenwerkende groep. Op dit moment staan leden van een samenwerkende groep onderling niet in gelieerde verhouding en kunnen er hybride mismatches worden gevormd zonder dat de wetgeving van toepassing is.²⁴¹ Naar mijn inzicht kan deze maas gedicht worden door een extra onderdeel aan artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 toe te voegen, dit kan als volgt luiden: *‘als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt aangemerkt: een lichaam dat met belastingplichtige deel uitmaakt van een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid’*.²⁴²

Bij de tweede aanbeveling zijn er naar mijn inzicht twee voor de hand liggende tegenargumenten. Die worden hier besproken en weerlegd. Allereerst zou als volgt kunnen worden geredeneerd; de wetgever interpreteert de samenwerkende groep volgens de principiële benadering²⁴³ en hieruit volgt, juist om belastingontwijking tegen te gaan, dat verduidelijking van het begrip onwenselijk is. Dit argument houdt mijns inziens geen stand omdat het begrip als gevolg van de aanbeveling hoofdzakelijk breder wordt. Ten tweede is het niet duidelijk of de wetgever zich bewust is van de beperking van de toepassing van de maatregelen als gevolg van de definitie.²⁴⁴ Indien dit wel het geval is, is de wetgever wellicht niet bereid deze aanbeveling op te volgen. Naar mijn mening is dit alsnog nodig om effectief invulling te geven aan de doelstelling van het kabinet om belastingontwijking tegen te gaan. De huidige definitie van de samenwerkende groep draagt hier mijns inziens namelijk niet aan bij.

Tot slot nog een toekomstgerichte opmerking. Volgend jaar treedt de Wet bronbelasting 2021 in werking. Deze conditionele²⁴⁵ bronbelasting wordt geheven bij zowel rente- als royaltybetalingen.²⁴⁶ In deze wet komt de samenwerkende groep terug en wordt er, net als bij de hybride mismatchmaatregelen, voor de interpretatie van het begrip verwezen naar artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969.²⁴⁷ Mogelijk

²³⁹ Voor de volledigheid: het woord gezamenlijk hoeft slechts eenmaal geschrapt te worden omdat er wel een gezamenlijk belang in het target gehouden moet worden, anders is er immers geen sprake van een samenwerkende groep.

²⁴⁰ De wettekst is wegens de leesbaarheid gesimplificeerd weergegeven. De elementen die belangrijk zijn voor deze uitleg zijn intact gehouden.

²⁴¹ Dit is uitgelegd in paragraaf 3.5.2.

²⁴² ‘Als bedoeld in artikel 10a, zesde lid’ is bij dit onderdeel toegevoegd om aan te sluiten bij de huidige wettekst. In deze scriptie is echter duidelijk geworden dat dit begrip in de context van hybride mismatches niet één op één gelijk met het begrip uit de antiwinstdrainagebepaling.

²⁴³ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁴⁴ Zie paragraaf 4.2.1.

²⁴⁵ Er wordt slechts bronbelasting geheven indien de ontvanger van de betalingen gevestigd is in een laagbelastende jurisdictie of er sprake is van een misbruik situatie.

²⁴⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3 (MvT), p. 1-4.

²⁴⁷ Artikel 1.2, eerste lid, onderdeel c, sub 4-6, Wet bronbelasting 2021.

treten hier vergelijkbare problemen op als bij de hybride mismatchwetgeving. Zorgt het begrip voor een ontwijkmogelijkheid voor bronbelastingen op royaltybetalingen? De tweede aanbeveling zou om deze reden op vergelijkbare wijze gelden voor de samenwerkende groep in de Wet bronbelasting 2021.²⁴⁸

4.4 Beantwoording deelvraag

In dit hoofdstuk zijn de definitie van de samenwerkende groep, de werking van hybride mismatches met een samenwerkende groep en de ratio hiervan besproken. Hiermee kan een antwoord geformuleerd worden op de deelvraag: *‘Hoe verhoudt de interpretatie van het begrip samenwerkende groep zich tot de ratio van de hybride mismatchwetgeving?’*

Het bekijken van de definitie van de samenwerkende groep biedt inzicht in de nadruk die op investeringen en rente ligt. Deze beperkt het toepassingsbereik van de maatregelen betreffende hybride mismatches met een samenwerkende groep. Rekening houdend met deze beperking zijn voorts concrete voorbeelden van hybride mismatches met een samenwerkende groep bekeken. De hybride mismatchwetgeving in de context van de samenwerkende groep is hoofdzakelijk bedoeld voor hybride entiteiten. De Hunkemöller-zaak biedt een illustratie van de werking van deze structuren. In het geval van rentebetalingen vallen deze binnen het toepassingsbereik van de wet. Hybride financiële instrumenten bevatten een rente-element, hierdoor is met enige zekerheid te stellen dat deze onder de werking van de wet vallen. Tevens is duidelijk geworden dat een samenwerkende groep niet bij elke vorm van een hybride mismatch aan bod komt: bij slechts twee van de drie soorten mismatches met een hybride VI kan er sprake zijn van een samenwerkende groep. Hybride VI's met een samenwerkende groep kunnen naar mijn inzicht onder de werking van de wet vallen.

Het uitwerken van het toepassingsbereik en het bekijken van de werking van de samenwerkende groep maken duidelijk dat het begrip beperkt bijdraagt aan (een van de onderdelen van) de ratio: het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. Een ander element van de ratio betreft de doelstelling van het kabinet om belastingontwijking tegen te gaan. De samenwerkende groep draagt hier niet aan bij wegens de verschillende ontwijkmogelijkheden die het begrip biedt. Samenvattend leidt dit tot het volgende antwoord op de deelvraag: enerzijds draagt de samenwerkende groep, weliswaar beperkt, bij aan de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches, anderzijds ondermijnt het begrip de bredere doelstelling van het kabinet. In dit licht zijn aanbevelingen aan de wetgever gedaan waardoor mijns inziens de samenwerkende groep beter past bij en bijdraagt aan de ratio van de hybride mismatchwetgeving.

²⁴⁸ Zie voor een uitgebreide toelichting op de samenwerkende groep en de (problemen bij de uitwerking van de) Wet bronbelasting 2021: E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, ‘Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021’, *WFR* 2020/106.

5. Conclusie

5.1 Inleiding

In deze scriptie staan de hybride mismatchwetgeving en de samenwerkende groep centraal. Deze onderwerpen vormen instrumenten in de strijd tegen belastingontwijking. De verhouding van deze instrumenten tot elkaar was het belangrijkste aandachtspunt in dit onderzoek, de hoofdvraag luidt:

‘Draagt het begrip samenwerkende groep bij aan de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches? En zo nee, is er aanvullend beleid nodig?’

De ratio en de werking van de hybride mismatchwetgeving en het begrip samenwerkende groep zijn eerst uitgewerkt aan de hand van drie deelvragen. Vervolgens zijn bij deelvraag vier deze elementen samengebracht om de uitwerking van de samenwerkende groep op de hybride mismatchwetgeving te onderzoeken. In dit hoofdstuk worden de bevindingen bij de deelvragen nog eens toegelicht, daarna volgt het antwoord op de hoofdvraag.

5.2 Bevindingen

In hoofdstuk 2 zijn twee deelvragen onderzocht. De eerste luidt: *‘Wat is de ratio van de wetgeving betreffende hybride mismatches?’*. Eerst is de problematiek van hybride mismatches uitgewerkt om zo de uitleg betreffende de reden en het doel van het BEPS-project en ATAD II in context te plaatsen. Dit was relevant omdat de hybride mismatchwetgeving voortkomt uit het BEPS-project en ATAD II. De ratio van het BEPS-project en de richtlijn blijken op hoofdlijnen gelijk te zijn en betreft het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. Voorts is de nationale situatie bekeken, duidelijk is geworden dat in Nederland de richtlijn strikt geïmplementeerd is. Derhalve is de ratio gelijk aan die van ATAD II. Tevens werd, onder meer wegens deze strikte implementatie, een tweede element van de ratio duidelijk: het kabinet ziet de hybride mismatchmaatregelen als onderdeel van een breder plan tegen belastingontwijking.

De tweede deelvraag betreft: *‘Hoe werken de artikelen 12aa-12ag, Wet VPB 1969?’*. De algemene werking van de hybride mismatchwetgeving is uitgelegd en geïllustreerd met een voorbeeld. Er is nadruk gelegd op het toepassingsbereik waarbij is ingezoomd op de samenwerkende groep. Samenvattend wordt gesteld dat de wetgeving de gevolgen van hybride mismatches middels de primaire of secundaire regel neutraliseert, indien deze plaatsvinden binnen het toepassingsbereik.

In hoofdstuk 3 is het begrip samenwerkende groep uitgewerkt om de volgende deelvraag te beantwoorden: *‘Hoe kan het begrip samenwerkende groep uit artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969 gedefinieerd worden?’*. Eerst is het internationaal perspectief bekeken. Hierbij is een eerste hoofdelement geïdentificeerd: een groeps-element is onmisbaar voor een samenwerkende groep. Voorts is het begrip in nationale context bekeken. De parlementaire stukken geven invulling aan de andere hoofdelementen van het begrip: materiële zeggenschap over de vormgeving van de investering en

aandeelhouders die op vergelijkbare wijze leningen verstrekken. De vakliteratuur bood vervolgens inzicht in details van de samenwerkende groep. Hierbij werd tevens duidelijk dat het begrip verschillende ontwikkelingsmogelijkheden biedt, iets wat de wetgever niet beoogde. Tot slot is de jurisprudentie bekeken, de belangrijkste bevinding hierbij betreft bevestiging van de eerder gevonden elementen. In dit hoofdstuk zijn overigens ook details van het begrip en indicatoren van de hoofdelementen uitgewerkt. Al deze elementen komen (impliciet) terug in de definitie: *‘er is sprake van een samenwerkende groep indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat een groep investeerders met ieder minder dan 25% belang op parallelle wijze investeert en leningen verstrekt, waarbij in de meeste gevallen een coördinerende rechtspersoon materiële zeggenschap heeft over de vormgeving van de investering’*.

Tot slot hoofdstuk 4, daarin stond de volgende deelvraag centraal: *‘Hoe verhoudt de interpretatie van het begrip samenwerkende groep zich tot de ratio van de hybride mismatchwetgeving?’*. De werking van hybride mismatches met een samenwerkende groep is geïllustreerd. Hierdoor werd duidelijk dat het begrip slechts in een beperkt aantal gevallen bijdraagt aan een van de elementen van de ratio: het neutraliseren van de effecten. Dit is hoofdzakelijk te verklaren door de nadruk op leningen in de definitie van de samenwerkende groep. Voorts is gebleken dat de ontwikkelingsmogelijkheden rondom het begrip niet geheel passen bij het bredere doel van het kabinet om belastingontwijking aan te pakken, het tweede element van de ratio. Om het begrip (meer) te laten bijdragen aan de ratio zijn er aanbevelingen aan de wetgever gedaan.

5.3 Conclusie

De hoofdvraag bestaat uit twee subvragen, met bovenstaande bevindingen kunnen deze beantwoord worden.

De eerste subvraag betreft de uitwerking van de samenwerkende groep op de ratio van hybride mismatches. De ratio bestaat uit twee onderdelen: het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches én de bredere doelstelling: het tegengaan van belastingontwijking. Bij de meeste soorten mismatches draagt de samenwerkende groep in het geval van rentebetalingen bij aan dit eerste doel. Bij hybride mismatches met andere soorten betalingen kan dit niet met zekerheid gesteld worden. Het tweede onderdeel van de ratio wordt niet ondersteund door de samenwerkende groep. Dit komt door de ontwikkelingsmogelijkheden die het begrip biedt. Samenvattend is gebleken dat de samenwerkende groep enerzijds, in de marge, bijdraagt aan de ratio maar anderzijds de ratio ondermijnt wegens de ontwikkelingsmogelijkheden.

Het tweede deel van de hoofdvraag betreffende aanvullend beleid moet bevestigend beantwoord worden. Ingevolge bovenstaande is immers duidelijk dat de samenwerkende groep niet (veel) bijdraagt aan de ratio van de hybride mismatchwetgeving. In hoofdstuk 4 zijn in dit kader twee aanbevelingen

gedaan waardoor mijns inziens de samenwerkende groep beter past bij en bijdraagt aan de ratio. De aanbevelingen luiden, samengevat, als volgt:

-De wetgever zou de mazen in de wet betreffende gelieerde lichamen moeten dichten door middel van wijzigingen van de wettekst van artikel 12ac, tweede lid, Wet VPB 1969.

-De wetgever zou via een beleidsbesluit duidelijkheid moeten scheppen rondom de definitie van de samenwerkende groep betreffende hybride mismatches.

Samenvattend luidt het antwoord op de hoofdvraag: het begrip samenwerkende groep draagt enerzijds, beperkt, bij aan de ratio van de hybride mismatchwetgeving maar ondermijnt deze anderzijds. Derhalve is er aanvullend beleid nodig in de vorm van een wetswijziging en een beleidsbesluit.

Nu de hoofdvraag is beantwoord, wordt toegelicht op welke punten nader onderzoek gedaan kan worden. Allereerst, de samenwerkende groep is een begrip in ontwikkeling. Hoewel in dit onderzoek is beoogd een zo volledig mogelijke definitie te geven kan het zijn dat op termijn deze verandert. In deze scriptie zijn namelijk rechtszaken aangehaald waarover de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan. Indien dat oordeel afwijkt van hetgeen de Rechtbank, het Hof of A-G Wattel hebben gesteld, moet de hier geformuleerde definitie aangepast worden. Tevens lopen er nog een tiental vergelijkbare rechtszaken. Voor een meer robuuste definitie zouden deze ook bekeken moeten worden. Ten tweede kan de uitvoerbaarheid betreffende een internationale samenwerkende groep nader onderzocht worden. Hoe worden wereldwijd verspreide aandeelhouders/investeerders als één samenwerkende groep aangemerkt? Maakt het hierbij, bijvoorbeeld rondom het verkrijgen van informatie, uit of het om natuurlijke personen of rechtspersonen gaat? Indien een internationale samenwerkende groep makkelijk, respectievelijk lastig, te vinden is kan dit bijdragen of juist afdoen aan de ratio van de hybride mismatchwetgeving. In deze scriptie zijn deze elementen zijdelings of niet aan bod gekomen omdat hiervoor zowel de definitie van de samenwerkende groep als de ratio van de hybride mismatchwetgeving nodig zijn. Dit internationale perspectief is daarom een mooie uitbreiding op dit onderzoek. Tot slot, dit is een van de eerste onderzoeken naar de samenwerkende groep in de context van hybride mismatches. Bronnen over specifiek dit onderwerp zijn nauwelijks voorhanden. Het onderzoek is derhalve grotendeels gebaseerd op mijn, natuurlijk onderbouwde, inzichten. De conclusie zou meer gewicht hebben indien andere bronnen deze bevestigen. Wellicht gebeurt dit nog in de toekomst.

Literatuurlijst

Boeken

R.P.C.W.M. Brandsma e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 15-03-2020)

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

E. Poelman e.a., *Cursus Belastingrecht (formeel belastingrecht)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 02-02-2020)

R.P. van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, *Staatscourant* 2009, 19749

Bijlage bij Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987

Kamerstukken I 1999/2000, 26727, nr. 202c

Kamerstukken II 2010/11, 32426, nr. 7

Kamerstukken II, 2012/13, 25087, nr. 34

Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 3

Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 6 (NV II)

Kamerstukken I 2016/17, 34552, nr. E

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 14 (NV II)

Kamerstukken II 2018/19, 25087 nr. 236

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II)

Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3 (MvT)

OESO rapporten

OESO (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, OECD Publishing

OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, doi.org/10.1787/9789264202719-en

OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, doi.org/10.1787/9789264192744-en

OESO (2015), *Adressing the Tax Challanges of the Digital Economy*, OECD Publishing, doi.org/10.1787/9789264241046-en

OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, doi.org/10.1787/9789264241138-en

OESO (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping, Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, OECD Publishing, doi.org/10.1787/9789264312388-en

Wetenschappelijke artikelen

Aantekening bij Antibelastingontwikplingsrichtlijn 2 (ATAD 2), *Vakstudie Nieuws* 2017/36.3

A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak' *WFR* 2016/208

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

R.A. Bosman, 'Wijzigingen renteaftrekbeperkingen bij winstdrainage en overnameholding per 1 januari 2017', *MBB* 2017/1

R. Brandsma, 'Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt', *WFR* 2017/28

R. van Dam, *commentaar bij artikel 10a – Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – niet-aftrekbare rente*, NDFR (online, bijgewerkt tot 23 maart 2020)

G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186

Fraus legis voorkomt renteaftrek bij omvangrijke overname (Hof Amsterdam 18-04-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws), *Vakstudie Nieuws* 2019/33.7

A. de Graaf & K.J. Visser, 'ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects', *EC Tax Review* 2016/4

A.C.G.A.C. de Graaf & K.J. Visser, 'BEPS: het einde van belastingplanning?', *MBB* 2017/4

R.H. Happé, 'Belastingrecht en de geest van de wet: Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving', *Tilburg University* 2011

Commentaar van H. Lohuis, 'Belastingplan 2017: nota n.a.v. het verslag en tweede nota van wijziging', *NTFR* 2016/2595

Commentaar van H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2017', *NTFR* 2016/2354

E.J. Spoelder, S. Sari en M.C. Rasenberg, 'Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021', *WFR* 2020/106

A.J.A. Stevens & L.S. Rijff, 'de Nederlandse implementatie van ATAD 2: het consultatiedocument', *MBB* 2019/2-7

J.L. van der Streek, 'De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017', *WFR* 2016/194

M. F. de Wilde, *commentaar bij OESO – Actiepunten BEPS*, NDFR (online, bijgewerkt tot 15 december 2019)

Overige bronnen

Action 2 Neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements,
<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>

BEPS work, <https://www.oecd.org/tax/aggressive/>

Brief 'Commentaar op het Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belasting ontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingsrichtlijn)' de Nederlandse Orde Belastingadviseurs commissie wetsvoorstellen,
https://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob_commentaar_anti-beps_richtlijn.pdf

C. Driessen, 'Hoe Ikea al jarenlang belastingen ontwijkt', *NRC handelsblad* 7 december 2018

M. Fonseca, 'Panama Papers leverden al 1 miljard euro aan boetes en naheffingen op – en het einde is nog niet in zicht', *de Volkskrant* 3 april 2019

G20 Leaders Declaration, 19 juni 2012, Los Cabos, Mexico

C.M. de Groot e.a., *private equity en fiscaliteit*, Belastingdienst: 2017

Het RB geeft het Ministerie van Financiën stof tot nadenken, <https://www-ndfr-nl.eur.idm.oclc.org/pdfroot/pb-rb-051218.pdf>.

J. Kooiman, 'Fiscus jaagt op miljoenen uit oude private-equity deals', *NRC handelsblad* 23 mei 2019

M. Muller, 'Private equity-structuren lastig te bestrijden met fraus legis', *Tax Live* 3 maart 2020

W. van Noort, 'Drie vragen over de naheffing van 13 miljard voor Apple', *NRC handelsblad* 30 augustus 2016

Reactie van het Register Belastingadviseurs (RB) op het ter consultatie voorgelegde concept 'van enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969',
www.rb.nl/storage/app/media/internetconsultatie-renteaftrekbeperkingen-vpb-definitief-compleet.pdf

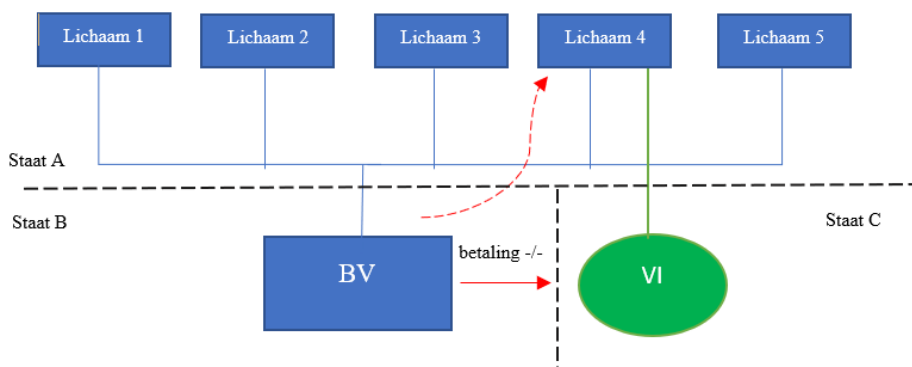
Reactie van 10-12-18 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan het Ministerie van Financiën met betrekking tot de internetconsultatie Implementatie ATAD2, <https://www-ndfr-nl.eur.idm.oclc.org/pdfroot/nob-reactie-10dec2018.pdf>

Bijlage 1

In deze bijlage wordt een illustratie gegeven van structuren met een hybride VI en een samenwerkende groep. Hierover zijn geen bronnen of voorbeelden beschikbaar. Derhalve is ervoor gekozen om de voorbeelden van de wetgever uit de memorie van toelichting betreffende de hybride mismatchwetgeving als uitgangspunt te nemen en deze voorbeelden aan te passen aan een situatie met een samenwerkende groep. Een specifieke uitleg over de werking van onderstaande hybride mismatches is te vinden in de memorie van toelichting.^{249, 250} De relevantie voor deze scriptie betreft de rol van de samenwerkende groep bij hybride VI's. Leidt de samenwerkende groep tot een gelieerde verhouding? Mijns inziens vallen onderstaande situaties onder het toepassingsbereik van de wetgeving betreffende hybride mismatches. Bij de voorbeelden geldt de nuance betreffende de soort betalingen zoals beschreven in paragraaf 4.2.1: indien er in onderstaande voorbeelden geen sprake is van rentebetalingen kan niet met zekerheid gesteld worden dat deze onder de definitie van de samenwerkende groep vallen.

Een betaling aan een hybride VI

Dit voorbeeld betreft een betaling aan een lichaam met een VI,²⁵¹ aangepast naar de situatie met een samenwerkende groep. De lichamen in figuur B1 hebben ieder minder dan 25% belang²⁵² in de BV. Naar mijn inzicht is lichaam 4/de VI een gelieerd lichaam aan de BV op grond van artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. artikel 12ac, tweede lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. De BV mag de betaling niet in aftrek nemen op grond van 12aa, eerste lid, onderdeel c, Wet VPB 1969. Indien staat B geen regels betreffende hybride mismatches kent, wordt de betaling tot de winst van lichaam 4 gerekend.²⁵³



Figuur B1. Een samenwerkende groep en een betaling aan een hybride VI

²⁴⁹ Een algemene uitleg van de werking van hybride mismatches is in deze scriptie wel opgenomen, zie paragraaf 2.5.

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT).

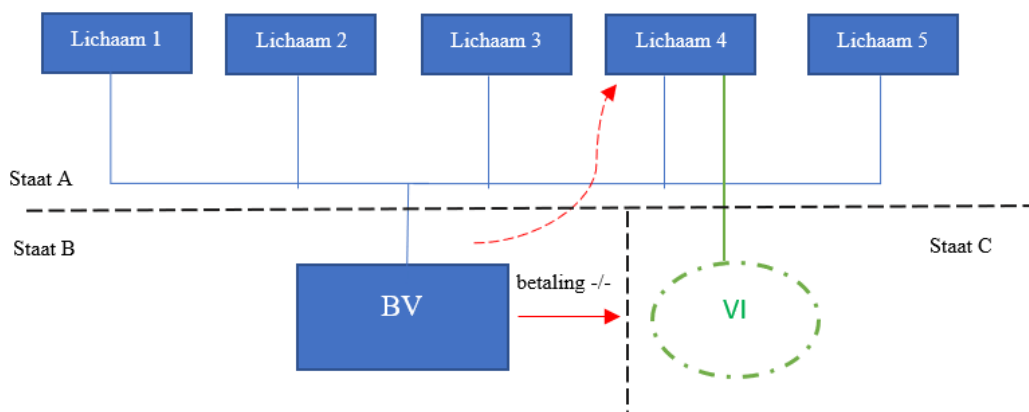
²⁵¹ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 20 & 53 (MvT).

²⁵² Een belang zoals omschreven in artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969.

²⁵³ Artikel 12ab, eerste lid, Wet VPB 1969.

Een betaling aan een buiten beschouwing blijvende VI

Dit voorbeeld betreft een betaling aan een buiten beschouwing blijvende VI,²⁵⁴ aangepast naar de situatie met een samenwerkende groep. De lichamen in figuur B2 hebben ieder minder dan 25% belang in de BV.²⁵⁵ Mijns inziens is lichaam 4/de buiten beschouwing blijvende VI een gelieerd lichaam aan de BV op grond van artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. artikel 12ac, tweede lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. Bij buiten beschouwing blijvende VI's wordt in Nederland in eerste instantie de betaling tot de winst van lichaam 4 gerekend.²⁵⁶ Indien de staat van het hoofdhuis geen dergelijke maatregel kent, wordt aftrek van de betaling bij de BV geweigerd.²⁵⁷



Figuur B2. Een samenwerkende groep en een betaling aan een buiten beschouwing blijvende VI

²⁵⁴ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 19 & 54 (MvT).

²⁵⁵ Een belang zoals omschreven in artikel 13ab, tiende lid, Wet VPB 1969.

²⁵⁶ Artikel 15e, negende lid, Wet VPB 1969.

²⁵⁷ Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969.