

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

De open commanditaire vennootschap in een nieuw tijdperk: de afwijkende classificatie van de open commanditaire vennootschap onder de mismatchbepalingen Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en Wet Bronbelasting 2021



Naam student: R. van den Burgt

Begeleider: mr. Y. Workum - Vink

Tweede beoordelaar: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 1 mei 2021

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

Voorwoord

Alvorens ik u veel leesplezier ga wensen moeten er mij nog een aantal woorden van het hart.

Toen ik als twaalfjarige jongeman te horen kreeg dat ik naar het voorbereidend wetenschappelijk onderwijs mocht wist ik niet goed wat dit betekende. Mij werd verteld dat wanneer het voorbereidend wetenschappelijk onderwijs succesvol werd afgerond het mogelijk zou zijn om naar de universiteit te gaan. Pas bij het in ontvangst nemen van mijn diploma realiseerde ik mij wat voor deuren er voor mij opengingen. Ik mocht gaan studeren aan een van de meest prestigieuze onderwijsinstellingen van Nederland waar ik kritisch zou leren nadenken over vakinhoudelijke kwesties, maar ook daarbuiten. Nooit genoeg nemen met een gegeven antwoord en altijd de “Waaromvraag” willen stellen. Ik had nooit verwacht dat deze dag er ooit zou komen, maar toch is het eindelijk zover. Het einde van mijn academische carrière aan de Erasmus Universiteit Rotterdam is in zicht.

Voor u ligt mijn masterscriptie met de titel *De open commanditaire vennootschap in een nieuw tijdperk: de afwijkende classificatie van de open commanditaire vennootschap onder de mismatchbepalingen Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en Wet Bronbelasting 2021* waarmee ik de masteropleiding fiscale economie; directe belastingen afrond. Ik wil van deze gelegenheid gebruik maken om mijn begeleidster, mevrouw Workum – Vink te bedanken voor de begeleiding tijdens mijn schrijfproces. Haar uitgebreide feedback, scherpe blik en ondersteuning tijdens het schrijven van een masterscriptie in een uitdagende periode hebben bijgedragen aan het succesvol afronden van dit traject.

Daarnaast wil ik alle docenten die mij tijdens de masteropleiding les hebben gegeven bedanken. Ik heb ongelooflijk veel van hen geleerd, zowel op fiscaal inhoudelijk vlak als op de werkwijze die in de adviespraktijk wordt gehanteerd. De manier van lesgeven tijdens de masteropleiding zal mij altijd blijven in mijn fiscale carrière. Vervolgens wil ik graag mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun tijdens mijn gehele academische carrière en wil ik ook mijn vrienden bedanken voor de eindeloze discussies die ik met hen heb kunnen voeren over een onderwerp wat ik ongelooflijk interessant ben gaan vinden in de afgelopen jaren: de belastingheffing.

Ik wens u veel leesplezier tijdens het lezen van mijn masterscriptie.

R. (Roy) van den Burgt
Utrecht, 1 mei 2021

Lijst met afkortingen

AB:	Aanmerkelijk belang
ATAD 1:	Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad tot vaststelling ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt
ATAD 2:	Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen
AWR:	Algemene wet inzake rijksbelasting
BEPS:	Base Erosion and Profit Shifting
bfi:	Bijzonder financiële instellingen
BNB:	Beslissing Nederlandse Belastingrechtspraak
BV:	Besloten vennootschap
BVBA:	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW:	Burgerlijk Wetboek
CbCR:	Country-by-Country Reporting
C(C)CTB:	Common (Consolidated) Corporate Tax Base
CV:	Commanditaire vennootschap
CVR:	Commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid
EC:	Europese Commissie
EU:	Europese Unie
GloBE:	Global Anti-Base Erosion Proposal
GS:	Groene Serie
HvJ:	Hof van Justitie
I&R-richtlijn:	Interest- & royaltyrichtlijn
IBFD:	International Bureau of Fiscal Documentation
IF:	OESO/G20 Inclusive Framework tegen BEPS
IIR:	Income Inclusion Rule
LBJ('s):	Laagbelastende jurisdictie(s)
LP:	Limited Partnership
MBB:	Maandblad Belasting Beschouwingen
Mismatchbepalingen Wet Vpb 1969:	Mismatchbepalingen van de Wet Vpb 1969 betreffende hybride samenwerkingsverbanden
MLI:	Multilateraal instrument
Multinationals:	Onderneming met vestigingen in verschillende landen
NOB:	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NFR:	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV:	Naamloze vennootschap
OESO:	Organisatie van Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV:	OESO-modelverdrag

Open CV:	Open commanditaire vennootschap
OV:	Openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid
OVR:	Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid
Stcrt.:	Staatscourant
STTR:	Subject to Tax Rule
SOR:	Switch Over Rule
T&C:	Tekst & Commentaar
TFO:	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
UTPR:	Undertaxed Payment Rule
VOF:	Vennootschap onder firma
VwEU:	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
v.t.v.v.d.b.:	Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting
Wet BB 2021:	Wet op de bronbelasting 2021
Wet IB 2001:	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969:	Wet op de vennootschapsbelasting 1965
WFR:	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR:	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK:	Wetboek van Koophandel

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst met afkortingen	3
Inhoudsopgave	5
1. Introductie	8
1.1. Inleiding.....	8
1.2. Aanleiding	11
1.3. De werkwijze	12
1.4. Afbakening	14
2. Samenwerkingsverbanden	15
2.1. Inleiding.....	15
2.2. Kwalificatie van binnenlandse samenwerkingsverbanden.....	15
2.2.1. Lichamen	15
2.2.2. Rechtspersonen.....	16
2.2.3. Niet in aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen	16
2.2.4. In aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen	17
2.2.5. Personenvennootschappen.....	18
2.3. Modernisering van de personenvennootschappen	21
2.3.1. Ontwerp – Van der Grinten 1972	21
2.3.2. Wetsvoorstel titel 7:13 BW 2002	21
2.3.3. Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen 2019	23
2.4. Kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden	25
2.4.1. Het kwalificatiebesluit samenwerkingsverbanden.....	25
2.4.2. Similarity approach (corporate resemblance based method).....	26
2.4.3. Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen	27
2.5. Deelconclusie.....	29
3. De hybridemismatchbepalingen Wet Vpb 1969	31
3.1. Inleiding.....	31
3.2. Base Erosion and Profit Shifting	31
3.2.1. Achtergrond	31
3.2.2. BEPS – Actieplan 2: Neutraliseren van de effecten van hybride mismatches	32
3.3. Anti Tax Avoidance Directive 2.....	33
3.3.1. Inleiding	33
3.3.2. Nederland implementatie van de hybridemismatchbepalingen.....	34
3.3.3. Aftrek zonder betrekking in de heffing	36
3.3.4. Dubbele aftrek.....	37
3.3.5. Dubbel in aanmerking genomen inkomen	37
3.4. Hybride mismatches met samenwerkingsverbanden	37
3.4.1. Betaling aan een hybride samenwerkingsverband	38
3.4.2. Betaling door een hybride samenwerkingsverband.....	39
3.4.3. Dubbele aftrek als gevolg van een hybride samenwerkingsverband	41
3.4.4. Omgekeerde hybride samenwerkingsverbanden	41

3.5.	<i>Voorbeelden – open CV</i>	42
3.5.1.	Voorbeeld 1 – Casus van de NOB	42
3.5.2.	Voorbeeld 2 – Casus Open CV	43
3.6.	<i>Deelconclusie</i>	44
4.	De Wet op de Bronbelasting 2021	46
4.1.	<i>Inleiding</i>	46
4.2.	<i>Doel en strekking</i>	47
4.3.	<i>Belastingplichtigen & Inhoudingsplichtigen</i>	47
4.3.1.	Lichaam	47
4.3.2.	Gelieerdheid	48
4.3.3.	Laagbelastende jurisdictie	49
4.4.	<i>Heffingsgrondslag</i>	50
4.4.1.	Geldlening	50
4.4.2.	Rente	51
4.5.	<i>Wijze van heffing & tarief</i>	51
4.5.1.	Wijze van heffing	51
4.5.2.	Tarief	52
4.5.3.	Tussenschakels	52
4.6.	<i>Samenwerkingsverbanden</i>	53
4.6.1.	Hybride samenwerkingsverband.....	53
4.6.2.	Omgekeerd hybride samenwerkingsverband	54
4.7	<i>Voorbeelden – open CV</i>	56
4.7.1.	Voorbeeld 1 – Casus van de NOB	56
4.7.2.	Voorbeeld 2 – Casus Open CV	57
4.8.	<i>Deelconclusie</i>	58
5.	Wetstechnische toetsing	60
5.1.	<i>Inleiding</i>	60
5.2.	<i>Het toetsingskader</i>	60
5.2.1.	Achtergrond	60
5.2.2.	Effectiviteit & Efficiëntie.....	61
5.2.3.	Rechtmatigheid	61
5.2.4.	Complexiteit	61
5.2.5.	Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	62
5.2.6.	Onderlinge samenhang	62
5.3.	<i>De toetsing</i>	63
5.3.1.	Effectiviteit & Efficiëntie.....	63
5.3.2.	Rechtmatigheid	66
5.3.3.	Complexiteit	68
5.3.4.	Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	69
5.3.5.	Onderlinge samenhang	70
5.4.	<i>Deelconclusie</i>	72
5.4.1.	De beoordeling	72
5.4.2.	Effectiviteit & Efficiëntie.....	72
5.4.3.	Rechtmatigheid	72
5.4.4.	Complexiteit	73
5.4.5.	Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	73
5.4.6.	Onderlinge samenhang	73
6.	Oplossingen & Aanbevelingen	74

6.1	<i>Inleiding</i>	74
6.2	<i>Internationale regel – OESO/G20 Inclusive Framework - BEPS 2.0</i>	74
6.2.1	<i>Inleiding</i>	74
6.2.2	<i>Pijler 2 - Global Anti-Base Erosion Proposal</i>	75
6.2.3	<i>De regels van GloBE</i>	76
6.2.4	<i>Toetsingskader</i>	77
6.3	<i>Unilaterale aanpassing – De Nederlandse symmetrische benadering</i>	83
6.3.1	<i>Inleiding</i>	83
6.3.2	<i>Evaluatie van methoden ter classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden</i>	83
6.3.3	<i>De Nederlandse symmetrische benadering</i>	84
6.3.4	<i>Toetsingskader</i>	85
6.4	<i>Conclusie</i>	91
6.4.1	<i>Pijler 2 – GloBE</i>	91
6.4.2	<i>De Nederlandse symmetrische benadering</i>	92
6.4.3	<i>Beoordeling</i>	92
6.4.4	<i>Aanbeveling</i>	93
7.	Conclusie	93
7.1	<i>Samenvatting van het onderzoek</i>	93
7.1.1	<i>Kwalificatie van (buitenlandse) samenwerkingsverbanden</i>	94
7.1.2	<i>Huidige maatregelen tegen belastingontwijking en grondslaguitholling</i>	95
7.1.3	<i>Alternatieve methode tegen belastingontwijking en grondslaguitholling</i>	98
7.2	<i>Aanbeveling aan de wetgever</i>	101
8.	Bibliografie	104
8.1	<i>Boeken & Rapporten</i>	104
8.2	<i>Wetenschappelijke artikelen</i>	105
8.3	<i>Losbladig (en online)</i>	108
8.4	<i>(Voorstel) Richtlijnen</i>	108
8.5	<i>Parlementaire stukken</i>	109
8.5.1	<i>Kamerstukken</i>	109
8.5.2	<i>Besluiten</i>	109
8.6.3	<i>Voorontwerpen, consultatiedocumenten en wetsvoorstellen zonder nummer</i>	110
8.6	<i>Gerechtelijke uitspraken</i>	110
8.6.1	<i>Hof van Justitie</i>	110
8.6.2	<i>Hoge Raad</i>	110
8.7	<i>(Pers)berichten & brieven</i>	110
8.8	<i>Online (nieuws)bronnen</i>	111

1. Introductie

1.1. Inleiding

Globalisatie heeft in de afgelopen jaren bijgedragen aan de groei van kleine en grote economieën en de mobiliteit van personen en bedrijven.¹ Om deze mobiliteit te kunnen faciliteren zijn binnen de Europese Unie (hierna: EU) verkeersvrijheden ontwikkeld waardoor personen, goederen, diensten en kapitaal zich vrij over het grondgebied van de lidstaten kunnen bewegen.² Zonder aanvullende regelgeving zorgde de belastingstelsels van soevereine lidstaten ervoor dat dubbele belastingheffing ontstond, dat een tegengesteld effect had op globalisering.³ Dubbele belastingheffing heeft een negatief effect op globalisering omdat de uitwisseling van goederen, diensten en kapitaal hierdoor wordt gehinderd.⁴ Door middel van het sluiten van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting (hierna: v.t.v.v.d.b.) wordt de heffingsbevoegdheid over inkomen en kapitaal verdeeld tussen de verdragsstaten, dat het negatieve effect op de harmonisatie van economieën en belastingssystemen nagenoeg geheel opheft.⁵ Deze verbeterde harmonisatie zorgde er niet alleen voor dat economieën, maar ook onderneming met vestigingen in verschillende jurisdicties (hierna: multinationals) sterk konden groeien.⁶ Multinationals kregen hierdoor de mogelijkheid om de verschillen in autonome belastingstelsel te identificeren en te benutten waardoor zij kunstmatig met winsten konden schuiven, belasting konden ontwijken en zo de effectieve belastingdruk konden verlagen.⁷

Belastingontwijking in Nederland komt onder andere voor doordat Nederland samenwerkingsverbanden afwijkend kwalificeert ten opzichte van internationaal gangbaar is en wat in gevallen kan leiden tot een hybridemismatch.⁸ Vanuit verschillende hoeken wordt de wetgever gevraagd om een aanpassing door te voeren omdat de Nederlandse kwalificatie van samenwerkingsverbanden afwijkt van wat internationaal gebruikelijk is.⁹ Deze afwijkende classificatie draagt zorg voor een onbedoelde en onwenselijke samenloop van de hybridemismatchbepalingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) en de algemene toepassing van de Wet op de Bronbelasting 2021 (hierna: Wet BB 2021) waar in deze masterscriptie de nadruk op zal liggen.¹⁰

Om belastingontwijking tegen te gaan heeft de Organisatie van Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) in 2013 een plan gepubliceerd om *Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: BEPS) tegen te gaan.¹¹ In het plan, dat bestaat uit 15 stappen bestaat, worden hedendaagse uitdagingen van belastingheffing aan het licht gebracht en oplossingen voorgedragen. Een van deze plannen, *BEPS-action 2: Neutralise the effect of hybrid mismatch arrangements* is erop gericht om

¹ OESO 2013, p. 7.

² Art. 45, 49, 56, 63 & 64 (hierna: VwEU).

³ OESO 2019 (1), p. I-1.

⁴ OESO 2017, p. 9.

⁵ OESO 2013, p. 7.

⁶ OESO 2013, p. 7.

⁷ Ruding *WFR* 2005, p. 4.

⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 8-12, 26-28.

⁹ Zie o.a. commentaar van de NOB t.b.v. Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking en Spoelder, Sari, Rasenberg 2020.

¹⁰ Het ontstaan van de hybridemismatchbepalingen in de Wet Vpb 1969 en het ontstaan van de Wet BB 2021 komen in hoofdstuk 3 en 4 uitvoering aan bod. Eveneens zal aandacht worden besteed aan de onbedoelde en onwenselijke samenloop.

¹¹ OESO 2013, p. 7-8.

hybride mismatches tussen landen te voorkomen, onder andere wanneer een hybride mismatch ontstaat tussen jurisdicties als gevolg van een classificatieverschil van een samenwerkingsverband.¹²

Zoals hierboven reeds is benoemd, richt BEPS-actiepunt 2 zich onder andere op het neutraliseren van de voordelen die worden behaald doordat belastingplichtigen gebruik maken van hybridemismatches. Een hybridemismatch komt voort uit de kwalificatieverschillen tussen lidstaten. Een hybridemismatch, wanneer gebruikt wordt gemaakt van een hybride lichaam, komt onder andere doordat er bij een betaling van een lichaam aan een ander lichaam, de ene jurisdictie het ontvangende lichaam als “transparant” beschouwd¹³ en de andere jurisdictie het ontvangende lichaam als “non-transparant” beschouwt.¹⁴ Een omgekeerde situatie komt ook voor waar het betalende lichaam in de ene staat als “non-transparant” en in de andere lidstaat als “transparant” wordt aangemerkt.¹⁵ Doordat deze classificatie tussen de twee jurisdicties niet gelijklopend is het mogelijk dat de aftrek ten laste van de winst in de ene jurisdictie wordt toegestaan terwijl daar in de ontvangende jurisdictie geen corresponderende betrekking in de heffing tegenover staat. Deze exercitie werkt belastingontwijking en grondslaguitholling in het zadel en wordt als ongewenst beschouwd.

Om hybridemismatches te voorkomen bevat BEPS-actiepunt 2 ontwerpen voor bepalingen voor in het v.t.v.v.d.b. zodat de voordelen van een v.t.v.v.d.b. niet toekomen aan een verdragspartij wanneer zij op het gebied van hybridemismatches het v.t.v.v.d.b. oneigenlijk gebruiken. Daarnaast bevat BEPS-actieplan 2 ontwerpbevestigingen voor de nationale wetgeving.¹⁶ Deze zogenoemde *Linking Rules* zorgen ervoor dat de belastingtechnische behandeling van een financieel instrument of van een lichamen in de staat van de ontvanger gelijk is aan die van de staat van de betaler. De uitwerking is vormgegeven in de *primary rule* en de *secondary rule*.¹⁷ De *primary rule* weigert de aftrek van een betaling wanneer deze betaling bij de ontvanger niet in de belastingheffing wordt betrokken of wanneer het in de staat van de ontvanger eveneens aftrekbaar is. De *secondary rule* wordt toegepast wanneer de *primary rule* niet wordt toegepast. Deze regel ziet erop toe dat als de aftrek niet wordt geweigerd in de staat van de betaler, de betaling bij de staat van de ontvanger in de heffing betrokken dient te worden.¹⁸

De Europese Commissie (hierna: EC) heeft verschillende BEPS-actieplannen, waaronder BEPS-actiepunt 2, vertaald in de *Anti Tax Avoidance Directive*.¹⁹ Volgens art. 288 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) moeten EU-lidstaten deze antibelastingontwijkingsrichtlijnen verplicht implementeren in de nationale wetgeving. Deze maatregelen zien op het tegengaan van belastingontwijking in grensoverschrijdende situaties.

¹² OESO 2015 (2).

¹³ De inkomsten worden niet toegerekend aan het lichaam maar aan de achterliggende participanten.

¹⁴ De inkomsten worden toegerekend aan het lichaam.

¹⁵ In hoofdstuk 3 komen de verschillende hybridemismatches als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden uitvoering aan bod.

¹⁶ OESO 2015 (2), p. 11-12.

¹⁷ Overweging 24 van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

¹⁸ OESO 2015 (2), p. 11-12.

¹⁹ Persbericht Europese Commissie ‘*Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven*’, 28 januari 2016.

Op 12 juli 2016 hebben de EU-lidstaten overeenstemming bereikt over de Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad tot vaststelling ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (hierna: ATAD 1). Deze richtlijn is per 1 januari 2019 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd als Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking. ATAD 1 bevat regelgeving omtrent earningsstripping, exitheffingen, de algemene antimisbruikbepaling en gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en vaste inrichtingen.^{20,21} In art. 9 ATAD 1 zijn kaders geschetst ter voorkoming van belastingontwijking door middel van hybridemismatches. Om art. 9 ATAD 1 meer kracht bij te zetten is op 29 mei 2017 overeenstemming bereikt door de EU-lidstaten over Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (hierna: ATAD 2) welke nadrukkelijk ziet op het oplossen van hybridemismatches.

Als gevolg van het aannemen van de richtlijn van de EC zijn per 1 januari 2020 zijn nagenoeg alle hybridemismatchbepalingen van ATAD 2 geïmplementeerd.²² ATAD 2 maakt de gevolgen van een hybridemismatch ongedaan wanneer deze wordt veroorzaakt door een hybride lichaam, hybride financiële instrumenten²³, hybride overdrachten²⁴, hybride vaste inrichtingen²⁵, geïmporteerde mismatches²⁶, situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats²⁷ en omgekeerde hybridemismatches²⁸. Alleen de belastingplichtmaatregel die ziet op de omgekeerde hybride lichamen is tot op heden nog niet geïmplementeerd. Deze regel zal per 1 januari 2022 ingaan.²⁹

De implementatie van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 zorgen voor het tegengaan van belastingontwijking, maar het kabinet achtte dit niet voldoende. Een van prominente beleidspunten van het huidige kabinet is het tegengaan van grondslaguitholling en belastingontwijking door multinationals.³⁰ Het kabinet is van mening dat Nederland door multinationals in overvloed wordt gebruikt als toegangspoort naar laagbelastende jurisdictie(s) (hierna: LBJ('s)). Het kabinet wil eveneens het risico op verschuiving van de Nederlandse grondslag naar LBJ's verminderen.³¹ Derhalve zal, naast de verplichte implementatie van ATAD 2, per 1 januari 2021 de conditionele Wet BB 2021 in werking

²⁰ *Kamerstukken II 2018/19, 35030 nr. 3, p. 1.*

²¹ art. 4, 5, 6 & 7 ATAD 1.

²² art. 12aa t/m art. 12ag Wet Vpb 1969.

²³ In Staat A wordt een financieel middel gezien als eigen vermogen en in Staat B wordt hetzelfde financieel middel gezien als vreemd vermogen. De vergoedingen op eigen vermogen en vreemd vermogen (dividend en rente) worden fiscaal verschillend behandeld.

²⁴ Het overdragen van een financieel instrument waarna een verplichting is ontstaan het middel terug te kopen.

²⁵ In Staat A worden georganiseerde werkzaamheden wel als een vaste inrichting aangemerkt maar in Staat B niet.

²⁶ Er is sprake van een geïmporteerde mismatch wanneer een aftrekbare betaling (tussen derde landen) dient ter financiering van aftrekbare kosten bij dezelfde belastingplichtige.

²⁷ De belastingplichtige wordt volgens de nationale wetgeving van twee staten aangemerkt als inwoner aangemerkt waardoor betalingen mogelijk in beide staten in aftrek komt.

²⁸ Een lichaam wat voor de oprichtings-, vestigings-, of registratiestaats als transparant wordt gezien maar door de participanten als non-transparant.

²⁹ *Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 19.*

³⁰ *Kamerstukken II 2018/19 35241, nr. 3, p. 2.*

³¹ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1.*

treden. Het betreft een bronbelasting op rente en royalty's³² die worden betaald aan LBJ's³³ en jurisdicties die op de Nederlandse zwarte lijst staan.³⁴ Daarbij ziet de Wet BB 2021 eveneens op tal van constructies, waarbij samenwerkingsverbanden een rol kunnen spelen, die multinationals kunstmatig opzetten om belastingheffing te voorkomen.³⁵

In Nederland worden samenwerkingsverbanden vaak geconstrueerd in de vorm van een enkele of meerdere personenvennootschappen.³⁶ In de Nederlandse geschiedenis zijn meerdere pogingen gedaan om het recht omtrent personenvennootschappen te moderniseren.³⁷ Op 21 februari 2019 is wederom een wetsvoorstel gepubliceerd genaamd *Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen* waarin wordt getracht een modern wettelijk kader op te stellen waarbinnen ondernemers beter worden gefaciliteerd en dat zorgt voor meer rechtszekerheid ten opzichte van schuldeisers en richting het handelsverkeer.³⁸ In aanvulling op het *Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen* is sinds 29 maart 2021 het *consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* gepubliceerd. De staatssecretaris tracht met dit document een aanpassing te maken in de afwijkende classificatie van afwijkende classificatie van de open commanditaire vennootschap (hierna: open CV), waarbij de eerste stap in de goede richting mogelijk is gezet.

In deze masterscriptie wordt onderzocht in hoeverre de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 het beoogde doel van de wetgever bereiken op het gebied van betaling door of aan een open CV. Hierdoor zal eveneens worden gezien in welke situaties er samenloop bestaat tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 op het gebied van rentebetalingen aan en door open CV en of er sprake is van under- of overkill. Na een wetstechnische toetsing zullen alternatieven worden geïnventariseerd en zal er een aanbeveling worden gedaan richting de wetgever.

1.2. Aanleiding

Zoals hierboven in meer woorden uiteen is gezet, zijn sinds 1 januari 2020 de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving en worden onder andere vergoedingen en betalingen die als gevolg van een classificatieverschil, voor zover zij leiden tot een hybridemismatch, niet in aftrek toegestaan. op het gebied van hybridemismatches toegepast. Per 1 januari 2021 voert Nederland eenzijdig de conditionele Wet BB 2021 in welke toepassing zal vinden bij rente- en royaltybetalingen aan LBJ's of jurisdicties die staan op de Nederlandse zwarte lijst. In de kamerstukken over de Wet BB 2021 wordt aangegeven dat er voor eventuele samenloop met andere aftrekbeperkingen niets wordt geregeld.³⁹ De auteur vraagt zich af of deze samenloop veelvuldig zal voorkomen en zo ja, of dit een buitenproportioneel zware heffing tot gevolg heeft. Zijn er knelpunten te benoemen en schieten de regelingen individueel en gecombineerd hun doel voorbij bij op het

³² Per 1 januari 2024 mogelijk ook dividenden.

³³ Vpb percentage lager dan 9%. Hierdoor is het niet mogelijk dat lidstaten van de EU vallen onder de reikwijdte van de Wet BB 2021.

³⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305 nr. 3, p. 1.

³⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305 nr. 3, p. 6-8.

³⁶ Spoelder, Sari & Rasenberg 2020, p. 2.

³⁷ Voorontwerp van Van der Grinten uit 1972 en *Kamerstukken II 2002/03*, 28746 nr. 3.

³⁸ Memorie van toelichting, *Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen*.

³⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 3.

gebied van aftrekbeperkingen bij de open CV? Daarbij rijst ook de vraag of er betere alternatieven of oplossingen te bedenken zijn.

De doelstelling van deze masterthesis is een wetenschappelijke bijdrage leveren aan het oplossen van de hybridemismatchproblematiek veroorzaakt door afwijkende Nederlandse kwalificatie van de open CV.

1.3. De werkwijze

De probleemstelling wordt beschouwd als de rode draad door het onderzoek. Een probleemstelling dient niet te ruim noch te strikt te worden geformuleerd. Om de structuur te kunnen waarborgen gedurende het onderzoek zal de probleemstelling worden opgedeeld in kleine onderdelen; deelvragen. Gedurende het onderzoek zal de volgende probleemstelling centraal staan in dit onderzoek:

In hoeverre sluiten de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 aan bij het doel om belastingontwijking tegen te gaan ten aanzien van de open CV en in hoeverre zijn er alternatieven te bedenken die beter aansluiten bij voorkoming van belastingontwijking en grondslaguitholling bij de open CV?

Om tot een succesvolle beantwoording van de probleemstelling te komen zal in ieder hoofdstuk een deelvraag centraal staan, om zo het doel van het onderzoek niet uit zicht te laten raken. Deelvragen dragen bij aan een nauwkeurigere en alomvattende beantwoording van de probleemstelling en het structureren van het onderzoek.

In hoofdstuk twee wordt aandacht besteed aan de verschillende samenwerkingsverbanden die Nederland kent. Samenwerkingsverbanden met en zonder rechtspersoonlijkheid zullen de revue passeren waarna de ontwikkelingen omtrent deze samenwerkingsverbanden uiteen wordt gezet. Als laatst wordt aandacht besteed aan de wijze waarop Nederland buitenlandse samenwerkingsverbanden classificeert. Hiermee tracht de auteur een theoretisch kader te schetsen van welke vormen van samenwerkingsverbanden Nederland kent, hoe deze in de belastingheffing worden betrokken en op welke manier Nederland buitenlandse samenwerkingsverbanden classificeert. De deelvraag die in hoofdstuk twee centraal staat luidt:

Welke samenwerkingsverbanden kent Nederland en op welke manier worden binnenlandse en buitenlandse samenwerkingsverbanden gekwalificeerd volgens de relevante Nederlandse belastingwetgeving?

In hoofdstuk drie worden de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 toegelicht. De verschillende manieren waarop Nederland de gevolgen van hybridemismatches ongedaan maakt, zowel bij betalingen aan als bij betalingen door een hybride samenwerkingsverband, komen aan bod. In hoofdstuk drie staat de volgende deelvraag centraal:

Hoe wordt de rentebetaling aan of door een als hybride lichaam kwalificerend samenwerkingsverband, zoals de open CV, beperkt door de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969?

In hoofdstuk vier zal de Wet BB 2021 uiteen worden gezet. Er wordt onder andere aandacht besteed aan het doel van de wet, alsmede misbruiksituaties en aan de toepassing op hybride samenwerkingsverbanden en in het bijzonder de open CV. De deelvraag van hoofdstuk vier is:

Hoe wordt de rentebetaling in het algemeen in de belastingheffing betrokken volgens de Wet BB 2021 en op welke wijze is de Wet BB 2021 van toepassing op de open CV?

Vervolgens zal in hoofdstuk vijf een wetstechnische toetsing worden gedaan. Om te toetsen of de regelingen op het gebied van de open CV het beoogde doel bereiken is een toetsingskader opgesteld waaraan de regelingen zullen worden getoetst. De regelingen zullen worden getoetst aan de volgende criteria:

- *Effectiviteit & efficiëntie*: wordt door de wetgever het beoogde doel bereikt als gevolg van de invoering van de wetgeving? Alle vormen van wetgeving dienen het beoogde doel van de wetgever te behalen.⁴⁰ Weegt het resultaat op tegen het beoogde doel van de regeling? Wetgeving dient tegen een zo laag mogelijke kosten worden gerealiseerd om het doel te bereiken.⁴¹
- *Rechtmatigheid*: zijn wetten eensgezind met het bestaande recht zoals de Grondwet, het internationale recht en algemene rechtsbeginselen?⁴² Wordt de wetgeving door de juiste instantie voortgebracht?
- *Complexiteit*: in hoeverre zitten de regels voldoende eenvoudig in elkaar? De wettelijke regels moeten voor degene die hiermee worden geconfronteerd voldoende duidelijk zijn.⁴³
- *Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid*: in hoeverre zijn de regels door de wetgever uitvoerbaar? Uitvoerbaarheid hangt nauw samen met complexiteit. Wanneer de regels voldoende duidelijk en eenvoudig zijn opgesteld is het voor de gebruikers duidelijk hoe deze regels uitwerken en welke administratieve lasten hiermee gemoeid gaan.⁴⁴
- *Onderlinge samenhang*: indien wetten kruisen in toepassingsgebied, is er samenhang te detecteren waardoor situaties van over- of underkill ontstaan?

Na een uitvoerige beschouwing van elk van de bovenstaande punten zal er een beoordelingswaarde worden toegekend aan het criteria bestaande uit de volgende opties: -- (onvoldoende), - (matig), + (goed), ++ (uitstekend). Na de beoordelingen van de verschillende regelingen kan de auteur beoordelen in welke mate het doel van de regelingen wordt bereikt.

In hoofdstuk vijf zal aan de hand van bovenstaand toetsingskader een antwoord worden gezocht op de volgende deelvraag:

Aan de hand van het toetsingskader: bereiken de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 hun doel en is er samenloop te detecteren?

⁴⁰ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 25.

⁴¹ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 25.

⁴² Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 24.

⁴³ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 30.

⁴⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 27.

In hoofdstuk zes zullen twee in de literatuur genoemde alternatieven worden behandeld. Het ene alternatief is een unierechtelijke⁴⁵ maatregel waar de andere een unilaterale maatregel⁴⁶ betreft. Aan de hand van het toetsingskader wat wordt gebruikt in hoofdstuk vijf zal worden gezien of de huidige methode van mismatchbestrijding voldoende is, of dat de voorkeur uit moet gaan naar een van de in hoofdstuk zes behandelde alternatieven. De deelvraag die in hoofdstuk zes centraal staat luidt:

Zijn er in het kader van de doelen van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 eenvoudiger/structurele oplossingen en/of alternatieven te bedenken ten aanzien van de open CV?

Na hoofdstuk zes zal worden afgesloten met een conclusie. In de conclusie zal duidelijk worden wat naar mijn mening de beste manier is om mismatches met hybride samenwerkingsverbanden tegen te gaan. De wetgever zal worden aanbevolen om de huidige systematiek door te zetten of de manier van classificatie van samenwerkingsverbanden aan te passen.

1.4. Afbakening

Zoals hierboven reeds aangegeven neutraliseert ATAD 2 niet alleen de gevolgen indien gebruik wordt gemaakt van hybride samenwerkingsverbanden. Mismatches als gevolg van hybride financiële instrumenten, hybride overdrachten, hybride vaste inrichtingen, geïmporteerde mismatches, situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats worden ook door ATAD 2 geneutraliseerd. Deze mismatches zien niet op het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden en zullen in deze masterscriptie niet aan de orde komen.

De Wet BB 2021 moet ervoor zorgen dat de multinationals niet langer belasting kunnen ontwijken of de grondslag kunnen uithollen als gevolg van rente- en royaltybetalingen naar laagbelastende jurisdicties. Deze wet ziet op rente en royalty's, maar in deze masterscriptie zullen alleen rentebetalingen aan bod komen. Royalty's worden buiten beschouwing gelaten.

Daarnaast worden er door toepassing van het multilateraal instrument (hierna: MLI) wijzigingen doorgevoerd in de v.t.v.v.d.b. Deze bepalingen uit het MLI werken door in het v.t.v.v.d.b. waardoor in situaties tussen twee jurisdicties maatregelen gelden indien sprake is van belastingontwijking en grondslaguitholling. Omdat de nadruk van deze masterscriptie ligt op bepalingen die zijn opgenomen in de Nederlandse belastingwet zal de verdragstoepassingen, op een enkele uitzondering, niet aan bod komen.

Ten slotte wordt met het *consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* een stap gezet in de goede richting. Dit document is kort voor het inleveren van deze masterscriptie gepubliceerd waardoor de auteur niet in de mogelijkheid was om een uitvoerige analyse van het consultatiedocument op te nemen in deze masterscriptie. Het consultatiedocument wordt op hoofdlijnen uiteengezet, maar een diepgaande analyse vindt niet plaats.

⁴⁵ Regeling ingevoerd op Europees niveau.

⁴⁶ Regeling ingevoerd op nationaal niveau.

2. Samenwerkingsverbanden

2.1. Inleiding

Binnen de Nederlandse wet- en regelgeving zijn verschillende mogelijkheden geboden om een samenwerking aan te gaan om tot een gezamenlijk doel te komen. Het ene samenwerkingsverband beoogt een in de statuten vastgelegd doel te verwezenlijken, waar het andere samenwerkingsverband beoogt winst te maken. De Nederlandse wet voorziet in verschillende rechtsvormen waarbinnen personen kunnen samenwerken, welke allemaal in bepaalde kenmerken verschillen. Waar de ene groep samenwerkingsverbanden hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van het samenwerkingsverband zijn andere aansprakelijk tot een bedrag ter grootte van hun inleg. Het ene samenwerkingsverband is in het kader van het internationale belastingverkeer meer interessant dan het andere samenwerkingsverband.

In dit hoofdstuk wordt een breed theoretisch kader geschetst waaruit zal blijken welke samenwerkingsverbanden Nederland kent, hoe deze samenwerkingsverbanden classificeren en worden betrokken in de belastingheffing en hoe Nederland verschillende buitenlandse samenwerkingsverbanden classificeert. In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord: *Welke samenwerkingsverbanden kent Nederland en op welke manier worden binnenlandse en buitenlandse samenwerkingsverbanden gekwalificeerd volgens de relevante Nederlandse belastingwetgeving?*

Om tot een volledige beantwoording van de deelvraag te komen worden in dit hoofdstuk de verschillende vormen van samenwerkingsverbanden uiteengezet. De samenwerkingsverbanden zijn te vinden in het Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en het Wetboek van Koophandel (hierna: WvK), welke doorwerken naar diverse fiscale wetten. Allereest komen de binnenlandse samenwerkingsverbanden aan bod in de vorm van rechtspersonen (2.2.2.) en personenvennootschappen (2.2.5.). Vervolgens zal de wettelijke route naar de modernisering van het Nederlands recht omtrent personenvennootschappen worden beschouwd (2.3.). Als laatste komt de kwalificatie van de buitenlandse samenwerkingsverbanden aan bod alsmede een mogelijke wijziging in de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden vanaf 1 januari 2022. (2.4.) Er wordt afgesloten met een deelconclusie (2.5.)

2.2. Kwalificatie van binnenlandse samenwerkingsverbanden

2.2.1. Lichamen

Volgens art. 2, eerste lid, onderdeel b Algemene wet inzake rijksbelasting (hierna: AWR) wordt onder 'lichamen' verstaan: *"verenigingen en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens"*. In de AWR wordt vervolgens geen toelichting gegeven over wat de verschillende begrippen binnen deze bepaling betekenen. Voor de uitleg van de begrippen kan worden teruggevallen op de bepalingen uit het BW en het WvK.⁴⁷

⁴⁷ In Boek 2 en Boek 7 van het BW worden rechtsregels betreffende rechtspersonen respectievelijk personenvennootschappen uiteengezet met een aanvulling in het WvK.

2.2.2. Rechtspersonen

Rechtspersonen zijn vindbaar in Boek 2 BW. In Boek 2 BW wordt geen definitie gegeven van het begrip rechtspersoon, evenmin van het begrip rechtspersoonlijkheid. Wel zijn rechtspersonen te onderscheiden in drie verschillende categorieën: publiekrechtelijke rechtspersonen⁴⁸, kerkelijke rechtspersonen⁴⁹ en privaatrechtelijke rechtspersonen⁵⁰. Rechtspersonen zijn doorgaans belastingplichtig volgens de Wet Vpb 1969. Omdat publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van art. 2:1, eerste lid BW (de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en andere lichamen waaraan grondwettelijke verordende bevoegdheden zijn verleend) en kerkelijke rechtspersonen in de zin van art. 2:2 BW (Een kerkgenootschap stelt zich ten doel aan de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, welke plaatsvinden op grond van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen⁵¹) zeer specifieke vormen van rechtspersonen zijn die door multinationals niet gebruikt kunnen worden blijven deze hier buiten beschouwing.

2.2.3. Niet in aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen

Allereerst wordt aandacht besteed aan niet in aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen. In gevolge art. 2:3 BW bezitten ook verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen rechtspersoonlijkheid. Deze privaatrechtelijke rechtspersonen worden van elkaar onderscheiden door zowel formele als materiele karakteristieken. Formele karakteristieken zien voornamelijk op de vereisten ter oprichting van elk afzonderlijk privaatrechtelijk rechtspersoon.⁵² Onderscheid louter bestaande uit formele karakteristieken zou oprichters van rechtspersonen een grote vrijheid geven. De oprichters van een rechtspersoon zouden niet beperkt worden tot bepaalde rechtspersoon, omdat de gemaakte keuze niet afhangt van doelstelling, organisatorische karakteristieken of sector. De oprichters zouden hun keuze kunnen laten afhangen van de mate van bezwaarlijk dwingende bepalingen die zijn voorgeschreven. Oprichters zouden materieel een naamloze vennootschap (hierna: NV) drijven terwijl formeel een vereniging is opgericht.⁵³ De materiele karakteristieken zorgen voor het daadwerkelijke onderscheid van de tussen de verschillende rechtspersonen.

2.2.3.1. Vereniging

Volgens art. 2:26 BW, eerste lid BW is de vereniging een rechtspersoon. Een vereniging heeft leden en is gericht op het behalen van een bepaald doel onder de voorwaarden van het derde lid, dat er geen winst onder de leden mag worden verdeeld. Over het maken van winst wordt in het BW geen uitspraak gedaan. In de Wet Vpb 1969 gebeurt dit wel. Verenigingen zijn volgens art. 2, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969 belastingplichtig voor zover zij een onderneming drijven. Volgens art. 6, eerste lid Wet Vpb 1969 is een vereniging van vennootschapsbelasting vrijgesteld wanneer zij jaarlijks een winst van

⁴⁸ Art. 2:1 BW.

⁴⁹ Art. 2:2 BW.

⁵⁰ Art. 2:3 BW.

⁵¹ *Kamerstukken II 1984/85, 17725, nr. 7, p. 11.*

⁵² Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art 2:3 BW, aant. 5: zo heeft de vereniging volledige rechtsbevoegdheid, moeten de vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij zijn opgericht per notariële akte en moeten de besloten vennootschap en naamloze vennootschap van oudsher naast een notarieel verleden akte eveneens een verklaring van geen bezwaar bezitten. Met de introductie van het 'doorlopend toezicht' is dat laatste komen te vervallen.

⁵³ Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art 2:3 BW, aant. 6.1.

ten hoogste € 15.000 behaald of in het betreffende jaar en de vier voorgaande jaren ten hoogste een winst van € 75.000.

2.2.3.2. Coöperaties & onderlinge waarborgmaatschappijen

Art. 2:53, eerste en tweede lid BW omschrijven de betekenis van de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Beide rechtspersonen zijn een naar notariële akte opgerichte vereniging, waarbij de een als coöperatieve vereniging en de ander als onderlinge waarborgmaatschappij vereniging wordt opgericht. De coöperatie moet volgens de statuten trachten bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te verstrekken ingevolge overeenkomsten die met hen zijn gesloten in het bedrijf die ten behoeve van de leden worden uitgeoefend, niet zijnde verzekeringen. Voor de onderlinge waarborgmaatschappij geldt hetzelfde, maar dan expliciet op verzekeringsovereenkomsten. Volgens art. 2, eerste lid, onderdeel b en c Wet Vpb 1969 zijn de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij belastingplichtig.

2.2.3.3. Stichting

In art. 2:285, eerste lid BW staat beschreven dat een stichting een rechtspersoon is die door rechtshandelingen wordt opgericht. Een stichting kent geen leden, waarbij eventuele bestuurders ook niet worden gezien als leden, en tracht met behulp van vermogen een in de statuten vermeld doel te bewerkstelligen. Volgens het derde lid mag het doel van een stichting niet zijn doen van uitkeringen aan oprichters, aan hen die deel uitmaken van haar organen noch aan andere tenzij de strekking van de uitkering ideëel of sociaal van aard is. Gelijklopend aan de vereniging wordt de stichting volgens art. 2, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969 geacht belastingplichtig te zijn voor zover zij een onderneming drijft. Vervolgens wordt in art. 6, eerste lid Wet Vpb 1969 een uitzondering gemaakt wanneer de winst van de vereniging jaarlijks meer dan € 15.000 bedraagt of tezamen met de vier voorgaande jaren meer dan € 75.000 bedraagt.

2.2.4. In aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen

Een groep die zich onderscheid binnen de rechtspersonen zijn de in aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen, ook wel kapitaalvennootschappen genoemd. Van een kapitaalvennootschap is sprake wanneer deze op basis van het civiele recht zelf over activa en passiva beschikken (rechtspersoonlijkheid), aandeelhouders beperkt aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van de vennootschap en het kapitaal in aandelen is verdeeld.⁵⁴ Als gevolg van bovenstaande worden kapitaalvennootschappen aangemerkt als non-transparante entiteiten.⁵⁵ Hieronder worden de twee naar Nederlands recht bekende kapitaalvennootschappen uiteengezet.

2.2.4.1. Naamloze vennootschap

De NV is, volgens art. 2:64 BW, een rechtspersoon waarvan het maatschappelijk kapitaal wordt gevormd door vrij overdraagbare aandelen waarbij de aandeelhouders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen wat namens de vennootschap wordt volbracht. Daarbij is de aandeelhouder niet aansprakelijk voor verliezen van de naamloze vennootschap voor zover deze verliezen het op aandelen gestorte kapitaal te boven gaan.⁵⁶ Een in Nederland gevestigde NV wordt volgens art. 2, eerste lid,

⁵⁴ o.a. Art.2:64 en 2:175 BW.

⁵⁵ Wuisman 2011, p. 4.

⁵⁶ Art. 2:64, eerste lid, BW.

onderdeel a Wet Vpb 1969 gezien als belastingplichtige over de in Nederland behaalde winst. Wordt een NV volgens Nederlands recht opgericht, dan wordt zij als gevolg van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd.

2.2.4.2. Besloten vennootschap

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) is volgens art. 2:175 BW een rechtspersoon waarbij het kapitaal is verdeeld in een of meer overdraagbare aandelen. In tegenstelling tot de NV zijn de aandelen van een BV op naam gesteld, maar overeenkomstig met de NV zijn aandeelhouders niet aansprakelijk voor al hetgeen dat namens de vennootschap wordt uitgevoerd. Eveneens wordt de BV volgens art. 2, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb 1969 over haar winst belast en wordt zij opgericht volgens Nederlands recht, dan wordt zij geacht steeds in Nederland te zijn gevestigd als gevolg van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969.

De BV en NV kennen geen limiet op de te maken winst zoals de vereniging en stichting dat wel kennen en zijn onvoorwaardelijk belastingplichtig voor de Wet Vpb 1969. De aansprakelijkheid en daarmee het risico van de aandeelhouders is beperkt waardoor de BV en NV mijns inziens een geschikte keuze zijn als samenwerkingsverband binnen het internationale belastingverkeer.

2.2.5. Personenvennootschappen

Het recht omtrent personenvennootschappen is geregeld in Boek 7A BW (maatschap) en het WvK (vennootschap onder firma (hierna: VOF) en commanditaire vennootschap (hierna: CV)) en vindt zijn oorsprong in het jaar 1838 en waarschijnlijk van zelfs daarvoor.⁵⁷ Personenvennootschappen zijn samenwerkingsverbanden welke zijn gericht op persoonlijke samenwerking met verplichte inbreng van kapitaal en/of arbeid en waarbij de overeenkomst tot samenwerken tussen de participanten naar eigen wens ingevuld kan worden.⁵⁸ Normaliter is het vermogen van een personenvennootschappen, in tegenstelling tot een kapitaalvennootschap, niet in aandelen verdeeld en zijn participanten in een personenvennootschap hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk.⁵⁹

Waar rechtspersonen staan gedefinieerd in Boek 2 BW, zijn de personenvennootschappen te vinden in Boek 7A BW en het WvK. Om onderscheid te maken tussen de verschillende personenvennootschappen zijn de volgende drie elementen van belang: i) of er een bedrijf of een beroep uitgeoefend wordt in het samenwerkingsverband; ii) of er wel of geen gemeenschappelijke naam gehanteerd wordt en iii) of alle vennoten aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap. Derhalve beschikken personenvennootschappen niet over rechtspersoonlijkheid. Doorgaans zijn personenvennootschappen fiscaal transparante entiteiten wat inhoudt dat elke participant in de personenvennootschap zijn eigen subjectieve onderneming drijft.⁶⁰ Alleen natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen eigendom bezitten, transparante personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, kunnen dat niet.⁶¹

⁵⁷ Maeijers & Van Olffen 2017, hoofdstuk 1.2.

⁵⁸ Van Kempen & Lamers *TFO* 2008, par 2.1.

⁵⁹ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.35.B.a1.

⁶⁰ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.35.A.c1.

⁶¹ Van Kempen & Lamers *TFO* 2008, par. 2.3.2.

In onderstaande paragrafen zullen de volgens Nederlands recht bekende personenvennootschappen uiteen worden gezet.

2.2.5.1. Maatschap

In titel 9 van Boek 7A BW⁶² zijn de wettelijke bepalingen te vinden betreffende de maatschap. Art. 7A:1655 BW stelt dat een *“Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit onstaande voordeel met elkander te delen.”* Zoals hierboven reeds aangegeven bezit de maatschap geen rechtspersoonlijkheid⁶³ en zijn er twee soorten maatschappen te onderscheiden welke beide voor fiscale doeleinden transparant zijn. Dit betekent dat niet de maatschap zelf, maar de achterliggende participanten voor hun aandeel in de winst van de maatschap in de belastingheffing worden betrokken. Als individuen direct als natuurlijke persoon participeren in de maatschap wordt het winstaandeel belast volgens afdeling 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Wanneer de participanten participeren in de maatschap via een BV wordt het winstaandeel belast volgens de Wet Vpb 1969.

Stille maatschap

De stille maatschap is een samenwerkingsverband waar geen gebruik wordt gemaakt van een gemeenschappelijke naam waarin een beroep of een bedrijf wordt uitgeoefend. Een stille maatschap neemt niet actief deel aan het rechtsverkeer en derhalve wordt er bij een stille maatschap nimmer gesproken over maatschapsschulden omdat de maten persoonlijk aansprakelijk zijn.⁶⁴ Een veelvoorkomend voorbeeld is de doktersmaatschap, waarin bijvoorbeeld verschillende specialisten uit eigen naam werkzaam zijn voor een ziekenhuis maar zij via de maatschap verschillende administratieve kosten kunnen delen.

Openbare maatschap

De openbare maatschap is een samenwerkingsverband waarbij wel onder een gemeenschappelijke naam naar buiten wordt getreden op een voor derden kenbare manier. Naast de mate van openbaarheid verschillen de openbare en de stille maatschap ook op het gebied van aansprakelijkheid. Waar bij een openbare maatschap de vennoten voor de door hen gevormde gemeenschap aansprakelijk zijn, zijn zij eveneens voor gelijke delen⁶⁵ of voor het geheel⁶⁶ van hun privévermogen verbonden.

2.2.5.2. Vennootschap onder firma

De definitie van een VOF is volgens art. 16 WvK: *“De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan”*. De rest van de bepalingen omtrent de VOF zijn te vinden in titel 3 van Boek 1 WvK.⁶⁷ Een belangrijk verschil met de maatschap is dat de VOF altijd openbaar is en zij wordt geacht een bedrijf uit te oefenen jegens derden.

⁶² Art. 7A:1655-1688 BW.

⁶³ HR 26 oktober 1893, W 6417 (Post Uiterweer/Verschoor) & HR 30 januari 1925, NJ 1925/391, W 11370 (Poolsch-Hollandsche Handel sociëteit).

⁶⁴ Blanco Fenández, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 7A: 1657 BW.

⁶⁵ Art. 7A:1680 BW.

⁶⁶ Art. 18 WvK.

⁶⁷ Art. 16-34 WvK.

Een beroep uitoefenen zoals dat middels een stille maatschap is toegestaan is niet mogelijk via de VOF.⁶⁸ Een VOF is eveneens een fiscaal transparante entiteit. Niet de VOF zelf, maar de achterliggende participanten worden voor hun aandeel in de winst in de heffing betrokken. Voor natuurlijke persoon ondernemers is dit volgens afdeling 3.2 van de Wet IB 2001 en voor rechtspersonen is dit volgens art. 7 van de Wet Vpb 1969.

2.2.5.3. Commanditaire vennootschap

In art. 19, 20, 21 en een deel van art. 30 WvK zijn de bepalingen betreffende de CV te vinden. Bij een CV is er sprake van het onder gemeenschappelijke naam uitoefenen van een bedrijf waarbij ten minste één vennoot optreedt als beherend vennoot. Daarnaast is het voor specifieke vennoten, commanditaire vennoten genaamd, mogelijk om slechts aansprakelijk te worden gesteld voor het door hen ingebrachte kapitaal. Een CV kan zowel meerdere beherend als commanditaire vennoten hebben. Volgens het Nederlandse recht zijn er twee soorten commanditaire vennootschappen.

Op grond van art. 2, derde lid, onderdeel c AWR kan worden beoordeeld of er sprake is van een open of besloten CV.

Besloten commanditaire vennootschap

Om het besloten karakter van de besloten CV te kunnen garanderen moeten alle vennoten afzonderlijk toestemming verlenen bij eventuele toetreding of vervanging van een vennoot door een derde of bij een wijziging in onderlinge verhoudingen.⁶⁹ De besloten CV is voor fiscale doeleinden een transparante entiteit en derhalve niet subjectief onderworpen aan de vennootschapsbelasting.⁷⁰

Open commanditaire vennootschap

In tegenstelling tot de andere personenvennootschappen is de open CV belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting volgens art. 2, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb 1969. In art. 2, derde lid, onderdeel c van de AWR wordt gesteld dat er sprake is van een open CV wanneer voor de vervanging of toetreding van commanditaire vennoten geschieden zonder toestemming van alle vennoten.⁷¹ Het toestemmingsvereisten is een van de grootste verschillen tussen de open en besloten CV en de vrije verhandelbaarheid van de participaties zorgt ervoor dat een open CV meer gelijk wordt gesteld met een kapitaalvennootschap dan met een personenvennootschap en is dus van belang voor de belastingplicht voor de inkomstenbelasting enerzijds of vennootschapsbelasting anderzijds. Er is sprake van een open CV wanneer een samenwerkingsverband de volgende kenmerken bezit:

- Er wordt een onderneming gedreven op naam van het samenwerkingsverband:
 - o De participanten bestaan uit ten minste één commanditaire vennoot alsmede een beherend vennoot;
 - o De beherend vennoot is voor een gelijk gedeelte of onbekrompen aansprakelijk;
 - o De commanditaire vennoot is aansprakelijk tot het door hem ingelegde vermogen;
 - o Het is de commanditaire vennoot niet toegestaan daden van bestuur te verrichten;
 - o De vennootschap beschikt niet over een kapitaal verdeeld in aandelen.⁷²

⁶⁸ Lammers & Hellegers *WPNR* 2014, p. 3.

⁶⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015 (stcrt. 2015, 46508), p. 1.

⁷⁰ Beudeker & Stevens *WFR* 2016, p. 217.

⁷¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015 (stcrt. 2015, 46508), p. 1.

⁷² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt 2009, 19749), p. 3

2.3. Modernisering van de personenvennootschappen

Zoals hierboven kort benoemd stamt nagenoeg alle wetgeving omtrent de personenvennootschappen uit 1838 of van zelfs daarvoor.⁷³ Aan de citaties van de wettelijke bepalingen welke hierboven zijn genoemd is te zien dat de wetgeving niet meer van deze tijd is. Bij de verschillende behandeling van beroeps- of bedrijfsbeoefenaars wordt in de literatuur een kanttekening geplaatst, de huidige regelingen omtrent de maatschap, VOF en CV zouden niet meer goed aansluiten bij de bestaande maatschappelijke denkwijze.⁷⁴ Een aanpassing van het huidige recht is derhalve gewenst.

2.3.1. Ontwerp – Van der Grinten 1972

De eerste beoogde aanpassing van Boek 7A van het BW (hierna: Ontwerp – Van der Grinten 1972)⁷⁵ kwam in 1972 van de hand van prof. mr. W.C.L. van der Grinten.⁷⁶ In het Ontwerp – Van der Grinten 1972 werd de overeenkomst van vennootschap gezien als een overeenkomst tot samenwerking voor zowel beroeps- als bedrijfsactiviteiten voor gemeenschappelijke rekening.⁷⁷ Hierbij werd het onderscheid gemaakt tussen een stille en openbare vennootschap. De stille vennootschap was vergelijkbaar met de stille maatschap.⁷⁸ De openbare vennootschap, welke handelde onder gemeenschappelijke naam, was vergelijkbaar met de openbare maatschap en met de VOF waar alleen bedrijfsactiviteiten in ontplooid mochten worden. De grootste verandering ten opzichte van de wettelijke bepalingen was dat de openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid kregen.⁷⁹ Eveneens voorzag het Ontwerp – Van der Grinten 1972 in een regeling betreffende de VOF voor bedrijfsactiviteiten en in een regeling voor de CV.⁸⁰

Het Ontwerp – Van der Grinten 1972 maakte in de literatuur verschillend geluiden los. Zo werd het Ontwerp – Van der Grinten 1972 geroemd omdat het kort en krachtig was geformuleerd en conceptueel goed in elkaar zat.⁸¹ Daarbij zouden de maatschap, VOF en CV in hun nieuwe vorm allemaal worden gebundeld in afdeling 7:13 van het BW. Anderzijds werd nog steeds het onderscheid gemaakt tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten en maakte alleen rechtspersoonlijkheid voor openbare vennootschappen deze discussie niet eenvoudiger. Onder andere Mohr heeft zich in onvrede uitgesproken over het onderscheid tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten waarbij de mening heerste dat het onderscheid moest verdwijnen.⁸² Met het Ontwerp – Van der Grinten zijn door de wetgever vervolgens geen stappen ondernomen.

2.3.2. Wetsvoorstel titel 7:13 BW 2002

Na decennia geen verandering werd prof. mr. J.M.M. Maeijer in 1997 gevraagd om een nieuwe kans te wagen aan het opstellen van een nieuw ontwerp (hierna: Wetsvoorstel titel 7:13 BW) wat op 24 december 2002, in tegenstelling tot het Ontwerp – Van der Grinten 1972, wel heeft geleid tot een

⁷³ Maeijers & Van Olffen 2017, hoofdstuk 1.2.

⁷⁴ Stokkermans 2017, p. 2.

⁷⁵ Het voorontwerp is opgenomen in Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijders, beter bekend als het 'Groene Boek'.

⁷⁶ Op basis van een voorontwerp van prof. dr. E.M. Meijders.

⁷⁷ Art. 7.13.1.1. Ontwerp – Van der Grinten 1972.

⁷⁸ Art. 7.13.1.2, eerste lid, Ontwerp – Van der Grinten 1972.

⁷⁹ Art. 7.13.1.2, tweede lid, Ontwerp – Van der Grinten 1972.

⁸⁰ Afdeling 2: De vennootschap onder firma: art. 7.13.2.1 e.v. Ontwerp – Van der Grinten 1972.

⁸¹ Stokkermans 2017, p. 4.

⁸² Mohr 2003, p. 43.

formeel ingediend wetsvoorstel.⁸³ Hoewel het Wetsvoorstel titel 7:13 BW voortborduurde op het Ontwerp – Van der Grinten 1972 week het ontwerp ook op verschillende punten af, met name door de implementatie van verschenen jurisprudentie en rechtspraak.⁸⁴ Na het verwerken van enkele wijzigingen is het Wetsvoorstel 7:13 BW in 2005 aangenomen in de Tweede Kamer en is het doorgestuurd naar de Eerste Kamer. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zijn er wederom tal van wijzigingen doorgevoerd, met name in het ontwerp van de Invoeringswet, welke op 15 december 2009 werd aangenomen in de Tweede Kamer.⁸⁵

In het wetsvoorstel titel 7:13 BW werd onderscheid gemaakt tussen de stille vennootschap (maatschap) en openbare vennootschap waarbij de openbare vennootschap al dan niet rechtspersoonlijkheid kon verkrijgen.⁸⁶ In beginsel bezat de openbare vennootschap geen rechtspersoonlijkheid, maar bij het voldoen aan gestelde formele voorwaarden kon de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgen en veranderde de openbare vennootschap in de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Hierdoor werd een driedeling gecreëerd binnen de vennootschap: i) stille vennootschap (maatschap)⁸⁷; ii) openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (hierna: OV)⁸⁸; iii) openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR)⁸⁹, met een aanvulling in afdeling acht met iv) de commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid; en v) de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: CVR).⁹⁰ Voor het eerste sinds het ontstaan van de wettelijke bepalingen was het onderscheid tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten tenietgedaan. De regels die van oudsher golden voor de VOF zijn ook voor de maatschap gaan gelden. Tijdens de behandeling van het Wetsvoorstel titel 7:13 BW door de Staten-Generaal kwam er kritiek uit verschillende hoeken van het literaire spectrum. De regeling zou beknellend zijn voor bestaande maatschappen en VOF's en er was niet zeker of de nieuwe regeling voor de beoogde duidelijkheid zou zorgen.⁹¹

De wetgever wenste dat de OV en de OVR beide fiscaal transparant zouden blijven en dat de rechtspersoonlijkheid daar niets aan zou afdoen.⁹² Ongeacht de rechtspersoonlijkheid waren de achterliggende participanten hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen betreffende de vennootschap. Deze gedachte van de wetgever is derhalve juist, maar hij lijkt hier een belangrijke kans te missen.⁹³ Ten tijde van de invoering van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 en de beoogde tweedeling, baseerde de wetgever zich erop dat kapitaalvennootschappen na het behalen van de winst een handeling (uitdelingsbesluit) verrichten alvorens de aandeelhouders recht hadden op de uitkering van hun winstaandeel. Voor personenvennootschappen ging de wetgever uit van het direct delen in de vennootschapsresultaten (draagkrachtgedachte).⁹⁴ Doorslaggevend was of het vermogen

⁸³ *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 3, p. 2.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2006/07*, 31065, nr. A.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 3, p. 3.

⁸⁷ Art. 7:800 Wetsvoorstel titel 7:13 BW, *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁸⁸ Art. 7:801 Wetsvoorstel titel 7:13 BW, *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁸⁹ Art. 7:802 Wetsvoorstel titel 7:13 BW, *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁹⁰ Art. 7:836 Wetsvoorstel titel 7:13 BW, *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁹¹ *Kamerstukken I 2010/11*, 31065, nr. C.

⁹² *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 3, p. 6.

⁹³ Van Kempen & Lamers *TFO* 2008, hoofdstuk 3.

⁹⁴ Van Kempen & Lamers *TFO* 2008, hoofdstuk 3.

eigendom was van de deelnemers of van de vennootschap zelf, wat vrij vertaald de vraag betreffende rechtspersoonlijkheid betrof. Met de invoering van rechtspersoonlijkheid zouden winsten worden behaald met vennootschapsrechtelijk vermogen en na de vaststelling zouden vennoten een opvorderbare aanspraak krijgen op het deel van de winst dat aan hen toekomt.⁹⁵ De gelijke fiscale behandeling van de OV en OVR lijkt de huidige tweedeling van personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid enerzijds en kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid terzijde te schuiven. Mijns inziens brengt de wetgever met de introductie van de OVR de transparantie in het gedrang omdat in art. 2 Wet Vpb 1969 belasting wordt geheven van rechtspersonen waar de OVR mijns inziens kwalificeert als rechtspersoon. Alles wees erop dat de OVR zelfstandig belastingplicht zou worden voor de Wet Vpb 1969. Om ervoor te zorgen dat de transparantie niet in het gedrang zou komen heeft de wetgever opgenomen dat buiten Boek 2 BW voorkomende rechtspersonen in titel 7:13 BW niet belastingplichtig waren voor de Wet Vpb 1969. Daarbij stelde de wetgever art. 3.7 Wet IB 2001 jo. art. 8, derde lid Wet Vpb 1969 voor waarmee 'de bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven worden toegerekend aan de vennoten als bij een OV zonder rechtspersoonlijkheid'.⁹⁶

Een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting waarbij personenvennootschappen alsnog toegang krijgen tot ondernemersfaciliteiten uit de Wet IB 2001 zou een mogelijke oplossing kunnen zijn waarbij voorbij wordt gegaan aan de discussie omtrent rechtspersoonlijkheid.⁹⁷ Van een gemotiveerde onderbouwing voor waarom personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid als transparant beschouwd dienden te worden was in de memorie van toelichting geen sprake.⁹⁸

Vanwege het kritische eerste verslag van de Eerste Kamer en het zwaarder wegende negatieve stemgeluid vanuit de MKB-ondernemers⁹⁹ waardoor de beoogde primaire doelstelling niet werd behaald is het wetsvoorstel per 15 december 2011 door de Minister van Justitie ingetrokken.¹⁰⁰

2.3.3. Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen 2019

2.3.3.1. Rapport modernisering personenvennootschappen 2016

De opzet voor een nieuw wetsvoorstel kwam voort uit een rapport van de werkgroep personenvennootschappen, bestaande uit verschillende juristen en fiscalisten onder leiding van prof. mr. M. van Olffen. In het rapport moest onder andere de volgende uitgangspunten centraal staan: i) één wettelijke regeling die in een centrale wet wordt geregeld en het elimineren van niet relevante regels waarmee de administratieve lasten werden verminderd; ii) een evenwichtige bescherming van crediteuren en iii) het beperken van rechtsonzekerheid en het vergroten van helderheid en zekerheid voor de gebruikers van personenvennootschappen.¹⁰¹

⁹⁵ Art. 7:816, eerste lid Wetsvoorstel titel 7:13 BW, *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, nr. 2.

⁹⁶ Van evenredige toepassing op de CV en CVR, maar niet op de open CVR.

⁹⁷ Van Kempen & Lamers *TFO* 2008, hoofdstuk 7.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2006/07*, 31065, nr. 3.

⁹⁹ Brandbrief van 15 oktober 2008 van de VNO-NCW en MKB-Nederland aan de vaste commissie van Justitie van de Tweede Kamer over het Wetsvoorstel titel 7:13 BW.

¹⁰⁰ *Kamerstukken I 2011/12*, 31065, nr. D.

¹⁰¹ Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016, p. 9-10.

Daarbij was het, net als in het Ontwerp – Van der Grinten 1972 en Wetsvoorstel titel 7:13 BW, essentieel dat als gevolg van de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen, de fiscale transparantie van personenvennootschappen in stand werd gehouden, met de uitzondering van de open CV.¹⁰² Art. 2, eerste lid onderdeel e Wet Vpb 1969 zou geen toepassing vinden omdat expliciet werd aangegeven dat alleen rechtspersonen zoals genoemd in Boek 2 BW onder de strekking van de Wet Vpb 1969 vallen. Het in het rapport genoemde voordeel was dat het resultaat dat in de personenvennootschap opkwam aan de achterliggende participanten kan worden toegerekend zodat zij dit konden verrekenen met individuele resultaten en gebruik konden maken van faciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969.¹⁰³

De (fiscale) wetgever heeft expliciet aangegeven dat de rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschappen geen invloed heeft op de fiscale behandeling van de personenvennootschappen omdat er niet wordt aangesloten bij de bepalingen in Boek 2 BW. Hierdoor, alsmede het in stand blijven van afwijkende stelsel in andere jurisdicties en de daarmee afwijkende kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden blijft de mogelijkheid op een hybride mismatch bestaan.¹⁰⁴

2.3.3.2. Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen 2019

Aan de hand van het rapport van de werkgroep modernisering personenvennootschappen is op 21 februari 2019 het *Ambtelijke voorontwerp – Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen* (hierna: Wet modernisering personenvennootschappen 2019). De Wet modernisering personenvennootschappen 2019 i) tracht ondernemerschap beter mogelijk te maken waarbij ii) zekerheid wordt geboden in het handelsverkeer en er iii) passende bescherming wordt gewaarborgd voor zowel vennoten alsmede derden die met de personenvennootschappen handelen.¹⁰⁵

De Wet modernisering personenvennootschappen 2019 maakt onderscheid tussen twee rechtsvormen: de vennootschap en de commanditaire vennootschap, waarbij de vennootschap zowel stil als openbaar kan zijn en de commanditaire vennootschap open of besloten. Bij de oprichting van een openbare vennootschap is een notariële akte of startkapitaal niet nodig.¹⁰⁶ Dit zorgt ervoor dat personenvennootschappen aantrekkelijk zijn voor startende ondernemers waarbij het wettelijke kader laagdrempelig en toegankelijk moet zijn. In tegenstelling tot het Ontwerp – Van der Grinten 1972 en Wetsvoorstel titel 7:13 BW voorziet de Wet modernisering personenvennootschappen 2019 in rechtspersoonlijkheid voor alle vennootschappen. Volgens de wetgever zorgt dit voor duidelijkheid voor vennoten alsmede voor crediteuren en kunnen registergoederen op naam van de vennootschap worden gezet na inschrijving in het handelsregister.¹⁰⁷ Daarbij voorziet de Wet modernisering personenvennootschappen 2019 in een verplichting tot het jaarlijks opstellen van opbrengsten en kosten en een vaststelling van het resultaat. Op deze manier kan worden gezien hoeveel de vennoten

¹⁰² Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016, p. 29-30, 33.

¹⁰³ Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016, p. 33.

¹⁰⁴ Hybride mismatches komen in hoofdstuk 3 uitvoerig aan bod.

¹⁰⁵ Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379, p. 5-7.

¹⁰⁶ Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379, p. 7.

¹⁰⁷ Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379, p. 6.

hebben bijgedragen aan het vennootschappelijk vermogen en op welk gedeelte van het resultaat zij recht hebben.¹⁰⁸

Gelijklopend aan de hiervoor besproken wetsvoorstellen zijn de personenvennootschappen collectief ondergebracht in titel 7:13 BW. De wetgever bepleit dat bij personenvennootschappen de organisatiestructuur meer op de achtergrond staat. Volgens de wetgever zorgt het toekennen van rechtspersoonlijkheid er niet voor dat de regelingen moeten worden ondergebracht in Boek 2.¹⁰⁹

Het lijkt er wederom op dat de wetgever niet wil nadenken over een rechtsvormneutrale ondernemingswinst. Eveneens wordt er niet gesproken over de tweedeling inzake transparantie betreffende de Wet IB 2001 (draagkrachtgedachte) en de Wet Vpb 1969 (uitdelingsvereiste). Door de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan alle vennootschappen wordt haar vermogen en resultaat nog meer centraal geregeld dan voorheen.

2.4. Kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden

2.4.1. Het kwalificatiebesluit samenwerkingsverbanden

In bovenstaande paragrafen is uitvoerig aan bod gekomen hoe Nederland samenwerkingsverband kwalificeert voor fiscale doeleinden. Ter classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden en rechtspersonen voor fiscale doeleinden wordt gebruik gemaakt van het *kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden*.¹¹⁰ In dit besluit staan toetsingscriteria om te beoordelen of een buitenlands samenwerkingsverband, zijnde de lichamen als bedoeld in art. 2, eerste lid onderdeel b AWR met uitzondering van de vereniging, stichting, fonds voor gemene rekening, trust of overige doelvermogen, als transparant (personenvennootschappen) of non-transparant lichaam (kapitaalvennootschappen) aangemerkt dient te worden.

Om te beoordelen of een buitenlands samenwerkingsverband transparant dan wel non-transparant is, wordt in eerste instantie gekeken of er een naar Nederlandse wet- en regelgeving equivalent is van het samenwerkingsverband. Bij het ontbreken van een equivalent wordt aan de hand van een toetsingskader gezien hoe Nederland het buitenlandse samenwerkingsverband kwalificeert. Deze methode wordt ook wel de *corporate resemblance methode*¹¹¹ genoemd.¹¹² Het toetsingskader bestaat uit de volgende vragen:

- *“Kan het samenwerkingsverband juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?”* Deze vraag ziet op de rechtspersoonlijkheid die samenwerkingsverbanden al dan niet bezitten. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord indien een samenwerkingsverband zelfstandig het juridische eigendom kan verkrijgen.
- *“Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?”* Deze vraag heeft betrekking op de mate van aansprakelijkheid van de participanten. Zijn de participanten aansprakelijk voor het door hen ingelegde vermogen of zijn zij onbeperkt aansprakelijk?

¹⁰⁸ Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379, p. 10.

¹⁰⁹ Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379, p. 14.

¹¹⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt. 2009, 19749).

¹¹¹ De corporate resemblance methoden, alsmede andere manieren om buitenlandse samenwerkingsverbanden te classificeren komen in hoofdstuk 5 & 6 nader aan bod.

¹¹² Stevens *NtFR* 2010, p. 2.

- *“Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?”* Is het kapitaal verdeeld in evenredige gedeelten die recht geven op een evenredig deel van het resultaat en een evenredige zeggenschap?
- *“Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?”* Is de overdracht van de participaties, de vervanging of toetreding van participanten geregeld in de statuten? Voor de beantwoording van deze vraag wordt verwezen naar de inhoud van het Besluit van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M (CV's en het toestemmingsvereiste).¹¹³

De uitkomst op de vragen beslist de classificatie van een samenwerkingsverband als een kapitaal- of personenvennootschap. Wanneer ten minste drie van de vier vragen bevestigingen worden beantwoord is er sprake van een kapitaalvennootschap welke als non-transparant classificeert.¹¹⁴ Voor de definitie van een kapitaalvennootschap verwijs ik naar 2.2.4. - In aandelen verdeelde, privaatrechtelijke rechtspersonen.

Zoals bij 2.2.5. is aangegeven zijn personenvennootschappen gericht op persoonlijke samenwerking tussen participanten waarbij de samenwerkingsovereenkomst vrij ingevuld kan worden met ten minste één hoofdelijk aansprakelijke participant. Wanneer de uitkomst uit bovenstaand toetsingskader resulteert in een personenvennootschap dienen twee aanvullende vragen te worden gesteld om te oordelen of een personenvennootschap mogelijk als open CV kwalificeert:

- *“Is er sprake van een samenwerkingsverband dat overeenkomt met een Nederlandse (open) CV?”;*
- *“De personenvennootschap in casu als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economisch verkeer?”¹¹⁵*

Wanneer als gevolg van bovenstaand toetsingskader wordt beslist dat een buitenlands samenwerkingsverband als non-transparante entiteit classificeert en in Nederland is gevestigd, dan wordt zij als binnenlands belastingplichtige belast volgens de Wet Vpb 1969. Non-transparante samenwerkingsverbanden welke niet in Nederland zijn gevestigd, maar wel inkomen genieten uit een Nederlandse bron, of een aanmerkelijk belang (hierna: AB) houden in een in Nederland gevestigde vennootschap waarbij het AB niet behoort tot het vermogen van de onderneming, worden aangemerkt als buitenlandse belastingplichtigen volgende de Wet Vpb 1969.¹¹⁶

Bij een kwalificatie van een samenwerkingsverband als transparante entiteit wordt het inkomen direct toegerekend aan de achterliggende participanten. Op welke manier deze inkomensbestanddelen in de heffing worden betrokken is afhankelijk van de aard van de achterliggende participanten.

2.4.2. Similarity approach (corporate resemblance based method)

Bovenstaand toetsingskader is gebaseerd op de similarity approach, ook wel de corporate resemblance based method of rechtsvormvergelijke methode genoemd, waarbij aan de hand van een

¹¹³ Vervangt het Besluit van de Minister van Financiën van 11 januari 2007 (stcrt. 2007, 15).

¹¹⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt 2009, 19749), p. 4-5.

¹¹⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt 2009, 19749), p. 3.

¹¹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt 2009, 19749), p. 4.

voorgesteld toetsingskader wordt gekeken bij welke nationale entiteitsvorm het buitenlandse samenwerkingsverband in de buurt komt. Dit gebeurt alleen wanneer er geen duidelijk equivalent van het buitenlandse samenwerkingsverband bestaat.¹¹⁷ Zoals in 2.4.1. reeds uiteengezet wordt aan de hand van vier vragen beoordeeld of een buitenlands samenwerkingsverband als transparant, non-transparant of als CV-achtige wordt geclassificeerd.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) heeft op 25 februari 2020 een rapport gepubliceerd waarin zij onderzoeken op welke manier andere lidstaten buitenlandse samenwerkingsverbanden classificeren.¹¹⁸ Hieruit komt naar voren dat Nederland ten aanzien van de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden een unieke eis stelt ten opzichte van wat internationaal gangbaar is. De laatste vraag van het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden luidt: *“Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?”*¹¹⁹ Nederland is het enige land wat de transparantie van de CV laat afvangen van het unanieme toestemmingsvereiste zoals dit is vormgegeven in het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden. Andere landen kennen deze eis niet waardoor er doorgaans classificatieverschillen en dus ook hybridemismatches ontstaan.¹²⁰

Verschillende auteurs¹²¹ alsmede de NOB¹²² hebben gepleit voor het laten vallen van dit toestemmingsvereiste en zelfs voor de afschaffing van de open CV om ervoor te zorgen dat de Nederlandse classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden meer in lijn zou komen met wat internationaal gangbaar is. Als gevolg van dit toestemmingsvereiste creëert Nederland een classificatieverschil en derhalve ontstaat er een hybridemismatch, hetgeen mijns inziens moet worden voorkomen.

In een brief aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020 vraagt de NOB aandacht voor knelpunten bij hybride entiteiten.¹²³ Eveneens vragen Spoelder, Sari en Rasenberg¹²⁴ aandacht voor mogelijke ongewenste samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021. Deze samenloop vindt zijn oorsprong in de behandeling van hybride entiteiten onder de beide wetten en de ongelukkige classificatie die Nederland kent.

2.4.3. Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Op 29 maart 2021 heeft de staatssecretaris van Financiën een consultatiedocument gepubliceerd betreffende een wijziging van de Wet Vpb 1969 ter aanpassing van het fiscale kwalificatiebesluit

¹¹⁷ Barenfeld 2005, p. 112.

¹¹⁸ Rapport van de NOB van 25 februari 2020, *‘Rechtsvergelijkend overzicht fiscale kwalificatie partnerships’*.

¹¹⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt. 2009, 19749), p. 2.

¹²⁰ Spoelder, Sari & Rasenberg WFR 2020.

¹²¹ o.a. Stevens TFO 2015, Beudeker WFR 2015 & Beudeker & Stevens WFR 2016.

¹²² Brief van de NOB van 29 mei 2019, *‘Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen’*.

¹²³ Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, *‘Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen’*.

¹²⁴ Spoelder, Sari & Rasenberg WFR 2020.

buitenlandse samenwerkingsverbanden.¹²⁵ De wijzigingen hebben betrekking op de open CV en de fonds voor gemene rekening (hierna: FGR). Aangezien er in deze masterscriptie geen aandacht wordt besteed aan de FGR zal deze buiten beschouwing blijven.

De staatssecretaris beoogt vanaf 1 januari 2022 de open CV te laten verdwijnen, wat onder andere betekent dat de open CV niet meer belastingplichtig is voor de Wet Vpb 1969 maar ook niet meer inhoudingsplichtig voor de Wet BB 2021.¹²⁶ Daarnaast vervalt het toestemmingsvereisten uit het toetsingskader¹²⁷ waarmee de oorzaak van de classificatieverschillen waarschijnlijk grotendeel wordt opgelost. De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden wordt op deze manier meer in lijn gebracht met wat internationaal gangbaar is.¹²⁸

De huidige Nederlandse classificatiemethode, in de vorm van de rechtsvormvergelijkende methode voor buitenlandse samenwerkingsverbanden blijft bestaan, maar zoals hierboven reeds besproken vervalt het toestemmingsvereiste. Het vervallen van het toestemmingsvereiste zorgt ervoor dat het toetsingskader mogelijk niet meer in de huidige vorm blijft bestaan, maar wat er precies staat te gebeuren met het huidige toetsingskader is niet duidelijk. Over het feit of er een nieuw toetsingskader komt of dat de manier van classificeren nu op basis van drie vragen dient te gebeuren laat de staatssecretaris in het midden. Naast het in stand houden van de rechtsvormvergelijkende methode worden er twee aanvullende methoden ingevoerd.¹²⁹

Allereest de situatie wanneer een buitenlands samenwerkingsverband een belang heeft in een Nederlandse entiteit of een Nederlandse entiteit heeft een belang in een buitenland samenwerkingsverband en op basis van de rechtsvormvergelijkende methode valt geen equivalent te identificeren, dan wordt basis van het beoogde art. 3, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969 de symmetrische methode toegepast. Kort gezegd neemt Nederland de classificatie in het land van oprichting over.¹³⁰

Indien een buitenlands samenwerkingsverbanden de zetel verplaatst naar Nederland en op basis van de rechtsvormvergelijkende methode kan er geen overeenkomst worden gevonden met een Nederlandse entiteit, dan wordt het buitenlandse samenwerkingsverband op basis van het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel h Wet Vpb 1969 onvoorwaardelijk belastingplichtig voor de Wet Vpb 1969.

¹²⁵ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, www.internetconsultatie.nl.

¹²⁶ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, p. 10-11, www.internetconsultatie.nl, problematiek omtrent de inhoudingsplicht van de open CV komt in hoofdstuk 4 uitvoeriger aan bod. Hier wordt volstaan met een opmerking.

¹²⁷ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, p. 10-11, www.internetconsultatie.nl.

¹²⁸ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, p. 10, www.internetconsultatie.nl.

¹²⁹ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, p. 15-16, www.internetconsultatie.nl.

¹³⁰ In hoofdstuk 6 wordt aandacht besteed aan een onvoorwaardelijke symmetrische benadering en of het land van oprichting de juiste keuze is.

2.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de behandeling van de volgende deelvraag centraal: *Welke samenwerkingsverbanden kent Nederland en op welke manier worden binnenlandse en buitenlandse samenwerkingsverbanden gekwalificeerd volgens de relevante Nederlandse belastingwetgeving?*

Allereerst zijn de verschillende rechtsvormen aan bod gekomen waarbinnen participanten kunnen samenwerken. Hierin is onderscheid gemaakt tussen rechtspersonen met rechtspersoonlijkheid en personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid.

Rechtspersonen kunnen worden onderscheiden in drie categorieën: kerkelijke rechtspersonen, publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen. Publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals de Staat en de gemeente, worden alleen belast voor zover zij een onderneming drijven. Deze zijn op basis van de grondwet aangemerkt als publiekrechtelijk rechtspersoon. Kerkelijke rechtspersonen stellen zich ten doel aan de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, welke plaatsvinden op grond van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen. Aangezien publiekrechtelijk rechtspersonen hun oorsprong in de Nederlandse Grondwet vinden en kerkelijke rechtspersonen een zeer specifiek doel na dienen te streven kan mijns inziens worden geconcludeerd dat deze rechtsvormen niet geschikt zijn als samenwerkingsverbanden in het internationale belastingverkeer.

Vervolgens is aandacht besteed aan de privaatrechtelijke rechtspersonen waar onderscheid is gemaakt tussen de kapitaalvennootschappen en de niet-kapitaalvennootschappen. Kapitaalvennootschappen worden statutair en belastingtechnisch niet beperkt in het exploiteren van winstgevendende activiteiten waar stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen dat wel hebben. Van de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid zijn kapitaalvennootschappen het meest geschikt.

Vervolgens zijn de personenvennootschappen onder het huidig recht uiteengezet alsmede de manier hoe deze in de belastingheffing worden betrokken. Het recht omtrent de personenvennootschappen stamt uit nagenoeg geheel uit 1838. In dit hoofdstuk zijn de verschillende pogingen tot modernisering van de personenvennootschappen uiteengezet waaruit blijkt dat, naast de wens voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid, de wens voor het behouden van fiscale transparantie hoog in het vaandel staan. Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid geeft de personenvennootschappen de mogelijkheid tot het zelfstandig aangaan van verplichtingen jegens derden, zoals het aangaan van een lening of het vervaardigen van onroerend goed. Eveneens zou toe- en uittreding als gevolg van het toekennen van rechtspersoonlijkheid worden vergemakkelijkt. De wens om fiscale transparantie te houden vindt haar oorsprong in de mogelijkheid tot het verrekenen van winsten of verliezen die opkomen in het samenwerkingsverband met winsten of verliezen die opkomen bij de achterliggende participanten. Deze verrekening op het niveau van de participanten geeft IB-ondernemers de mogelijkheid om de geboden ondernemersfaciliteiten uit de Wet IB 2001 te gebruiken. Mijns inziens zijn deze redenen vooral gericht op de nationale praktijk en wordt de internationale belastingpraktijk en het ontstaan van hybride mismatches door het gebruik van personenvennootschappen niet in ogenschouw genomen.

Als laatste is de fiscale classificatie van buitenlandse samenwerkingsverband aan bod gekomen. Nederland past ten aanzien van buitenlandse samenwerkingsverbanden de *corporate resemblance* methode toe, waarbij eerst een binnenlands equivalent gezocht wordt voor het buitenlandse samenwerkingsverband. Indien dat ontbreekt wordt aan de hand van het Besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden gezocht naar een classificatie die zo dicht mogelijk ligt bij een Nederlands equivalent. In dit hoofdstuk kwam ook naar voren dat de Nederlandse classificatie van een open CV afwijkt van wat er in de internationale praktijk gangbaar is en dat dit mogelijk zorgt voor onevenredige toepassing van de hybridemismatchbepalingen. Daarnaast is er ook aandacht besteed aan het consultatiedocument waarin de staatssecretaris beoogt de wetgeving omtrent de open CV aan te passen en dat de eerste stap in de goede richting is gezet.

3. De hybridemismatchbepalingen Wet Vpb 1969

3.1. Inleiding

Sinds 2011 wordt de aandacht van de internationale beleidsagenda van de EC in toenemende mate verplaatst naar het tegengaan van belastingontwijking.¹³¹ Derhalve publiceerde de EC op 6 december 2012 als eerste een actieplan,¹³² waarna de OESO en de G20 het voortouw namen in deze strijd tegen belastingontwijking. Regels die initieel waren opgesteld om dubbele belastingheffing te voorkomen werden nu door multinationals gebruikt om belastinggrondslagen uit te hollen en winst te verplaatsen naar LBJ's. Om deze ontwikkelingen een halt toe te roepen ontwikkelde de OESO in 2013 het *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.¹³³ Een plan met internationale afspraken om belastingontwijking tegen te gaan, waaronder afspraken om de effecten van hybride mismatches te neutraliseren.¹³⁴ In het kort is een hybride mismatch een verschil in fiscale behandeling van een financieel instrument of rechtsvorm door de betrokken staten waardoor geen of te weinig belasting wordt geheven.¹³⁵ In deze masterscriptie zal louter aandacht worden besteed aan de hybride mismatches die zich voordoet door gebruik te maken van een hybride lichaam.

In dit hoofdstuk wordt getracht een antwoord te vinden op de volgende vraag: *Hoe wordt de rentebetaling aan of door een als hybride lichaam kwalificerend samenwerkingsverband, zoals de open CV, beperkt door de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969?*

Allereerst zal aandacht worden besteed aan de achtergrond van BEPS (3.2.1.), waarna het tweede actieplan van BEPS aan de orde komt (3.2.2.). Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (3.3.). De verschillende manieren waarop rentebetalingen in aftrek worden beperkt als gevolg van een hybride mismatches veroorzaakt door samenwerkingsverbanden (3.4.) komen daarna aan de orde waar aan de hand van een voorbeeld specifiek aandacht wordt besteed aan de open CV (3.5.) Er wordt afgesloten met een deelconclusie waar de deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk zal worden beantwoord (3.6.).

3.2. Base Erosion and Profit Shifting

3.2.1. Achtergrond

In het door de OESO opgestelde rapport erkent de OESO dat belastingheffing een kernwaarde is van de soevereiniteit van de lidstaten, maar ziet eveneens dat deze soevereiniteit van de lidstaten en de daarbij horende binnenlandse belastingregels kunnen zorgen voor wrijvingen en discrepanties.¹³⁶ Zo hebben de lidstaten bij het opstellen van de nationale belastingregels geen oog voor de belastingregels in de andere lidstaten. Zo wordt in zuiver binnenlandse situaties belastingwetgeving opgesteld op basis van het matchingbeginsel: aftrekbare betalingen worden bij een andere entiteit in de heffing betrokken terwijl internationale wetgeving op basis van het matchingbeginsel niet zo vanzelfsprekend

¹³¹ Kingma *MBB* 2020, p. 3.

¹³² Mededeling van 6 december 2012 van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012)722.

¹³³ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OESO Publicatie, Parijs.

¹³⁴ OESO (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report', OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs.

¹³⁵ Bolhaar *NTR* 2013, p. 2.

¹³⁶ OESO 2013, p. 9.

is.¹³⁷ Hierdoor kan het voorkomen dat belastingstelsels overlappen met dubbele belastingheffing tot gevolg. Volgens de OESO moeten de lidstaten samenwerken om de economieën van lidstaten te bevorderen en de belastingsovereiniteit te beschermen.¹³⁸

Deze internationale samenwerking heeft geleid tot het opstellen en sluiten van v.t.v.v.d.b. Deze voorkomingsregels zorgen ervoor dat belastingplichtigen niet dubbel belasting betalen, maar geven tegelijkertijd belastingplichtigen en agressieve belastingplanners de mogelijkheid om de grondslag uit te hollen en winsten neer te laten slaan in jurisdicties met een laag effectief belastingtarief.¹³⁹ De v.t.v.v.d.b. en de wisselwerking tussen de unilaterale belastingstelsels leidde in aangewezen gevallen zelfs tot dubbele non-belasting.¹⁴⁰ Als gevolg van deze non-belasting en het verschuiven van belastingheffing naar LBJ's lopen lidstaten vennootschapsbelastinginkomsten mis, wat een impuls kan zijn voor lidstaten om unilaterale maatregelen te nemen, zoals Nederland nu doet met de Wet BB 2021.. Hierdoor ontstaan fiscaal botsende en overlappende belastingstelsels wat mogelijk een heropleving van dubbele belastingheffing kan bewerkstelligen.¹⁴¹ Internationale samenwerking in het kader van belastingontwijking blijkt gewenst.

Ministers van Financiën van de verschillende G20 landen hebben de OESO gevraagd een plan te ontwerpen zodat lidstaten gecoördineerd kunnen optreden tegen BEPS.¹⁴² Het actieplan moet de landen binnenlandse alsmede internationale hulpmiddelen bieden waarmee belastingheffing en de economische activiteit beter op elkaar afgestemd kunnen worden.¹⁴³

3.2.2. BEPS – Actieplan 2: Neutraliseren van de effecten van hybride mismatches
Een van de plannen om BEPS tegen te gaan is het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. In BEPS – Actieplan 2 worden situaties geschetst waarin de belastinggrondslag wordt uitgehouden als gevolg van het gebruik van hybride entiteiten of instrumenten. Om deze vorm van belastingontwijking tegen te gaan bevat BEPS – Actieplan 2 aanbevelingen om bepalingen van het OESO-modelverdrag (hierna: OESO-MV) en bepalingen in nationale belastingwetgeving te wijzigen. Deze wijzigingen moeten ervoor zorgen dataftrek zonder betrekking in de heffing en dubbele aftrek als gevolg van hybride lichamen en instrumenten tegen wordt gegaan.¹⁴⁴

BEPS – Actieplan 2 bestaat uit twee delen. In het eerste deel van het plan worden aanbevelingen gedaan om bepalingen in de nationale wetgeving te wijzigen om mismatches die betrekking hebben op het gebruik van hybride lichamen of instrumenten tegen te gaan. De aanbevelingen worden veelal vormgegeven op een manier dat de fiscale kwalificatie van het hybride instrument of lichaam in overeenstemming wordt gebracht met de andere jurisdictie, de zogeheten *linking rules*.¹⁴⁵ De linking rules zien erop toe dat de gevolgen van de hybride mismatches ongedaan worden gemaakt. Hierin

¹³⁷ OESO 2013, p. 9.

¹³⁸ OESO 2013, p. 9.

¹³⁹ OESO 2013, p. 8.

¹⁴⁰ OESO 2013, p. 10.

¹⁴¹ OESO 2013, p. 11.

¹⁴² OESO 2013, p. 11.

¹⁴³ OESO 2013, p. 11.

¹⁴⁴ OESO (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report', OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs.

¹⁴⁵ OESO 2015 (2), p. 11.

geldt als hoofdregel dat aftrek in de staat van de betaler ongedaan wordt gemaakt als in het staat van de ontvanger het inkomensbestanddeel niet in de heffing wordt betrokken.¹⁴⁶ Deze actie staat ook wel bekend als de primaire regel. Indien de primaire regel niet wordt toegepast kan de staat van de ontvanger de secundaire regel inroepen, waarbij de aftrekbare betaling alsnog wordt opgenomen in het inkomen.¹⁴⁷

BEPS – Actieplan 2 specificeert in deel I drie verschillende vormen van hybride mismatches:

- Betaling die aanleiding geven tot aftrek in de staat van de betaler maar welke niet in de heffing worden betrokken in de staat van de ontvanger (aftrek zonder betrekking in de heffing; een D/NI-resultaat);
- Betalingen die aanleiding geven tot dubbele aftrek (dubbele aftrek; een DD-resultaat);
- Betalingen die aanleiding geven tot een indirect D/NI-resultaat (geïmporteerde mismatch);¹⁴⁸

3.3. Anti Tax Avoidance Directive 2

3.3.1. Inleiding

Zoals hierboven reeds benoemd zag de EC de noodzaak om de eerlijkheid van belastingstelsel te repareren, zodat staten hun soevereiniteit op het gebied van belastingheffing konden uitoefenen. In het kader van grondslaguitholling en winstverschuivingen heeft de OESO aanbevolen de BEPS actieplannen waar mogelijk om te zetten in concrete regelgeving.¹⁴⁹ In het kader van BEPS – Actieplan 2 heeft dit in de EU geleid tot een richtlijn die ervoor moet zorgen dat de belastinggrondslagen van de lidstaten beschermd blijven.¹⁵⁰ De eerste richtlijn omtrent tegen belastingontwijking en grondslaguitholling geeft lidstaten naast regelgeving omtrent earningsstripping, exitheffingen, algemene antimisbruikbepaling en gecontroleerde buitenlandse vennootschappen onder andere de handvaten om hybride mismatches aan te pakken. Van een hybride mismatch is sprake wanneer een lichaam volgens de ene staat als fiscaal transparant wordt aangemerkt terwijl het door een andere staat als fiscaal non-transparant wordt aangemerkt.¹⁵¹

De hybridemismatchmaatregelen uit ATAD 1 waren niet alomvattend omdat de richtlijn niet zag op hybride mismatches ten opzichte van derden landen. Art. 9 ATAD 1 is vrij summier geformuleerd en stelt alleen dat wanneer en voor zover een kwalificatieconflict als gevolg van een hybride structuur leidt tot een situatie van dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing de aftrek moet worden geweigerd. Derhalve heeft de EC een tweede richtlijn tegen belastingontwijking opgesteld.¹⁵² Deze tweede richtlijn tegen belastingontwijking en grondslaguitholling maakt de gevolgen van een hybridemismatch ongedaan indien deze wordt veroorzaakt door een hybride instrument, hybride lichaam of hybride vaste inrichting, geïmporteerde mismatch, situaties wanneer er sprake is van een dubbele vestigingsplaats en de omgekeerde hybridemismatches. De verschillende relevante mismatches die wordt veroorzaakt door een hybride lichaam komen hierna uitgebreid aan bod.

¹⁴⁶ OESO 2015 (2), p. 11.

¹⁴⁷ OESO 2015 (2), p. 11.

¹⁴⁸ OESO 2015 (2), p. 16-17.

¹⁴⁹ Punt 2 van de Preambule van ATAD 2.

¹⁵⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

¹⁵¹ Punt 13 van de Preambule van ATAD 1.

¹⁵² Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches en derde landen.

3.3.2. Nederland implementatie van de hybridemismatchbepalingen

3.3.2.1. Inleiding

De wetgever heeft de bepalingen van ATAD 2 omgezet naar bepalingen welke zijn geïmplementeerd in de Wet Vpb 1969. De Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking beoogt belastingontwijking tegen te gaan die ontstaat doordat belastingplichtigen gebruik maken van de kwalificatieverschillen tussen de verschillende belastingstelsels van de EU-lidstaten onderling alsmede met derde landen, waar ATAD 1 alleen zag op hybride mismatches met EU-lidstaten.¹⁵³

Omdat de EC de regelgeving in de vorm van een richtlijn heeft opgesteld dient Nederland deze te implementeren in de nationale wetgeving om zo de fiscale voordelen van de hybride mismatches teniet te doen.¹⁵⁴ De regelgeving omtrent de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking is te vinden in art. 12aa t/m art. 12ag Wet Vpb 1969, welke in de aankomende paragrafen aan bod komen. Als gevolg van de implementatie door de lidstaten convergeren de winstbelastinggrondslagen en is het voor multinationals lastiger om te ontkomen aan de wetgeving door zich in een andere lidstaat te vestigen. Hierdoor wordt de belastingopbrengst verhoogd.¹⁵⁵

De hoofdregel van Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking is dat het de gevolgen van de kwalificatieverschillen neutraliseert wat indirect impliceert dat lidstaten niet worden beperkt in de manier waarop zij lichamen en instrumenten kwalificeren. Daarbij is het niet de bedoeling dat de maatregel voor dubbele belastingheffing zorgt. Om deze dubbele heffing te voorkomen zijn de hybridemismatchbepalingen in principe pro rata van toepassing.¹⁵⁶ Alleen wanneer er sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing wordt de aftrek geweigerd. Er is dus geen sprake van een alles of niets bepaling. De hybridemismatch wordt geneutraliseerd doordat de aftrek wordt geweigerd, de zogeheten primaire regel, of de vergoeding in de heffing wordt betrokken, de zogeheten secundaire regel.¹⁵⁷ De richtlijn schrijft voor dat lidstaten minimaal de primaire regel dienen te implementeren maar een reden voor deze uitzondering is nooit genoemd.¹⁵⁸ Nederland gaat bij de implementatie een stap verder en implementeert ook de secundaire regel, ongeacht wat de oorzaak is van de hybridemismatch.¹⁵⁹ Het kabinet stelt dat zij de volle potentie van de richtlijn willen gebruiken en zo niet naar de letter, maar naar de aard van de richtlijn de regelgeving willen implementeren.¹⁶⁰

3.3.2.2. Gelieerdheid

Alleen hybridemismatches die ontstaan tussen gelieerde partijen worden ongedaan gemaakt, , of er moet sprake zijn van een gestructureerde regeling.¹⁶¹ Volgens art. 12ac, tweede lid Wet Vpb 1969 wordt onder andere een lichaam als een aan de belastingplichtige gelieerd aangemerkt wanneer er sprake is van een gelieerd lichaam als bedoeld in art. 13ab, achtste of negende lid Wet Vpb 1969. Hiervan is sprake wanneer de belastingplichtige ten minste een belang bezit van 25% van het nominaal

¹⁵³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 2.

¹⁵⁴ Art. 288 VwEU.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 4.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35241, nr. 3, p. 5.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2018/19*, 35241, nr. 3, p. 4.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 16.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 6.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 6.

¹⁶¹ Art. 12ac, eerste lid, onderdeel f Wet Vpb 1969: vrij vertaald is een gestructureerde regeling een regeling tussen niet gelieerde partijen maar met voorbedachte raden om een hybride mismatch te construeren.

gestort aandelenkapitaal, ten minste 25% van de statutaire stemrechten bezit of gerechtigd is tot ten minste 25% van de winst in het andere lichaam. Hierbij is een accumulatie van 10% van het nominaal gestort kapitaal, 10% van de statutaire stemmen en 5% van het winstrecht niet voldoende voor geleerdheid.¹⁶² Het gekozen percentage is lager dan het voorgeschreven percentage van 50% uit ATAD 2.¹⁶³ Nederland hanteert hier een strengere eis dan nodig is, maar geeft hiervoor als reden dat wordt aangesloten bij het percentage voor geleerdheid uit ATAD 1, om zo de uniformiteit te behouden.¹⁶⁴ Volgens de richtlijn is er sprake van geleerdheid wanneer er *invloed van betekenis* kan worden uitoefent. Volgens de Nederlandse wetgeving is dit bij 25%.¹⁶⁵

Als er een mismatch voorkomt tussen twee gelieerde partijen waarbij een hybride entiteit betrokken is, wordt deze als gevolg van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 ongedaan gemaakt. Bij ongelieerde partijen ligt dat anders. Art. 12aa, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb 1969 maakt alleen de gevolgen van een hybridemismatch tussen twee ongelieerde partijen ongedaan wanneer er sprake is van een gestructureerde regeling. Er is sprake van een gestructureerde regeling wanneer de belastingplichtige of een aan hem gelieerd lichaam niet redelijkerwijs kon verwachten dat zich een hybridemismatch voor zou doen en deze hybride mismatch en de daarmee behaalde voordelen zijn meegenomen in de afspraken die zijn gemaakt omtrent de transactie tussen de twee ongelieerde entiteiten. Dit moet aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden worden beoordeeld.¹⁶⁶

3.3.2.3. Oorsprongseis

Art. 12aa Wet Vpb 1969 maakt alleen de gevolgen ongedaan die worden veroorzaakt door een kwalificatieverschil van lichamen of instrumenten, vaste inrichtingen en vestigingsplaatsen tussen belastingstelsels.¹⁶⁷ Er zijn ook situaties denkbaar waar een mismatch ontstaat, maar waar de kwalificatieverschillen niet aan ten grondslag liggen. Een voorbeeld hiervan is een betaling die in de staat van de betaler aftrekbaar is, maar in de staat van de ontvanger niet in de heffing wordt betrokken omdat het ontvangende lichaam niet subjectief belastingplichtig is in de staat van de ontvanger. Het verschil in behandeling vindt niet zijn oorzaak in het hybride karakter van de lichamen. De maatregelen van de art.12aa Wet Vpb 1969 zijn dan niet van toepassing.

3.3.2.4. Samenloop

De regels omtrent de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking zijn inmiddels geïmplementeerd in de Nederlandse Wet Vpb 1969 waardoor zij onderdeel zijn geworden van reeds bestaande regels ter voorkoming van belastingontwijking en grondslaguitholling. Hierdoor is de mogelijkheid dat een betaling tweemaal door een maatregel in aftrek wordt beperkt denkbaar. Derhalve is geregeld dat een betaling maar eenmaal in aftrek beperkt mag worden, maar mogen de verschillende bepalingen elkaar wel aanvullen.¹⁶⁸ Het kan voorkomen dat de ene helft van de rente in aftrek wordt beperkt door de earningsstrippingmaatregel van art. 15b Wet Vpb en de andere helft in

¹⁶² Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 35.

¹⁶³ Zie art. 1 ATAD 2, wijziging artikel 2, onderdeel a.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 10.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 10.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 11.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 6.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 6.

aftrek wordt beperkt als gevolg van de bepalingen omtrent hybride mismatches van art. 12aa Wet Vpb 1969.

3.3.3. Aftrek zonder betrekking in de heffing

In de eerste plaats vinden de maatregelen van de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking omtrent hybride samenwerkingsverbanden toepassing indien zich *aftrek zonder betrekking in de heffing* voordoet zoals bedoeld in art. 12ac, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb 1969.

3.3.3.1. Aftrek

Er is sprake van *aftrek* als in de staat van de betaler de betaling naar haar aard in mindering kan worden gebracht op de grondslag van een winstbelasting, onafhankelijk van het feit of deze vergoeding is afgezet tegen een bate. Een soortgelijke toets komt voor in art. 13, zeventiende lid Wet Vpb 1969.¹⁶⁹

3.3.3.2. Betrekking in de heffing

Van *betrekking in de heffing* is sprake wanneer de betreffende betaling in de staat van de ontvanger in een naar winst geheven belasting wordt betrokken.¹⁷⁰ Daarentegen, komt dezelfde betaling in aanmerking voor een belastingvrijstelling, of -verrekening, verlaagd belastingtarief of teruggaaf van belasting welke geen verrekening van bronheffing is, dan wordt de betaling niet gezien als betrokken in de heffing.¹⁷¹ De betaling wordt wel gezien als betrokken in de heffing wanneer deze wordt afgezet tegen een compensabel verlies.¹⁷² De betrekking in de heffing kan zowel bij een lichaam als bij een natuurlijk persoon plaatsvinden.¹⁷³ Onder voorwaarden kunnen inkomsten die onder CFC-regelgeving worden meegenomen kwalificeren als inkomen wat wordt betrokken in de heffing. Er is geen sprake van kwalificerende heffing wanneer:

- Het CFC-inkomen tegen een lager tarief dan het statutaire tarief in de heffing wordt betrokken;
- Er slechts een deel van de betaling belast wordt omdat er een grondslagvermindering wordt toegepast;
- Er voor onderlinge buitenlandse winstbelastingen al dan niet een forfaitaire credit wordt toegestaan;
- Winsten en verliezen van meerdere CFC's wordt geconsolideerd waardoor de betaling zelf als zodanig niet wordt belast.¹⁷⁴

Doorgaans zullen CFC-inkomsten niet kwalificeren als voldoende betrekking in de heffing.¹⁷⁵ De eisen zijn dermate strikt opgenomen dat de verwachting heerst dat een CFC-regime niet vaak zal worden beoordeeld als 'betrokken in de heffing'. De voorwaarde dat het inkomen van het CFC-regime niet vatbaar mag zijn voor verrekening van buitenlandse winstbelasting is het grootste probleem.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 4.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 10.

¹⁷¹ Makkinje *NTRF* 2020, p. 7.

¹⁷² *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 10.

¹⁷³ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 4.

¹⁷⁴ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 4-5.

¹⁷⁵ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 5.

¹⁷⁶ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 30.

3.3.4. Dubbele aftrek

In art. 12ac, eerste lid, onderdeel c Wet Vpb 1969 wordt de definitie voor dubbele aftrek gegeven. Van dubbele aftrek is sprake wanneer eenzelfde vergoeding in meer dan één staat ten laste van de grondslag in aftrek wordt gebracht van een naar winst geheven belasting. Dit komt voor wanneer een betaling wordt gedaan door een lichaam waarvan meerdere staten achten dat dat lichaam in de eigen staat is gevestigd.¹⁷⁷

3.3.5. Dubbel in aanmerking genomen inkomen

Wanneer er sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing of van dubbele aftrek treden de aftrekbepalingen van de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking in werking. Hierop wordt in de wet één uitzondering gemaakt. Er is dan sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen. In art. 12ac, eerste lid, onderdeel c Wet Vpb 1969 wordt gesteld dat wanneer inkomen dubbel in aanmerking wordt genomen de aftrekbepalingen geen toepassing vindt. Dubbel in aanmerking genomen inkomen geldt alleen als uitweg wanneer zich een hybride mismatch voordoet volgens art. 12aa, eerste lid, onderdelen e, f, en g Wet Vpb 1969. Er is sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen wanneer beide, bij de hybridemismatch betrokken staten, de vergoeding in een naar winst geheven belasting betrekken.¹⁷⁸

3.4. Hybride mismatches met samenwerkingsverbanden

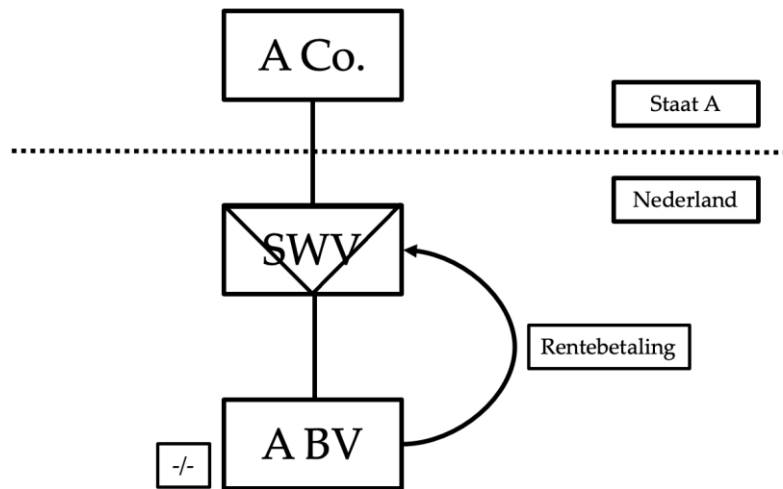
Volgens art. 12ac, eerste lid, onderdeel g Wet Vpb 1969 is er sprake van een hybride lichaam wanneer een lichaam volgens de ene staat als fiscaal transparant wordt aangemerkt terwijl het door een andere staat als fiscaal non-transparant wordt aangemerkt. Bij de fiscaal transparante classificatie worden voordelen toegerekend aan de achterliggende participanten en wordt de entiteit genegeerd, terwijl bij de fiscaal non-transparante classificatie de voordelen worden toegerekend aan het lichaam zelf. Het verschil in classificaties kan ertoe leiden dat betalingen in aftrek worden toegestaan terwijl deze niet in de heffing worden betrokken of dubbel in aftrek worden toegestaan.¹⁷⁹ Hieronder worden mismatches als gevolg van het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden uiteengezet.

¹⁷⁷ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 5.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 62.*

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 8.*

3.4.1. Betaling aan een hybride samenwerkingsverband



Figuur 1: Betaling aan een hybride lichaam (het samenwerkingsverband is transparant voor Nederland en non-transparant voor Staat A. Voorbeeld ontleend uit: Kamerstukken II 2018/2019, 35241, nr. 3, p. 7.

De betaling aan een hybride samenwerkingsverband is te vinden in art. 12aa, eerste lid, onderdeel b. Een betaling aan een hybride samenwerkingsverband kan ervoor zorgen dat er aftrek wordt toegestaan zonder dat deze vergoeding wordt betrokken in de heffing. In onderstaand figuur rekent Nederland de vergoeding toe aan de achterliggende participanten en beschouwt het samenwerkingsverband derhalve als transparant. Staat A rekent de vergoeding toe aan het samenwerkingsverband omdat onder de geldende wetgeving van Staat A het samenwerkingsverband fiscaal non-transparant is. Buitenlandse personenvennootschappen met hun feitelijke leiding in Nederland kunnen bij een classificatieverschil vallen onder deze maatregel art. 12aa Wet Vpb 1969.¹⁸⁰ Eveneens de cv/bv-structuur was onder deze vorm van hybridemismatch te categoriseren.¹⁸¹

Het gevolg van de mismatch wordt ongedaan gemaakt door toepassing van de primaire regel. Op grond van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 zal Nederland de aftrek niet toestaan. Het per 1 januari 2022 in te voeren art. 2, derde lid Wet Vpb 1969 voorziet in een oplossing voor hybride mismatches van deze vorm. In 3.4.4 wordt er nadrukkelijker op ingegaan.

Stapelen van samenwerkingsverbanden

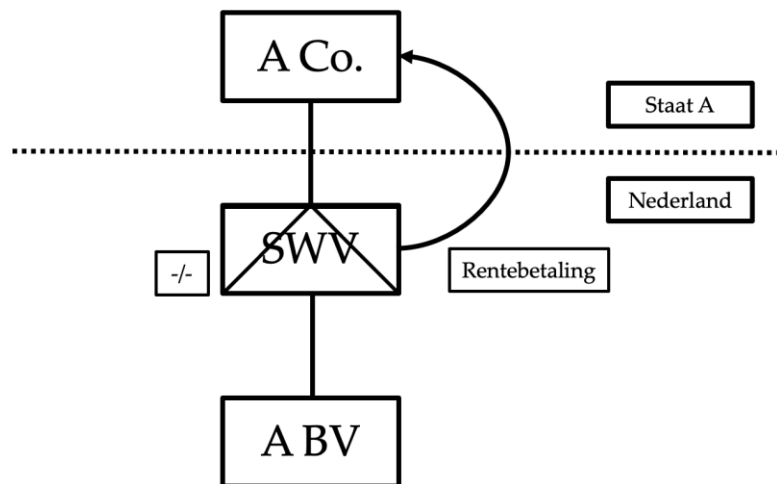
Tijdens de parlementaire behandeling kwam de vraag naar voren wanneer sprake is van de *staat van de ontvanger*. Deze vraag kwam vooral naar voren wanneer samenwerkingsverbanden werden 'gestapeld'. De staatssecretaris stelde dat het begrip *staat van de ontvanger* een ruim begrip is. Elke bij de transactie betrokken staat die door één van de andere staten wordt aangemerkt als *staat van de ontvanger* is daarmee ook een staat van de ontvanger.¹⁸² Niet alleen de kwalificatie van de staat van de betaler is hierin van belang.

¹⁸⁰ Stevens TFO 2020, p. 77.

¹⁸¹ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 9.

¹⁸² Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 60 & Kamerstukken II 2019/20, 35241 nr. 7, p. 38.

3.4.2. Betaling door een hybride samenwerkingsband

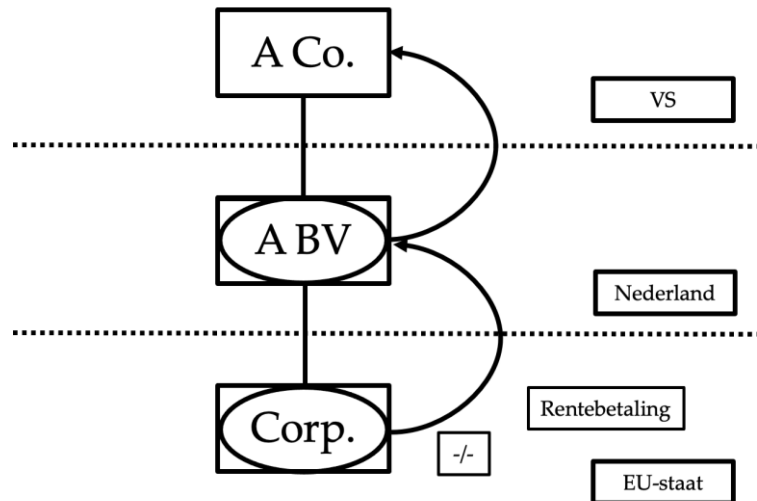


*Figuur 2: Betaling door een hybride lichaam (het samenwerkingsverband is transparant voor Staat A en non-transparant voor Nederland).
Voorbeeld ontleend uit: Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 39.*

Waar er bij een betaling aan een hybride samenwerkingsverband een mismatch kan ontstaan, is dit bij een betaling door een hybride samenwerkingsband eveneens het geval. Volgens art. 12aa, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969 wordt bij een betaling door een hybride samenwerkingsverband de aftrek geweigerd wanneer er een situatie ontstaat waar de aftrek niet wordt betrokken in de heffing als gevolg van een verschil in toerekening van de vergoeding aan het lichaam. Doorgaans classificeren de participanten in het samenwerkingsverband het samenwerkingsverband als fiscaal transparant, terwijl Nederland het samenwerkingsverband als non-transparant beschouwd. Voorbeelden zijn onder andere de Nederlandse open CV alsmede de Nederlandse BV ten opzichte van de Verenigde Staten. Bij het verrichten van een betaling van het samenwerkingsverband aan de participant bestaat voor de participanten een betaling aan zichzelf, vanwege het voor hen transparante karakter van het samenwerkingsverband, terwijl de betaling aftrekbaar is in Nederland.

Check-the-box systeem

Sinds 1 januari 1997 kent de Verenigde Staten 'Entity-classification rules' (check-the-box election) waardoor het voor belastingplichtigen mogelijk wordt gemaakt om buitenlandse entiteiten als een kapitaalvennootschap of personenvennootschap aan te merken.¹⁸³ Hierdoor kunnen kapitaalvennootschappen, welke doorgaans als non-transparant aangemerkt worden, ineens als transparant worden gekwalificeerd. In het kader van in- en doorlenen van geld kan de afwijkende kwalificatie via het *check-the-box* systeem zorgen voor hybride problemen:



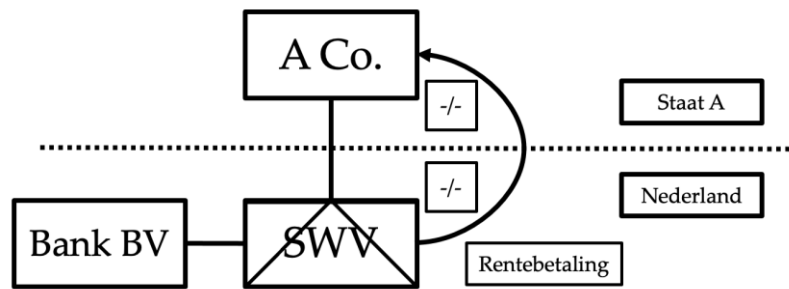
Figuur 3; In- en doorlenen onder het check-the-box systeem.
Voorbeeld ontleend uit: Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 44.

A Co. is voor alle betrokken staten een non-transparante entiteit. A BV en Corp. zijn voor zowel Nederlandse als voor de fiscale doeleinden van de EU-staat non-transparante entiteiten. Het *check-the-box* systeem van de Verenigde Staten stelt hen in de mogelijkheid A BV en Corp. als transparante entiteiten aan te merken. De rentebetaling van Corp. aan A BV is bij Corp. aftrekbaar van de winst en wordt bij A BV in de heffing betrokken. Vervolgens is de betaling van A BV aan A Co. volgens Nederlandse fiscale perspectieven aftrekbaar van de winst en ontstaat er geen hybride mismatch omdat A Co. volgens de Nederlandse fiscale classificatie een non-transparante entiteit is. Bij A Co. is dit niet het geval aangezien zowel Corp. als A BV transparant zijn, ziet A Co. de rentebetaling niet. De schijn doet lijken alsof A Co. een betaling doet aan zichzelf. Het verschil in classificatie van de samenwerkingsverbanden door de Verenigde staten enerzijds en Nederland en de EU-lidstaat anderzijds ontstaat een hybride mismatch. Alleen wanneer er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen is er geen sprake van een hybride mismatch. De betaling zou dan zowel bij A BV als bij A Co. in de heffing betrokken dienen te worden. Dit is hier niet het geval.¹⁸⁴

¹⁸³ Kamerstukken I 2004/05, 29632, nr. B, p. 5.

¹⁸⁴ Voorbeeld af te leiden uit: Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 44.

3.4.3. Dubbele aftrek als gevolg van een hybride samenwerkingsverband



Figuur 4: Dubbele aftrek als gevolg van een hybride lichaam
Voorbeeld ontleend uit: Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 12.

In art. 12ac, eerste lid, onderdeel c wordt dubbele aftrek gedefinieerd. Wanneer een vergoeding tweemaal in aftrek wordt toegestaan ten laste van de grondslag van een naar winst geheven belasting, is er sprake van dubbele aftrek. De aftrek dient in de staat van de betaler niet in aftrek te worden toegestaan. Het is niet zeker of deze vorm van hybride mismatch zich op het gebied van samenwerkingsverbanden in relatie tot Nederland veel voordoet.¹⁸⁵

3.4.4. Omgekeerde hybride samenwerkingsverbanden

In de hiervoor genoemde hybride mismatches waarbij een hybride samenwerkingsverband wordt gebruikt, worden de gevolgen van de hybride mismatch ongedaan gemaakt. De oorzaak, het classificatieverschil, blijft in stand gehouden. Een uitzondering hierop is de regel omtrent de omgekeerde hybride lichamen, ook wel de belastingplichtmaatregel genoemd, waarbij de oorzaak van de hybride mismatch ongedaan wordt gemaakt.¹⁸⁶

Het betreft lichamen die door de staat van de oprichter, registratie of vestiging als fiscaal transparant wordt aangemerkt, maar door de staat waar de participanten zijn gevestigd als fiscaal non-transparant aangemerkt.¹⁸⁷ Per 1 januari 2022 wordt een wijziging van art. 2, derde lid Wet Vpb 1969 voorgesteld waardoor lichamen die classificeren als een omgekeerd hybride lichaam binnenlands belastingplichtig worden voor de Wet Vpb 1969. In het voorgestelde art. 2, twaalfde lid Wet Vpb 1969 wordt vervolgens gesteld dat als een lichaam als transparant wordt aangemerkt, maar meer dan 50% van de in haar gehouden stemrechten, winstbewijzen of kapitaalbelangen beschouwen het lichaam als non-transparant, dat het transparante lichaam dan wordt gekwalificeerd als een non-transparante entiteit. Het deel van de winst dat wordt toegerekend aan de participanten die de Nederlandse entiteit als non-transparant classificeren wordt belast volgens de Wet Vpb 1969 en afgetrokken van de winst van het omgekeerde hybride lichaam. Dit gebeurt volgens het voorgestelde art. 9, eerste lid onderdeel f Wet Vpb 1969. De winst van een omgekeerde hybride lichaam wordt zo slechts in de heffing betrokken voor zover dat in een andere staat nog niet gebeurt.¹⁸⁸ De betekenis van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 verliest na 1 januari 2022 aan waarde, omdat het gevolg van een hybride mismatch niet meer voor zal komen. De richtlijn schrijft deze maatregel voor, derhalve dient Nederland deze te implementeren, met een inperking van het autonomie van het Nederlandse fiscale stelsel tot gevolg.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 13.

¹⁸⁶ Art.9bis ATAD 1.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 27.

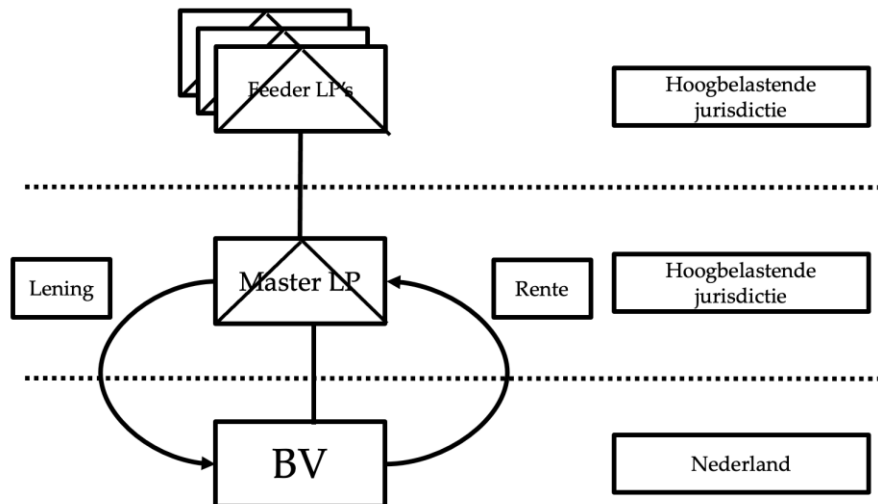
¹⁸⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 39.

3.5. Voorbeelden – open CV

Middels een van de geschetste casussen van de NOB alsmede een tweede voorbeeld wordt geïllustreerd in welke situaties de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 voor komen en of de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 vaker toepassing vinden dat normaal als gevolg van de afwijkende classificatie van de open CV.

3.5.1. Voorbeeld 1 – Casus van de NOB¹⁸⁹

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



*Figuur 5; Schets van onderlinge samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021
Voorbeeld ontleend uit: Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'*

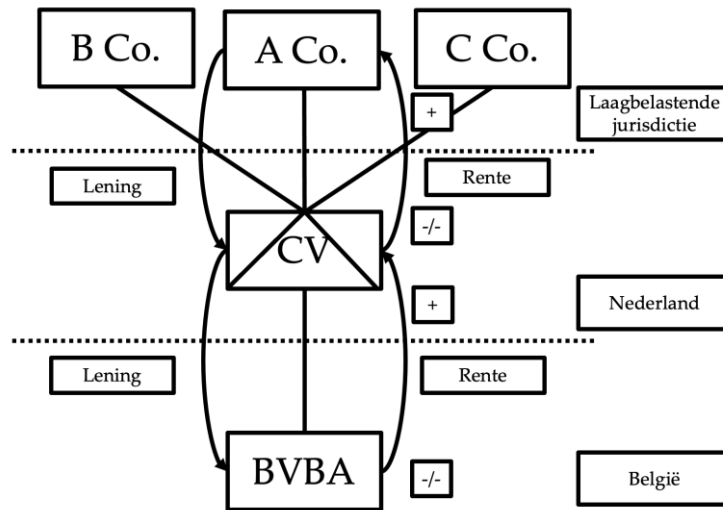
In bovenstaand figuur worden de aandelen van een naar Nederlands recht opgerichte BV direct gehouden door een naar buitenlands recht opgerichte Master Limited Partnership (hierna: LP) waarvan de aandelen direct worden gehouden door één of meer Feeder LP's, allen (al dan niet tezamen) met een kwalificerend belang. Zowel de Master LP als de Feeder LP's zijn opgericht naar het recht van een niet-LBJ en hebben de karakteristieken van een Nederlandse besloten CV, waardoor zij voor fiscale doeleinden van die landen als transparant worden aangemerkt. Vanwege het omstreden Nederlandse toestemmingsvereiste, wat een besloten CV van een open CV onderscheid, worden zowel de Master LP als Feeder LP's voor Nederlandse belastingdoeleinden aangemerkt als fiscaal non-transparant. De Master LP heeft een lening verstrekt aan BV en BV betaalt hierover rente.

In het voorbeeld wordt de betaling van de Nederlandse BV aan het samenwerkingsverband in de niet-LBJ in aftrek beperkt als gevolg van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969. Nederland is genoodzaakt de primaire regel toe te passen en de rente in aftrek te beperken, waarbij geen beroep kan worden gedaan op de tegenbewijsmogelijkheid van art. 12aa, derde lid Wet Vpb 1969.

¹⁸⁹ Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'.

3.5.2. Voorbeeld 2 – Casus Open CV

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



Figuur 6; De in Nederland gelegen CV is voor Nederlandse fiscale doeleinden non-transparant maar voor de andere jurisdicties wel transparant

A Co., B Co. en C Co. houden ieder een een-derde direct belang in een in Nederland gelegen CV welke op haar beurt een direct belang houdt in een in België gelegen besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BVBA).¹ De manier waarop de verschillende jurisdicties de verschillende samenwerkingsverbanden classificeren staat omschreven in de tabel hieronder.

Kwalificeert	A. Co, B Co. & C Co.	CV	BVBA
België	Non-transparant	Transparant	Non-transparant
Nederland	Non-transparant	Non-transparant	Non-transparant
LBJ	Non-transparant	Transparant	Non-transparant

Tabel 2; Overzicht van de classificatie van de verschillende entiteiten in de verschillende jurisdicties

Vanuit het perspectief van België doet de BVBA een aftrekbare betaling aan een hybride lichaam. Als EU-lidstaat is België verplicht ATAD 2 te implementeren. België heeft in haar wet het equivalent van het Nederlandse art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 in haar wet staan. Dit artikel stelt: "Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek: vergoedingen of betalingen aan een hybride lichaam voor zover die leiden tot aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg van verschillen in de toerekening. Van die vergoeding of betaling aan dat lichaam bij of krachtens de wet van de staat naar wiens recht dat lichaam is opgericht of waarin dat lichaam is gevestigd of geregistreerd en bij of krachtens de wet van de staat naar wiens recht een participatie heeft in het hybride lichaam of waarvan een natuurlijk persoon die een participatie heeft in dat lichaam fiscaal inwoner is." Er is hier sprake van een betaling aan een hybride lichaam, maar er is geen verschil in toerekening omdat Nederland de CV als non-transparant classificeert en de betaling in Nederland in de heffing wordt betrokken.

Nederland classificeert de CV als open en derhalve als een non-transparante entiteit. Nederland ziet een betaling van de BVBA binnenkomen en betreft deze in de heffing. Vervolgens moet deze rentebetaling worden doorbetaald aan A Co. De betaling is in Nederland aftrekbaar van de winst en er is geen betaling aan een hybride entiteit dus de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 zijn niet van toepassing.

3.6. Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: *Hoe wordt de rentebetaling aan of door een als hybride lichaam kwalificerend samenwerkingsverband, zoals de open CV, beperkt door de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969?*

Zoals in dit hoofdstuk uiteen is gezet zorgde de groei van de internationale markt en de autonome belastingsystemen van lidstaten voor dubbele belastingheffing. Lidstaten hebben een internationaal verband van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting aangelegd om dubbele belastingheffing tegen te gaan. Multinationals maakte bedachtzaam gebruik van deze verdragen met in sommige gevallen dubbele non-belasting als resultaat. Om dit tegen te gaan kwam de OESO in 2013 met het BEPS actieplan. Vijftien plannen om de verschillende facetten van belastingontwijking tegen te gaan.

Het tweede actieplan van BEPS is gericht op het tegengaan van belastingontwijking door concerns wanneer zij gebruik maken van een hybride mismatch. In dit hoofdstuk stonden de mismatches als gevolg van het gebruik van hybride lichamen centraal. Een mismatch veroorzaakt door een hybride lichaam ontstaat doordat de ene staat het samenwerkingsverband kwalificeert als non-transparant waar de andere staat het samenwerkingsverband als transparant beschouwd. Een rentebetaling gedaan door een non-transparante entiteit in de ene staat aan een transparante entiteit in de andere staat is aftrekbaar in de eerste staat maar wordt niet belast in de tweede staat. Hierdoor ontstaat de mogelijkheid dat een betaling wordt afgetrokken zonder dat deze wordt opgenomen in de heffing, of zelfs de mogelijkheid tot dubbele aftrek.

De OESO heeft de EC aanbevolen het tweede BEPS actieplan om te zetten in een richtlijn. De EC heeft twee richtlijnen opgesteld tegen belastingontwijking en grondslagverschuiving waarbij de tweede richtlijn gericht was op belastingontwijking en grondslagverschuiving als gevolg van hybride mismatches. De Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking is op 1 januari 2020 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking zorgt ervoor dat de gevolgen van hybride mismatches binnen concernverband, en gestructureerde regeling tussen derden waaruit hybride mismatch voortvloeit, ongedaan worden gemaakt. Alleen mismatches op basis van het hybride karakter worden ongedaan gemaakt.

Mismatches die voorkomen door middel van hybride samenwerkingsverbanden komen voor in vier verschillende situaties:

- Een betaling aan een hybride samenwerkingsverband;
- Een betaling door een hybride samenwerkingsverband;
- Dubbele aftrek als gevolg van een hybride samenwerkingsverband;
- Een omgekeerde hybride samenwerkingsverband.

Wanneer zich een hybride mismatch voordoet in een van bovenstaande situaties zal in eerste instantie de staat van de betaler de aftrek bij de betaler niet in aftrek toestaan. De zogeheten primaire regel is dan van toepassing. Lidstaten dienen de primaire regel verplicht op te nemen in de nationale wetgeving. De richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om ook de secundaire regel op te nemen, maar dit is niet verplicht. Indien er bij een betaling van een derde staat aan een lidstaat plaatsvindt en hierbij ontstaat een hybride mismatch zou de primaire regel in principe moeten worden toegepast, maar omdat de richtlijn is alleen van toepassing op lidstaten kan een derde staat niet verplicht worden de

aftrek terug te nemen. Bij het niet terugnemen van de aftrek vindt de secundaire regel toepassing waardoor de initieel niet in de heffing betrokken betaling alsnog in de heffing wordt betrokken.

Daarnaast is in twee voorbeelden geïllustreerd dat door de afwijkende classificatie als gevolg van het toestemmingsvereiste de hybridemismatchbepalingen in Nederland vaker toepassing vinden. Anderzijds is ook geïllustreerd dat een hybridemismatch niet altijd aan de orde is indien de open CV wordt gebruikt in het internationaal belastingverkeer, zolang er maar betrekking in de heffing en aftrek is op het niveau van de open CV.

4. De Wet op de Bronbelasting 2021

4.1. Inleiding

Het handelsland Nederland heeft een open economie en is gericht op de internationale markt.¹⁹⁰ Bij een internationale oriëntatie hoort een belastingstelsel dat het belang van deze open economie onderschrijft, met daarin regels waardoor Nederlandse bedrijven actief kunnen participeren en concurreren.¹⁹¹ Vanwege het, al dan niet bewust, ontbreken van wetgeving is het voor multinationals eenvoudig om belastingheffing te ontwijken en de Nederlandse grondslag uit te hollen.¹⁹² Uit onderzoek van bf Economisch Onderzoek¹⁹³ wordt Nederland in een toenemend aantal gevallen gebruikt als mogelijkheid om de grondslag te verschuiven naar LBJ's.¹⁹⁴ Jaarlijks stroomt er naar schatting voor €22 miljard aan dividend-, interest- en royaltybetalingen naar LBJ's.¹⁹⁵ Omwille van deze vorm van belastingontwijking is Nederland in de afgelopen jaren een voorloper geweest in het bestrijden van de internationale belastingontwijkingspraktijk.¹⁹⁶ Tezamen met de implementatie van het MLI om verdragsmisbruik tegen te gaan, alsmede het verzwaren van de maatregelen van de rulingpraktijk¹⁹⁷, is per 1 januari 2021 de Wet BB 2021 van toepassing geworden.¹⁹⁸ De Wet BB 2021 is van toepassing wanneer er een rente- of royaltybetaling wordt gedaan aan een entiteit in een LBJ.

Zowel de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking, als de Wet BB 2021 beogen situaties van belastingontwijking en grondslaguitholling op het gebied van rentebetalingen aan samenwerkingsverbanden tegen te gaan. Het hybride karakter van diverse samenwerkingsverbanden speelt ook in de Wet BB 2021 een rol. Vanwege het internationale karakter van de Wet BB 2021 en de mogelijke samenloop met de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking zal in dit hoofdstuk de volgende deelvraag centraal staan: *Hoe wordt de rentebetaling in het algemeen in de belastingheffing betrokken volgens de Wet BB 2021 en op welke wijze is de Wet BB 2021 van toepassing op de open CV?*

Allereest zal de het doel en de strekking van de Wet BB 2021 aan bod komen (4.2.) waarna zal worden onderzocht van wie deze belasting wordt geheven (4.3.). De heffingsgrondslag (4.4.), wijze van heffing en het tarief (4.5.) komen vervolgens aan bod en als laatste zal aandacht worden besteed aan de manier waarop de Wet BB 2021 van toepassing is op hybride samenwerkingsverbanden (4.6.). Tot slot volgen wederom twee voorbeelden die betrekking hebben op de open CV (4.7.) waarna wordt afgesloten met een deelconclusie (4.8.) waarin de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond wordt beantwoord.

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2017/18, 25087, nr. 188, p. 2.

¹⁹¹ Bijv. de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb 1969 waardoor ontvangen winsten van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij niet nogmaals in de heffing worden betrokken.

¹⁹² Zie bijvoorbeeld: Nederlandse Omroep Stichting, 'Belastingontwijking Google levert Nederland ruim 25 miljoen euro op', geraadpleegd op 13 januari 2021.

¹⁹³ Hers, Wittenman & Rougour 2018.

¹⁹⁴ Wat wordt bedoeld met een LBJ komt in 4.3 uitgebreid aan bod.

¹⁹⁵ Hers, Wittenman & Rougour 2018, p. ii.

¹⁹⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 3.

¹⁹⁷ Waaruit onder andere blijkt dat er geen vooroverleg en zekerheid vooraf meer mogelijk is met de Belastingdienst indien bij een directe transactie een entiteit betrokken is welke is gevestigd in een LBJ.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 11.

4.2. Doel en strekking

Nederland is sinds een aantal jaar voorvechter in de strijd tegen belastingontwijking en grondslaguitholling. Het kabinet wil voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als land wat dient als doorgang naar LBJ's, of dat de Nederlandse belastinggrondslag naar deze jurisdicties wordt verschoven. Om deze ongewenste effecten ongedaan te maken is per 1 januari 2021 een nieuwe wet van kracht: De Wet BB 2021, een conditionele bronbelasting op rente- en royaltybetalingen naar LBJ's en in situaties wanneer er sprake is van misbruik. Met deze beoogde veranderingen tracht het kabinet het imago van Nederland op het gebied van belastingontwijking te verbeteren.¹⁹⁹ Anderzijds is het huidige belastingstelsel, naast een goede infrastructuur en gunstige ligging ten opzichte van de havens van Rotterdam en Antwerpen en luchthaven Schiphol, één van de redenen dat multinationals zich vestigen in Nederland. Derhalve beoogt het kabinet door de invoering van de Wet BB 2021 de balans te vinden tussen het tegengaan van belastingontwijking eensdeels, zonder dat kapitaalstromen ten behoeve van het investeringsklimaat worden belemmerd anderdeels.²⁰⁰ Bedrijven met reële activiteiten en voldoende nexus in Nederland moeten worden behouden waar brievenbusmaatschappijen dienen te verdwijnen. De verwachting is dat de Wet BB 2021 ervoor zal zorgen dat rente- en royaltybetalingen die van Nederland naar een LBJ vloeien nagenoeg volledig zullen verdwijnen.

Het doel van de Wet BB 2021 is dat de rente- en royaltystromen vanuit Nederland naar LBJ's voor het overgrote deel verdwijnen. Vanwege het unilaterale karakter van de Wet BB 2021 is het goed denkbaar dat multinationals de in Nederland gevestigde entiteit verplaatsen naar een andere EU-lidstaat waar nog geen bronheffing op rente en royalty's van toepassing is. Het doel van het kabinet is om ervoor te zorgen dat Nederland niet langer als toegangspoort naar LBJ's fungeert. In Europees opzicht zijn er tot op heden nog geen concrete stappen genomen in het tegengaan van rente- en royaltystromen naar LBJ's. Hierin neemt Nederland het voortouw en doen de ondernomen stappen van andere lidstaten er niet toe.

4.3. Belastingplichtigen & Inhoudingsplichtigen

Art. 2.1, eerste lid onderdeel a Wet BB 2021 stelt dat de bronbelasting is verschuldigd wanneer een in Nederland gevestigd lichaam binnen concernverband een rente of royaltybetaling doet aan een lichaam waarvan de feitelijke leiding²⁰¹ is gevestigd in een land met een laag statutair tarief van een naar winst geheven belasting, of wanneer het land kwalificeert als non-coöperatief volgens een door de EU opgestelde lijst of wanneer er sprake is van misbruik.

4.3.1. Lichaam

Het begrip "lichaam" wordt in de Wet BB 2021 niet gedefinieerd, maar volgens het kabinet moet aansluiting worden gezocht bij het begrip wat in art. 1, eerste lid, Wet DB 1965 is opgenomen: "degenen, die gerechtigd zijn tot". Hierdoor omvat het begrip "lichaam", zoals genoemd in art. 1.2, eerste lid, onderdeel a en art. 2.1, eerste lid, aanhef van de Wet BB 2021 zowel in het binnen- en buitenland gevestigde entiteiten in de zin van art. 2 en 3 van de Wet Vpb 1969. De in art. 2 en 3 Wet Vpb 1969 genoemde lichamen zijn doorgaans non-transparante entiteiten. Desalniettemin kunnen

¹⁹⁹ Pötgens *NtFR* 2020, p. 1.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 6, p. 2.

²⁰¹ Zie art. 4, eerste lid AWR; "naar de omstandigheden moet worden beoordeeld."

ook transparante entiteiten vallen onder de toepassing van de Wet BB 2021. De in art. 2.1, derde lid Wet BB 2021 geschreven regeling bevat deze uitzondering. Het in dit artikel bedoelde lichaam is een entiteit die voor Nederlandse belastingdoeleinden als transparant, maar voor de achterliggende participanten als non-transparant wordt beschouwd.²⁰² Of er bij een lichaam in Nederland of in de LBJ reële aanwezigheid is, is voor de toepassing van de Wet BB 2021 niet van belang. Het kabinet acht het niet wenselijk dat rente- en royaltybetalingen in zijn geheel niet worden belast, ondanks het feit dat de transactie plaatsvindt tussen twee gelieerde en reële lichamen.²⁰³ Lichamen met reële aanwezigheid die een betaling doen aan een gelieerd lichaam in een LBJ of een non-coöperatieve jurisdictie zijn belastingplichtig onder de Wet BB 2021²⁰⁴. Hierop is in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 reeds een uitzondering op geformuleerd.²⁰⁵ Daarnaast blijkt uit de opsomming van art. 1.2, eerste lid, onderdeel b, ten eerste t/m twaalfde Wet BB 2021 dat natuurlijke personen niet inhoudingsplichtig kunnen zijn voor de Wet BB 2021.

4.3.2. Gelieerdheid

Volgens art. 1.2, eerste lid onderdeel c is de Wet BB 2021 alleen van toepassing wanneer er een rente- of royaltybetaling wordt gedaan aan een gelieerde partij. Indien het voordeelgerechtigde lichaam, zoals bedoeld in art. 1.2, eerste lid onderdeel a Wet BB 2021, een kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam of het betalende lichaam een kwalificerend belang heeft in het voordeelgerechtigde lichaam, is er sprake van gelieerdheid. Er kan ook sprake zijn van gelieerdheid wanneer een derde een kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam alsmede in het voordeelgerechtigde lichaam of wanneer is sprake is van een samenwerkende groep zoals bedoeld in art. 10a, zesde lid Wet Vpb 1969. In art. 1.2, eerste lid, onderdeel d van de Wet BB 2021 wordt gekozen voor het begrip *kwalificerend belang*. Lichamen worden als gelieerd beschouwd bij een bezit van 50% of meer van de statutaire stemrechten.

4.3.2.1. Kwalificerend belang

Er is sprake van een kwalificerend belang indien een lichaam direct dan wel indirect invloed kan uitoefenen op de besluitvorming waarmee activiteiten van het andere lichaam worden beïnvloed.²⁰⁶ Dit criterium is afgeleid uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: HvJ), zodat de Wet BB 2021 onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging van art. 49 VwEU valt, het zogeheten *Baars-criterium*.²⁰⁷ In het geval dat de Wet BB 2021 ook van toepassing zou zijn op niet-gelieerde verhoudingen tussen lichamen, dan zou de Wet BB 2021 naar alle waarschijnlijkheid onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer zou vallen.²⁰⁸ Indien de Wet BB 2021 zou vallen onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer, welke ook geldt jegens niet-lidstaten, dan zou de Wet BB 2021 in geen enkele situatie kunnen worden toegepast omdat deze in strijd is met het art. 63 VwEU. Het beperken van de reikwijdte tot concernverhouding zorgt ervoor dat art. 63 VwEU buiten

²⁰² Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 12.

²⁰³ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 3.

²⁰⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 2.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2019/20, 25087, nr. N, 34.

²⁰⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 3.

²⁰⁷ HvJ EU 13 april 2000, C-251/98 (Baars), ECLI:EU:C:2005:205, punt 22 en 26 & HvJ 23 oktober 2007, C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, punt 13.

²⁰⁸ De Graaf MBB 2019, p. 7.

beschouwing blijft. Een nationale regeling die is beperkt tot concerns valt uitsluitend onder de vrijheid van vestiging. Deze vrijheid kan niet door non-lidstaat aandeelhouders worden ingeroepen.²⁰⁹

4.3.2.2. Verschil met de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking
Volgens de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking wordt gekozen voor invloed van betekenis waar gelieerdheid geldt vanaf 25% van de statutaire stemrechten.²¹⁰ Nederland handelt hier strikter dan dat de richtlijn voorschrijft. De Wet BB 2021 spreekt van een kwalificerend belang waardoor gelieerdheid pas bij een belang vanaf 50% van de statutaire stemrechten van toepassing is. Volgens de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking is mede sprake van gelieerdheid wanneer een lichaam invloed van betekenis van uitoefenen op een ander lichaam binnen het concern.²¹¹ De percentages verschillen omdat het percentage van de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking aansluit bij het percentage van Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking. Daarbij is de Wet BB 2021 in strijd met de vrijheid van kapitaal indien het percentage lager is dan 50%.²¹²

4.3.3. Laagbelastende jurisdictie
Volgens art. 1.2, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 is een LBJ een jurisdictie met een statutair tarief van een naar winst geheven belasting van lager dan 9%, waarbij het niet verplicht om een rijksbelasting gaat. Een naar winst geheven belasting van een lagere overheid voldoet ook aan de eisen.²¹³ Als LBJ's worden eveneens non-coöperatieve jurisdictie aangemerkt.²¹⁴ De EC beoordeelt jurisdicties aan de hand van drie criteria: belastingtransparantie, eerlijke belastingheffing en reële economische activiteit. Indien een jurisdictie op één van de criteria onvoldoende scoort wordt van hen inspanning gevraagd om aanpassingen door te voeren binnen een bepaald tijdvak. Wanneer geen wijzigingen worden doorgevoerd worden jurisdicties als non-coöperatief aangemerkt.²¹⁵

Het percentage van 9% is gekozen zodat de Wet BB 2021 op deze manier alleen van toepassing is op jurisdicties buiten de EU en zo dus wel onder de vrijheid van vestiging kan vallen en daarmee niet valt onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het laagste statutair tarief op een naar winst geheven belasting is op het moment van schrijven 9% in Hongarije.²¹⁶ Op 1 oktober van ieder jaar wordt gezien welke landen in het volgend jaar niet voldoen aan de statutair tariefseis.²¹⁷ Door de keuze om aan te sluiten bij het statutaire tarief in plaats van het effectieve tarief zijn er situaties denkbaar waar een rente- of royaltybetaling wordt gedaan aan een lichaam gevestigd in een niet-LBJ, waardoor de Wet BB 2021 geen toepassing vindt, maar waar de effectieve heffing over een naar winst geheven belasting effectief onder de 9% ligt. Een effectieftariefstoets leent zich meer voor een "case-by-case benadering" dan voor een "per-land" benadering. In het geval van een "case-by-case benadering" zou iedere betaling moeten worden gemonitord of de betaling wel voldoende wordt belast bij de

²⁰⁹ Smit *WFR* 2018, p. 1276.

²¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 10.

²¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 10.

²¹² De Graaf MBB 2019, p. 7.

²¹³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.

²¹⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.

²¹⁵ Persbericht van de Europese Commissie 'Fair Taxation: EU updates list of non-cooperative tax jurisdictions', 18 februari 2020.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 6, p. 10.

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.

ontvanger. Volgens het Kabinet zouden de uitvoerbaarheid en de rechtszekerheid in het geding komen, omdat de Belastingdienst en het Ministerie van Financiën niet beschikken over de benodigde kennis van de wereldwijde belastingstelsels.²¹⁸ Het is mijns inziens curieus dat in deze vergaande geïnternationaliseerde economie, adviseurs die belastingplichtigen bijstaan wel beschikken over deze kennis, maar de Belastingdienst niet.

Indien een voordeelgerechtigd lichaam is gevestigd in een staat waarmee Nederland een v.t.v.v.d.b. heeft gesloten en deze staat wordt aangemerkt als een LBJ, dan doet zich een situatie voor waarin beide verdragslanden geen rekening hebben kunnen houden met de Wet BB 2021. Wanneer een staat waarmee Nederland een v.t.v.v.d.b. heeft voor het eerst wordt aangemerkt als LBJ wordt die staat als gevolg van art. 1.2, tweede lid Wet BB 2021 na drie jaar pas daadwerkelijk als LBJ aangemerkt. De Nederlandse overheid zal onderhandelingen opzetten om tot een hernieuwd v.t.v.v.d.b. te komen voordat de positie van een land verandert.²¹⁹ Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat Nederland onder het huidige v.t.v.v.d.b. de nieuwe bronbelasting niet kan effectueren, wat als onwenselijk wordt beschouwd.²²⁰ Indien het land niet wil afwijken van een te laag statutair tarief dan zal Nederland in de onderhandeling proberen de bronbelasting volledig te kunnen effectueren. Dit geldt ook wanneer het land niet tracht zichzelf van de niet-coöperatieve lijst af te halen.²²¹

4.4. Heffingsgrondslag

In gevolge art. 3.1 Wet BB 2021 wordt de bronbelasting geheven over rente- en royaltyvergoeding. De Wet BB 2021 wordt geheven over de bruto rente- en royaltybetalingen waarbij het arm's length principe van kracht is. Als gevolg van art. 3.2 Wet BB 2021 moeten de voordelen worden bepaald alsof deze zijn overeengekomen tussen onafhankelijke partijen.²²² Daarbij moet het begrip vergoeding ruim worden geïnterpreteerd. Een voor belastingdoeleinden gedane betaling, hoewel deze niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden worden aan elkaar gelijkgesteld.²²³ Aangezien deze masterscriptie de focus legt op rentebetalingen worden de artikelen betreffende royaltybetalingen buiten beschouwing gelaten.

4.4.1. Geldlening

Geldleningsovereenkomsten alsmede overeenkomsten welke daarop lijken worden volgens art. 3.3, tweede lid Wet BB 2021 beschouwd als geldleningen.²²⁴ De omschrijving is afgeleid van art. 15b, zesde lid, onderdeel a Wet Vpb 1969 (earningsstrippingmaatregel) zodat duidelijk is dat in dit wetartikel louter wordt gesproken over schulden en niet over vorderingen. Hierdoor is het begrip geldlening niet beperkt tot de civielrechtelijke betekenis, maar bevat het tevens met een geldlening vergelijkbare overeenkomsten. Derhalve wordt een fiscaalrechtelijke herclassificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen niet aangemerkt als geldlening voor de Wet BB 2021.²²⁵

²¹⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 29.

²¹⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 4.

²²⁰ *Kamerstukken II 2017/18*, 25087, nr. 188, p. 9.

²²¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 20.

²²² *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 9.

²²³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 32.

²²⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 9.

²²⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 32.

4.4.2. Rente

Art. 3.3, eerste lid, aanhef Wet BB 2021 beschouwt als rente iedere vorm van vergoeding van de inhoudingsplichtige aan de voordeelgerechtigde die wordt betaald als betaling voor het ter beschikking stellen van liquide middelen. Kosten die verband houden met de geldlening, zoals advieskosten en financieringskosten, vallen ook onder de vergoeding.²²⁶ Het royaltybegrip van art. 3.4 Wet BB 2021 is afkomstig uit art. 12 van het OESO-MV, maar voor het begrip rente van art. 3.3 Wet BB 2021 is niet aangesloten bij het begrip van art. 11 van het OESO-MV. Een reden voor deze afwijking is dat voor de definitie van het rente zoveel mogelijk is aangesloten bij het begrip van de earningsstrippingmaatregel van art. 15b Wet Vpb 1969.²²⁷ Derhalve dienen rentebetalingen ruim en op een economische manier uitgelegd te worden waarbij elk voordeel uit hoofde van een geldlening wordt gezien als rente.²²⁸ Een rentebetaling wordt geacht te zijn genoten indien deze daadwerkelijk is betaald, wordt verrekend met de openstaande vordering, ter beschikking wordt gesteld aan de voordeelgerechtigde, rentedragend wordt, of vorderbaar en tevens inbaar wordt, waarbij het woord tevens een belangrijke rol speelt.²²⁹ Indien een rente- of royaltybetaling van de inhoudingsplichtige achterwege blijft als gevolg van liquiditeitsproblemen wordt dit niet gekwalificeerd als genietingstijdstip. De betaling is wel vorderbaar, maar niet inbaar.²³⁰ Om uitstellen van belastingheffing te voorkomen worden rentebetalingen welke in de loop van een tijdvak nog niet zijn genoten volgens art. 3.5, tweede lid Wet BB 2021 verplicht genoten aan het einde van het tijdvak.

4.5. Wijze van heffing & tarief

4.5.1. Wijze van heffing

Bronbelasting wordt hoofdzakelijk geheven²³¹ op rechtstreekse betalingen van een gelieerde betalingsrechtige aan een voordeelgerechtigde in een laagbelastende of non-coöperatieve jurisdictie. De Wet BB 2021 wordt geheven door inhouding bij de inhoudingsplichtige over de rente- of royaltybetaling aan een LBJ waarbij de aangifte binnen een jaar na afloop van het kalenderjaar moet zijn gedaan en de belasting moet zijn afgedragen aan de Belastingdienst.²³²

Vanwege het prohibatieve karakter van de Wet BB 2021 zijn er geen uitzonderingen opgenomen wanneer de rente- en royaltybetalingen eveneens worden geraakt door een aftrekbeperking in de Wet Vpb 1969.²³³ De samenloop en cumulatie van de wetgeving is geen opzet, maar vanwege de verwachting dat alle structuren waarop de Wet BB 2021 van toepassing is gaan verdwijnen is de samenloop niet geregeld.²³⁴

²²⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 32.

²²⁷ *Kamerstukken I 2019/20*, 35305, nr. C, p. 8.

²²⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 9.

²²⁹ De begrippen “betaald”, “verrekend”, “ter beschikking gesteld”, “rentedragend” en “vorderbaar en tevens inbaar” zijn afgeleid van art. 13a van de Wet op de loonbelasting 1964.

²³⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 37.

²³¹ In 4.5.3 en 4.6 komen uitzonderingen op de hoofdregel aan de orde.

²³² *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 9.

²³³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 3. De memorie van toelichting benoemt expliciet de aftrekbeperking als gevolg van de hybridemismatchmaatregel i.v.m. de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking. In hoofdstuk 5 zal stil worden gestaan bij de mate van eventuele situaties van overkill.

²³⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 4.

In gevolge art. 5.1, eerste t/m vierde lid Wet BB 2021 wordt de belasting geheven via inhouding op de rente- en royaltyvoordelen waarbij de inhouding plaatsvindt op het genietingsmoment. Vervolgens dient de belasting op basis van aangifte te worden afgedragen.

Naheffing bij de belastingplichtige kan ingewikkeld zijn. Derhalve wordt de inspecteur als gevolg van art. 6.1 Wet BB 2021 de keuze geboden om na te heffen bij de belastingplichtige dan wel de inhoudingsplichtige, mits de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen. Het verschuldigde bedrag aan bronbelasting wordt op deze manier efficiënter geïnd en invorderingsrisico's worden ingeperkt.²³⁵ Het kabinet geeft toe dat de keuze vanwege uitvoeringsmogelijkheden eerder op de inhoudingsplichtige dan op de belastingplichtige zal vallen omdat deze entiteit in Nederland is gevestigd.²³⁶

4.5.2. Tarief

Art. 4.1 Wet BB 2021 stelt dat het tarief gelijk is aan het statutair tarief van de hoogste schijf uit de Wet Vpb 1969. In 2021 is het hoogste statutaire tarief gelijk aan 20,5%.

4.5.3. Tussenschakels

De Wet BB 2021 is eveneens van toepassing in misbruiksituaties wanneer belastingplichtige een kunstmatige structuur opzetten om onder de Wet BB 2021 uit te komen. Zo zou eenvoudig onder de reikwijdte van de Wet BB 2021 worden ontkomen door tussen Nederland en een LBJ een entiteit te schuiven welke in een niet-LBJ is gevestigd. Volgens art. 2.1, eerste lid, onderdeel c zijn, wanneer het hoofddoel is om bronbelasting te voorkomen is (subjectieve toets) of wanneer er sprake is van een kunstmatige constructie (objectieve toets), de antimisbruikbepalingen van toepassing en is er wel bronbelasting verschuldigd. Hierbij dient men in ogenschouw te houden dat bij een betaling van Nederland aan een in de EU gelegen tussenschakel binnen concernverband de EU-interest- en royaltyrichtlijn (hierna: I&R-richtlijn) van toepassing is, waardoor er geen bronbelasting op rente en royalty's mag worden ingehouden, tenzij er sprake is van fraude en misbruik.²³⁷ Of er sprake is van een kunstmatige constructie wordt in de Wet Vpb 1969 en Wet DB 1965 beoordeeld aan de hand van de substance-eisen en deze fungeren op dit moment als *safe harbour* waardoor de antimisbruikbepalingen niet van toepassing zijn wanneer een tussenschakel aan de substance-eisen voldoet. In recent gewezen arresten heeft het HvJ geoordeeld dat EU-lidstaten de voordelen van richtlijnen moeten weigeren wanneer zich een situatie van fraude of misbruik voordoet.²³⁸ Het kabinet wenst de huidige rol van de substance-eisen daarom te transformeren naar een manier waar zij een rol gaan spelen in de bewijslastverdeling en niet meer dienen als *safe harbour*. Voldoet een tussenschakel aan alle substance vereisten, dan is art. 2.1, eerste lid, onderdeel c Wet BB 2021 niet van toepassing tenzij de inspecteur bewijs levert dat er sprake is van misbruik. De beoordeling of er sprake is van misbruik wordt gedaan aan de hand van de *wegdenkgedachte*. Hierbij wordt de feitelijke situatie vergeleken met de hypothetische situatie waarbij de tussenschakels worden weggedacht.

²³⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 37.

²³⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 14.

²³⁷ Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkering van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB 2003, L 157).

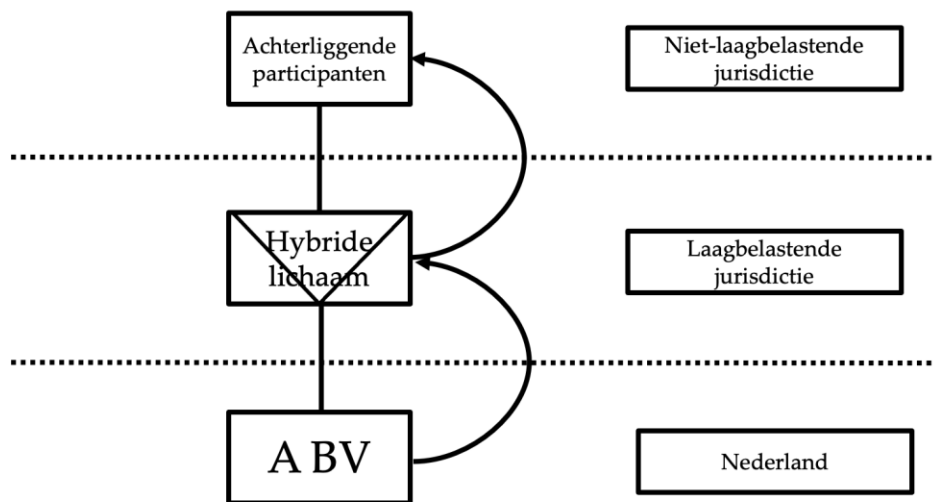
²³⁸ HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 en HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.

Indien de verschuldigde bronbelasting in de hypothetische situatie hoger is dan in de feitelijke situatie is dit een aanwijzing dat er sprake kan zijn van fraude of misbruik.²³⁹ Om ervoor te zorgen dat de toepassing van de Wet BB 2021 niet als een verrassing komt, kan zekerheid op het gebied van belastingplicht voor de Wet BB 2021 vooraf worden verkregen.²⁴⁰

Eveneens is hier een verschil zichtbaar met de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking. Volgens art. 12ac, eerste lid, onderdeel f Wet Vpb 1969 is er sprake van een gestructureerde regeling wanneer twee ongelieerde partijen een transactie aangaan waarbij het voordeel van een hybride mismatch voorafgaand aan het aangaan van de transactie is ingeprijsd. De Wet BB 2021 ziet alleen op betalingen aan gelieerde partijen omdat bij toepassing van de Wet BB 2021 op ongelieerde partijen de vrijheid van kapitaalverkeer toepassing vindt. Een betaling aan een ongelieerd lichaam in een LBJ valt derhalve niet onder de reikwijdte van de Wet BB 2021.

4.6. Samenwerkingsverbanden

4.6.1. Hybride samenwerkingsverband



Figuur 7; Het hybride lichaam is transparant voor Nederlandse fiscale doeleinden en non-transparant voor de fiscale doeleinden van de achterliggende participanten.

Voorbeeld ontleend uit: Kamerstukken II 35305, nr. 3, p. 6.

Bij een rente- of royaltybetaling van een in Nederland gevestigde belastingplichtige aan een voordeelgerechtigd hybride samenwerkingsverband kan zich een situatie voordoen waarbij geen bronbelasting verschuldigd is. Het voordeelgerechtigd hybride samenwerkingsverband is gevestigd in een LBJ en wordt in Nederland voor belastingdoeleinden als transparant beschouwd. Ter illustratie van de situatie onderstaand figuur:

De achterliggende participant, gevestigd in een niet-LBJ, beschouwt het hybride samenwerkingsverband als non-transparant. Volgens Nederland is er sprake van een directe betaling aan de in een niet-LBJ gevestigde achterliggende participant. Volgens de achterliggende participant is de betaling gedaan aan het hybride samenwerkingsverband, waardoor zonder aanvullende regelgeving in principe de Wet BB 2021 niet van toepassing is en de voordeelgerechtigde onder de

²³⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 25.

²⁴⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 8.

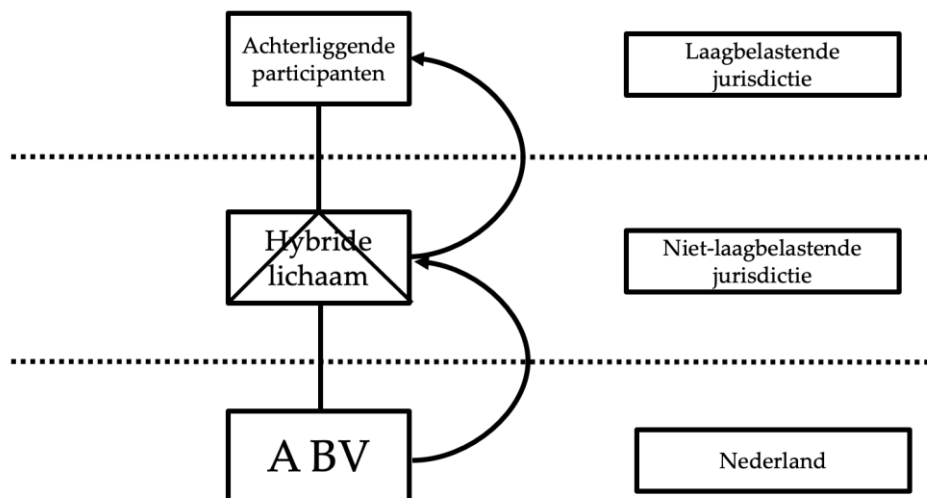
heffing van bronbelasting uit zou kunnen komen.²⁴¹ In gevolge art. 2.1, eerste lid, onderdeel d Wet BB 2021 is de in een niet-LBJ gevestigde achterliggende participant met een kwalificerend belang belastingplichtig naar rato van zijn belang in het hybride samenwerkingsverband.²⁴²

Art. 2.1, eerste lid, onderdeel d Wet BB 2021 is niet van toepassing wanneer de inhoudings- of belastingplichtige kunnen aantonen dat het hybride samenwerkingsverband gerechtigd is tot de voordelen in de staat waar zij is gevestigd. De rente- en royaltybetalingen dienen in de vestigingsstaat van het hybride samenwerkingsverband worden behandeld als een onderdeel van de winst.

Indien een in een LBJ gevestigd hybride samenwerkingsverband wordt aangemerkt als de voordeelgerechtigde tot de rente- of royaltybetaling door de staat waarin zij is gevestigd, dan wordt het hybride samenwerkingsverband volgens art. 2.1, derde lid Wet BB 2021 geacht de voordeelgerechtigde te zijn tot de voordelen en is art. 2.1, eerste lid, onderdeel a Wet BB 2021 van toepassing.²⁴³ Hieruit kan worden opgemaakt dat in het geval van een hybride samenwerkingsverband er een pro-rata benadering van toepassing is op de eventueel te betalen bronbelasting.

4.6.2. Omgekeerd hybride samenwerkingsverband

Een tegengestelde situatie is eveneens goed denkbaar, waar het voordeelgerechtigde hybride samenwerkingsverband voor belastingdoeleinden in Nederland als non-transparant wordt beschouwd, maar voor de achterliggende participanten als transparant wordt beschouwd. Ter illustratie het onderstaande figuur:



Figuur 8; Het hybride lichaam is transparant voor de fiscale doeleinden van de achterliggende participanten en non-transparant voor de fiscale doeleinden van Nederland.

Voorbeeld ontleend uit: Kamerstukken II 35305, nr. 3, p. 7.

Het voordeelgerechtigde hybride samenwerkingsverband is gevestigd in een niet-LBJ, waar de achterliggende participant wel is gevestigd in een LBJ. Vanuit een Nederlands perspectief wordt de betaling aan het voordeelgerechtigde hybride samenwerkingsverband gedaan, maar vanuit het perspectief van de achterliggende participant wordt de betaling aan hem direct gedaan.²⁴⁴ Zonder

²⁴¹ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 6.

²⁴² Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 27.

²⁴³ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 28.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 7.

aanvullende regelgeving zou in bovenstaande situatie geen bronbelasting verschuldigd zijn omdat het hybride samenwerkingsverband voor Nederlandse belastingdoeleinden de non-transparante voordeelgerechtigde is en aldaar wordt belast. De achterliggende participanten rekenen zich de renteopbrengsten direct toe en betalen in hun LBJ onvoldoende belasting. Art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 ziet op bovenstaande situatie en zorgt voor belastingplicht van een hybride samenwerkingsverband wanneer de staat waar het hybride samenwerkingsverband is gevestigd alsmede de achterliggende participant het hybride samenwerkingsverband als transparant beschouwen waardoor het hybride samenwerkingsverband voor de staat van vestiging en de staat van de achterliggende participanten niet als aldaar gevestigd worden beschouwd.

De inhouds- of belastingplichtige kunnen volgens art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 aannemelijk maken dat art. 2.1, eerste lid, onderdeel e niet van toepassing is wanneer er door alle gelieerde achterliggende participanten van het hybride samenwerkingsverband wordt voldaan aan twee voorwaarden:

- Volgens de fiscale regelgeving van de vestigingsplaats van deze gerechtigde worden zij behandeld als gerechtigde tot de rente- of royaltybetalingen; en
- Mag geen lichaam zijn waar, zonder tussenkomst van het hybride samenwerkingsverband, art. 2.1, eerste lid, onderdelen a t/m d Wet BB 2021 op van toepassing zouden zijn.²⁴⁵

Indien niet aan beide voorwaarden wordt voldaan is er bronbelasting verschuldigd, waardoor er een alles of niets benadering te herkennen is.²⁴⁶

Van een naar Nederlandse maatstaven non-transparant hybride samenwerkingsverband gevestigd in een LBJ wordt op grond van art. 2.1, eerste lid, onderdeel a Wet BB 2021 bronbelasting geheven omdat voor Nederlandse belastingdoeleinden dit samenwerkingsverband wordt gezien als een aldaar gevestigd samenwerkingsverband.²⁴⁷ Het kabinet acht beide bovenstaande situaties onwenselijk en derhalve is de Wet BB 2021 van toepassing op betalingen aan een hybride samenwerkingsverband.²⁴⁸

²⁴⁵ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29.*

²⁴⁶ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29.*

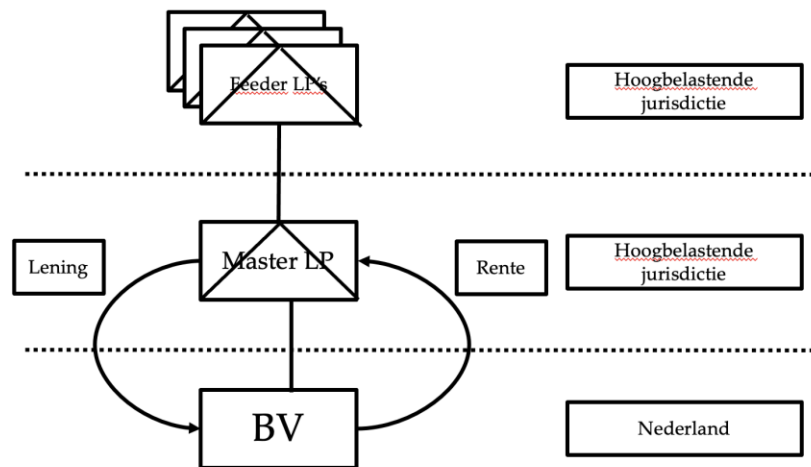
²⁴⁷ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29.*

²⁴⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 7.*

4.7 Voorbeelden – open CV

4.7.1. Voorbeeld 1 – Casus van de NOB²⁴⁹

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



Figuur 9; Schets van onderlinge samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021.

Voorbeeld ontleend uit: Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen.'

In bovenstaand figuur worden de aandelen van een naar Nederlands recht opgerichte BV direct gehouden door een naar buitenlands recht opgerichte Master Limited Partnership (hierna: LP) waarvan de aandelen direct worden gehouden door één of meer Feeder LP's, allen (al dan niet tezamen) met een kwalificerend belang. Zowel de Master LP als de Feeder LP's zijn opgericht naar het recht van een niet-LBJ en hebben de karakteristieken van een Nederlandse besloten CV, waardoor zij voor fiscale doeleinden van die landen als transparant worden aangemerkt. Vanwege het omstreden Nederlandse toestemmingsvereiste, wat een besloten CV van een open CV onderscheid, worden zowel de Master LP als Feeder LP's voor Nederlandse belastingdoeleinden aangemerkt als fiscaal non-transparant. De Master LP heeft een lening verstrekt aan BV en BV betaalt hierover rente.

Deze Master LP wordt aangemerkt als voordeelgerechtigde als gevolg van art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 omdat zij volgens de staat van oprichting, niet zijnde een LBJ, niet aldaar is gevestigd en derhalve niet wordt behandeld als de gerechtigde tot de voordelen. De tegenbewijsmogelijkheid van art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 zou uitkomst kunnen bieden wanneer elke Feeder LP een onmiddellijk kwalificerend belang heeft in de Master LP en:

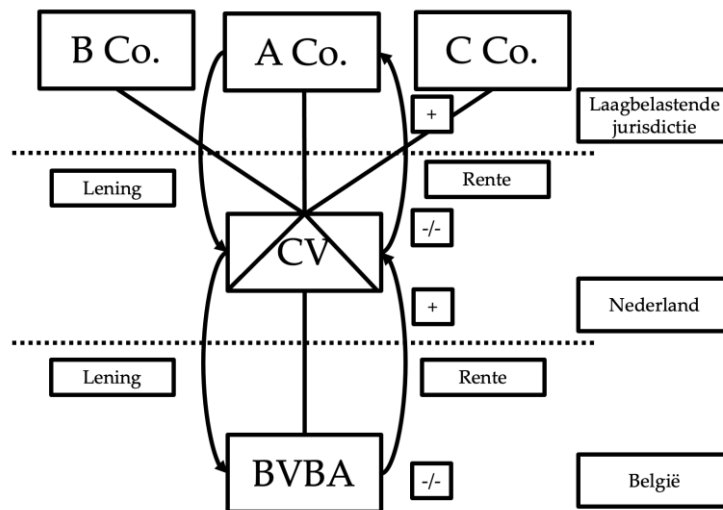
- "Volgens de fiscale regelgeving van de staat waarin die achterliggende gerechtigde is gevestigd aldaar wordt behandeld als de gerechtigde tot de voordelen";
- "En niet een lichaam is waarop zonder tussenkomst van de voordeelgerechtigde (Master LP), onderdelen a, b, c of d, van toepassing zouden zijn".

De Feeder LP's kunnen niet aan de eerste eis voldoen, waardoor de tegenbewijsregeling van art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 niet kan worden ingeroepen en er bronbelasting verschuldigd is. De bronbelasting is verschuldigd in een situatie waarbij er geen enkele LBJ aan te pas komt. De wijze waarop de staatssecretaris dit heeft gerepareerd komt in 5.3.5.1. uitgebreider aan bod.

²⁴⁹ Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'.

4.7.2. Voorbeeld 2 – Casus Open CV

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



Figuur 10; De in Nederland gelegen CV is voor Nederlandse fiscale doeleinden non-transparant maar voor de andere jurisdicties wel transparant.

A Co., B Co. en C Co. houden ieder een een-derde direct belang in een in Nederland gelegen CV welke op haar beurt een direct belang houdt in een in België gelegen besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BVBA). De manier waarop de verschillende jurisdicties de verschillende samenwerkingsverbanden classificeren staat omschreven in de tabel hieronder.

Kwalificeert	A. Co, B Co. & C Co.	CV	BVBA
België	Non-transparant	Transparant	Non-transparant
Nederland	Non-transparant	Non-transparant	Non-transparant
LBJ	Non-transparant	Transparant	Non-transparant

Tabel 3; Overzicht van de classificatie van de verschillende entiteiten in de verschillende jurisdicties

De Wet BB 2021 is in dit geval wel van toepassing. Het non-transparante karakter van de open CV zorgt ervoor dat er wel sprake van belastingplicht voor de Wet BB 2021 omdat volgens art. 1.2, eerste lid, onderdeel b, sub 3 Wet BB 2021 een open CV inhoudingsplichtig kan zijn. Volgens art. 2.1, eerste lid, onderdeel a Wet BB 2021 is A Co. belastingplichtig omdat deze is gevestigd in een LBJ.

4.8. Deelconclusie

De deelvraag die centraal stond in dit hoofdstuk luidt: *Hoe wordt de rentebetaling in het algemeen in de belastingheffing betrokken volgens de Wet BB 2021 en op welke wijze is de Wet BB 2021 van toepassing op de open CV?*

In dit hoofdstuk is uitgebreid stilgestaan bij de nieuwe wetgeving die ervoor moet zorgen dat Nederland minder aantrekkelijk wordt als toegangspoort naar LBJ's. Met een LBJ wordt een jurisdictie bedoeld met een statutair tarief van lager van 9%, en een jurisdictie die staat op de non-coöperatieve lijst van de EU. De Wet BB 2021 is een van de maatregelen die het huidige kabinet heeft ingevoerd om belastingontwijking en uitholling van de grondslag tegen te gaan. Het doel van de Wet BB 2021 is ervoor te zorgen dat er (nagenoeg) geen rente- en royaltybetalingen meer vanuit Nederland naar LBJ's vloeien.

De Wet BB 2021 is van toepassing wanneer een in Nederland gevestigde lichaam een rente- of royaltybetalingen doet aan een gelieerd lichaam gevestigd in een LBJ/s. Er is sprake van gelieerdheid wanneer de inhoudingsplichtige een belang van minimaal 50% heeft in de belastingplichtige, in de omgekeerde situatie en wanneer een derde een 50% belang heeft in beide lichamen. De Wet BB 2021 is eveneens van toepassing op misbruiksituaties, bijvoorbeeld wanneer een entiteit gelegen in een niet-LBJ's wordt tussengeschoven. Voor het begrip royalty wordt aangesloten bij het begrip uit het OESO-MV, maar het begrip rente dient ruimer uitgelegd te worden dan het begrip in het OESO-MV en dient voor het begrip geldlening te worden aangesloten bij de fiscale kwalificatie.

Op het gebied van samenwerkingsverbanden bestaat de situatie waarbij een hybride samenwerkingsverband voor Nederlandse belastingdoeleinden als transparant wordt aangemerkt, maar voor belastingdoeleinden van de achterliggende participanten als non-transparant. De hybride entiteit is gevestigd in een LBJ en de achterliggende participanten zijn gevestigd in een niet-LBJ. De Nederlandse entiteit betaalt vanuit haar perspectief direct aan de achterliggende participanten, waar de achterliggende participanten een betaling zien aan het samenwerkingsverband. Zonder aanvullende regelgeving zou hier geen bronbelasting verschuldigd zijn. Indien het hybride samenwerkingsverband volgens de staat van oprichting niet in de laagbelastende staat is gevestigd is volgens art. 2.1, eerste lid, onderdeel d Wet BB 2021 bronbelasting pro rata verschuldigd over de rentebetaling die wordt gedaan aan gelieerde achterliggende participanten. Indien het hybride samenwerkingsverband wel is gevestigd in de staat van oprichting is volgens art. 2.1, derde lid Wet BB 2021 het hybride samenwerkingsverband voordeelgerechtigd en is art. 2.1, eerste lid onderdeel a Wet BB 2021 van toepassing. Er is geen bronbelasting verschuldigd als volgens art. 2.1, eerste lid, onderdeel d Wet BB 2021 kan worden aangetoond dat de rente- of royaltybetaling bij het hybride samenwerkingsverband voldoende in de heffing wordt betrokken.

In de situatie van een omgekeerde hybride is het hybride samenwerkingsverband volgens Nederlandse belastingdoeleinden non-transparant en volgens de achterliggende participanten wel transparant. Het hybride samenwerkingsverband is gevestigd in een niet-LBJ maar de achterliggende participanten zijn wel in een LBJ gevestigd. De Nederlandse entiteit betaalt vanuit haar perspectief aan het hybride samenwerkingsverband, terwijl de achterliggende participanten een betaling direct aan hen zien. Zonder aanvullende regelgeving zou ook hier geen bronbelasting verschuldigd zijn. Indien het hybride samenwerkingsverband volgens de staat van oprichting transparant is, is volgens art. 2.1, eerste lid,

onderdeel e Wet BB 2021 van toepassing er is. Indien het hybride samenwerkingsverband volgens de staat van oprichting is gevestigd in die staat is bronbelasting op basis van art. 2.1, eerste lid, onderdeel a Wet BB 2021 verschuldigd. Er is geen bronbelasting verschuldigd als volgens art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 kan worden aangetoond dat de achterliggende participanten worden aangemerkt als gerechtigde tot de voordelen van de rente- en royaltybetalingen. Daarbij mogen de achterliggende participanten geen lichamen zijn waar, zonder tussenkomst van het hybride samenwerkingsverband, art. 2.1, eerste lid, onderdelen a t/m d Wet BB 2021 op van toepassing zouden zijn.

In het eerste voorbeeld is geïllustreerd dat het onder artikel 2.1, eerste lid, onderdeel e lid Wet BB 2021 mogelijk was om onder de reikwijdte van de Wet BB 2021 te vallen, zelfs wanneer rentebetalingen niet via LBJ's stromen.²⁵⁰ In het tweede voorbeeld is getoond dat de Nederlandse open CV inhoudingsplichtig is voor de Wet BB 2021 maar in hoofdstuk vijf zal worden uiteengezet waarom dit, als gevolg van de afwijkende classificatie, niet juist is.

²⁵⁰ De staatssecretaris heeft dit inmiddels hersteld. De reparatie van de staatssecretaris komt in 5.3.5.1. uitgebreider aan bod.

5. Wetstechnische toetsing

5.1. Inleiding

Kwalitatief goede wetgeving dient aan een aantal eisen te voldoen, dit geldt ook voor de mismatchbepalingen betreffende hybride samenwerkingsverbanden in de Wet Vpb 1969 (hierna: mismatchbepalingen Wet Vpb 1969) en de Wet BB 2021. Verschillende instanties bekritisieren, adviseren en reflecteren op wetgeving die door bewindslieden wordt opgesteld. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een toetsingskader uit de Nota Zicht op Wetgeving getracht te beoordelen of de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 voldoen aan de eisen voor kwalitatief goede wetgeving. Aandacht zal worden besteed aan de effectiviteit en efficiëntie, rechtmatigheid, complexiteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid alsmede de onderlinge samenhang. Er zal worden bezien of de verschillende wetten aan de hand van het toetsingskader hun doel bereiken en of er (ongewenste) samenloop valt te detecteren. In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

Aan de hand van het toetsingskader: bereiken de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 hun doel en is er samenloop te detecteren?

Allereerst wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het toetsingskader is opgesteld en welke kwaliteitseisen aan bod komen (5.2.). Vervolgens zal de toetsing zelf plaatsvinden (5.2.) waarna wordt afgesloten met een deelconclusie (5.4.).

5.2. Het toetsingskader

5.2.1. Achtergrond

Het toetsingskader dat door de auteur is opgesteld is samengesteld uit een reeds bestaand toetsingskader voor wet- en regelgeving. Het kamerstuk Nota Zicht op Wetgeving²⁵¹ dient als basis voor het toetsingskader²⁵².

De Nota Zicht op wetgeving bevat regels en aanbevelingen ter verdere verbetering, ontwikkeling en uitvoering van het algemene wetgevingsbeleid.²⁵³ Het verbeteren van de kwaliteit van wetgeving dient bereikt te worden door kwaliteitseisen van wetgeving te concretiseren alsmede verdieping te verschaffen in zowel juridisch als feitelijke alternatieven van overheidssturing. Daarbij moeten algemene lijnen worden opgesteld voor deze alternatieven, voor de wetgevingsprocedures evenals voor organisatorische maatregelen om de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren.²⁵⁴ De kwaliteitseisen kennen geen rangorde, vallen vaak onderling samen en kunnen elkaar overlappen. Eveneens is het mogelijk dat er spanning ontstaat tussen twee of meer kwaliteitseisen.²⁵⁵ Alle

²⁵¹ Kamertukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.

²⁵² De Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs en de Afdeling Advisering van de Raad van State brengen gevraagd en ongevraagd advies uit over wetsvoorstellen. De toetsingskaders die worden gebruikt door deze instanties zijn nagenoeg gelijklopend aan de Nota Zicht op Wetgeving en zullen waar toepasselijk worden gebruikt als aanvulling op de Nota Zicht op Wetgeving. Te raadplegen via: 'Nederlandse Orde van Belastingadviseurs - Commissie Wetsvoorstellen', <https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen> & te raadplegen via: 'Raad van State – Toetsingskader', <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>.

²⁵³ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 1.

²⁵⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 13.

²⁵⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 23.

kwaliteitseisen dienen in elk stadium van het wetgevingsproces in ogenschouw te worden genomen, derhalve worden voor dit onderzoek aan de kwaliteitseisen evenredige gewichten toegekend.

5.2.2. Effectiviteit & Efficiëntie

De wetgever beoogt met wet- en regelgeving een vooropgesteld doel te bereiken. Een hoge mate van kwaliteit van deze wet- en regelgeving komt de verwezenlijking van het beoogde doel ten goede. Het is daarom noodzakelijk dat tijdens het ontwerp van regelgeving de doelstelling helder is en deze zowel volledig als concreet mogelijk wordt geformuleerd in de vorm van een doel-middel-relatie.²⁵⁶ Het beoogde doel en de daarbij gemaakte politieke keuzes dienen door de wetgever goed te zijn onderbouwd.²⁵⁷ Indien effectiviteit in het wetgevingsproces uit het oog wordt verloren bestaat de kans op negatieve neveneffecten.²⁵⁸ De wetgever dient in ogenschouw te houden of de regeling een effectieve oplossing is voor het probleem waar de wet voor dient,²⁵⁹ en of er betere alternatieven zijn.²⁶⁰ Wet- en regelgeving dient ook in zekere mate doelmatig te zijn zodat er geen inefficiëntie wordt bewerkstelligd bij de overheid of in de samenleving. De beoogde baten en lasten dienen in een redelijke verhouding tot elkaar te staan.²⁶¹

5.2.3. Rechtmatigheid

De tweede kwaliteitseis is rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen. Wetten dienen eensgezind te zijn met het bestaande recht en zijn doorgaans gericht op de verwerkelijking van rechtsbeginselen zoals het bijdragen aan de rechtszekerheid.²⁶² Het is niet altijd vanzelfsprekend dat wetten altijd in lijn zijn met het recht omdat niet zelden (nationale of internationale) politieke en beleidsmatige gedachten de overhand hebben over juridische juistheid. Onrechtmatigheid in wetgeving kan zorgdragen voor rechterlijk ingrijpen wat het vertrouwen in de overheid verkleint en de effectiviteit van de gemaakte keuzes kan frustreren.²⁶³ Opgestelde wetten dienen in lijn te zijn met de Grondwet, het internationale recht en de algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Enerzijds dient de toenemende mate van internationale recht in ogenschouw worden genomen bij het opstellen van autonome wetgeving. Anderzijds dient de wetgever zorg te dragen voor correcte en complete implementatie van diverse EU-richtlijnen.²⁶⁴

5.2.4. Complexiteit

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid zijn een van de eisen van kwalitatief goede wetgeving. Voor degene die met de wetten in aanraking komen moeten de regels duidelijk, enkelzinnig en doorzichtig zijn. Niet zelden worden wettelijke bepalingen in vergaande mate ingewikkeld geformuleerd wat resulteert in onleesbare wetsartikelen. Doorgaans zal de wetgever hier een geldende reden voor

²⁵⁶ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 25.*

²⁵⁷ Te raadplegen via: 'Raad van State – Toetsingskader', <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>, par. Beleidsanalytische toets.

²⁵⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 25.*

²⁵⁹ Te raadplegen via: 'Raad van State – Toetsingskader', <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>, par. Beleidsanalytische toets, punt 2.

²⁶⁰ Alternatieven voor mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 ten aanzien van samenwerkingsverbanden komen in hoofdstuk 6 aan bod.

²⁶¹ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 25.*

²⁶² *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 24.*

²⁶³ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 24.*

²⁶⁴ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 24.*

hebben. Met één wettelijke bepalingen meerdere situaties willen omvatten of een toenemende complexiteit vanwege de moeilijkheidsgraad van de materie zijn mijns inziens geldige redenen voor complexere wetgeving. De wetgever dient eveneens voldoende bekwaam te zijn in het opstellen van de regelgeving en daar voldoende tijd voor te nemen.²⁶⁵ Om complexiteit van een wet tegen te gaan dient een wet logisch en systematisch te zijn opgebouwd evenals innerlijk consistent te zijn. Daarbij dient de gebruikte terminologie niet onnodig complex te zijn.²⁶⁶

5.2.5. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Wet- en regelgeving die het gedrag en werkwijze van belastingplichtigen en de overheid trachten te veranderen dienen in belangrijke mate uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn en moeten frauduleuze situaties voorkomen.²⁶⁷ In het kader van de uitvoerbaarheid moet zorg worden gedragen voor regels waarbij de belasting en kosten voor de overheid alsmede de belastingplichtigen zo laag mogelijk blijven. In de memorie van toelichting wordt uitvoering aandacht besteed aan uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.²⁶⁸ Uitvoerbaarheid van wet- en regelgeving komt ook tot uiting in de administratieve lasten en voor overheid en belastingplichtigen. Verzwaring van administratieve lasten, de naleefbaarheid alsmede de regeldruk dienen bij de vormgeving van wet- en regelgeving tot een minimum te worden beperkt.²⁶⁹

5.2.6. Onderlinge samenhang

Indien onderlinge samenhang met andere regels binnen dezelfde wet, of met andere wetgeving binnen het fiscale rechtsstelsel niet voldoende is geregeld kunnen zich situaties van samenloop voordoen die op hun beurt zorgen voor situaties van over- of underkill. Samenloop tussen wetten kan ontstaan wanneer zij een verschillend onderwerp beslaan, maar ook indien zij effecten en invloed op elkaar kunnen uitoefenen. Zonder onderlinge afstemming kan de werking van de ene wet ervoor zorgen dat de uitvoering van de andere wet wordt belemmerd.²⁷⁰ Een andere reden voor samenloop kan zijn dat er een onnodige verscheidenheid ontstaat ten aanzien van gelijke of verwante kwesties. De toepassing van verscheidend wetten op een nagenoeg gelijklopende situatie kan zorgen voor onoverzichtelijkheid en daarmee de rechtszekerheid in gevaar brengen.²⁷¹

Na een uitvoerige beschouwing van elk van de bovenstaande punten zal er een beoordelingswaarde worden toegekend aan het criteria bestaande uit de volgende opties: -- (onvoldoende), - (matig), + (goed), ++ (uitstekend). Na de beoordelingen van de verschillende regelingen kan de auteur beoordelen in welke mate de kwaliteitseis van de regelingen wordt bereikt.

²⁶⁵ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 30.*

²⁶⁶ 'Raad van State – Toetsingskader', <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>, par. Wetstechnische toets.

²⁶⁷ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 27.*

²⁶⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 28.*

²⁶⁹ 'Nederlandse Orde van Belastingadviseurs - Commissie Wetsvoorstellen', <https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen> en 'Raad van State – Toetsingskader', <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>, par. Beleidsanalytische toets, punt 2.

²⁷⁰ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 29.*

²⁷¹ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 29.*

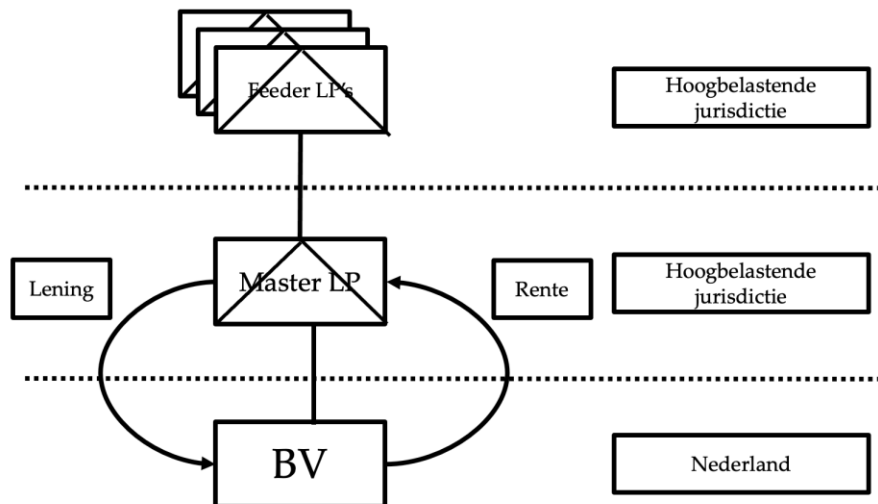
5.3. De toetsing

5.3.1. Effectiviteit & Efficiëntie

Aan de hand van de in hoofdstuk drie en vier behandelde voorbeelden zal worden gezien of de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 effectief en efficiënt zijn in het behalen van de gestelde doelen.

5.3.1.1. Voorbeeld 1 – casus van de NOB²⁷²

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



Figuur 11; Schets van onderlinge samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021.

Voorbeeld ontleend uit: Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'

In bovenstaand figuur worden de aandelen van een naar Nederlands recht opgerichte BV direct gehouden door een naar buitenlands recht opgerichte Master Limited Partnership (hierna: LP) waarvan de aandelen direct worden gehouden door één of meer Feeder LP's, allen (al dan niet tezamen) met een kwalificerend belang. Zowel de Master LP als de Feeder LP's zijn opgericht naar het recht van een niet-LBJ en hebben de karakteristieken van een Nederlandse besloten CV, waardoor zij voor fiscale doeleinden van die landen als transparant worden aangemerkt. Vanwege het omstreden Nederlandse toestemmingsvereiste, wat een besloten CV van een open CV onderscheid, worden zowel de Master LP als Feeder LP's voor Nederlandse belastingdoeleinden aangemerkt als fiscaal non-transparant. De Master LP heeft een lening verstrekt aan BV en BV betaalt hierover rente.

De rentebetaling van de Nederlandse BV aan de Master LP is in principe bij de Nederlands BV aftrekbaar indien de betaling bij de Master LP in de winst wordt betrokken. De betaling van BV aan Master LP wordt door de hoogbelastende jurisdictie niet in aanmerking genomen omdat Master LP voor fiscale doeleinden van de hoogbelastende jurisdictie transparant is. Derhalve moet de Nederlandse BV op grond van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 de rente in aftrek beperken. De primaire regel wordt toegepast en er kan geen beroep worden gedaan op de tegenbewijsmogelijkheid van art. 12aa, derde lid Wet Vpb 1969.

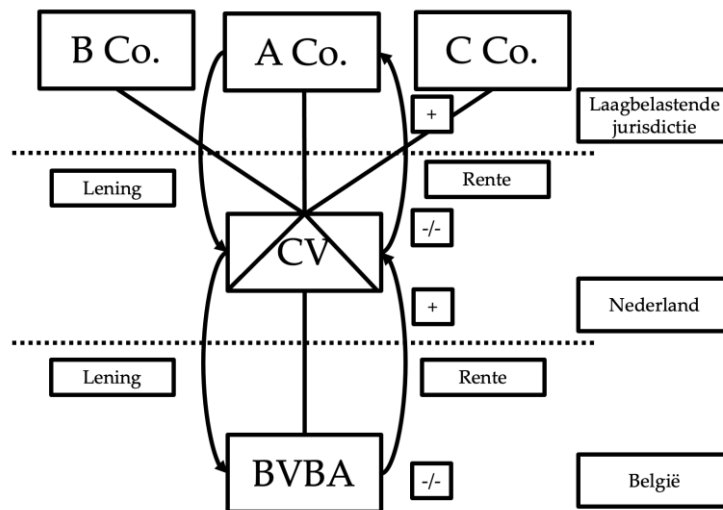
²⁷² Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'.

Daarbij is in deze situatie op grond van art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 eveneens onterecht bronbelasting verschuldigd. De Master LP wordt op basis van de staat van oprichting, de hoogbelastende jurisdictie, aldaar niet aangemerkt als voordeelgerechtigde vanwege haar transparante karakter. De tegenbewijsmogelijkheid uit art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 biedt eveneens geen uitkomst omdat de Feeder LP's met hun onmiddellijk kwalificerende belang niet kunnen voldoen aan de eis dat zij in het land van vestiging worden behandeld als de gerechtigde tot de voordelen. Derhalve is er in deze situatie bronbelasting verschuldigd.

Het toepassen van beide regels is te herleiden naar de afwijkende classificatie van Nederland. Deze afwijkende classificatie zorgt voor samenloop die resulteert in een beperking van de aftrek in de Wet Vpb 1969 alsmede een geheven belasting tegen het hoogste tarief van de Wet Vpb 1969 in de vorm van bronbelasting. Beide regelingen moeten belastingontwijking tegen gaan, maar het lijkt alsof Nederland, door de afwijkende classificatie zich de toepassing van deze regels op de hals haalt. De introductie van de belastingplichtmaatregel van art. 2, derde lid Wet Vpb 1969 lijkt voor bovenstaande samenloop geen oplossing te zijn.

5.3.1.2. Voorbeeld 2 – “Onterecht” effectueren Wet BB 2021

Ter illustratie het volgende voorbeeld:



Figuur 12; De in Nederland gelegen CV is voor Nederlandse fiscale doeleinden non-transparant maar voor de andere jurisdicties wel transparant

A Co., B Co. en C Co. houden ieder een een-derde direct belang in een in Nederland gelegen CV welke op haar beurt een direct belang houdt in een in België gelegen besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BVBA). De manier waarop de verschillende jurisdicties de verschillende samenwerkingsverbanden classificeren staat omschreven in de tabel hieronder.

Kwalificeert	A. Co, B Co. & C Co.	CV	BVBA
België	Non-transparant	Transparant	Non-transparant
Nederland	Non-transparant	Non-transparant	Non-transparant
LBJ	Non-transparant	Transparant	Non-transparant

Tabel 4; Overzicht van de classificatie van de verschillende entiteiten in de verschillende jurisdicties

In bovenstaande situatie is Nederland het enige land wat de CV als non-transparant classificeert. Dit resulteert hier niet in toepassing van de hybridemismatchbepalingen omdat de aftrek bij BVBA bij de CV in aanmerking genomen dient te worden. Bij de doorbetaling aan A Co. zijn de hybridemismatchbepalingen wederom niet van toepassing omdat de rente in aftrek wordt gebracht ten laste van de winst van de CV en bij A Co. in de heffing naar winst wordt betrokken. De effectiviteit en efficiëntie van de regeling is derhalve goed maar alleen omdat het inkomen in Nederland in aanmerking wordt genomen. De “mogelijke” toepassing van de hybridemismatchbepalingen had in zijn geheel voorkomen kunnen worden indien de Nederland de classificatie in lijn zou brengen met wat internationaal gangbaar is.

De problematiek in deze kwestie richt zich in het bijzonder op de Wet BB 2021. In bovenstaande situatie is de Wet BB 2021 van toepassing omdat de Nederlandse open CV een rentebetaling doet aan een in een LBJ gelegen entiteit. De non-transparante open CV is op grond van art. 1.2, eerste lid, onderdeel b, sub 3 Wet BB 2021 inhoudingsplichtig. De afwijkende classificatie van Nederland zorgt ervoor dat Nederland kunstmatig heffingsrecht naar zich toetrekt. Indien Nederland de classificatie in lijn brengt met van internationaal gangbaar is zou de CV transparant zijn en is er geen aftrekbare betaling richting een LBJ te registreren. De Wet BB 2021 behaalt zijn doel om betastingontwijking tegen te gaan maar de open CV zou mijns inziens niet eens inhoudingsplichtig moeten zijn. De afwijkende classificatie zorgt hiervoor.

5.3.1.3. De Kern van het probleem – het toestemmingsvereiste van de open CV
Zoals in paragraaf 2.2.5.3. reeds uiteen is gezet wordt in Nederland onderscheid gemaakt tussen de open en besloten CV. De beoordeling of een CV open (zelfstandig belastingplichtig) of besloten (niet zelfstandig belastingplichtig) is voor de Wet Vpb 1969 hangt in belangrijke mate samen met het toestemmingsvereiste. Art. 2, derde lid, onderdeel c AWR stelt: *“De belastingwet verstaat onder: open commanditaire vennootschap: de commanditaire vennootschap waarbij buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaatsvinden zonder toestemming van alle vennoten, behorend zowel als commanditaire.”* De Nederlandse CV is geen unicum aangezien zij buitenlandse equivalenten kent,²⁷³ maar buitenlandse CV-achtige worden in de vestigingsstaat doorgaans aangemerkt als fiscaal transparant. Het Nederlandse kwalificatiebesluit is daarin bijzonder en zorgt ervoor dat deze CV-achtige als fiscaal non-transparant worden aangemerkt.²⁷⁴ Het toestemmingsvereiste draagt zorg voor veel hybridemismatches en toepassing van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969. Het toepassen van een regeling welke door geen enkele andere staat wordt toegepast zou de Nederlandse staat aan het denken moeten zetten.²⁷⁵

5.3.1.4. Conclusie

Zowel de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021 hebben een duidelijk vooropgesteld doel, waar zij in deze situatie beide aan voorbij schieten. De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 beogen belastingontwijking tegen te gaan die ontstaat doordat belastingplichtigen gebruik maken van de kwalificatieverschillen tussen de verschillende belastingstelsels waar de Wet BB 2021 moet voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als land wat dient als doorgang naar LBJ's, of dat de Nederlandse belastinggrondslag naar deze jurisdicties wordt verschoven. De afwijkende manier van het classificeren van samenwerkingsverbanden in Nederland zorgt ervoor dat in Nederland de hybridemismatchbepaling van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 bovengemiddeld vaak toepassing vindt in Nederland ten opzichte van andere landen omdat Nederland het enige land is die het unanieme toestemmingsvereiste kent. Daarnaast is in bovenstaande situatie ook de Wet BB 2021 van toepassing, in een situaties waarbij er geen enkele betaling wordt gedaan door Nederland aan een LBJ.

In het tweede voorbeeld blijkt dat door de aanpassing van het kwalificatiebesluit ervoor zal zorgen dat Nederland de Wet BB 2021 minder snel kan effectueren. De kwalificatie van Nederland zorgt nu voor de creatie van belastingplicht voor de Wet BB 2021. Indien de classificatie gelijk is met wat internationaal gangbaar is verdwijnt deze belastingplicht. Mijns inziens een curieuze uitwerking waardoor de wetgever enigszins kunstmatig heffingsrecht creëert.

Beoordeling: (- -)(Onvoldoende)

5.3.2. Rechtmatigheid

5.3.2.1. Rechtmatigheid mismatchbepalingen Wet Vpb 1969

Betreffende de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden kent Nederland geen wettelijke bepalingen, maar een besluit. Uit het besluit en de matige hoeveelheid jurisprudentie kan

²⁷³ *Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 6*

²⁷⁴ *Kamerstukken I 2019/20, 35241, nr. B, p. 6.*

²⁷⁵ Stevens *NTFR* 2006, punt 3.

worden afgeleid dat Nederland de *corporate resemblance* methode hanteert,²⁷⁶ waarbij een duidelijke tweedeling tussen fiscaal transparant en fiscaal non-transparant ontbreekt.²⁷⁷ Sinds de herziening van het besluit in 2009 is het toetsingskader versoepeld, waardoor de Belastingdienst in de gelegenheid is gesteld om secuurder te werk te gaan. Deze keuze, alsmede het gebruiken van vage terminologie in het besluit, hebben ervoor gezorgd dat het besluit heeft ingeboet aan rechtszekerheid.²⁷⁸ Het publiceren van een lijst met daarop de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden draagt op zijn beurt ook niet bij aan de rechtszekerheid aangezien deze lijst indicatief van aard is. Volgens Stevens kunnen twee buitenlandse samenwerkingsverbanden met een ander contractuele opstelling in Nederland toch verschillen in fiscale classificatie.²⁷⁹ De enige vorm van rechtszekerheid die de besluitgever biedt is de mogelijkheid om zekerheid vooraf te krijgen.²⁸⁰ Het lijkt erop dat dit de enige manier is waarop belastingplichtigen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 voor kunnen zijn.

Daarnaast zijn Fibbe en Stevens van mening dat de regels van ATAD 2 niet waterdicht zijn. Zij laten ruimte aan lidstaten om de regels inconsistent te implementeren waardoor de aanpak van de mismatches minder efficiënt dan mogelijk wordt aangepakt. Daarbij zijn de *Linking Rules* erg technisch van aard waardoor de kans op een niet uniforme implementatie door de verschillende lidstaten toeneemt.²⁸¹

5.3.2.2. Rechtmatigheid van het effectueren Wet BB 2021

Het effectueren van de Wet BB 2021 kan bij hybride samenwerkingsverbanden mogelijk in het geding komen. Wanneer een hybride samenwerkingsverband in de staat van vestiging, zijnde een LBJ, niet als verdragsinwoner wordt aangemerkt heeft Nederland het recht de bronbelasting volledig te effectueren.²⁸² Het hybride samenwerkingsverband wordt niet als verdragsinwoner aangemerkt waardoor zij niet is gerechtigd tot de voordelen van het v.t.v.v.d.b.²⁸³ Indien het hybride samenwerkingsverband als non-transparant wordt aangemerkt en hierdoor gerechtigd is tot de voordelen kan Nederland de bronbelasting niet ongelimiteerd effectueren, omdat het hybride lichaam nu wel inwoner is volgens het v.t.v.v.d.b. en gerechtigd is tot de voordelen.²⁸⁴ Om effectueren te verzekeren zal Nederland onderhandelingen opstarten met de LBJ en wordt deze jurisdictie voor de eerste drie jaar na 1 januari 2021 niet aangemerkt als LBJ.²⁸⁵

5.3.2.3. Conclusie

De toepassing van kwalificatiebesluit beschikt niet over een duidelijke tweedeling tussen fiscaal transparant en fiscaal non-transparant. De aanpassing van het kwalificatiebesluit in 2009 heeft deze onduidelijk niet weten te verhelpen en heeft door het geven van meer bewegingsruimte aan de Belastingdienst bijgedragen aan een grotere rechtsonzekerheid.

²⁷⁶ Stevens *TFO* 2015, p. 124-128.

²⁷⁷ Stevens *TFO* 2008, par. 3.

²⁷⁸ Stevens *NtFR* 2010, par. 5.

²⁷⁹ Stevens *NtFR* 2010, par. 4.

²⁸⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt. 2009, 19749), p. 4-5.

²⁸¹ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 198.

²⁸² Zie art. 3, eerste lid MLI.

²⁸³ Commentaar bij art. 4 van het OESO MV (2017), par. 8.13.

²⁸⁴ Pancham *TFO* 2020.

²⁸⁵ Zie art. 1.2, tweede lid Wet BB 2021.

Daarnaast laten de regels van ATAD 2 ruimte voor implementatieverschillen tussen lidstaten waardoor de rechtszekerheid op het gebied van de mismatchbepalingen tussen de lidstaten mogelijk in het gedrang komt.

De Wet BB 2021 levert in aan rechtszekerheid aangezien het effectueren van de Wet BB 2021 op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden niet altijd vanzelfsprekend is. Indien een lidstaat een hybride samenwerkingsverband als non-transparant wordt aanmerkt en hierdoor gerechtigd is tot de voordelen kan Nederland de bronbelasting niet zomaar effectueren, omdat het hybride lichaam nu wel inwoner is volgens het verdrag en gerechtigd is tot de voordelen.

Beoordeling: (-)(Matig)

5.3.3. Complexiteit

5.3.3.1. Complexiteit hybride mismatches

Vanuit nagenoeg alle hoeken van de fiscaliteit, inclusief de Belastingdienst, wordt gewaarschuwd voor de complexiteit van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de daarmee toenemende complexiteit van de Wet Vpb 1969. Zo wordt er in de literatuur veel kritiek geuit op de complexiteit van de wetsartikelen. De artikelen 12aa t/m 12ag worden “zeven lastig leesbare”²⁸⁶ dan wel “onleesbare” bepalingen genoemd.²⁸⁷ Mijns inziens dragen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 bij aan de toenemende complexiteit van de Wet Vpb 1969, maar kan de reden hiervoor als gegrond worden beschouwd. Zoals in 5.2.4. reeds aangegeven is het voor de wetgever niet altijd mogelijk om de complexe materie van de regelgeving in andere woorden uit te drukken. Het moet geen sinecure zijn geweest om de complexiteit van de richtlijn in de nationale wet op te nemen.²⁸⁸ Daarnaast zijn de geïmplementeerde regels opgesteld in een richtlijn van de EC en dient de wetgever de formulering in belangrijke mate te volgen in de nationale wetgeving zodat het doel van de richtlijn wordt bereikt.

5.3.3.2. Complexiteit Wet BB 2021

In de uitvoerbaarheidstoets die als bijlage wordt gepubliceerd bij de memorie van toelichting schrijft de Belastingdienst dat de regeling maar een beperkte groep belastingplichtige raakt, maar het toezicht op de heffing vereist specialistische kennis. Het oordeel van de Belastingdienst is dat de Wet BB 2021 de complexiteit van de belastingwetgeving vergroot.²⁸⁹ Naar mijn mening een logisch gevolg van het invoeren van een nieuwe wet. Door het invoeren van een nieuwe wet en nieuwe regels moeten belastingplichtigen rekening houden met regelgeving die mogelijk op hen van toepassing is. Zoals uit het voorbeeld van de NOB zichtbaar wordt kunnen verschillende wetten samenlopen waardoor complexiteit wordt vergroot.

5.3.3.3. Conclusie

De afgelopen jaren wordt er vaker geschreven over de toenemende complexiteit van de Wet Vpb 1969²⁹⁰ en de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 dragen daar zeker aan bij. De bepalingen zijn

²⁸⁶ Albert, Fibbe & Jacobs *MBB* 2021, p. 4.

²⁸⁷ Albert & Fibbe *WFR* 2019, p. 1232.

²⁸⁸ Warren *WFR* 2020, p. 145.

²⁸⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3 (bijlage), p. 5.

²⁹⁰ o.a. *Kamerstukken II* 2019/20, 32140, nr. 71 (rapport vereenvoudiging belastingstelsel), *Kamerstukken II* 2018/19, 32140, nr. 51, p. 19 & Lohuis *NTRF* 2018, p. 2.

moeilijk leesbaar en zeer technisch van aard. Desalniettemin is complexiteit gegrond wanneer de wettelijke bepalingen complexe materie omvatten.

Ook al raakt de Wet BB 2021 niet een grote groep belastingplichtigen, het is wederom een nieuwe wet waar belastingplichtigen rekening mee moeten houden. Daarnaast is voor het toezicht op de heffing specifieke kennis nodig, wat evenredig van toepassing is op de open CV.

Beoordeling: (-)(Matig)

5.3.4. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

5.3.4.1. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid hybride mismatches

In de laatste editie van het MBB is een artikel gepubliceerd waarin de mogelijkheid van handel in hybridemismatchlichamen wordt besproken²⁹¹, wat mijns inziens evenredig van toepassing kan zijn op de open CV. Een samenwerkingsverband waarbij een rentebetaling in aftrek is beperkt wordt vervreemd aan een andere vennootschap waarna de overgedragen vennootschap dubbel in aanmerking genomen inkomen realiseert zoals art. 12aa, derde lid, Wet Vpb 1969. De eerder niet toegestane renteaftrek mag alsnog worden gerealiseerd, maar wordt gerealiseerd bij de nieuwe eigenaar omdat het samenwerkingsverband waar de aftrek is geweigerd door de aandeelhouder als transparant wordt beschouwd. De auteurs benadrukken dat nergens staat geschreven dat het dubbel in aanmerking genomen inkomen moet opkomen in dezelfde gelieerde verhouding als dat de beperking is opgelegd.²⁹² Vanwege de gelieerdheid is van een gestructureerde regeling in de vorm van art. 12ac, eerste lid, onderdeel f Wet Vpb 1969 geen sprake. Desalniettemin verwachten de auteurs dat deze manier van misbruik wordt voorkomen door *fraus legis* of door de *General Anti-Abuse Rule* uit de ATAD.²⁹³

5.3.4.2. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid Wet BB 2021

Het uitblijven van een aanpassing van het kwalificatiebesluit kan ook gevolgen hebben voor de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid. De NOB constateerde dat bij het uitblijven van een dergelijke aanpassing de Wet BB 2021 zal zorgen voor een onbedoelde en onnodige lastenverzwaring.²⁹⁴ Daarnaast zorgt de afwijking van wat internationaal gangbaar is ervoor dat art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 in Nederland ten opzichte van andere EU-lidstaten onevenredig vaak toepassing vindt.

5.3.4.3. Conclusie

Velthoven en Kuzee hebben aangetoond dat er handel mogelijk is in hybride samenwerkingsverbanden. Hoe de wetgever deze handel wil tegengaan is tot op heden nog niet duidelijk. Mijns inziens zou de wetgever dit probleem kunnen oplossen door ervoor te zorgen dat de aftrekbeperking alleen ongedaan wordt gemaakt als het dubbel in aanmerking genomen inkomen opkomt bij hetzelfde subject.

²⁹¹ Velthoven & Kuzee *MBB* 2020, p. 555-563.

²⁹² Velthoven & Kuzee *MBB* 2020, p. 560.

²⁹³ Velthoven & Kuzee *MBB* 2020, p. 561.

²⁹⁴ Brief van de NOB betreffende 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen' van 2 juli 2020.

Vanwege het afwijkende karakter van het toestemmingsvereiste uit het Nederlandse kwalificatiebesluit verwacht de NOB een onbedoelde en onnodige lastenverzwaring. Buitenlandse samenwerkingsverbanden worden door Nederland afwijkend geclassificeerd waardoor toepassing van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 vaker plaatsvindt wat de belastingplichtige moet aantonen.²⁹⁵

Beoordeling: (- -)(Onvoldoende)

5.3.5. Onderlinge samenhang

5.3.5.1. Onderlinge samenhang en de spoedoplossing van de staatssecretaris

De staatssecretaris heeft adequaat gehandeld om een deel van het door de NOB geschetste probleem weg te nemen. De toepassing van de Wet BB 2021 in situaties waar geen LBJ's aan te pas komen is ongewenst. Derhalve is de wettekst van art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 op 20 oktober 2020 gewijzigd.²⁹⁶ Bij een stapeling van hybride samenwerkingsverbanden is het niet langer noodzakelijk dat de achterliggende participanten een onmiddellijk belang hebben in de voordeelgerechtigde. Het aandeel in de voordeelgerechtigde mag ook middellijk worden gehouden, mits de achterliggende participanten volgens het recht van de staat waarnaar zij zijn opgericht niet zijn gevestigd in deze staat.²⁹⁷ Deze lichamen mogen eveneens niet zijn opgericht naar het recht van een LBJ. Deze oplossing lost het probleem van de ontrechte samenloop op, maar mijns inziens zijn er effectievere en efficiëntere oplossingen te bedenken voor zowel de doelen die de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021 willen bereiken.

5.3.5.2. Onderlinge samenhang Wet BB 2021 met de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969

In de afgelopen jaren heeft Nederland meerdere maatregelen ingevoerd om belastingontwijking en grondslaguitholling tegen te gaan.²⁹⁸ Uit de verschillende kamerstukken betreffende de Wet BB 2021 blijkt dat de Wet BB 2021 een prohibitief karakter heeft²⁹⁹ waardoor de samenloop met andere aftrekbeperkingen niet is geregeld om zo misbruik effectief te bestrijden.³⁰⁰ Eveneens wordt verwacht dat de situaties die vallen onder de reikwijdte van de Wet BB 2021 zullen verdwijnen waardoor het regelen van de samenloop niet nodig is.³⁰¹ Mijns inziens vrij kort door de bocht. Het doel van de verschillende regelingen is het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling.³⁰² Indien een rente- of royaltybetaling in aftrek is beperkt volgens de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en vervolgens ook onder de reikwijdte van de Wet BB 2021 valt lijkt het argument om belastingontwijking tegen te gaan geen hout meer te snijden, omdat dit bestanddeel feitelijk tweemaal in de heffing wordt betrokken. Met een aanpassing van de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden naar wat internationaal gangbaar is in combinatie met de verwachting dat geldstromen naar LBJ's zullen verdwijnen doet Nederland goede zaken in de strijd tegen belastingontwijking en grondslaguitholling.

²⁹⁵ De documentatieverplichting van art. 12ag Wet Vpb 1969 stelt dat belastingplichtigen via de gevoerde administratie in de aangifte vennootschapsbelasting aannemelijk dienen te maken dat de hybridemismatchbepalingen wel of niet van toepassing zijn.

²⁹⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 35573, nr. 7, p. 2.

²⁹⁷ *Kamerstukken II 2020/21*, 35573, nr. 7, p. 2.

²⁹⁸ o.a. ATAD 1 & ATAD 2.

²⁹⁹ o.a. *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 3, 9 & 12 en *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6 in onderbouwing als antwoord op vragen van de Tweede Kamer.

³⁰⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 9.

³⁰¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 20.

³⁰² Albers *MBB 2021*, p. 8.

5.3.5.3. Conclusie

De staatssecretaris heeft met de aanpassing van de wettekst van art. 2.1, vierde lid Wet BB 2021 ervoor gezorgd dat de ongewenste samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 zijn verholpen. Mijns inziens terecht dat deze aanpassing heeft plaatsgevonden, maar had de staatssecretaris beter de belofte kunnen nakomen om het kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden eerder in lijn te brengen met wat internationaal gangbaar is.

Volgens de staatssecretaris is het prohibitieve karakter van de Wet BB 2021 gegrond omdat situaties die vallen onder de Wet BB 2021 uiteindelijk zullen verdwijnen. Mijns inziens lijkt de staatssecretaris voorbij te gaan aan de doelen van beide regelingen: het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling. Door de samenloop wordt er niet opgetreden tegen belastingontwijking, maar wordt een betaling effectief twee keer in de heffing betrokken.

Beoordeling: (-)(Matig)

5.4. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is getracht een antwoord te formuleren op onderstaande deelvraag:

Aan de hand van het toetsingskader: bereiken de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 hun doel en is er samenloop te detecteren?

5.4.1. De beoordeling

Kwaliteitseis	Beoordeling
Effectiviteit & Efficiëntie	(- -)(Onvoldoende)
Rechtmatigheid	(-)(Matig)
Complexiteit	(-)(Matig)
Uitvoerbaarheid & Handhaafbaarheid	(- -)(Onvoldoende)
Onderlinge samenhang	(-)(Matig)

Tabel 5; de beoordelingen van de kwaliteitseisen op basis van de toetsing.

5.4.2. Effectiviteit & Efficiëntie

In Nederland onderscheid gemaakt tussen een CV open (zelfstandig belastingplichtig) of besloten (niet zelfstandig belastingplichtig) waarbij de beoordeling in belangrijke mate samenhangt met het toestemmingsvereiste. Alhoewel de Nederlandse CV is niet geen unicum is, is de Nederlandse classificatie omtrent CV-achtige dat wel. Het toestemmingsvereiste zorgt ervoor dat buitenlandse samenwerkingsverbanden afwijkend worden geclassificeerd ten opzichte van wat internationaal gangbaar. Hierdoor ontstaan hybridemismatches en vinden de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 vaker toepassing.

Zowel de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021 hebben een duidelijk vooropgesteld doel. De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 beogen belastingontwijking tegen te gaan die ontstaat classificatieverschillen van samenwerkingsverbanden tussen lidstaten waar de Wet BB 2021 moet voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als toegangspoort naar LBJ's. De afwijkende manier van het classificeren van samenwerkingsverbanden in Nederland zorgt ervoor dat in Nederland de hybridemismatchbepaling van art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 en vond ook de Wet BB 2021 toepassing³⁰³, in situaties waarbij er geen LBJ aan te pas kwam. Daarbij zorgt de afwijkende Nederlandse classificatie voor de creatie van belastingplicht voor de Wet BB 2021 welke zou verdwijnen indien de classificatie in lijn is met wat internationaal gangbaar is.

5.4.3. Rechtmatigheid

Het kwalificatiebesluit bevat geen duidelijk tweedeling tussen fiscaal transparant en fiscaal non-transparant en de aanpassing van het kwalificatiebesluit in 2009 hebben daar geen verandering in aangebracht. De toegenomen bewegingsruimte van de Belastingdienst heeft alleen maar bijgedragen aan een grotere rechtsonzekerheid. Vervolgens zijn de regels van ATAD 2 niet sluitend waardoor zij ruimte laten voor implementatieverschillen tussen lidstaten waardoor de rechtsonzekerheid wordt vergroot. Eveneens levert de Wet BB 2021 in aan rechtszekerheid omdat het effectueren van de Wet BB 2021 op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden niet vanzelfsprekend is. Bij hybride samenwerkingsverbanden die als non-transparant worden aangemerkt in een LBJ kan de Wet BB 2021 mogelijk niet worden geëffectueerd.

³⁰³ Voor de haastige reparatie van de Wet BB 2021 door de staatssecretaris: zie onderlinge samenhang.

5.4.4. Complexiteit

Met de introductie van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 is de Wet Vpb 1969 nog complexer geworden. Niet alleen de uitwerking van de regelingen, maar ook de wettekst is complex. Complexe wetgeving is geoorloofd als de materie complex is en mijns inziens is dat hier het geval. De Wet BB 2021 raakt niet een grote groep belastingplichtigen, maar het is wederom een nieuwe wet waar belastingplichtigen rekening mee moeten houden. Daarnaast is voor het toezicht op de heffing specifieke kennis nodig, in het bijzonder de uitwerking in afwijkende situaties zoals bij hybride samenwerkingsverbanden. Dit komt de complexiteit niet ten goede.

5.4.5. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Het toestemmingsvereiste uit het kwalificatiebesluit kan zorgen voor een onbedoelde en onnodige lastenverzwarende. Als gevolg van de afwijkende classificatie vinden de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 vaker toepassing bij buitenlandse samenwerkingsverbanden waarbij de belastingplichtige zelf moet aantonen of de regels wel of niet van toepassing zijn. Daarnaast blijkt handel in hybride samenwerkingsverbanden mogelijk waarbij de manier waarop de handel tegengegaan dient te worden nog niet duidelijk is.

5.4.6. Onderlinge samenhang

Zoals geschetst in de voorbeelden in dit hoofdstuk is er onevenredige samenloop te detecteren tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021. Vlak voor de haastige reparatie van de staatssecretaris was het mogelijk dat bronbelasting werd geheven van samenwerkingsverband in situaties waar geen LBJ aan te pas kwam. De staatssecretaris heeft dit reeds gerepareerd waardoor deze situaties niet meer vallen onder de reikwijdte van de Wet BB 2021.

De samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 is mijns inziens zowel een slechte als een goede zaak. Allereerst is het een slechte zaak omdat in het geval van hybride samenwerkingsverbanden, zoals de open CV belastingplichtigen de kans lopen op dubbele belastingheffing. De in aftrek beperkte rentebetaling door de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 kan vervolgens in de Wet BB 2021 belast worden tegen hetzelfde tarief. Tweemaal belasting heffen over hetzelfde bestanddeel lijkt mij niet de juiste manier. Aan de andere kant zijn de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 antimisbruikmaatregelen. De invoering van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 zorgen ervoor dat het gebruik van hybride samenwerkingsverband verschuift van belastingontwijking naar belastingontduiking. Vanwege de ongunstige uitwerking worden belastingplichtigen gedwongen hun gedrag te veranderen omdat zij anders in strijd met de wet handelen. Het doel is zo min mogelijk inefficiënties in de belastingwetgeving en daar dragen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 een bijdrage aan, maar mijns inziens zijn er aanbevelingen te doen om de efficiëntie te vergroten.

6. Oplossingen & Aanbevelingen

6.1 Inleiding

In hoofdstuk vijf is aan bod gekomen dat de gevolgen van hybridemismatches kunnen worden aangepakt door de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en art. 2.1, eerste lid, onderdelen d en e Wet BB 2021 maar dat deze wetgeving niet altijd even rechtmatig, effectief, efficiënt, uitvoerbaar, handhaafbaar en eenvoudig is. Een manier om deze wetgeving buitenspel te zetten is het wegnemen van de oorzaak van de hybridemismatch. Dat moet mijns inziens ook het uitgangspunt van de wetgever zijn.

Internationale afspraken om belastingontwijking en grondslaguitholling tegen te gaan verdienen de voorkeur. Het is ook niet voor het eerst dat in een internationaal verband getracht wordt afspraken te maken. De EC heeft tweemaal een poging gedaan de Common (Consolidated) Corporate Tax Base (hierna: C(C)CTB) in te voeren om tot een gemeenschappelijke en geharmoniseerde winstbelastinggrondslag te komen in de EU. Deze harmonisatie had de potentie om de problematiek omtrent hybride mismatches binnen de EU weg te nemen³⁰⁴, maar tot op heden is er geen consensus bereikt door de lidstaten. Toch staan de ontwikkelingen omtrent wet- en regelgeving die belastingontwijking en grondslaguitholling tegen moeten gaan niet stil en worden in de literatuur efficiëntere manieren genoemd om dit tegen te gaan.

Daarom staat de volgende deelvraag centraal in dit hoofdstuk:

Zijn er in het kader van de doelen van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 eenvoudigere/structurele oplossingen en/of alternatieven te bedenken ten aanzien van de open CV?

In dit hoofdstuk zullen twee oplossingen voor het hybridemismatchprobleem bij de open CV worden besproken. De eerste oplossing betreft een internationale regel om belastingontwijking tegen te gaan en de tweede regel is een regel die Nederland kan invoeren om het hybridemismatchprobleem unilateraal op te lossen.

Om een evenwichtige vergelijking te kunnen maken worden de in dit hoofdstuk gekozen aanbevelingen en oplossingen eveneens langs het toetsingskader van hoofdstuk 5 gehouden.

6.2 Internationale regel – OESO/G20 Inclusive Framework - BEPS 2.0

6.2.1 Inleiding

In 2013 heeft de OESO een rapport gepubliceerd met daarin vijftien acties om BEPS tegen te gaan.³⁰⁵ Een groot aantal van deze acties zijn inmiddels uitgevoerd en hebben gezorgd voor passende oplossingen, maar lang niet allemaal. Deze ontwikkelingen hebben ervoor gezorgd dat de OESO/G20 Inclusive Framework tegen BEPS (hierna: IF) een beleidsnotitie heeft gepubliceerd³⁰⁶ en in mei 2019 het werkprogramma voor BEPS 2.0 heeft vastgesteld om de resterende problemen van BEPS aan te

³⁰⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 5.10.2016 COM(2016) 683 final.

³⁰⁵ OESO (2013), 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', OESO Publicatie, Parijs.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

³⁰⁶ OESO (2019), 'Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note; As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019', gepubliceerd op 23 januari 2019.

pakken.³⁰⁷ Volgens de staatssecretaris is het IF, met 137 aangesloten jurisdicties, het geschikte orgaan om de nog resterende uitdagingen in het kader van belastingheffing het hoofd te kunnen bieden. Daarbij benadrukt de staatssecretaris, en mijns inziens terecht, dat internationale samenwerking de voorkeur heeft boven unilaterale maatregelen die jurisdicties zelf nemen.³⁰⁸

BEPS 2.0 bestaat is een plan wat bestaat uit twee pijlers. Pijler 1 is een voortzetting van actieplan 1 en legt de focus op de digitale economie en hoe de heffingsrechten verdeeld moeten worden.³⁰⁹ Pijler 2, ook wel het Global Anti-Base Erosion Proposal (hierna: GloBE) genoemd, betreft regels omtrent ondergrenswinstbelastingharmonisatie waardoor multinationals altijd een minimum effectief belastingtarief betalen. GloBE staat dan wel voor Global Anti-Base Erosion Proposal, maar effectief betreft het hier een voorstel voor de vennootschapsbelasting tegen belastingconcurrentie.³¹⁰

6.2.2. Pijler 2 - Global Anti-Base Erosion Proposal

Pijler 2 tracht de overgebleven BEPS problemen waar nog geen structurele oplossing voor is op te lossen. Het doel van pijler 2 is om te garanderen dat multinationals³¹¹ in ieder voorkomend geval een minimum aan winstbelasting betalen.³¹² In tegenstelling tot pijler 1 beperkt pijler 2 zich niet alleen tot de digitale economie. Het idee van de maatregelen van pijler 2 is dat andere jurisdicties waar de winsten van multinationals niet direct opkomen, alsnog heffingsrecht kunnen uitoefenen wanneer het heffingsrecht niet of niet volledig wordt geeffectueerd.³¹³

Om te garanderen dat multinationals altijd een minimum effectief tarief betalen wordt voor de pijler 2-grondslag de commerciële winst als uitgangspunt genomen, waar enige correcties op worden gemaakt.³¹⁴ Iedere entiteit van een multinational bepaald de commerciële winst in de jurisdictie waar zij is gevestigd waarna de winst op landniveau wordt gemengd; *jurisdictional blending* genoemd.³¹⁵ Deze grondslag vertaalt zich naar de noemer van een breuk. De teller van de breuk is de verschuldigde belasting per jurisdictie waarna aan de hand van de volgende formule de effectieve belastingdruk wordt berekend:

$$\text{Effectief belastingdruk (per jurisdictie)} = \frac{\text{verschuldigde belasting}}{\text{GloBE grondslag}}$$

³⁰⁷ OESO (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OESO/G20 Inclusive Framework on BEPS, OESO, Parijs, www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm.

³⁰⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 32140, nr. 60, p. 9.

³⁰⁹ Kingma *WFR* 2019, p. 1290.

³¹⁰ De Wilde *NLFO* 2021 p. 1.

³¹¹ Bedrijven met vestigingen in meerdere landen met een groepsomzet van boven de €750 miljoen vallen onder de toepassing van pijler 2, zie *Kamerstukken I* 2020/21, 32140, nr. G, p. 11.

³¹² *Kamerstukken II* 2019/20, 32140, nr. 60, p. 4.

³¹³ Bosman *NTRF-B* 2019, par. 3.1.

³¹⁴ Voor de berekening van de GloBE Tax Base wordt verwezen naar: OESO (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs, <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>, hoofdstuk 3 & 4.

³¹⁵ De Wilde *NLFO* 2021 p. 1.

6.2.3. De regels van GloBE

Indien een jurisdictie het heffingsrecht niet of niet volledig effectueert waardoor de minimum effectieve belastingdruk niet wordt gehaald, kan, op basis van twee verschillende regels, de moedermaatschappij of dochtermaatschappij alsnog haar heffingsrecht effectueren.

6.2.3.1. Income inclusion Rule

De Income Inclusion Rule (hierna: IIR) geeft de jurisdictie waarin de moedermaatschappij van een multinationals is gelegen de mogelijkheid om bij te heffen indien de winst, die uit een buitenlandse jurisdictie afkomstig is, in buitenlandse jurisdicties niet is belast tegen een minimum effectief tarief.³¹⁶ De effectieve belastingdruk wordt per land berekend en indien de gecombineerde effectieve belastingdruk lager is dan de beoogde minimale belastingdruk zal op het niveau van de uiteindelijke moedermaatschappij worden bijgeheven.³¹⁷

6.2.3.2. Undertaxed Payment Rule

De Undertaxed Payment Rule (Hierna: UTPR) zorgt ervoor dat bronstaten bij kunnen heffen indien de winst in de bronstaat niet is belast tegen een minimum effectief tarief. Zij doen dit door de aftrek te beperken of bronbelasting bij te heffen.³¹⁸ Indien de moedermaatschappij van de multinational de IIR niet of niet volledig kan toepassen,³¹⁹ kan via de UTPR alsnog worden bijgeheven. Dit gebeurt niet op het niveau van de moedermaatschappij maar op het niveau van de dochter waarin de moedermaatschappij een direct belang heeft.³²⁰ Het lijkt erop dat Nederland met de Wet BB 2021 een voorschot heeft genomen op het invoeren van deze regel.

6.2.3.3. Subject to Tax Rule

Alvorens men toekomt aan IIR en UPR dient de eerste flankerende maatregel van GloBE te worden toegepast: de Subject to Tax Rule (hierna: STTR). Met deze bepaling, welke opgenomen kan worden in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, kan (een deel van de) toepassing van een gereduceerd (bronbelasting)tarief ongedaan worden gemaakt als in de staat van de ontvanger de betaling niet onderworpen is aan een minimum effectief tarief.³²¹

6.2.3.4. Switch-Over Rule

De andere flankerende maatregel is de Switch-Over Rule (hierna: SOR) welke eveneens zal worden opgenomen in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Deze bepaling regelt dat, ingeval van een vaste inrichting of opbrengsten uit onroerend goed, niet alleen het bronland maar ook het land waar het hoofdhuis gevestigd is mag heffen wanneer de winst in het bronland niet is onderworpen aan een minimum effectief tarief.³²² Normaliter heft alleen het bronland over deze winst en geeft de staat waarin het hoofdhuis gevestigd is een vrijstelling. Deze maatregel zorgt ervoor dat

³¹⁶ OESO 2019 (2), p. 27.

³¹⁷ *Kamerstukken I 2020/21*, 32140, nr. G, p. 13.

³¹⁸ OESO 2019 (2), p. 30.

³¹⁹ *Kamerstukken I 2020/21*, 32140, nr. G, p. 14.

³²⁰ *Kamerstukken I 2020/21*, 32140, nr. G, p. 14.

³²¹ OESO 2019 (2), p. 32.

³²² OESO 2019 (2) p. 30.

belemmeringen in het toepassen van de IIR als gevolg van de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting worden weggenomen.³²³

De door de STTR geheven belasting wordt meegenomen in de berekening van de effectieve belastingdruk per jurisdictie, derhalve zal deze regel als eerste worden toegepast.³²⁴ Daarna zal de IRR dienen als primaire maatregel waardoor de jurisdictie van de multinational als eerst de mogelijkheid krijgt om bij te heffen tot een minimale effectieve belastingdruk. De UTPR zal gaan dienen als secundaire regel welke wordt toegepast in situaties waarin de IRR niet of niet volledig kan worden toegepast.³²⁵ De UTPR dient derhalve als een spreekwoordelijk stok achter de deur.³²⁶ Ongeacht waar de uiteindelijke moedermaatschappij is gevestigd zal er bijgeheven gaan worden dat kapitaalexportneutraliteit garandeert.

6.2.4 Toetsingskader

6.2.4.1. Effectiviteit & Efficiëntie

Het doel van pijler 2 is het waarborgen van een minimum aan effectieve belastingdruk bij internationaal opererende bedrijven.³²⁷ In de blauwdrukken van pijler 2 wordt rekening gehouden met de problematiek omtrent hybride samenwerkingsverbanden.

De manier waarop hybride samenwerkingsverbanden in aanmerking worden genomen in de verschillende jurisdicties is niet verschillend van de manier die nu bekend is in de literatuur. Een hybride samenwerkingsverband (non-transparant voor de vestigingsjurisdictie, maar transparant voor de jurisdictie van de achterliggende participanten) wordt onder pijler 2 aangemerkt als een onderdeel van een multinational in de jurisdictie waar het samenwerkingsverband als inwoner wordt behandeld.³²⁸ Een omgekeerde hybride samenwerkingsverband (transparant in de jurisdictie waar deze is gecreëerd en non-transparant in de jurisdictie van de achterliggende participanten) wordt behandeld als een onderdeel van een multinational dat nergens inwoner is.³²⁹ Desalniettemin wordt er aan deze stateloze entiteit wel inkomen toegerekend onder pijler 2. De effectiviteit van belastingheffing op het gebied van deze twee soorten samenwerkingsverbanden is hieronder uiteengezet:

³²³ *Kamerstukken I 2020/21*, 32140, nr. G, p. 14.

³²⁴ OESO 2020, p. 171.

³²⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 32140, nr. 73, p. 10.

³²⁶ *Kamerstukken I 2020/21*, 32140, nr. G, p. 14.

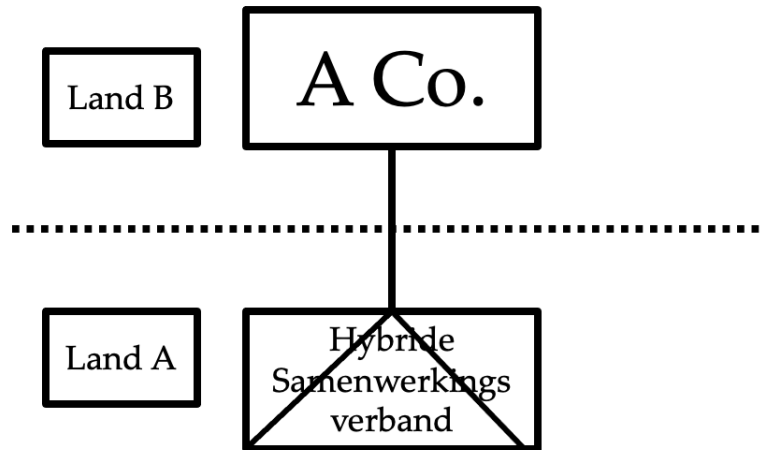
³²⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 32140, nr. 63, p. 1.

³²⁸ OESO 2020, p. 27.

³²⁹ OESO 2020, p. 27.

Hybride samenwerkingsverband³³⁰

A Co. houdt een direct belang in het hybride samenwerkingsverband. Het hybride samenwerkingsverband is volgens de belastingdoeleinden van Land A non-transparant en voor de belastingdoeleinden van de Land B transparant. Deze situatie is op de open CV van toepassing.

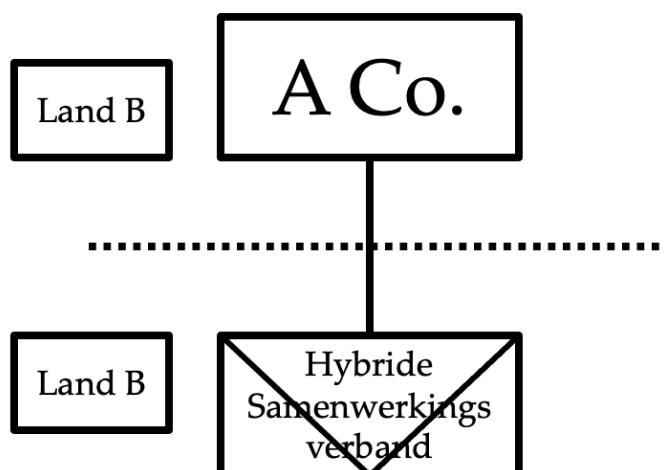


*Figuur 13; Toewijzing van het inkomen onder pijler 2 van een hybride samenwerkingsverband.
Voorbeeld ontleend uit: OESO 2020, p. 191.*

Stel dat het open CV €100 winst maakt en hier wordt €20 winstbelasting over geheven in Land A. Vanwege het transparante karakter van de open CV voor Land B betreft dit land de winst in de lokale heffing en past een verrekening toe als gevolg van dubbele belastingheffing waardoor in Land B effectief nog €5 aan belasting wordt geheven. In deze situatie wordt onder pijler 2 het inkomen alsmede de belastingopbrengst toegerekend aan Land A. De betaalde belasting in Land B wordt eveneens toegerekend aan Land A.

³³⁰ Voorbeeld is ontleend uit: OESO 2020, p. 191.

Omgekeerde hybride samenwerkingsverband³³¹



Figuur 14: Toewijzing van het inkomen onder pijler 2 van een omgekeerd hybride samenwerkingsverband.
Voorbeeld ontleend uit: OESO 2020, p. 192-193.

A Co. houdt een direct belang in het omgekeerde hybride samenwerkingsverband. Het omgekeerde hybride samenwerkingsverband is volgens belastingdoeleinden van Land A transparant en voor belastingdoeleinden van Land B non-transparant. Het omgekeerde hybride samenwerkingsverband is nergens inwoner en is derhalve stateloos. Het omgekeerde hybride samenwerkingsverband maakt €100 winst en betaald daar geen winstbelasting over in Land A omdat het niet aldaar is gevestigd. Land B stelt dat Land A wel moet heffen omdat voor belastingdoeleinden van Land B het omgekeerde hybride samenwerkingsverband zelfstandig belastingplichtig is in Land B. Onder de uitwerking van pijler 2 moet de winst van het omgekeerde hybride samenwerkingsverband worden toegerekend aan de *Stateless jurisdiction*, een hypothetische jurisdictie en dus niet aan land A of Land B. Dat Land A geen belasting heft over het inkomen vanwege het transparante karakter doet er onder pijler 2 niet toe. Het inkomen wordt wel toegerekend aan *Stateless jurisdiction* waarna in die jurisdictie ook de effectieve belastingdruk wordt berekend waarbij het inkomen in de GloBE-grondslag wordt opgenomen.

De winst wordt op basis pijler 2 efficiënt toegerekend volgens vast geldende regels. Nadat het inkomen en de daarbij behorende belastingheffing aan de verschillende jurisdicties is toegerekend moet aan de hand van de effectieve belastingdruk worden gezien of in deze jurisdicties de effectieve belastingdruk voldoende is. Mocht dat niet zo zijn dan zullen de verschillende regels (IIR, UPTR, STTR of SOR) welke hierboven uiteen zijn gezet toepassing vinden. Vooral nog lijkt de toerekening van inkomen volgens pijler 2 op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden een sluitend systeem.

Conclusie

Met pijler 2 wil het IF ervoor zorgen dat multinationals een minimum effectief belastingtarief betalen over de groepswinsten. De manier waarop pijler 2 van toepassing is op (omgekeerde) hybride samenwerkingsverbanden is in de blauwdruk uiteengezet. Inkomen van hybride samenwerkingsverbanden wordt, kort gezegd, toegerekend aan het bronland wat de entiteit als non-transparant aanmerkt. Inkomen van omgekeerde hybride samenwerkingsverbanden wordt

³³¹ Voorbeeld is ontleend uit: OESO 2020, p. 192-193.

toegerekend aan de *Stateless jurisdiction*. De toerekeningregels van het inkomen zijn voor beide situaties helder en indien in jurisdictie effectief onvoldoende belasting wordt geheven, wordt op basis van de GloBE-regels belasting bijgeheven.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.2.4.2. Rechtmatigheid

Geen rechtgevende macht van het IF

Problematiek die speelt omtrent de regelgeving van pijler 2 is de instantie waarbinnen deze afspraken worden gemaakt. Het IF is een samenwerkingsverband waar veel jurisdicties bij aangesloten zijn, maar zij kan op zichzelf geen juridisch dwingende wetgeving produceren. Zij kan hoogstens minimumstandaarden opstellen waar aangesloten jurisdicties zich aan committeren, maar deze bevatten geen enkele vorm van rechtsgeldigheid.³³² Dit betekent dat, nadat er overeenstemming is bereikt binnen het IF aangaande de afspraken van pijler 2, jurisdicties zelf wet- en regelgeving moeten implementeren ter uitvoering van deze afspraken.³³³ Om de rechtszekerheid te vergroten zou de EU er mijns inziens goed aan doen om deze afspraken in een richtlijn op te stellen zodat op basis van art. 288 VwEU de lidstaten verplicht zijn deze regels in te voeren.

Strijdigheid EU-recht?

Maar die invoer van de regelgeving in de vorm van een richtlijn is niet zo vanzelfsprekend. De staatssecretaris spreekt zorgen uit of de regels van pijler 2 in lijn zijn met de vrijheid van vestiging en kapitaal, aangezien alleen grensoverschrijdende situaties vallen onder pijler 2 die mogelijk nadeliger worden behandeld dan zuiver binnenlandse situaties die niet vallen onder pijler 2.³³⁴ Uitspraken die in de recente geschiedenis zijn gedaan door het HvJ³³⁵ tonen aan dat wanneer er sprake is van discriminatie, dit in strijd is met de verkeersvrijheden wat een nadelig kan hebben op een systeem waarin het winstbelastingtarief universeel wordt.³³⁶ Vooralsnog heeft de EC geen plannen gepubliceerd om binnen de EU-regels vast te leggen op het gebied van een minimumbelastingheffingsniveau.³³⁷

Conclusie

Het door het IF opgestelde plan mag dan effectief zijn, zij kan zelf geen juridisch afdwingbare wetgeving opstellen. Deze wetgeving moet Unierechtelijk of unilateraal worden ingevoerd, maar of dat mogelijk is, is een vraag op zichzelf. De kans bestaat dat de plannen zoals deze nu zijn opgesteld mogelijk in strijd zijn met de verkeersvrijheden. Deze problemen dienen verholpen te worden alvorens de EU of Nederland over kan gaan tot het opstellen van wetgeving.

Beoordeling: (-)(Matig)

³³² Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 66, p. 11.

³³³ Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 66, p. 15.

³³⁴ Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 66, p. 23.

³³⁵ Zie o.a.: HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04, NTFR 2006/1406 (Cadbury Schweppes), HvJ 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings) en HvJ 20 januari 2021, zaak C-484/19 (Lexel).

³³⁶ De Wilde NTFR 2021, p. 5.

³³⁷ Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 63, p. 2.

6.2.4.3. Complexiteit

De complexiteit van pijler 2 op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden betreft de toerekening van inkomen aan entiteiten en jurisdicties. Bij de toerekening van inkomen wordt onderscheid gemaakt tussen entiteiten die wel een vestigingsplaats hebben en entiteiten die feitelijk nergens zijn gevestigd, de zogeheten *Stateless Entities*.³³⁸ Inkomen van entiteiten met vestigingsplaats wordt toegerekend aan de vestigingsplaats.³³⁹ Voor inkomen van entiteiten die geen plaats van vestiging hebben is de toerekening ingewikkelder. Inkomen van entiteiten die transparant zijn voor zowel de achterliggende participanten als de staat van oprichting wordt toegerekend aan de achterliggende participanten. Inkomen wat wordt toegerekend aan entiteiten die zijn opgericht naar het recht van een jurisdictie maar niet aldaar zijn gevestigd, maar voor de achterliggende participanten wel aldaar zijn gevestigd (omgekeerde hybride), wordt toegerekend aan de zogeheten *Stateless jurisdiction*. Dit is een hypothetische jurisdictie.³⁴⁰ Deze manier van toerekenen is niet onbekend, aangezien deze methode ook wordt gebruikt in de Country-by-Country Reporting (hierna: CbCR).³⁴¹ Door de creatie van de *Stateless jurisdiction* en de toerekening van het inkomen aan deze jurisdictie zullen de regels van pijler 2 op gelijklopende wijze van toepassing zijn op deze hypothetische jurisdictie.³⁴² Het inkomen wordt opgeteld en er wordt beoordeeld in hoeverre dit inkomen effectief aan belastingheffing is onderworpen, waarna door de jurisdictie van de moedermaatschappij de IIR toegepast kan worden om tot het minimum effectieve belastingtarief te komen. Door aan te sluiten bij een reeds bekende werkwijze van de CbCR op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden kan het inkomen altijd aan een jurisdictie worden toegerekend en is de werkwijze niet per se meer complex dan wat reeds bekend is.

Conclusie

De complexiteit omtrent pijler 2 zou mijns inziens moeten liggen in de toerekeningregels van het inkomen, maar de toekenning van het inkomen aan de zogeheten *Stateless jurisdiction* is niet onbekend. De toekenning van het inkomen aan een *Stateless jurisdiction* gebeurt als onder de CbCR. Mijns inziens zouden de regels van pijler 2 op gelijklopende manier moeten worden toegepast op de hypothetische jurisdictie.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.2.4.4. Uitvoerbaarheid & Handhaafbaarheid

Complexiteit en de uitvoerbaarheid van regels hangen vaak nauw samen. Indien regels duidelijk en concreet zijn weten belastingplichtigen of een situatie op hen van toepassing is en of zij belasting dienen te betalen. In voorgaande paragraaf kwam aan de orde dat in specifieke situaties inkomen wordt toegerekend aan een *Stateless jurisdiction*. Het toerekenen van het inkomen is in pijler 2 geregeld, maar op het gebied van te heffen belasting vormt zich mijns inziens een probleem. Inkomen kan worden toegerekend aan de *Stateless jurisdiction*, en indien er onvoldoende effectieve belastingdruk aanwezig is, zal de jurisdictie van de moedermaatschappij de IIR toepassen om bij te

³³⁸ OESO 2020, p. 78.

³³⁹ In Nederland zal dit naar alle waarschijnlijkheid gebeuren op basis van art. 4 AWR en op basis van de criteria in art. 4 OESO-MV.

³⁴⁰ OESO 2020, p. 78.

³⁴¹ OESO 2019 (3), p. 16.

³⁴² OESO 2020, p. 78.

heffen. Indien die IIR niet wordt toegepast zou de UTPR toepassing vinden wat de *Stateless jurisdiction* de mogelijkheid geeft om te heffen in de vorm van aftrekbepalingen of bronheffingen, maar de *Stateless jurisdiction* is hypothetische jurisdictie zonder belastingwetgeving. Derhalve lijkt het alsof de toepassing van de UTPR bij de *Stateless jurisdiction* en de verdeling van deze opbrengst over de staten waarin de multinational is gevestigd wordt in pijler 2 vooralsnog niet uitgewerkt, waar dit mijns inziens wel nodig is. Volgens de regels van de CbCR dient via de tiebreaker uit het verdrag te worden gezien waar een entiteit gevestigd is.³⁴³ Het opnemen van deze regel zou het hierboven geschetste probleem kunnen oplossen.

Conclusie

De toerekening van inkomen, en de daarbij behorende belasting, aan de verschillende (hypothetische) jurisdicties is goed geregeld in pijler 2. Wat in pijler 2 niet geregeld is, is de manier waarop de het inkomen van de hypothetische jurisdictie wordt verdeeld. Naar mijn mening lijkt het net alsof de hypothetische jurisdictie de regels van pijler 2 dient toe te passen indien de moedermaatschappij de IIR niet toepast, wat niet mogelijk is voor een hypothetische jurisdictie zonder wetgeving.

Beoordeling: (-)(Matig)

6.2.4.5. Onderlinge samenhang

Zoals het voorstel nu is opgesteld is pijler 2 alleen van toepassing op multinationals met een groepsomzet van meer dan €750 miljoen.³⁴⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat wanneer de groepsomzet van €750 miljoen is bereikt, dat dan niet alleen de regels van pijler 2 van toepassing zijn. De betrokken jurisdicties blijven soeverein in het in het toepassen van hun eigen belastingstelsel en tarief.³⁴⁵ De niet altijd even doeltreffende, eenvoudige en heldere wettelijke bepalingen van mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 blijven dus onverkort van kracht. Kleine bedrijven, die net zo goed internationaal opereren, vallen niet onder de reikwijdte van pijler 2. Mijns inziens moeten de regels van pijler 2 niet van toepassing zijn vanaf een bepaalde groepsomzet, maar indien bedrijven opereren in meer dan één land, effectief is dat de definitie van een multinational.³⁴⁶ Alle ondernemingen die mogelijk in aanraking komen met hybridemismatches, belastingontwijking en grondslaguitholling worden direct gevat door pijler 2.

Conclusie

De plannen van pijler 2 alleen van toepassing op multinationals met een groepsomzet van minimaal €750 miljoen, wat mijns inziens niet juist is aangezien ook kleine bedrijven die grensoverschrijdende handel voeren gebruik kunnen maken van hybridemismatches. Daarnaast blijven landen soeverein in het hanteren van hun eigen wetgeving, waardoor de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 onverkort van kracht blijven.

Beoordeling: (-)(Matig)

³⁴³ Van den Berg & Kloosterhof *TFO* 2015, p. 99.

³⁴⁴ *Kamerstukken I* 2020/21, 32140, nr. G, p. 11.

³⁴⁵ OESO 2020, p. 13.

³⁴⁶ De definitie in de Van Dale: mul·ti·na·ti·o·nal (de; m; meervoud: multinationals): concern, onderneming met vestigingen in verschillende landen

6.3. Unilaterale aanpassing – De Nederlandse symmetrische benadering

6.3.1. Inleiding

In het tegengaan van hybridemismatches krijgt Internationale harmonisatie uiteraard de voorkeur, maar zoals hierboven reeds besproken kan dit een langlopend proces zijn. Vanwege de soevereiniteit van het belastingstelsel kan Nederland unilaterale maatregelen nemen om hybridemismatches tegen te gaan.

6.3.2. Evaluatie van methoden ter classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden
Indien een buitenlands samenwerkingsverband zich vestigt in een ander land is het aan het land van vestiging om te evalueren hoe zij dit samenwerkingsverband classificeert. Landen doen dit doorgaans op basis van één van vier methoden: de *elective approach*, de *fixed approach*, de *similarity approach* of de *symmetrical approach*.³⁴⁷

6.3.2.1. Elective approach

Het meest bekende voorbeeld van een elective approach is het *check-the-box*³⁴⁸ systeem wat in de Verenigde Staten wordt toegepast. Zoals onder 3.4.2 reeds aangegeven staat het belastingplichtigen vrij om in de aangifte entiteiten aan te merken als fiscaal transparant of non-transparant (met de uitzondering voor de *perse corporations*).³⁴⁹ Als gevolg van de keuzevrijheid van de belastingplichtige was het voor belastingplichtige mogelijk om te sturen richting een hybridemismatch. Een entiteit die in de Verenigde Staten niet als *perse corporation* (non-transparant) wordt aangemerkt maar in het land van vestiging wel als zodanig werd aangemerkt, geeft belastingplichtige de mogelijkheid een hybridemismatch te creëren door simpelweg een *box* te *checken*. In een unilaterale regeling tegen hybridemismatches valt deze approach af.

6.3.2.2. Fixed approach

De fixed approach stelt dat alle naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverbanden op dezelfde manier worden geclassificeerd, als transparant of non-transparant.³⁵⁰ Een gevolg hiervan is dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Ter illustratie: Indien in het land van oprichting het samenwerkingsverband als transparant wordt aangemerkt en zich wil vestigen in een land wat de fixed approach toepast wat stelt dat alle naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverband als non-transparant worden aangemerkt ontstaan een hybridemismatch. Derhalve is de fixed approach ook geen goede methode ter voorkoming van hybridemismatches.

6.3.2.3. Corporate resemblance based method/rechtsvormvergelijkende methode

Voor de werking van de corporate resemblance based method/rechtsvormvergelijkende methode wordt hier volstaan met een verwijzing naar hoofdstuk 2.

³⁴⁷ Bolhaar, *NtFR* 2013, p. 2-4.

³⁴⁸ Treasury Regulations, par. 301.7701.

³⁴⁹ *Kamerstukken I* 2004/2005, 29632, nr. B (bijlage), p. 5.

³⁵⁰ Bolhaar, *NtFR* 2013, p. 4.

6.3.2.4. Symmetrical approach

Voor de symmetrical approach wordt voor de classificatie van een samenwerkingsverband aangesloten bij het land van vestiging.³⁵¹ Doordat de classificatie door het andere land dan het land van vestiging moet worden overgenomen zorgt de symmetrical approach, in tegenstelling tot de hiervoor genoemde methoden, ervoor dat de hybridemismatch in zijn geheel wordt weggenomen.³⁵²

6.3.3. De Nederlandse symmetrische benadering

Tot op heden wordt de symmetrical approach in geen enkel land zo toegepast dat de oorzaak van de hybridemismatches in zijn geheel wordt weggenomen. Mede daarom hebben de OESO³⁵³ in 2015 en de EC in 2017³⁵⁴ regels opgesteld om niet de oorzaak maar de gevolgen van hybride mismatches weg te nemen. Fibbe en Stevens zijn, met mij zoals aangegeven in het vorige hoofdstuk, van mening dat de regels van ATAD 2 niet waterdicht zijn, ruimte laten aan lidstaten om de regels inconsistent te implementeren en derhalve de mismatches minder efficiënt aanpakken. Daarbij zijn de *Linking Rules* erg technisch van aard waardoor de kans op een niet uniforme implementatie door de verschillende lidstaten toeneemt.³⁵⁵

Fibbe gaf in 2009 in zijn proefschrift al de eerste opzet naar een manier hoe hybridemismatches voorkomen konden worden in de vorm van een symmetrical approach voor alle lidstaten in de vorm van een EU-Richtlijn.³⁵⁶ In het Rapport van de Commissie Personenvennootschappen *Belastingheffing van personenvennootschappen, Knelpunten en oplossingen* doen Fibbe en Stevens wederom een aanbeveling aan de wetgever om de symmetrische benadering op te nemen in de Nederlandse belastingwetgeving indien zich classificatieverschillen voordoen met het buitenland om zo de oorzaak van de hybridemismatches weg te nemen.³⁵⁷ Waarom Stevens en Fibbe eerst aansluiten bij de corporate resemblance methode en niet alleen de symmetrische benadering gebruiken bij een classificatieverschil is mijns inziens curieus. Indien een land een samenwerkingsverband als non-transparant aanmerkt en Nederland doet dat op basis van de corporate resemblance based methode ook is er geen classificatieverschil, maar op basis van de symmetrische benadering is dit classificatieverschil er ook niet. Daarbij dienen de regels omtrent de open CV wel aangepast te worden naar wat internationaal gangbaar is, anders blijft de mismatch met een in Nederland gevestigde open CV die als fiscaal non-transparant wordt behandeld en in het buitenland als fiscaal transparant, bestaan. Zoals in hoofdstuk vijf al aangegeven is dit het toestemmingsvereiste de oorzaak voor dit classificatieverschil. Om de Nederlandse regelgeving in lijn te brengen met wat internationaal gangbaar is dient deze maatregel afgeschaft te worden.

Logischerwijs verdient het op Europees niveau invoeren van de symmetrische benadering de voorkeur, maar de invoering van een richtlijn kan een langlopend proces worden wanneer lidstaten het niet unaniem met elkaar eens worden. Om hybridemismatches tegen te gaan is het mijns inziens

³⁵¹ Bolhaar, *NtFR* 2013, p. 4.

³⁵² Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 193.

³⁵³ OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs.

³⁵⁴ Zie: ATAD 2.

³⁵⁵ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 198.

³⁵⁶ G.K. Fibbe, *“EC Law Aspects of Hybrid Entities (diss.)”*, IBFD, Doctoral Series no. 15.

³⁵⁷ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 124 e.v.

noodzakelijk dat Nederland unilateraal het voortouw neemt. De Wet Modernisering Personenvennootschappen biedt een uitgelezen kans om het recht omtrent personenvennootschappen in binnenlandse situaties te herzien en de buitenlandse classificatieverschillen omtrent de personenvennootschappen op te lossen. In de komende paragrafen zal worden bezien of de symmetrische benadering de problemen van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 wegnemen.

6.3.4. Toetsingskader

6.3.4.1. Effectiviteit & Efficiëntie

Het doel van de symmetrische benadering is het wegnemen van de oorzaak van hybridemismatches voor zowel de Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021. De oorzaak van de hybridemismatch kan worden weggenomen door de classificatie tussen landen gelijkloidend te maken. De vraag die resteert is of de classificatie van het land van oprichting of het land van vestiging gevolgd dient te worden. Volgens Fibbe en Stevens krijgt aansluiten bij de staat van vestiging de voorkeur omdat deze manier ook de classificatieverschillen op het gebied van dubbele vestigingsplaatsen oplost.³⁵⁸

Op 28 januari 2016 werd een aanvankelijk voorstel betreffende ATAD gepubliceerd en dat voorstel bevatte een symmetrische benadering om de oorzaak van hybridemismatches weg te nemen, wat mijns inziens een meer efficiënte manier is om mismatches tegen te gaan. Het toenmalige art. 10 van de EU anti-BEPS richtlijn zorgde ervoor dat de autonomie van de verschillende lidstaten werd ingeperkt.³⁵⁹ Het inperken van de autonomie van lidstaten zou een reden kunnen dat art. 10 de uiteindelijke richtlijn niet heeft gehaald. Zo heeft onder andere de NOB haar zorgen geuit. Zij stelt dat zij de verregaande inperking van de fiscale autonomie om te zien in welke lidstaat een hybride samenwerkingsverband zelfstandig belastingplichtig is niet begrijpt.³⁶⁰ Europese inmenging in de fiscale autonomie is iets wat steeds vaker voorkomt en is naar mijn mening geen gegronde reden om een structureel probleem in de Nederlandse fiscale wetgeving weg te nemen. Het akkoord gaan met de belastingplichtmaatregel van art. 2 lid 3 Wet Vpb 1969 is een goed voorbeeld van waar Nederland haar fiscale autonomie op het gebied van de classificatie van samenwerkingsverbanden laat inperken.

Aan de hand van de in hoofdstuk drie en vier uitgewerkte voorbeelden zal worden geïllustreerd dat, indien het toestemmingsvereiste komt te vervallen en Nederland de symmetrische benadering toe

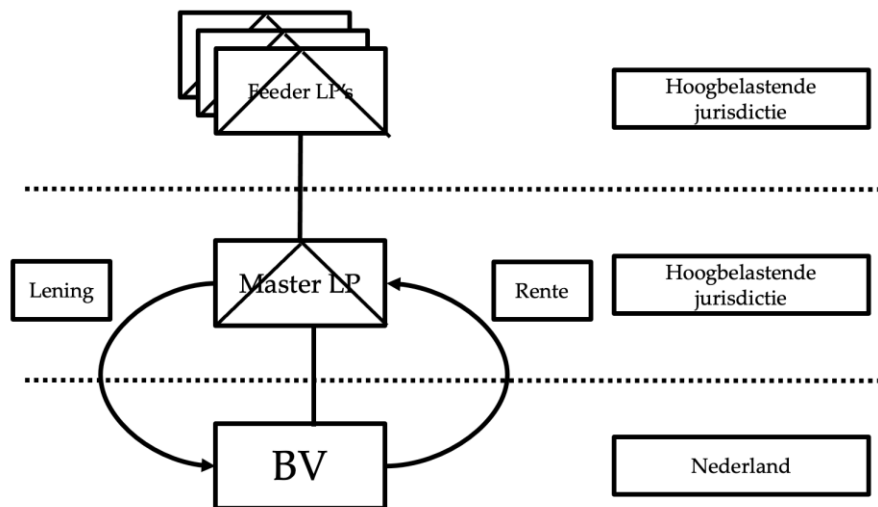
³⁵⁸ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 200.

³⁵⁹ Art. 10 van het Voorstel voor een Richtlijn (EU) 2016/0011 van de Raad van 28 januari 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden luidde: *“Wanneer twee lidstaten een verschillende wettelijke kwalificatie geven aan dezelfde belastingplichtige (hybride entiteit), met inbegrip van zijn vaste inrichting in een of meer lidstaten, en dit leidt tot ofwel een situatie waarin dezelfde betaling, lasten of verliezen in aftrek worden gebracht zowel in de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden als in een andere lidstaat, ofwel een andere situatie waarin een betaling in aftrek wordt gebracht in de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt zonder dat deze betaling op overeenkomstige wijze in de andere lidstaat in de heffing wordt betrokken, wordt de wettelijke kwalificatie die aan de hybride entiteit wordt gegeven door de lidstaat waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden, door de andere lidstaat overgenomen.”*

³⁶⁰ Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB van 16 februari 2016, ‘*Commentaar op het Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final)(anti-belastingontwijkingsrichtlijn)*’.

gaat passen, de onterechte samenloop en creatie van belastingplicht voor de Wet BB 2021 komen te vervallen.

Voorbeeld 1 – Casus van de NOB³⁶¹



Figuur 15; Schets van onderlinge samenloop tussen de mismatchbepalingen wet Vpb 1969 en Wet BB 2021.

Voorbeeld ontleend uit: Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'

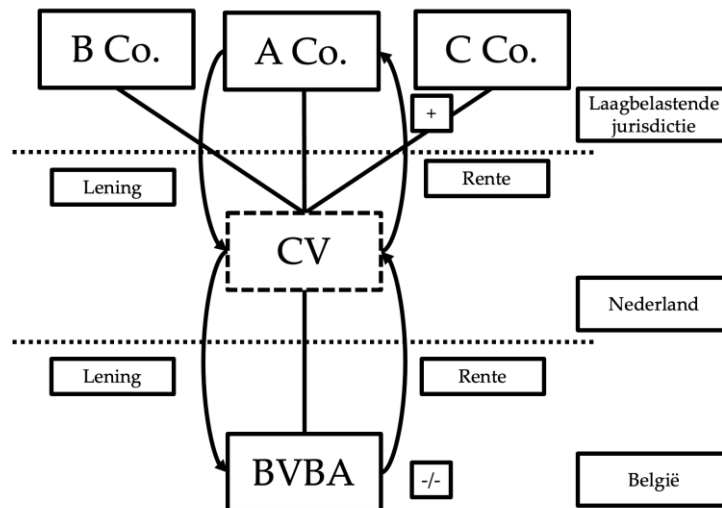
In bovenstaand figuur worden de aandelen van een naar Nederlands recht opgerichte BV direct gehouden door een naar buitenlands recht opgerichte Master Limited Partnership (hierna: LP) waarvan de aandelen direct worden gehouden door één of meer Feeder LP's, allen (al dan niet tezamen) met een kwalificerend belang. Zowel de Master LP als de Feeder LP's zijn opgericht naar het recht van een niet-LBJ en hebben de karakteristieken van een Nederlandse besloten CV, waardoor zij voor fiscale doeleinden van die landen als transparant worden aangemerkt. In de situatie waarin er geen aanpassing wordt gemaakt omtrent het toestemmingsvereiste of indien Nederland niet de symmetrische benadering toe gaat passen, worden zowel de Master LP als Feeder LP's voor Nederlandse belastingdoeleinden aangemerkt als fiscaal non-transparant. De Master LP heeft een lening verstrekt aan BV en BV betaalt hierover rente.

Indien het toestemmingsvereiste komt te vervallen verandert de Nederlandse classificatie van de Master LP en Feeder LP's. Deze entiteiten zullen door Nederland niet langer als non-transparant worden aangemerkt maar als transparant. De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 zullen geen toepassing meer vinden omdat de hoogbelastende jurisdictie alsmede Nederland de Master LP gelijkkluidend classificeren. Wel dient de aftrekbare rentebelasting bij BV ergens in heffing betrokken worden. Voor de symmetrische benadering geldt dat de classificatie in het land van vestiging gevolgd dient te worden. De hoogbelastende jurisdictie classificeert de Master LP als transparant die onder de Nederlandse symmetrische benadering door Nederland wordt gevolgd. De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 vinden geen toepassing meer.

Daarnaast is ook de Wet BB 2021 niet meer van toepassing indien het toestemmingsvereiste komt te vervallen of de Nederlandse symmetrische benadering wordt toegepast. De Master LP wordt niet meer op basis van art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 aangemerkt als voordeelgerechtigde. In er een transactie plaatsvindt waar geen laagbelastende jurisdictie aan te pas komt is geen bronbelasting verschuldigd, mits er geen sprake is van een kunstmatige constructie in de zin van art. 2.1, eerste lid, onderdeel c Wet BB 2021.

³⁶¹ Brief van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, 'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'.

Voorbeeld 2 – Aanpassing naar internationaal gebruikelijk



Figuur 16; De CV classificeert nu als "besloten" waardoor deze ook voor Nederland als fiscaal transparant wordt beschouwd.

Het louter toepassen van de symmetrische benadering zou in bovenstaande situatie geen oplossing bieden. Nederland volgt het land van vestiging, maar in bovenstaand geval is de CV in Nederland gevestigde entiteit dus zou Nederland de eigen classificatie volgen. Met het laten vervallen van het toestemmingsvereiste en het in lijn brengen met wat internationaal gangbaar is zal de CV niet langer als open CV classificeren. Voor België en de LBJ verandert er niks.

Vanuit het perspectief van België doet de BVBA een aftrekbare betaling aan een hybride lichaam in Nederland. België heeft in haar wet het equivalent van het Nederlandse art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 in haar wet staan. Er is hier sprake van een betaling aan een hybride lichaam en een verschil in classificatie tussen België en Nederland want er wordt aftrek gerealiseerd bij de Belgische BVBA, maar deze betaling is in Nederland niet in de grondslag betrokken. Art. 12aa, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 zou mijns inziens toepassing moeten vinden.

De LBJ ziet een betaling van een Belgische BVBA aan zichzelf. De LBJ betreft de rentebetaling in de grondslag.

Voor Nederland vinden de meest ingrijpende veranderingen plaats. De classificatie van de CV verandert van open naar besloten en derhalve van non-transparant naar transparant. De betaling die van de BVBA naar A Co. loopt wordt door Nederland niet geregistreerd vanwege het transparante karakter van de CV. Omdat er in Nederland geen aftrek plaatsvindt komt men ook niet toe aan de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969.

Voor de toepassing van de Wet BB 2021 is ook een verandering zichtbaar: omdat de betaling in Nederland niet zichtbaar is, is er ook geen heffing volgens de Wet BB 2021. Volgens art. 1.2 Wet BB 2021 kan een besloten CV niet inhoudingsplichtig zijn. Alleen non-transparante entiteiten kunnen inhoudingsplichtig zijn voor de Wet BB 2021. Het idee is dat de afgetrokken rentebetaling in Nederland wordt belast volgens de Wet BB 2021 indien deze wordt betaald aan LBJ. Dat is door de wijziging van classificatie niet meer aan de orde.

Mijns inziens kan er worden gesteld dat door de CV anders te classificeren als dat internationaal gebruikelijk is Nederland een situatie onder de Wet BB 2021 schuift en zo heffingsgrondslag creëert. Door het wijzigen van het classificatiebesluit lijkt alsof niet alleen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969, maar ook de Wet BB 2021 eerlijker worden.

Conclusie

De symmetrische benadering is mijns inziens een effectievere en efficiëntere manier om de problematiek omtrent hybride samenwerkingsverbanden op te lossen indien Nederland te maken heeft met een buitenlandse rechtsvorm. Doordat Nederland de classificatie van het vestigingsland overneemt wordt de oorzaak van de hybride mismatch weggenomen. Aanpassing van de classificatie van een CV met wat internationaal gangbaar is zal er mede voor zorgen dat de inhoudingsplicht voor de CV verdwijnt en Nederland niet kunstmatig heffingsbevoegdheid naar zich toetrekt. Argumenten tegen deze aanpassing zoals het inperken van de fiscale autonomie zijn mijns inziens van ondergeschikt belang. De fiscale autonomie is eerder op plekken ingeperkt en er stond een symmetrische benadering in het voorstel van de ATAD, wat impliceert dat de EC heeft getwijfeld over een Unierechtelijke symmetrische benadering.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.3.4.2. Rechtmatigheid

Zoals reeds in paragraaf 5.3.2.1. is aangegeven heeft het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden sinds de versoepeling van het toetsingskader in 2009 alsmede de vage terminologie in het besluit ervoor gezorgd dat op het gebied van rechtszekerheid is ingeboet.³⁶² Stevens vult aan dat indien er geen vergelijkbaar Nederlands samenwerkingsverband valt aan te wijzen men terugvalt op de vennootschapsbelastingplicht van deze lichamen, welke nooit concreet is geregeld door de wetgever. Daarom wordt de staatssecretaris in de literatuur wordt de veelvuldig gevraagd om het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden aan te passen met wat internationaal gangbaar is.³⁶³ Het in lijn brengen met wat internationaal gangbaar is of het compleet afschaffen van het besluit het alsmede opnemen van de symmetrische benadering in de rechtsorde om de rechtszekerheid van buitenlands belastingplichtige te bevorderen verdient de voorkeur.

Stevens en Fibbe geven voor de inbedding van de symmetrische benadering in de relevante belastingwetgeving een opzet.³⁶⁴ Voor de Wet Vpb 1969 pleiten zij voor een aanpassing van art. 3 Wet Vpb 1969 zodat wordt opgenomen dat de subjectieve belastingplicht reikt over inkomen wat opkomt in Nederland van niet in Nederland gevestigde vergelijkbare lichaam tenzij het land waar het niet in Nederland gevestigde lichaam niet als zelfstandig belastingplichtig wordt behandeld en derhalve niet zelfstandig wordt belast over de winst.³⁶⁵ Daarenboven dient te worden toegevoegd dat een niet in Nederland gevestigd lichaam wel belastingplichtig wordt indien zij in het land waarin zij is gevestigd wordt behandeld als zelfstandig lichaam dat wordt belast met een naar winst geheven belasting.³⁶⁶ Deze bepalingen laten zien dat Nederland de symmetrische benadering toepast waarbij de behandeling van de lichamen in het buitenland waar zij zijn gevestigd doorslaggevend is.

³⁶² Stevens *NTRF* 2010, par. 5.

³⁶³ o.a. Stevens *TFO* 2015, Beudeker *WFR* 2015 & Beudeker & Stevens *WFR* 2016 & Brief van de NOB van 29 mei 2019, 'Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen'.

³⁶⁴ Wettelijke bepalingen die nagenoeg gelijklopend zijn, zullen te vinden zijn in art. 3.7 (nieuw) Wet IB 2001 en de Wet DB 1965.

³⁶⁵ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 206.

³⁶⁶ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 206.

Daarnaast is met de voorgestelde wetswijziging uit het *consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* op het gebied van rechtmatigheid een stap in de goede richting gezet. Het begrip “open commanditaire vennootschap” verdwijnt uit de AWR, Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 waardoor binnenlandse en buitenlandse samenwerkingsverbanden niet meer als zodanig aangemerkt kunnen worden. Daarenboven wordt de vaste methode voor buitenlandse samenwerkingsverbanden die binnenlands belastingplichtig worden vastgelegd in art. 2, eerste lid, onderdeel h Wet Vpb 1969 en wordt de symmetrische methode voor buitenlandse samenwerkingsverbanden die buitenlands belastingplichtig worden vastgelegd in art. 3, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969. De enige onzekerheid die blijft bestaan betreft de wijze waarop het huidige Besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden zich verhoudt tot de nieuwe situatie. Alvorens de vaste of symmetrische methode toepassing vindt, moet op basis van de rechtsvormvergelijkende methode een Nederlands equivalent worden gevonden. De wijze waarop dit dient te gebeuren is niet duidelijk.

Conclusie

Naar mijn mening zorgt de symmetrische benadering voor meer rechtmatigheid en rechtszekerheid dan het huidige kwalificatiebesluit. Een aanpassing van wat internationaal gangbaar is of het afschaffen van het besluit en het opnemen van de symmetrische benadering in de relevante wetteksten zal zorgdragen voor meer rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Fibbe en Stevens hebben reeds een opzet gegeven op welke wijze deze bepalingen opgenomen kunnen worden in de verschillende belastingwetten. De Wet BB 2021 werd buiten beschouwing gelaten maar ook daarin dient een bepaling opgenomen te worden om de symmetrische benadering te regelen. De staatssecretaris geeft met de *consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* aan dat in bepaalde situaties de symmetrische benadering een optie is die in de toekomst mogelijk wordt geïncorporeerd in de Wet Vpb 1969.

Beoordeling: (+)(Goed)

6.3.4.3. Complexiteit

Veelvuldig wordt in de literatuur aangegeven dat de regels omtrent de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 ingewikkeld zijn wat bij kan dragen aan rechtsonzekerheid.³⁶⁷ De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 neutraliseren de negatieve gevolgen van hybride mismatches waarbij de toepassing van de regels niet altijd even helder is. Door de aanpassing van de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden naar wat internationaal gangbaar is en de toepassing van de symmetrische benadering door Nederland kan een groot aantal van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 onbruikbaar worden verklaard omdat deze niet meer toegepast hoeven te worden. Hierdoor verdwijnen een deel van de complexe regels uit de Wet Vpb 1969 waardoor de wet wordt vereenvoudigd en maakt het voor belastingplichtige overzichtelijker.

Conclusie

Het opnemen van de symmetrische benadering zal ervoor zorgen dat een deel van de complexe mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 niet meer van toepassing zijn. Hierdoor zal de Wet Vpb 1969 minder complex worden wat de werkbaarheid te goede komt.

³⁶⁷ o.a. Rijff & Stevens *MBB* 2019 & Warren *WFR* 2020. Het grootste gedeelte van de literaire stukken over ATAD 2 en de implementatie besteedt aandacht aan de complexiteit.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.3.4.4. Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Indien Nederland kiest voor de symmetrische classificatie van samenwerkingsverbanden zal bij een classificatieverschil de classificatie van het land van vestiging worden gevolgd.³⁶⁸ Dit impliceert dat de Belastingdienst alleen actief informatie moet uitwisselen over de classificatie van samenwerkingsverbanden indien er classificatieverschillen ontstaan tussen jurisdicties. Voor buitenlandse belastingplichtige is direct duidelijk hoe Nederland het buitenlandse samenwerkingsverband classificeert omdat deze classificatie gelijklopend is aan de classificatie in het land van vestiging. Mijns inziens kan de wetgever aan de aangifte vennootschapsbelasting en Wet BB 2021 een passage toevoegen waarin wordt gevraagd naar de fiscale classificatie van de entiteit die een lening verstrekt aan een Nederlands samenwerkingsverband in het land van vestiging van de crediteur. Zo kunnen classificatieverschillen door de Belastingdienst snel worden gecontroleerd en weggenomen.

Door het wegnemen van de classificatieverschillen tussen landen wordt een gedeelte van de regelgeving van de mismatchbepalingen betreffende hybride samenwerkingsverbanden Wet Vpb 1969 overbodig.³⁶⁹ Zoals in 6.3.4.2. reeds uiteen is gezet zal de problematiek omtrent hybride samenwerkingsverbanden in de Wet BB 2021 eveneens verdwijnen.

Conclusie

Indien Nederland gebruik gaat maken van de symmetrische benadering waarbij de classificatie in het land van vestiging doorslaggevend is, weet het buitenland gelijk hoe Nederland de samenwerkingsverbanden classificeert. Een classificatie van de leningverstrekker in de aangiftes kan een oplossing zijn om achter de classificatie van het buitenlandse samenwerkingsverband in het buitenland is.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.3.4.5. Onderlinge samenloop

Waar onder de toepassing van het huidige kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden onderlinge samenloop was te detecteren tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 zal door de aanpassing van het kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden en het toepassen van de Nederlandse symmetrische benadering deze samenloop teniet worden gedaan. Vanuit Nederlands perspectief zullen hybride samenwerkingsverbanden verdwijnen wordt het duidelijker waar een aftrekbare rentebetaling in de heffing wordt betrokken. Doordat nagenoeg alle mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden verdwijnen is er geen samenloop meer tussen deze bepalingen en de Wet BB 2021.³⁷⁰

³⁶⁸ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 203.

³⁶⁹ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 209-210.

³⁷⁰ Volgens Fibbe, Stevens en Tuk blijven de geïmporteerde mismatch, gestructureerde regelingen en *dual residents* bestaan. Daarnaast dient de belastingplichtmaatregel ook te blijven aangezien ATAD 2 dat voorschrijft. Zie Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 76 en p. 210.

Conclusie

Indien de wetgever overgaan op de symmetrische benadering voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden, dan neemt dit effectief het probleem van de ongewenste samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 weg. Vanuit Nederlands perspectief verdwijnen hybride samenwerkingsverbanden waardoor samenloop niet meer mogelijk is.

Beoordeling: (+ +)(Uitstekend)

6.4. Conclusie

In dit laatste inhoudelijke hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: *Zijn er in het kader van de doelen van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 eenvoudigere/structurele oplossingen en/of alternatieven te bedenken ten aanzien van de open CV?*

De oplossing op de deze vraag is tweeledig benaderd, zowel internationaal in de vorm van pijler 2 opgesteld door het IF, als unilateraal in de vorm van de symmetrische benadering opgesteld door Fibbe en Stevens.

6.4.1. Pijler 2 – GloBE

Effectiviteit & efficiëntie

De manier waarop pijler 2 van toepassing is op (omgekeerde) hybride samenwerkingsverbanden is in de blauwdruk uiteengezet, mede om ervoor te zorgen dat bij multinationals genoeg belasting wordt geheven. Inkomen van omgekeerde hybride en transparante samenwerkingsverbanden wordt toegerekend aan de Stateless jurisdiction. Bij onvoldoende belastingheffing wordt op basis van de GloBE-regels belasting bijgeheven.

Rechtmatigheid

Juridische afdwingbaarheid door het IF is niet mogelijk. Unierechtelijk dan wel unilateraal dienen de plannen te worden omgezet in wetgeving, maar de plannen in de blauwdruk zijn mogelijk in strijd met het verkeersvrijheden. Deze complicaties dienen opgelost te worden alvorens toepasselijke wetgeving kan worden opgesteld.

Complexiteit

Pijler 2 is duidelijk in de toekenning van het inkomen aan de verschillende jurisdicties. De toekenning van het inkomen aan een Stateless jurisdiction gebeurt op eenzelfde manier als onder de CbCR. De methode is reeds bekend, wat een minder complexe regelgeving ten goede komt.

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Hetgeen ontbreekt in pijler 2 is de manier waarop de het inkomen en daarmee de belastingheffing van de hypothetische jurisdictie wordt verdeeld. Er wordt verwezen naar de CbCR, maar over de toepassing van de GloBE-regels op niveau van de Stateless jurisdiction wordt niets gezegd, waardoor de toepassing van de GloBE-regels op de hypothetische jurisdictie niet duidelijk zijn.

Onderlinge samenhang

De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 blijven onverkort van kracht omdat de landen soeverein blijven in het opstellen van belastingwetgeving en omdat de plannen van pijler 2 pas worden

toegepast bij een groepsomzet van €750 miljoen, waar de plannen gekoppeld moeten worden aan een internationaal karakter van een bedrijf in plaats van aan groepsomzet.

6.4.2. De Nederlandse symmetrische benadering

Effectiviteit & efficiëntie

Indien Nederland de classificatie van het vestigingsland overneemt wordt de oorzaak van de hybride mismatch weggenomen wat een meer effectieve manier is van het bestrijden van hybridemismatches. Een inperking van de autonomie is van onderschikt belang wanneer belastingontwijking en grondslaguitholling kan worden tegengegaan.

Rechtmatigheid

Een aanpassing naar van de classificatie van samenwerkingsverbanden naar wat internationaal gangbaar en het opnemen van de symmetrische benadering in de relevante wetteksten kan zorgen voor meer rechtszekerheid, zowel voor binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen en de Belastingdienst. De staatssecretaris heeft met het afschaffen van de open CV en het opnemen van de vaste en symmetrische methode in de Wet Vpb 1969 de eerste stap gezet in een meer rechtmatigere benadering omtrent de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden.

Complexiteit

Het opnemen van de symmetrische benadering zal ervoor zorgen dat een deel van de complexe mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 niet meer van toepassing zijn. Hierdoor zal de Wet Vpb 1969 minder complex worden wat de werkbaarheid te goede komt.

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Indien Nederland gebruik gaat maken van de symmetrische benadering waarbij de classificatie in het land van vestiging doorslaggevend is, weet het buitenland gelijk hoe Nederland de samenwerkingsverbanden classificeert. Een classificatie van de leningverstrekker in de aangiftes kan een oplossing zijn om achter de classificatie van het buitenlandse samenwerkingsverband in het buitenland is.

Onderlinge samenhang

De symmetrische benadering voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden zal ervoor zorgen dat het probleem van de ongewenste samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 verdwijnt. De symmetrische benadering zal ervoor zorgen dat Nederland het begrip hybride samenwerkingsverband niet meer kent.

6.4.3. Beoordeling

Kwaliteitseisen	Pijler 2 – GloBE	Nederlandse symmetrische benadering
Effectiviteit & efficiëntie	(+ +)(Uitstekend)	(+ +)(Uitstekend)
Rechtmatigheid	(-)(Matig)	(+)(Goed)
Complexiteit	(+ +)(Uitstekend)	(+ +)(Uitstekend)
Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	(-)(Matig)	(+ +)(Uitstekend)
Onderlinge samenhang	(-)(Matig)	(+ +)(Uitstekend)

6.4.4. Aanbeveling

Op basis van bovenstaande punten is duidelijk geworden welke van de twee regelingen de voorkeur verdient. Zoals eerder aangegeven hebben internationaal gecoördineerde regels tegen belastingontwijking en grondslaguitholling de voorkeur boven unilaterale regels. Toch heeft de unilaterale regeling bij de keuze tussen de twee regelingen geschetst in dit hoofdstuk de voorkeur. De OESO wil halverwege 2021 een akkoord bereiken over de reikwijdte van pijler 2, wat uiteraard een mooi streven is, maar zoals uiteengezet in dit hoofdstuk bestaan er nog een groot aantal onzekerheden. Indien er een akkoord wordt bereikt over pijler 2 zal er conceptwetgeving opgesteld moeten worden waarna deze wetgeving door de EC moet worden omgezet in wet- en regelgeving en unaniem aangenomen dient te worden door de lidstaten. Alvorens deze regelgeving gereed en geïmplementeerd is er veel tijd verstreken.

De wetgever doet er mijns inziens goed aan om niet te wachten op de implementatie van pijler 2, maar op unilateraal niveau stappen te ondernemen. Niet op de reikwijdte van pijler 2, maar door vanuit een Nederlands perspectief de complicaties omtrent hybride samenwerkingsverband in zijn totaliteit weg te nemen. De symmetrische benadering mag dan een inperking zijn van de Nederlandse fiscale autonomie, maar het argument hiertegen gaat mijns inziens niet op. Enerzijds niet omdat de fiscale autonomie de afgelopen jaren op andere gebieden is ingeperkt, maar anderzijds niet omdat zowel het doel van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 is het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling. Het is een speerpunt van het kabinet om dit tegen te gaan. Indien zich een mogelijkheid biedt om een grote slag te slaan in de strijd tegen belastingontwijking en grondslaguitholling dient de wetgever dit op zijn minst in ogenschouw te nemen. Mijn advies aan de wetgever is dan ook om het advies van Fibbe en Stevens te volgen: de open CV dient afgeschaft te worden, pas het kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden zo aan dat het toestemmingsvereiste verdwijnt of, in het beste geval, schaf het besluit helemaal af en neem de symmetrische benadering op in de relevante belastingwetgeving om voor altijd een einde te maken aan hybride mismatches als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden.

7. Conclusie

7.1. Samenvatting van het onderzoek

In deze masterscriptie is aan de hand van verschillende deelvragen getracht een antwoord te vinden op de volgende deelvraag: *In hoeverre sluiten de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 aan bij het doel om belastingontwijking tegen te gaan ten aanzien van de open CV en in hoeverre zijn er alternatieven te bedenken die beter aansluiten bij voorkoming van belastingontwijking en grondslaguitholling bij de open CV?*

7.1.1. Kwalificatie van (buitenlandse) samenwerkingsverbanden

Om tot een volledige beantwoording van deze onderzoeksvraag te komen is in hoofdstuk twee allereerst aandacht besteed aan de verschillende samenwerkingsverbanden die Nederland kent en waar deze in de nationale wetten te vinden zijn. Er is onderscheid gemaakt tussen samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid en samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid, de personenvennootschappen. Samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid kunnen vervolgens worden opgedeeld in samenwerkingsverbanden met en zonder een in aandelen verdeeld kapitaal. De BV en NV zijn voorbeelden van samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid (kapitaalvennootschappen) waar de vereniging, stichting, coöperatie & onderlinge waarborgmaatschappijen geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben. Zowel de statutaire vereisten alsmede de belastingheffing van deze verschillende rechtspersonen is aan bod gekomen. Er werd geconcludeerd dat kapitaalvennootschappen in het internationale belastingverkeer de voorkeur verdienen boven rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal.

Vervolgens kwamen de personenvennootschappen aan bod, van wie de wettelijke bepalingen stammen uit omstreeks 1838. Zo zijn de maatschap, de VOF en de CV de revue gepasseerd, de manier van aangaan van een samenwerkingsverband alsmede de manier waarop zij in de heffing worden betrokken is aan bod gekomen. Vervolgens is aandacht besteed aan de verschillende pogingen om de wetgeving omtrent personenvennootschappen te moderniseren. Zoals aangegeven zijn er in 1972 en 1997 pogingen gedaan om het recht te moderniseren, zonder resultaat. Het voorstel van 1972 is nooit officieel gevormd tot een wetsvoorstel en het voorstel van 1997 is weliswaar aangenomen in de Tweede Kamer, maar is in 2011, na kritiek van de Eerste Kamer en vanuit het MKB, ingetrokken door de Minister van Justitie. In 2016 is wederom een poging gedaan tot modernisering van het recht omtrent personenvennootschappen wat heeft geleid tot het ambtelijk voorontwerp Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen 2019. Opmerkelijk is dat alle voorstellen twee gemeenschappelijke delers hebben: rechtspersoonlijkheid voor personenvennootschappen en het behouden van fiscale transparantie. Rechtspersoonlijkheid voor personenvennootschappen onder andere zodat een personenvennootschap zelf verplichtingen jegens derde aan kan gaan. Fiscale transparantie moet worden gewaarborgd zodat achterliggende participanten gebruik verliezen of winsten die opkomen bij het samenwerkingsverband kunnen verrekenen met hun op persoonlijke titel gerealiseerde winsten of verliezen. In het voorontwerp wordt nadrukken aandacht besteed aan de binnenlandse behandeling van personenvennootschappen. De internationale classificatie komt nagenoeg niet aan bod.

Na de nationale classificatie van samenwerkingsverbanden is de Nederlandse classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden aan bod gekomen. Al gevolg van het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden kan worden concludeert dat Nederland de *corporate resemblance* methode hanteert om buitenlandse samenwerkingsverbanden te classificeren. Indien een binnenlands equivalent van een buitenlands samenwerkingsverband ontbreekt krijg het buitenlandse samenwerkingsverband een classificatie die het meest in de buurt komt van een Nederlands equivalent. Aan de hand van vragen betreffende de aansprakelijkheid van de achterliggende participanten van het samenwerkingsverband, het bezitten van juridisch eigendom door het samenwerkingsverband, de verdeeldheid van het kapitaal van het samenwerkingsverband en de mate van toestemming bij het toe- en uittreden van de achterliggende participanten wordt

beoordeeld of een buitenlands samenwerkingsverband als fiscaal non-transparant of transparant aangemerkt dient te worden. De laatste vraag uit het besluit zorgt internationaal voor ophef. Als gevolg van de laatste vraag worden buitenlandse CV-achtige als fiscaal non-transparant aangemerkt door Nederland waar zij in het land van oprichting als fiscaal transparant worden aangemerkt. Als gevolg van het niet in lijn zijn met wat internationaal gangbaar is ontstaan met Nederland onevenredig veel mismatches als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden.

In het *consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* lijkt de staatssecretaris de eerste stappen te willen zetten richting een systeem waarin de hybridemismatchbepalingen minder vaak toepassing vinden. Het toestemmingsvereiste ter classificatie van de open CV verdwijnt waardoor de open CV als geheel ophoudt te bestaan. Hiermee wordt de Nederlandse classificatiemethode in lijn gebracht met wat internationaal gangbaar is. De rechtsvormvergelijkende methode blijft bestaan en daarbij worden, indien de rechtsvormvergelijkende methode geen uitsluitsel kan geven, twee nieuwe manieren van classificeren ingevoerd. Buitenlandse belastingplichtigen die de zetel verplaatsen naar Nederland worden op basis van de vaste methode onvoorwaardelijk belastingplichtig in Nederland terwijl buitenlandse belastingplichtigen die een belang houden in een Nederlandse entiteit worden geclassificeerd op basis van de symmetrische benadering.

7.1.2. Huidige maatregelen tegen belastingontwijking en grondslaguitholling

7.1.2.1. De mismatchbepalingen Wet Vpb 1969

In hoofdstuk drie zijn de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 aan bod gekomen. Om mismatches als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden tegen te gaan zijn sinds 1 januari 2020 de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 van kracht. Deze wetgeving is ontstaan uit een plan van de OESO om BEPS tegen te gaan. Als gevolg van de globalisering bleken de autonome belastingstelsel van landen te overlappen met dubbele belastingheffing als gevolg. Dubbele belastingheffing had een tegengesteld effect op globalisering waardoor landen v.t.v.v.d.b. afsloten. Multinationals en tax planners maakte optimaal gebruik van deze v.t.v.v.d.b. om situaties te creëren waar de dubbele belastingheffing werd omgezet in situaties van dubbele non-belasting.

Om belastingontwijking en grondslaguitholling tegen te gaan ontwikkelde de OESO in 2013 de BEPS-actieplannen. 15 plannen die de fiscale uitdagingen van belastingontwijking en grondslaguitholling tegen moesten gaan. Het tweede actieplan zag op de uitdagingen betreffende belastingontwijking door concerns door gebruik te maken van hybride samenwerkingsverbanden. Een mismatch als gevolg van een hybride samenwerkingsverband ontstaat wanneer de ene betrokken staat een samenwerkingsverband als fiscaal non-transparant aanmerkt terwijl de andere betrokken staat hetzelfde samenwerkingsverband als fiscaal transparant aanmerkt. Een rentebetaling betaalt door een als non-transparante aangemerkte entiteit in land A aan een als transparante aangemerkte entiteit in Land B is aftrekbaar in Land A staat maar wordt niet belast in Land B. Het gevolg is dat situaties ontstaan waar een betaling wordt afgetrokken zonder dat deze wordt opgenomen in de heffing.

De door de OESO geschetste problematiek is door de EC bevangen in twee richtlijnen tegen belastingontwijking en grondslaguitholling. De tweede richtlijn, ATAD 2, zag specifiek op het tegengaan van situaties waarbij hybridemismatches werden gebruikt om belasting te ontwijken en de grondslag uit te hollen. Deze richtlijn is door Nederland omgezet in de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking en is op 1 januari 2020 geïmplementeerd in de Nederlandse Wet Vpb 1969. De

geïmplementeerde bepalingen zorgen voor het wegnemen van de gevolgen van hybridemismatches binnen concernverband. Daarbij gaan zij ook gestructureerde regeling tussen derden waar een hybride mismatch uit voortvloeit tegen.

Mismatches die voortkomen door gebruik te maken van hybride samenwerkingsverbanden komen voor in vier verschillende situaties:

- Een betaling aan een hybride samenwerkingsverband;
- Een betaling door een hybride samenwerkingsverband;
- Dubbele aftrek als gevolg van een hybride samenwerkingsverband;
- Een omgekeerde hybride samenwerkingsverband.

Indien een van de bovenstaande mismatches zich voordoet moeten de lidstaten voorgeschreven regels volgen, de zogeheten *Linking Rules*. Allereerst moet de staat van de betaler de rentebetaling in aftrek beperken, zij past dan de primaire regel toe welke verplicht is om te implementeren in de nationale wetgeving. Naast de primaire regel geeft de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid om secundaire regel te implementeren. De richtlijn en de primaire regel dient alleen geïmplementeerd te worden door lidstaten en niet door derde staten aangezien zij geen onderdeel zijn van de EU. De secundaire regel schrijft voor dat indien een rentebetaling wordt ontvangen van een derde staat en er is sprake van een hybridemismatch, dat de staat van de ontvanger de initieel niet in de heffing betrokken betaling alsnog in de heffing betreft.

7.1.2.2. De Wet BB 2021

In hoofdstuk vier is vervolgens aandacht besteed aan de Wet BB 2021. Naast de Europeesrechtelijke maatregelen regel belastingontwijking en grondslaguitholling heeft Nederland autonoom stappen ondernomen om dit fenomeen tegen te gaan. Het doel van de Wet BB 2021 is om te bereiken dat Nederland niet langer wordt gebruikt als route naar LBJ's. De rente- en royaltybetalingen die stroomt vanuit Nederland naar een LBJ moeten in zijn totaliteit verdwijnen. Een LBJ is een jurisdictie met een statutair tarief van een naar winst geheven belasting van minder dan 9% of indien de jurisdictie staat op de EU-lijst van non-coöperatieve jurisdicties.

De Wet BB 2021 is van toepassing indien er een rente- of royaltybetaling wordt gedaan door een in Nederland gevestigd lichaam (de inhoudingsplichtige), aan een lichaam dat is gevestigd in een LBJ (de belastingplichtige), of in geval van misbruik. Daarnaast dienen de entiteiten gelieerd te zijn. Indien de inhoudingsplichtige een belang van minimaal 50% houdt in de belastingplichtige, of andersom, is er sprake van gelieerdheid. Indien een derde partij een belang van 50% houdt in beide lichamen is ook sprake van gelieerdheid.

In de Wet BB 2021 zijn bepalingen opgenomen die ervoor moeten zorgen dat bij het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden de Wet BB 2021 alsnog geëffectueerd kan worden. Een in een LBJ gevestigd samenwerkingsverband wat voor Nederlandse fiscale doeleinden als fiscaal transparant wordt beschouwd, maar voor de achterliggende participanten, gevestigd in een niet-LBJ, als fiscaal non-transparant wordt beschouwd zou zonder aanvullende wetgeving voor problemen kunnen zorgen. Vanuit een Nederlands perspectief wordt de rentebetaling direct aan de achterliggende participanten betaald terwijl de achterliggende participanten een betaling aan het hybride samenwerkingsverband registreren. Zonder aanvullende regelgeving zou de Wet BB 2021 hier geen

toepassing vinden. De classificatie van het hybride samenwerkingsverband is hier van belang. Indien het hybride samenwerkingsverband in de staat van oprichting niet in de LBJ is gevestigd, is art. 2.1, eerste lid onderdeel d Wet BB 2021 van toepassing en is bronbelasting verschuldigd, tenzij kan worden aangetoond dat de rentebetaling bij het hybride samenwerkingsverband voldoende in de heffing is betrokken.

Een omgekeerde situatie is eveneens denkbaar, zoals bij de huidige classificatie van de Nederlandse open CV. Een in een niet-LBJ gevestigd omgekeerd hybride samenwerkingsverband is volgens Nederland fiscaal non-transparant terwijl het hybride samenwerkingsverband voor de in een LBJ gevestigde achterliggende participanten als transparant wordt beschouwd. Nederland ziet een betaling aan een non-transparante entiteit in een niet-LBJ terwijl de achterliggende participanten een betaling aan henzelf registreren terwijl zij zijn gevestigd in een LBJ. Zonder aanvullende regelgeving zou wederom geen bronbelasting verschuldigd zijn. Als het hybride samenwerkingsverband volgens de staat van oprichting als transparant wordt aangemerkt is art. 2.1, eerste lid, onderdeel e Wet BB 2021 van toepassing en is er bronbelasting verschuldigd. Er is geen bronbelasting verschuldigd indien kan worden aangetoond dat niet het hybride samenwerkingsverband maar de achterliggende participanten worden aangemerkt als de gerechtigde tot de voordelen van de rente- en royaltybetalingen. Daarbij mogen de achterliggende participanten geen lichamen zijn waar, zonder tussenkomst van het hybride samenwerkingsverband, art. 2.1, eerste lid, onderdelen a t/m d Wet BB 2021 op van toepassing zouden zijn.

7.1.2.3. De toetsing van de huidige maatregelen tegen belastingontwijking en grondslaguitholling

In hoofdstuk vijf heeft een toetsing plaatsgevonden. Om te evalueren of de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 voldoen aan de eisen voor kwalitatief goede wetgeving is het toetsingskader uit de Nota Zicht op Wetgeving gebruikt. Er is aandacht besteed aan effectiviteit en efficiëntie, rechtmatigheid, complexiteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en onderlinge samenhang.

Zoals onder 7.1.1. reeds uiteengezet classificeert Nederland CV-achtige op een afwijkende manier ten opzichte van wat internationaal gangbaar is. Vanwege het omstrede toestemmingsvereisten, een vereiste wat alleen Nederland kent, vinden de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 onevenredig vaak toepassing en vinden de regels van de Wet BB 2021 onterecht toepassing.

Op het gebied van effectiviteit en efficiëntie wordt mijns inziens een situatie van overkill gecreëerd. De doelen van de beide wettelijke bepalingen is duidelijk, kort gezegd het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling. Maar als gevolg van de afwijkende manier van classificeren vindt art. 12aa, eerste lid onderdeel b Wet Vpb 1969 onevenredig vaak toepassing ten opzichte van andere landen. Daarenboven bestond de situatie dan en bronbelasting kon worden geheven van lichamen zonder dat er een LBJ aan te pas kwam, alvorens de staatssecretaris haastig heeft ingegrepen. Daarbij lijkt het alsof er in Nederland kunstmatig heffingsrecht wordt gecreëerd voor de Wet BB 2021 als gevolg van de afwijkende classificatieregels in Nederland.

Effectiviteit & Efficiëntie	(- -)(Onvoldoende)
--	----------------------

Het opnemen van de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 in de nationale belastingwetgeving kan de rechtszekerheid mogelijk worden vergroten, maar vanwege de implementatieverschillen van de richtlijn tussen lidstaten kan aan rechtmatigheid zijn ingeleverd. Daarnaast bestaat er onduidelijkheid over of deze regels op hen van toepassing zijn omdat dat afhangt van het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden, een besluit dat in 2009 voor het laatste aangepast wat door de toegenomen bewegingsruimte van de Belastingdienst niet heeft gewonnen aan rechtszekerheid. De Wet BB 2021 levert in aan rechtszekerheid omdat het effectueren van de Wet BB 2021, op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden, niet altijd vanzelfsprekend is. Bij hybride samenwerkingsverbanden die als non-transparant worden aangemerkt in een LBJ kan de Wet BB 2021 mogelijk niet worden geëffectueerd wat als onwenselijk wordt ervaren.

Rechtmatigheid	<i>(-)(Matig)</i>
-----------------------	---------------------

Zowel de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021 wordt niet voldoende beoordeeld op het gebied van complexiteit. De Wet Vpb 1969 is door de toevoeging van de mismatchbepalingen alleen maar meer complex geworden terwijl mogelijk niet eens alle misbruiksituaties waar hybride samenwerkingsverbanden bij worden gebruikt ongedaan worden gemaakt. Al raakt de Wet BB 2021 niet een grote groep belastingplichtigen, het is dit wederom een nieuwe regeling die in het algemeen en op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden specifieke kennis vereist.

Complexiteit	<i>(-)(Matig)</i>
---------------------	---------------------

Als gevolg van het toestemmingvereiste vindt een onterechte lastenverzwaring plaats. Deze lastenverzwaring drukt op belastingplichtigen omdat zij moeten aantonen of een hybridemismatch al dan niet of hen van toepassing is. Met het in lijn brengen van de classificaties kan sneller voorbij worden gegaan aan deze drukkende verplichting wat de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ten goede komt.

Uitvoerbaarheid & Handhaafbaarheid	<i>(- -)(Onvoldoende)</i>
---	-----------------------------

Zoals in het onderzoek naar voren kwam is er samenloop te detecteren tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021. Enerzijds is dit een slechte zaak omdat door toepassing van beide regelingen een betaling mogelijk tweemaal in de heffing wordt betrokken. Anderzijds zijn beide regelingen antimisbruikbepalingen die beogen het gedrag van belastingplichtigen te veranderen zodat belastingontwijking en grondslaguitholling tegen wordt gegaan. Desalniettemin lijkt het mijns inziens efficiënte manier van het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling en zijn er efficiëntere alternatieven te bedenken.

Onderlinge samenhang	<i>(-)(Matig)</i>
-----------------------------	---------------------

7.1.3. Alternatieve methode tegen belastingontwijking en grondslaguitholling

7.1.3.1. BEPS 2.0: Pijler 2 – Global Anti-Base Erosion Proposal

In hoofdstuk zes zijn zowel internationale als nationale alternatieven aan bod gekomen. Als mogelijke internationale oplossing voor het probleem van belastingontwijking en grondslaguitholling is Pijler 2

van BEPS 2.0 aangedragen. Pijler 2 tracht te bewerkstelligen dat multinationals gegarandeerd een minimum effectief belastingtarief³⁷¹ betalen over de gemaakte winst. Winsten van een multinational dienen per jurisdictie te worden gecombineerd, waarna wordt gekeken of over deze winsten effectief voldoende belasting is betaald. Indien een jurisdictie de winst niet voldoende belast kan aan de hand van de IIR, UTPR, STTR en SOR heffingsrecht worden toegekend aan jurisdicties waar de winst niet direct opkomt. De IIR geeft de jurisdictie waar de moedermaatschappij is gevestigd het recht om bij te heffen indien er in de andere jurisdicties waar de multinational is gevestigd niet voldoende belasting wordt geheven. De UTPR zorgt ervoor dat de bronstaat kan bijheffen indien in de bronstaat effectief niet voldoende belasting wordt geheven. De STTR maakt bij onvoldoende effectieve belastingheffing het gereduceerde tarief uit het v.t.v.v.d.b. ongedaan en de SOR zorgt ervoor dat in de situaties met vaste inrichtingen of onroerend goed dat niet alleen het bronland, maar ook het land waar het hoofdhuis gevestigd is mag heffen over de opbrengsten.

7.1.3.2. De Nederlandse symmetrische benadering

Een unilaterale mogelijkheid om het probleem omtrent hybride samenwerkingsverbanden tegen te gaan is een aanpassing van de Nederlandse classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Jurisdicties passen elk een andere manier van classificatie toe waaruit vier verschillende methoden uit zijn voortgekomen. Nederland zou kunnen kiezen voor de *elective approach* waarbij entiteiten die zijn gevestigd in Nederland mogen kiezen of een in het buitenland gevestigd samenwerkingsverband als non-transparant of transparant wordt aangemerkt.³⁷² Nederland zou ook kunnen kiezen voor de *fixed approach*, waarbij alle naar een buitenlands recht opgericht samenwerkingsverband worden aangemerkt als fiscaal non-transparant of transparant. Indien Nederland kiest voor de *symmetrical approach* wordt in Nederland de classificatie van het buitenlandse samenwerkingsverband gevolgd zoals dat is in het land van vestiging. Uiteraard kan Nederland er ook voor kiezen om de *corporate resemblance* methode die nu wordt gebruikt aan te passen en in lijn te brengen met wat internationaal gangbaar is.

Uit het onderzoek kwam naar voren dat de *elective approach* en *fixed approach* geen goede manieren van classificatie zijn in het tegengaan van hybridemismatches, maar dat de *symmetrical approach* mogelijk een zeer effectieve manier zou zijn om hybridemismatches tegen te gaan.

7.1.3.3. De toetsing van de alternatieve methode tegen belastingontwijking en grondslaguitholling

Om te beoordelen of de alternatieven beter dan wel slechter voldoen aan de eisen voor kwalitatief goede wetgeving in het tegengaan van mismatches als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden zijn deze alternatieven in hoofdstuk zes getoetst aan het in hoofdstuk vijf opgetelde toetsingskader.

BEPS 2.0: Pijler 2 – Global Anti-Base Erosion Proposal

Effectiviteit & Efficiëntie

Het doel van pijler 2 is om bij multinationals een minimum effectief belastingtarief te heffen. Het toebedelen van het inkomen van (omgekeerde) hybride samenwerkingsverbanden over de jurisdicties is in de blauwdruk uiteengezet. Inkomen van hybride entiteiten wordt toegerekend aan de

³⁷¹ Effectief belastingdruk (per jurisdictie) = (verschuldigde belasting) / (GloBE grondslag)

³⁷² Met de uitzondering voor de *perse corporations*.

bronstaatjurisdictie en inkomen van omgekeerde hybride en transparante samenwerkingsverbanden wordt toegerekend aan de Stateless jurisdiction. Bij onvoldoende belastingheffing wordt op basis van de GloBE-regels belasting bijgeheven.

Effectiviteit & efficiëntie	(++)(Uitstekend)
--	---------------------------

Rechtmatigheid

Wetgeving omtrent pijler 2 is er tot op heden nog niet en kan ook niet door het IF worden afgedwongen. Het zijn de betrokken staten die unierechtelijk dan wel unilateraal regels in moeten voeren, maar of de implementatie in de EU mogelijk is is nog niet duidelijk aangezien de blauwdruk van pijler 2 mogelijk in strijd is met de verkeersvrijheden.

Rechtmatigheid	(-)(Matig)
-----------------------	---------------------

Complexiteit

De toerekening van het inkomen aan de verschillende jurisdicties is in de blauwdruk nadrukkelijk geregeld. Inkomen van omgekeerde hybride of transparante samenwerkingsverbanden wordt toegerekend aan de *Stateless jurisdiction* op eenzelfde manier als volgens de CbCR. Omdat de methode van toerekening reeds bekend is zal dit de complexiteit ten goede komen.

Complexiteit	(++)(Uitstekend)
---------------------	---------------------------

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Tot op heden zijn er in de blauwdruk geen methoden opgenomen waarop het inkomen en de belastingheffing van de *Stateless jurisdiction* worden verdeeld. Op een verwijzing naar de CbCR regels na wordt er nagenoeg geen aandacht aan besteed en is niet geheel duidelijk hoe de GloBE-regels toepassing vinden ten aanzien van de *Stateless jurisdiction*.

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	(-)(Matig)
---	---------------------

Onderlinge samenhang

Ongeacht het feit of pijler 2 unierechtelijk geïmplementeerd kan worden, blijven jurisdicties onder pijler 2 soeverein in het opstellen van autonome belastingwetgeving. Onderlinge samenhang zal ontstaan doordat pijler 2 pas toepassing vindt bij een groepsomzet van meer dan €750 miljoen. Mijns inziens zou pijler 2 toepassing moeten vinden indien een bedrijf internationaal opereert, ongeacht de grote van de groepsomzet. De huidige bepalingen ten aanzien van hybridemismatches zijn ook niet afhankelijk van groepsomzet.

Onderlinge samenhang	(-)(Matig)
-----------------------------	---------------------

De Nederlandse symmetrische benadering

Effectiviteit en efficiëntie

Het doel van zowel de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 als de Wet BB 2021 zijn het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling maar op het gebied van hybride samenwerkingsverbanden

ligt in beide wetten de nadruk op het neutraliseren van de gevolgen in plaats van het probleem aanpakken bij de oorzaak. Indien Nederland de symmetrische classificatiemethode toepast wordt de oorzaak van het classificatieverschil weggenomen en is mijns inziens de hybridemismatch op de meest effectieve manier bestreden. Het inperken van de fiscale autonomie moet daar mijns inziens niet aan afdoen.

Effectiviteit & efficiëntie	(++)(Uitstekend)
--	---------------------------

Rechtmatigheid

De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden in lijn brengen met wat internationaal gangbaar is, alsmede het opnemen van de symmetrische benadering kan bijdragen aan de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Daarnaast dienen deze aanpassingen ondubbelzinnig te worden opgenomen in de relevante fiscale wetten met een eenduidige uitkomst op het gebied van fiscale classificatie.

Rechtmatigheid	(+)(Goed)
-----------------------	--------------------

Complexiteit

Indien de symmetrische benadering wordt toegepast door Nederland zullen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en de hybride bepalingen in de Wet BB 2021 niet langer van toepassing zijn wat de complexiteit van de Wet Vpb 1969 en de Wet BB 2021 zal verlagen.

Complexiteit	(++)(Uitstekend)
---------------------	---------------------------

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid

Daarnaast weten buitenlandse belastingplichtigen in alle gevallen hoe Nederland het buitenlandse samenwerkingsverband classificeert aangezien de classificatie gelijklopend is aan de classificatie in eigen land. Om de classificatie in het buitenland te achterhalen kan in de aangifte een passage worden opgenomen waarin specificaties moeten worden gegeven van de buitenlandse leningverstrekker.

Uitvoerbaarheid & handhaafbaarheid	(++)(Uitstekend)
---	---------------------------

Onderlinge samenhang

Indien de symmetrische benadering door Nederland wordt geïmplementeerd zal de ongewenste samenloop tussen de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 niet langer voorkomen. Hybride samenwerkingsverbanden als geheel zullen in Nederland ten opzichte van het buitenland worden geëlimineerd.

Onderlinge samenhang	(++)(Uitstekend)
-----------------------------	---------------------------

7.2. Aanbeveling aan de wetgever

Uit het onderzoek kwam naar voren dat de huidige manier van het tegengaan van mismatches als gevolg van het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden niet voldoen aan de eisen voor kwalitatief goede wetgeving. Waar deze wettelijke regelingen de nadruk leggen op het neutraliseren

van de gevolgen van hybridemismatches is het mijns inziens beter om de oorzaak van deze mismatches in zijn geheel weg te nemen. Het tegengaan van hybridemismatches kan zowel unierechtelijk als unilateraal gebeuren en voor beide benaderingen is een methode behandeld. Aan de hand van de toetsing langs hetzelfde toetsingskader waarlangs de mismatchbepalingen Wet Vpb 1969 en Wet BB 2021 zijn getoetst kan mijns inziens een aanbeveling worden gedaan aan de wetgever.

Internationale coördinatie tegen belastingontwijking en grondslaguitholling verdient uiteraard de voorkeur, mits de regels voldoende eenvoudig toepasbaar zijn en deze in lijn zijn met andere wettelijke grondbeginselen. De wijze waarop pijler 2 op dit moment wordt gepresenteerd verdient op dit moment niet de voorkeur, omdat er op het moment van schrijven te veel onzekerheid heerst over de mogelijke implementatie en toepasbaarheid voor Nederland. Het IF tracht medio 2021 overeenstemming te hebben bereikt over de reikwijdte van pijler 2, maar alvorens er overeenstemming bereikt wordt dienen een aantal complexe vraagstukken betreffende de strijdigheid met de verkeersvrijheden en de heffingsbevoegdheid aangaande de *Stateless jurisdiction* opgelost te worden. De toepassing van pijler 2 bij een groepsomzet van meer dan €750 miljoen lijkt mij eveneens niet de juiste wijze om hybridemismatches tegen te gaan. Ondernemers die grensoverschrijdende transacties aangaan hebben de mogelijkheid om belasting te ontwijken de grondslag uit te hollen. Pijler 2 van toepassing laten zijn op iedere grensoverschrijdende ondernemer zorgt voor een meer alomvattende oplossing voor het hybridemismatchprobleem, mocht de implementatie van pijler 2 er ooit komen. Want alvorens overeenstemming is bereikt over de reikwijdte van pijler 2, de geschetste problemen zijn opgelost, de regelgeving van pijler 2 is omgezet in een richtlijn en deze unaniem wordt aangenomen door de lidstaten van de EU zijn naar mijn schatting wederom een aantal jaren verstreken.

Het zal dan ook niet uit de lucht komen vallen dat de implementatie van de symmetrische benadering mijn voorkeur krijgt in de strijd tegen het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden om belasting te ontwijken en de grondslag uit te hollen. Indien Nederland de symmetrische benadering toepast waarbij voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden wordt aangesloten bij de classificatie in het land van vestiging zullen mismatches als gevolg van het gebruik van hybride samenwerkingsverbanden verdwijnen. Deze manier van classificeren zal een inperking zijn op de fiscale autonomie van Nederland, maar dit doet mijns inziens niet af aan het feit dat belastingontwijking en grondslaguitholling als gevolg van hybride samenwerkingsverbanden geheel verdwijnt. Het kabinet heeft als speerpunt het tegengaan van belastingontwijking en grondslaguitholling. Indien zich een mogelijkheid voordoet om een slag te slaan in de strijd tegen belastingontwijking en grondslaguitholling dient de wetgever dit op zijn minst in ogeschouw te nemen.

Op dit moment loopt een procedure om het recht omtrent personenvennootschappen te moderniseren. De wetgever zou er mijns inziens goed aan doen om, nadat er veelvuldig om is gevraagd in de literatuur, het besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden eveneens te wijzigen en daar is met de publicatie van het consultatiedocument gehoor aan gegeven. Met een wijziging van het nationale recht, alsmede de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden naar wat in lijn is met internationaal gangbaar is Nederland in één keer klaar. Zoals hierboven aangegeven gaat mijn voorkeur uit naar de toepassing van een onvoorwaardelijke symmetrische benadering, maar mocht de wetgever de inperking van de fiscale autonomie toch als probleem beschouwen, dan zou ik

hem toch willen verzoeken om het advies van de in deze masterscriptie aangehaalde auteurs en zijn eigen gedachte in het consultatiedocument te volgen: schaf het toestemmingsvereiste af en breng de Nederlandse classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden in lijn met wat internationaal gangbaar is om zo hybridemismatches te voorkomen.

8. Bibliografie

8.1. Boeken & Rapporten

Barenfeld 2005

J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships* IBFD Doctoral series vol. 9, Amsterdam: IBFD Publications 2005.

Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020

J.H. Elink Schuurman, R.A. Bolwerk & T.C. Cabollet, *Hybride mismatches (Fiscaal Actueel nr. 30)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Fibbe 2009

G.K. Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities (diss.)*, IBFD, Doctoral Series no. 15, Amsterdam: IBFD Publications 2009.

Maeijers & Van Olfen 2017

J.M.M. Maeijers & M. van Olfen, *Handleiding tot het beoefenen van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Mohr 2003

A.L. Mohr, *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, in: G. van Solinge e.a. (red.) *Personenvennootschappen, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 74*, Deventer: Wolters Kluwer 2003.

OESO 2013

OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OESO Publicatie, Parijs. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OESO 2015 (1)

OESO (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

OESO 2015 (2)

OESO (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs. <http://dx.doi.org/10/1787/9789264241138-en>

OESO 2017

OESO (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed version 2017*, OESO Publicatie, Parijs. http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

OESO 2019 (1)

OESO (2019), *Model Tax Convention on Income and Capital 2017 (Full version)*, OESO Publicatie, Parijs. <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>.

OESO 2019 (2)

OESO (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OESOD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OESO, Parijs, www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm.

OESO 2019 (3)

OESO (2019), *Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting – BEPS Action 13*, OESO, Paris. www.oecd.org/tax/guidance-on-the-implementation-of-country-by-country-reporting-beps-action-13

OESO 2020

OESO (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publicatie, Parijs, <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>

Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020

Rapport van de Commissie Personenvennootschappen, *‘Belastingheffing van personenvennootschappen, Knelpunten en oplossingen’* van 25 maart 2020, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260.

Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016

Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, *‘Modernisering personenvennootschappen’*, (september 2016 aan de Minister van Justitie en Veiligheid en de werkgroep personenvennootschappen), Amsterdam 2016.

Hers, Wittenman & Rougour 2018

J. Hers, J. Wittenman & W. Rougour, *‘Balansen, inkomen en uitgaven van bfi’s’*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2018.

Stokkermans 2017

Chr.M. Stokkermans, *‘Sleutels voor personenvennootschapsrecht (diss. Rotterdam)(IVOR nr. 102)*, December: Wolters Kluwer 2017.

Wuisman 2011

dr. mr. I.S. Wuisman, *‘Een Nederlandse Personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?’*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

8.2. Wetenschappelijke artikelen

Albers MBB 2021

mr. N. Albers, *‘Conditionele belastingheffing op renten en royalty’s (Wet bronbelasting 2021); quo vadis?’* MBB 2021/1-1

Albert & Fibbe WFR 2019

Prof. dr. mr. G.H. Albert & dr. mr. G.K. Fibbe *'Art. 12ag en het politieke ei van Columbus'* WFR 2019/202.

Albert, Fibbe & Jacobs MBB 2021

Prof. dr. mr. P.G.H. Albert, mr. dr. G.K. Fibbe & drs. L.R. Jacobs, *'Overkill bij ATAD 2: wat gaat de Hoge Raad of staatssecretaris doen?'* MBB2021/2-4.

Van den Berg & Kloosterhof TFO 2015

mr. I.T van den Berg & mr. S. Kloosterhof, *'Het Country-by-Country Reporting-template van de OESO'*, TFO 2015/139.2

Beudeker WFR 2015

mr. drs. M. Beudeker, *'De toestemmingsvereisten bij de CV'*, WFR 2015/1149.

Beudeker & Stevens WFR 2016

mr. drs. M. Beudeker & Prof. mr. A.J.A. Stevens, *'Update CV-besluit en FGR-besluit: versoepeling van het toestemmingsvereiste!?!'*, WFR 2016/32.

Bolhaar NTFR 2013

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

Bosman NTFR-B 2019

Mr. R.A. Bosman, *'Digitale economie en Global Anti-Base Erosion: nieuwe BEPS-voorstellen met brede impact'* NTFR-B 2019/29

De Graaf MBB 2019

A.C.G.A.C. de Graaf, *'Wet Bronbelasting 2021, kritisch belicht vanuit EU-vrijheden'* MBB2019/12-43.

Van Kempen & Lamers TFO 2008

mr. M.L.M. van Kempen en drs. A.W.G. Lamers LL.M., *'Het wetsvoorstel personenvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting'*, TFO 2008/1.

Kingma WFR 2019

S. Kingma LLM, *'BEPS 2.0 en het Inclusive Framework'* WFR 2019/213

Kingma MBB 2020

S. Kingma, *Op naar een meer legitiem belastingsamenwerkingsmodel?!'*, MBB2020/3-11.

Lammers & Hellegers WPNR 2014

mr. dr. A.H. Lammers & mr. D.P.C.M. Hellegers, *'Is er plaats voor de stille maatschap in toekomstig vennootschapsrecht?'* WPNR 2014/7035.

Lohuis NTFR 2018

mr. H. Lohuis, *Commentaar – Internetconsultatie ATAD 2'* NTFR2018/2525

Makkinje NTFR 2020

mr. drs. M.M. Makkinje, *'ATAD 2 in hoofdlijnen, deel 1'*, NTFR 2020/30, p. 7.

Pancham TFO 2020

mr. S.R. Pancham, *'De Wet bronbelasting 2021, belastingverdragen en het MLI'* TFO 2020/171.2.

Pötgens NTFR 2020

Prof. mr. F.P.G. Pötgens, *'Wet Bronbelasting 2021; een trendbreuk met het verleden!'*, NTFR 2020/3.

Rijff & Stevens MBB 2019

Mr. L.S. Rijff en Prof. dr. A.J.A. Stevens, *'De Nederlandse implementatie van ATAD 2: het consultatiedocument'* MBB 2019/2-7

Ruding WFR 2005

H.O.C.R. Ruding, *Belastingconcurrentie en harmonisatie*, WFR 2005/23.

Smit WFR 2018

Prof. dr. mr. D.S. Smit, *'Hoofdlijnen fiscaal pakket 2019 voor multinationaal bedrijfsleven: verliezen fiscale kroonjuwelen hun glans?'* WFR 2018/185.

Spoelder, Sari & Rasenberg WFR 2020

E.J. Spoelder LLM, S. Sari LLM en M.C. Rasenberg Msc, *Hybride knelpunten in ATAD 2 en Wet Bronbelasting 2021*, WFR 2020/106.

Stevens NTFR 2006

Prof. mr. A.J.A. Stevens, *'De 10 geboden tot de afschaffing van de open CV'*, NTFR 2006/1727.

Stevens NTFR 2010

Prof. mr. A.J.A. Stevens, *'Het nieuwe classificatiebesluit'* NTFR 2010/12.

Stevens TFO 2008

Prof. mr. A.J.A. Stevens, *'Enige internationaalrechtelijke, Fiscale aspecten van het Wetsvoorstel titel 7:13BW'* TFO 2008/21.

Stevens TFO 2015

Prof. mr. A.J.A. Stevens, *'Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen'* TFO 2015/140.2.

Stevens TFO 2020

Prof. dr. A.J.A. Stevens, *Internationale fiscale aspecten van personenvennootschappen*, TFO2020/168.3.

Velthoven & Kuzee MBB 2020

mr. M.J. Velthoven & mr. L.J. Kuzee, *'Ruim baan voor de handel in hybridemismatchlichamen?'*, MBB2020/12-44

Warren WFR 2020

Mr. C.J.D. Warren, *'Een hybride mismatch maar dan anders'* WFR 2020/24.

De Wilde NLFO 2021

Prof. mr. dr. M.F. de Wilde, *'Is Pillar 2 lek?'* NLFO 2021/5.

De Wilde NTFR 2021

prof. mr. dr. M.F. de Wilde, *'Online consultatiebijeenkomst OESO over blauwdrukken Pijler 1- en Pijler 2-maatregelen'*, NTFR2021/397

8.3. Losbladig (en online)

Blanco Fernández, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 7A: 1657 BW

mr. J.M. Blanco Fernández, *'Commentaar op artikel 1657 Boek 7A BW'*, T&C Ondernemingsrecht, actueel t/m 01-01-2021.

Huizink, in: GS Rechtspersonen, art 2:3 BW

Prof. mr. J.B. Huizink, *'Onderscheiding van rechtspersonen, formele kenmerken'*, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Kempen, in: Cursus Belastingrecht, IB.3.2.35.B.a1.

mr. dr. M.L.M. van Kempen in Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting): *'Venootschapsovereenkomst'*, IB.3.2.35.B.a1., actueel t/m 28-02-2021.

Van Kempen, in: Cursus Belastingrecht IB.3.2.35.A.c1.

mr. dr. M.L.M. van Kempen in Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting): *'Fiscaalrechtelijke inleiding personenvenootschappen'*, IB.3.2.35.A.c1., actueel t/m 28-02-2021.

8.4. (Voorstel) Richtlijnen

ATAD 1

Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt

ATAD 2

Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

C(C)CTB

Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 5.10.2016 COM(2016) 683 final.

Interest- & royaltyrichtlijn

Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkering van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB 2003, L 157).

8.5. Parlementaire stukken

8.5.1. Kamerstukken

8.5.1.1. Eerste Kamer

Kamerstukken I 2004/05, 29632, nr. B.

Kamerstukken I 2004/05, 29632, nr. B (bijlage)

Kamerstukken I 2010/11, 31065, nr. C.

Kamerstukken I 2011/12, 31065, nr. D.

Kamerstukken I 2019/20, 35241, nr. B.

Kamerstukken I 2019/20, 35305, nr. C.

Kamerstukken I 2020/21, 32140, nr. G.

8.5.1.2. Tweede Kamer

Kamerstukken II 1984/85, 17725, nr. 7.

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 1-2.

Kamerstukken II 2002/03, 28746, nr. 2.

Kamerstukken II 2002/03, 28746, nr. 3.

Kamerstukken II 2006/07, 31065, nr. 3.

Kamerstukken II 2006/07, 31065, nr. A.

Kamerstukken II 2017/18, 25087, nr. 188.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3.

Kamerstukken II 2019/20, 25087, nr. N.

Kamerstukken II 2018/19, 32140, nr. 51

Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 60.

Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 63.

Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 66.

Kamerstukken II 2019/20, 32140, nr. 71 (rapport vereenvoudiging belastingstelsel).

Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3.

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

Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6.

Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7

Kamerstukken II 2020/21, 35573, nr. 7

Kamerstukken II 2020/21, 32140, nr. 73

8.5.2. Besluiten

Besluit van de Minister van Financiën van 11 januari 2007 (stcrt. 2007, 15)

Besluit van de Minister van Financiën van 11 januari 2007, 'Besluit vennootschapsbelasting Commanditaire vennootschap' nr. CPP2005/1869, stcrt. 2007, 15.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (stcrt 2009, 19749)

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, 'Kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden', nr. CPP2009/519M, stcrt. 2009, 19749.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015 (stcrt. 2015, 46508)

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015, *'Commanditaire vennootschap; het toestemmingsvereiste'*, nr. BLBK2015/1209M, stcrt. 2015, 46508.

8.6.3. Voorontwerpen, consultatiedocumenten en wetsvoorstellen zonder nummer

Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4378

Ambtelijke voorontwerp – Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen; wettelijke bepalingen.

Minister van Rechtsbescherming van 21 februari 2019, nr. 4379

Ambtelijke voorontwerp – Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen; memorie van toelichting.

Voorontwerp Van der Grinten 1972.

Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 29 maart 2021, www.internetconsultatie.nl

8.6. Gerechtelijke uitspraken

8.6.1. Hof van Justitie

HvJ 26-10-1999, zaak C-294/97 (Eurowings), ECLI:EU:C:1999:524, BNB 2001/394 m.nt. P.J. Wattel.

HvJ 13-04-2000, zaak C-196/04 (Baars), ECLI:EU:C:2000:205, BNB 2000/242 m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

HvJ 12-09-2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), ECLI:EU:C:2006:544, BNB 2007/54 m.nt. P.J. Wattel.

HvJ 23-10-2007, zaak C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, m.nt. M.R. Mok.

HvJ, 26-02-2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16 (N Luxembourg 1), ECLI:EU:C: 2019:134, BNB 2020/9 m.nt. S.C.W. Douma.

HvJ 26-02-2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16 (T Danmark), ECLI:EU:C:2019:135, BNB 2020/10 m.nt. S.C.W. Douma.

HvJ 20-01-2021, zaak C-484/19 (Lexel), ECLI:EU:C:2021:34, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

8.6.2. Hoge Raad

HR 26 oktober 1893, W 6417 (Post Uiterweer/Verschoor).

HR 30 januari 1925, NJ 1925/391, W 11370 (Poolsch-Hollandsche Handel sociëteit).

8.7. (Pers)berichten & brieven

Brandbrief van 15 oktober 2008 van de VNO-NCW en MKB-Nederland aan de vaste commissie van Justitie van de Tweede Kamer over het Wetsvoorstel titel 7:13 BW.

Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB van 16 februari 2016, *'Commentaar op het Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belasting ontwijkingpraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final)(anti-belastingontwijgingsrichtlijn)'*.

Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB van 29 mei 2019, *'Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen'*.

Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB aan de staatssecretaris van financiën van 2 juli 2020, *'Nederlands kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen'*

Bijlage van de NOB bij het rapport van 25 februari 2020, *'Rechtsvergelijkend overzicht fiscale kwalificatie partnerships'*: Overzicht van de fiscale kwalificatie van "Partnerships" op basis van het rapport "Corporate Income Tax Subjects", opgesteld naar aanleiding van het "2013 EATLP Congress" en uitgegeven door IBFD in 2015.

'Conversations: Jeffrey Owens and Robert Stack', Tax Notes International 2017/87.

Mededeling van 6 december 2012 van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012)722.

OESO (2019), *'Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note; As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019'*, gepubliceerd op 23 januari 2019.

Persbericht Europese Commissie *'Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven'*, 28 januari 2016.

Persbericht van de Europese Commissie *'Fair Taxation: EU updates list of non-cooperative tax jurisdictions'*, 18 februari 2020.

Rapport van de NOB van 25 februari 2020, *'Rechtsvergelijkend overzicht fiscale kwalificatie partnerships'*

Treasury Regulations, par. 301.7701.

8.8. Online (nieuws)bronnen

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs - Commissie Wetsvoorstellen' te raadplegen via: <https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen>

Raad van State – Commissie Advisering: Toetsingskader, te raadplegen via: <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>

Nederlandse Omroep Stichting, *'Belastingontwijking Google levert Nederland ruim 25 miljoen euro op'*, geraadpleegd op: 13 januari 2021, te raadplegen via: <https://nos.nl/artikel/2364154-belastingontwijking-google-leverde-nederland-ruim-25-miljoen-euro-op.html>.