

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

ATAD 2 en de bestrijding van belastingontwijking met betrekking tot hybridemismatches in Nederland

Naam: J.L.L. Poppeliers
Studentnummer: 476469

Begeleider: Mr. R.B.N. van Ovest
Tweede beoordelaar:

Datum definitieve versie: 25-02-2021

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

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	5
1.1 <i>Aanleiding</i>	<i>5</i>
1.2 <i>Relevantie en probleemstelling</i>	<i>6</i>
1.3 <i>Toetsingskader</i>	<i>6</i>
1.4 <i>Onderzoeksmethode</i>	<i>7</i>
1.5 <i>Afbakening</i>	<i>7</i>
1.6 <i>Leeswijzer</i>	<i>7</i>
Hoofdstuk 2. Hybridemismatches	9
2.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>9</i>
2.2 <i>Agressive Tax Planning.....</i>	<i>9</i>
2.3 <i>Wat zijn hybridemismatches?</i>	<i>11</i>
2.4 <i>Verschillende structuren hybridemismatches.....</i>	<i>12</i>
2.4.1 Hybride lichamen.....	12
2.4.2 Hybride financiële instrumenten.....	14
2.4.3 Hybride vaste inrichtingen.....	14
2.4.4 Geïmporteerde hybridemismatches.....	16
2.4.5 Situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats	16
2.5 <i>Gevolgen van hybridemismatches.....</i>	<i>17</i>
2.5 <i>Conclusie.....</i>	<i>17</i>
Hoofdstuk 3. Bestrijding van hybridemismatches.....	19
3.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>19</i>
3.2 <i>De OESO en het BEPS-project</i>	<i>19</i>
3.3 <i>De Europese Commissie en de ATAD.....</i>	<i>20</i>
3.4 <i>De ATAD 2</i>	<i>20</i>
3.4.1 Toepassing.....	21
3.4.2 Systematiek	22
3.5 <i>Implementatie in Nederland.....</i>	<i>24</i>
3.6 <i>Conclusie.....</i>	<i>25</i>
Hoofdstuk 4. Een effectieve en efficiënte aanpak?	27
4.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>27</i>
4.2 <i>Effectiviteit</i>	<i>27</i>
4.2.1 Effectiviteit van ATAD 2	27
4.2.2 Inconsistente implementatie.....	28
4.2.3 Bestrijden van de oorzaak	29
4.2.4 De Nederlandse implementatie en documentatieverplichting	29
4.3 <i>Efficiëntie.....</i>	<i>30</i>
4.3.1 Efficiëntie van ATAD 2	31
4.3.2 De Nederlandse implementatie	31
4.3.3 Documentatieverplichting	33

4.4	<i>Alternatieven</i>	33
4.5	<i>Conclusie</i>	35
Hoofdstuk 5. Conclusie		37
Literatuurlijst		39

Lijst met gebruikte afkortingen

Art.	<i>Artikel</i>
ATAD	<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i>
ATP	<i>Agressive tax planning</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BV	<i>Besloten Vennootschap</i>
CV	<i>Commanditaire Vennootschap</i>
d.d.	<i>de dato</i>
EC	<i>Europese Commissie</i>
EG	<i>Europese Gemeenschap</i>
EU	<i>Europese Unie</i>
GILTI	<i>Global Intangible Low-Taxed Income</i>
HR	<i>Hoge Raad</i>
MBB	<i>Maandblad belastingbeschouwingen</i>
Midden- en kleinbedrijf	<i>mkb</i>
NOB	<i>Nederlandse Orde van Belastingadviseurs</i>
nr.	<i>nummer</i>
NTFR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht</i>
OESO	<i>Organisatie voor Economische Samenwerking</i>
P.	<i>pagina</i>
Par.	<i>paragraaf</i>
Trb.	<i>Tractatenblad</i>
V-N	<i>Vakstudie Nieuws</i>
VI	<i>vaste inrichting</i>
VS	<i>Verenigde Staten</i>
Wet VPB 1969	<i>Wet op de vennootschapsbelasting</i>
WFR	<i>Weekblad Fiscaal Recht</i>

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Belastingontwijking door multinationale ondernemingen is een onderwerp waarover tegenwoordig regelmatig in het nieuws wordt gesproken. Een tekenend voorbeeld hiervan is het pleidooi van Rutger Bregman dat de hele wereld over ging en veel stof deed opwaaien. Tijdens het World Economic Forum in 2019 stelde hij dat grote multinationals en rijke particulieren te weinig belasting afdragen.¹

Een belangrijke aanleiding voor de verhoogde media-aandacht voor belastingontwijking is het onderzoek naar grote multinationals zoals Starbucks, Google en Amazon. Door middel van fiscale structuren kregen de multinationals het voor elkaar om hun wereldwijde belastingdruk sterk te verlagen. Bij dergelijke vormen van *aggressive tax planning* (hierna: ATP) wordt niet onwettig gehandeld, maar het wordt de ondernemingen wel verweten dat het immoreel en onethisch is.²

Er zijn verschillende manieren om belasting te ontwijken. Een belangrijk onderdeel van belastingbesparende constructies is het gebruik van hybridemismatches. Grote bedrijven maken gebruik van verschillen in vennootschapsbelastingstelsels om zo een belastingvoordeel te behalen. Door deze verschillen ontstaan mismatches tussen belastingwetten. Het hybride element komt terug in de verschillen in kwalificatie van entiteiten, instrumenten of vaste inrichtingen.³ Deze verschillen kunnen er in de praktijk toe leiden dat dezelfde vergoeding of betaling in verschillende landen aftrekbaar is, of dat een vergoeding of betaling in een land wel aftrekbaar is maar nergens anders wordt betrokken in de heffing.⁴

Doordat de discussie over deze en andere vormen van belastingontwijking aan maatschappelijke en politieke aandacht heeft gewonnen, is het onderwerp hoog op de agenda komen te staan bij de Organisatie voor Economische Samenwerking (hierna: OESO) en de Europese Unie (hierna: EU). In februari 2013 bracht de OESO, met politieke steun van de G-20 landen, haar actieplan uit om de *Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: BEPS) problematiek tegen te gaan. BEPS is een veelgebruikte term die verwijst naar belastingontwijkingsstrategieën en het gebruik van mismatches in de wetgeving om winsten te verschuiven naar landen met een gunstig belastingtarief of de belastinggrondslag van landen uit te hollen.⁵ Naar aanleiding van de uitgebrachte rapporten van de OESO onderschrijft het Nederlandse kabinet in 2015 het belang van de bestrijding van hybridemismatches.⁶

In navolging van het BEPS-project kwam de Europese Commissie op 28 januari 2016 met het ontwerp voor de *Anti-Tax Avoidance Directive* (hierna: ATAD), waarover in juni 2016 een

¹ A. Coelho, 'International: Rutger Bregman: He is saying out loud what the majority of people is thinking', *basicincome.org*, 9 maart 2019.

² F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158, p. 1.

³ OESO (2015), '*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*', p. 18.

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁵ P.J., Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law* (Volume 1 – General Topics and Direct Taxation, Student Edition), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 245.

⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, IZV/2015/657 M, p. 13.

definitieve politieke overeenstemming werd bereikt.⁷ Deze richtlijn, ofwel ATAD 1, omvat verschillende bepalingen ter bescherming van de grondslagen van EU-lidstaten, waarvan een bepaling ziet op de bestrijding van hybride structuren. Hiermee wordt aangesloten bij aanbevelingen van het OESO-rapport waarmee onder andere wordt gepoogd hybride mismatches aan te pakken.

Op 29 mei 2017 zijn de mismatchmaatregelen in de ATAD gewijzigd en uitgebreid door een overeenstemming tussen EU-landen over de ATAD 2.⁸ Voor de wijziging beperkten de maatregelen zich alleen tot hybridemismatches binnen de EU. De wijzigingsrichtlijn bevat regels die de gevolgen van mismatches met betrekking tot derde landen neutraliseert en pakt mismatches breder aan. Per 1 januari 2019 is de eerste Europese antibelastingontwijkingsrichtlijn in de Nederlandse wet geïmplementeerd, en vanaf 1 januari 2020 is een gedeelte van ATAD 2 in de wetgeving opgenomen.⁹

1.2 Relevantie en probleemstelling

Zoals gezegd is in januari 2017 de ATAD 2 aangenomen door lidstaten van de EU om hybridemismatches nog beter te neutraliseren. In navolging hierop is een gedeelte van de wijzigingsrichtlijn op 1 januari 2020 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Deze recentelijke gebeurtenissen zorgen ervoor dat de discussie over de ATAD nog altijd aan de orde is. De vraag rijst in hoeverre de maatregelen van de EU met betrekking tot de ATAD 2 zorgt voor minder belastingontwijking door het gebruik van hybride mismatches. Een andere belangrijke vraag die gesteld moet worden is of dit de meest efficiënte aanpak is. Daarnaast is het belangrijk om te bekijken of er geen eenvoudigere manieren mogelijk zijn om mismatches te bestrijden. In deze thesis wordt onderzocht of de tweede anti-ontgaansrichtlijn daadwerkelijk zorgt voor een effectieve en efficiënte oplossing voor de bestrijding van belastingontwijking met betrekking tot hybridemismatches in Nederland. In deze scriptie staat dan ook de volgende probleemstelling centraal:

“Zorgt de ATAD 2 hybridemismatch-regelgeving voor een effectieve en efficiënte bestrijding van belastingontwijking met betrekking tot hybridemismatches in Nederland?”

Aan de hand van de volgende deelvragen wordt toegewerkt naar een adequate beantwoording van de probleemstelling:

- 1 *Wat zijn hybridemismatches en welke gevolgen brengen ze met zich mee?*
- 2 *Welke oplossingen bestaan er om hybridemismatches aan te pakken en welke ontwikkelingen zijn hieraan vooraf gegaan?*
- 3 *In hoeverre wordt het gestelde doel van de ATAD 2 bereikt en gaat het middel om hybridemismatches te bestrijden niet verder dan nodig?*

1.3 Toetsingskader

Per hoofdstuk wordt toegewerkt naar een antwoord op de hiervoor genoemde deelvragen, om uiteindelijk tot een beantwoording van de probleemstelling te komen. Voor die

⁷ 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 (*PbEU* 2016, L 193).

⁸ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (*PbEU* 2017, L 144).

⁹ F.J. Elswier, 'ATAD 1 en 2: De implementatie van anti-belastingontwijkingsmaatregelen', *navigators.nl*, 23 september 2020.

beantwoording wordt ATAD 2 en de implementatie in de Nederlandse wetgeving getoetst op effectiviteit en efficiëntie. Om de probleemstelling aan deze criteria te toetsen wordt allereerst vastgesteld wat de begrippen betekenen en hoe ze getoetst worden.

Effectiviteit wordt bepaald door de mate waarin de gestelde doelen met behulp van de aangewende middelen worden behaald. Met het oog op de probleemstelling zal worden bekeken of ATAD 2 en de Nederlandse implementatiewetgeving bijdraagt aan de realisatie van het doel, namelijk het tegengaan van belastingontwijking door het gebruik van hybridemismatches.

Om te beoordelen of iets efficiënt uitvoerbaar is wordt gekeken of het middel niet verder gaat dan nodig en of er geen eenvoudigere manieren mogelijk zijn. De efficiënte uitvoerbaarheid van ATAD 2 en de implementatiewetgeving wordt bepaald door te onderzoeken of de middelen onwenselijke gevolgen met zich meebrengen, zoals het raken van belastingplichtigen die niet als doel hebben belasting te ontwijken.

1.4 Onderzoeksmethode

Aan de hand van beantwoording van de deelvragen wordt toegewerkt naar een formulering van een antwoord op de probleemstelling. In deze thesis is kwalitatief literatuuronderzoek gedaan. Voor het antwoord op de deelvragen is (wetenschappelijke) literatuur en jurisprudentie geraadpleegd. De gebruikte literatuur komt voornamelijk uit nationale en internationale fiscale tijdschriften en boeken. Bovendien is gebruik gemaakt van documenten gepubliceerd door instanties als de Rijksoverheid, de Europese Commissie en de OESO. Ook worden relevante parlementaire stukken gebruikt.

1.5 Afbakening

In deze scriptie wordt ingegaan op de bestrijding van hybridemismatches binnen de EU en de belastingontwijking met betrekking tot hybridemismatches in Nederland. Hierbij wordt alleen gekeken naar de vennootschapsbelasting. Met dit onderzoek wordt alleen gekeken naar de bepalingen van ATAD 1 en ATAD 2 die zien op de aanpak van hybridemismatches. Voorts doet *part II* van het BEPS-actiepunt 2 rapport aanbevelingen die zien op aanpassingen in het OESO-modelverdrag. In het kader van deze scriptie wordt op dit deel van het rapport niet verder ingegaan.

1.6 Leeswijzer

Elke deelvraag komt in een apart hoofdstuk aan de orde. De hoofdstukken beginnen met beknopte inleiding en eindigen met een deel-conclusie.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op hybridemismatches in het algemeen. Om de materie van hybridemismatches te begrijpen is van belang te weten hoe hybridemismatches ontstaan, in welke structuren ze voorkomen en wat de gevolgen van mismatches zijn. Aan de hand van casussen wordt dit inzichtelijk gemaakt.

Vervolgens worden in hoofdstuk 3 de maatregelen voor het tegengaan van belastingontwijking door hybridemismatches geanalyseerd. Ook wordt behandeld welke ontwikkelingen hieraan vooraf zijn gegaan. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij ATAD 2 en de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving. De uitwerking van de maatregelen in de richtlijn worden toegelicht aan de hand van de casussen uit hoofdstuk 2. Daarna wordt in hoofdstuk 4 verder toegewerkt naar een beantwoording van de probleemstelling door de maatregelen te evalueren. Zo wordt uiteengezet in hoeverre het doel van ATAD 2 en de Nederlandse implementatie wordt bereikt en of er geen eenvoudigere

manieren mogelijk zijn om dit doel te bereiken. Ook breng ik in dit hoofdstuk mijn mening naar voren en worden enkele aanbevelingen gegeven.

Tot slot wordt in hoofdstuk 5 met behulp van de besproken deelvragen een samenhangende conclusie getrokken aan de hand waarvan de probleemstelling wordt beantwoord. Hier wordt duidelijk of de ATAD 2 zorgt voor een effectieve en efficiënte bestrijding van belastingontwijking met betrekking tot hybride mismatches in Nederland.

Hoofdstuk 2. Hybridemismatches

2.1 Inleiding

De benodigdheden voor het mogelijk maken van hybridemismatches, namelijk verschillen in belastingwetgevingen, zijn al langer aanwezig. Door de globalisering, toenemende belastingcompetitie tussen landen en wellicht de verharding van belastingadviseurs is belastingontwijking door gebruik van hybridemismatches de afgelopen decennia aanzienlijk toegenomen.¹⁰ Belastingontwijking als gevolg van hybride mismatches is al kort aan bod gekomen in de inleiding. Er is gebleken dat hybridemismatches voortkomen uit kwalificatieverschillen die ontstaan door verschillen in belastingstelsels. Het is een belangrijk onderdeel van belastingbesparende constructies die grote bedrijven gebruiken om belastingvoordeel te behalen.

Om te probleemstelling te kunnen beantwoorden is het van belang om te weten hoe hybridemismatches ontstaan, wat ze precies inhouden en tot welke gevolgen ze leiden. In dit hoofdstuk wordt allereerst stilgestaan bij ATP, omdat structuren die gebruik maken van hybridemismatches hier een belangrijk onderdeel van zijn. Daarna wordt beschreven wat hybridemismatches precies zijn en tot welke gevolgen ze leiden. Om dit inzichtelijker te maken worden verschillende typen hybridemismatches toegelicht aan de hand van voorbeelden. Tot slot wordt in de deelconclusie een antwoord gegeven op de vraag ‘Wat zijn hybridemismatches en welke gevolgen brengen ze met zich mee?’.

2.2 Aggressive Tax Planning

De behoefte van ondernemingen om de fiscale gevolgen van hun handelen te inventariseren, waarbij ondernemingen bij het afstemmen op de belastingwet mogen kiezen voor de meest gunstige manier resulteert in belastingplanning.¹¹ Gribnau en Hamers definiëren belastingplanning als het plannen en structureren van ondernemersactiviteiten en de juridische vorm waarin deze plaatsvinden om de belastingdruk te verminderen.¹² Steeds vaker wordt de term *Aggressive tax planning* gebruikt wanneer gesproken wordt over belastingstructuren van multinationale ondernemingen. In het algemeen verwijst ATP naar structuren waarin belastingplichtigen gebruik maken van mazen in de wet en mismatches tussen nationale belastingwetten met het oog op het verminderen van de belastinggrondslag.¹³ Bij grondslaguitholling door ATP is geen sprake van belastingontduiking maar van belastingontwijking. Er wordt namelijk niet in strijd met de wet zelf, maar geheel of gedeeltelijk in strijd met doel en strekking van de wet gehandeld.¹⁴

Het is lastig om eenduidig vast te stellen of een staat de bedoeling heeft een mismatch te creëren. Tevens is het lastig om te bepalen door welke staat de mismatch is gecreëerd. Of een mismatch optreedt hangt af van de landen die erbij betrokken zijn waardoor het niet te

¹⁰ R. de Boer & O. Marres, ‘BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements’, *Intertax* 2015/43, p. 14.

¹¹ J.L.M. Gribnau en R. Hamers, ‘Tax planning: spel met regels dat om ethische houvast vraagt. Deel 2 Ethische visies en beslissingsfactoren.’, *WFR* 2011/190, par. 1.

¹² J.L.M. Gribnau en R. Hamers, ‘Tax planning: spel met regels dat om ethische houvast vraagt. Deel 1 Regelgevende interactie.’, *WFR* 2011/190, p. 3.

¹³ P. Piantavigna, ‘Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy’, *World Tax Journal*, 2017/9, par. 1.

¹⁴ P. Piantavigna, ‘Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies’, *World Tax Journal* 2017/9, par. 2.5.

voorspellen is wanneer deze zich voordoen. Bovendien is het moeilijk om de schadelijke gevolgen toe te rekenen aan het optreden van de belastingplichtigen, omdat de mismatch voortkomt uit een juiste toepassing van de wet in elk rechtsgebied.¹⁵

Omdat het de verantwoordelijkheid van de wetgever is om niet-heffing te ontmoedigen door regels in te voeren kan het verwijt worden gemaakt dat hij te laks is in het tegengaan van agressieve structuren.¹⁶ Echter is het mogelijk dat staten zich niet bekommeren om de gevolgen van dergelijke mismatches als gevolg van een soevereine beslissing.¹⁷ Binnenlandse beweegredenen liggen ten grondslag aan een bepaald beleid van soevereine wetgevers. Zo blijkt uit een brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer dat de belastingregels vooral waren gericht op nationaal opererende ondernemingen en onvoldoende op wetgevingen van andere staten.¹⁸ Ieder land heeft hierdoor zijn eigen belastingstelsel met kwalificaties en kenmerken zonder dat direct rekening wordt gehouden met de gevolgen voor internationale structuren. Doordat wetgevingen van landen onvoldoende op elkaar zijn afgestemd bestaat de mogelijkheid voor multinationale ondernemingen om met belastingplanning gebruik te maken van mismatches. Dergelijke structuren ontstaan daarom niet altijd vanuit slechte bedoelingen van wetgevers, maar zijn vaak slechts het gevolg van wetgevingen die niet op elkaar zijn afgestemd.¹⁹

Van belastingplichtigen kan ook niet worden verwacht dat zij de mogelijkheden die belastingconstructies hen biedt niet overwegen. Gunstige fiscale regimes leiden tot nieuwe vormen van belastingplanning omdat bedrijven en hun adviseurs hierop reageren.²⁰ Belastingplichtigen zijn vrij om de voor hen meest voordelige structuur te kiezen indien dit binnen de grenzen van de wet blijft.²¹ Ondernemingen zullen dan ook altijd gebruik maken van de vrijheid om die ze hebben om te zoeken naar de fiscaal voordeligste weg.²²

Ondanks dat multinationale ondernemingen met hun ATP misschien wel voldoen aan de fiscale regels kan vanuit ethisch perspectief de vraag worden gesteld of ze hun *fair share* bijdragen.²³ De *fair share*-opvatting zegt dat voor zover belastingplichtigen collectieve goederen in een samenleving benutten zij hier ook financieel aan moeten bijdragen. Dit is echter lastig te beantwoorden omdat de definitie van het afdragen van de *fair share* niet bepaald is. Elk land kent een eigen invulling van het begrip en er is nog geen internationale overeenstemming over wanneer een *fair share* aan belasting wordt bijgedragen. De invulling wordt onder andere bepaald door de verbondenheid die een belastingplichtige met een land voelt. Internationaal opererende ondernemingen zullen zich echter minder verbonden voelen

¹⁵ F.D. Martínez Laguna, 'Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation', *World Tax Journal* 2017/9, par. 2.2.

¹⁶ P. Piantavigna, 'Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies', *World Tax Journal* 2017/9, par. 2.5.

¹⁷ F.D. Martínez Laguna, 'Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation', *World Tax Journal* 2017/9, par. 2.2.

¹⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, IZV/2015/657 M.

¹⁹ J. Lüdicke, "Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses', *Bulletin for International Taxation* 2017/6-7, par. 2.

²⁰ J.L.M. Gribnau, 'Belastingen als olifant', *NTFR* 2016/684, par. 4.

²¹ HvJ EG 22 december 2010, C277/09, ECLI:EU:C:2010:810 (*RBS Deutschland Holdings GmbH*), BNB 2011/213 en HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54.

²² J.L.M. Gribnau en R. Hamers, 'Tax planning: spel met regels dat om ethische houvast vraagt. Deel 2 Ethische visies en beslissingsfactoren.', *WFR* 2011/190, p. 1.

²³ J.L.M. Gribnau en R. Hamers, 'Tax planning: spel met regels dat om ethische houvast vraagt. Deel 2 Ethische visies en beslissingsfactoren.', *WFR* 2011/190, par. 3.3.

met samenlevingen en de normen en waarden ervan.²⁴ Daarnaast zullen bedrijven een agressieve structuur opzetten om mee te concurreren wanneer hun concurrent dat ook doet. Een beroep op het belastingmoraal van bedrijven zal daarom niet snel slagen. De overheid zal dus moeten bepalen wanneer fiscale constructies te agressief zijn en wanneer moet worden ingegrepen.

Een van de belangrijkste belastingstructuren die onder ATP valt zijn hybridemismatches, omdat een aanzienlijk deel van niet-belastingheffing aan deze hybride constructies toe te rekenen is.²⁵ In de volgende paragraaf zal hier dan ook verder op in worden gegaan.

2.3 Wat zijn hybridemismatches?

De wetgever van iedere democratische rechtsstaat heeft de bevoegdheid om te kiezen uit verschillende visies op de verdeling van belastingheffing.²⁶ Doordat iedere wetgever een eigen systeem hanteert ontstaan er dispariteiten, oftewel mismatches in belastingssystemen. Grote multinationale ondernemingen maken gebruik van deze mismatches door structuren op te zetten waarmee belastingvoordeel wordt behaald. Een manier waarop dit gedaan wordt is door gebruik te maken van verschillen in fiscale behandeling van lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen.²⁷ Dit verschil vormt dan ook het hybride element van de hybridemismatches. Met de term ‘hybride’ wordt bedoeld dat er sprake is van een kwalificatieverschil.²⁸ De OESO definieert hybridemismatches dan ook als een constructie waarbij gebruik gemaakt wordt van verschillen in kwalificatie van een entiteit of instrument in twee of meer rechtsgebieden, die leidt tot een mismatch resulterend in een verlaging van de belastingdruk.²⁹

Een kwalificatieverschil kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende voorbeeld: Wanneer een Nederlander en een Belg het hebben over een ‘kleedje’, zal de Nederlander een stoffen bedekking of tapijt bedoelen terwijl de Belg met hetzelfde woord een jurkje bedoelt. In dit verband kan het woord ‘kleedje’ aangemerkt worden als hybride. Het woord dat er in werkelijkheid hetzelfde uitziet betekent in de Nederlandse opvatting anders dan in de Vlaamse opvatting.

De kwalificatieverschillen die zorgen voor mismatches hebben gevolgen voor de belastingheffing. Het kan leiden tot de situatie dat een vergoeding of betaling aftrekbaar is, maar de corresponderende opbrengst nergens anders wordt betrokken in de heffing. Een ander mogelijk gevolg is een dubbele aftrek, wat betekent dat een en dezelfde vergoeding of betaling meerdere malen aftrekbaar is.³⁰ Aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek door het gebruik van hybridemismatches kan door verschillende hybride structuren worden veroorzaakt en zullen hierna worden toegelicht.

²⁴ S.A. Stevens, ‘De fair share plicht van landen en ondernemingen’, *TFO* 2014/131.2, p. 4 & 5.

²⁵ F.D. Martínez Laguna, ‘Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation’, *World Tax Journal*, 2017/9, par. 4.2.

²⁶ J.L.M. Gribnau, ‘Belastingen als olifant’, *NTFR* 2016/684.

²⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 4 (MvT).

²⁸ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, p. 18.

²⁹ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, par. 41.

³⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

2.4 Verschillende structuren hybridemismatches

Hybride constructies zijn gecompliceerde structuren die zich in verschillende vormen aandienen. Op grond van de ATAD 2, de antimismatchregeling die in de inleiding al ter sprake is gekomen, is in het Wetsvoorstel implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking onderverdeeld in verschillende typen hybridemismatches.³¹ Aan de hand van deze onderverdeling zullen de verschillende structuren worden toegelicht. Dit zijn typen hybridemismatches met:

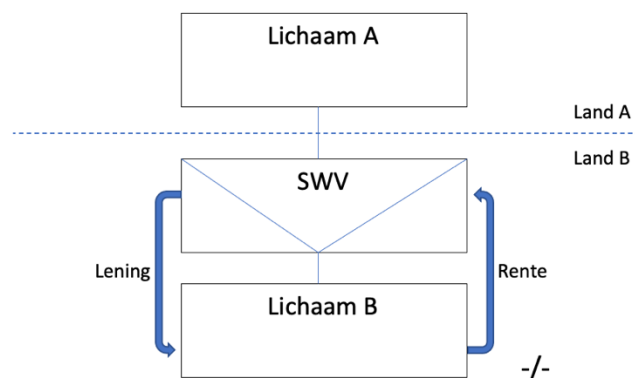
- hybride lichamen (2.4.1);
- hybride financiële instrumenten (2.4.2);
- hybride vaste inrichtingen (2.4.3);
- geïmporteerde hybridemismatches (2.4.4) en
- situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats (2.4.5).

2.4.1 Hybride lichamen

Er wordt gesproken van een hybride lichaam of omgekeerde hybride wanneer een entiteit volgens de wetgeving van de ene jurisdictie als transparant wordt beschouwd, en volgens de andere jurisdictie als niet-transparant. Bij een transparant lichaam worden de achterliggende participanten beschouwd als belastingplichtige voor de naar de winst geheven belasting, terwijl een niet-transparant lichaam hiervoor als zelfstandig belastingplichtige wordt beschouwd.³² Het is voor lidstaten van de EU toegestaan om een lichaam autonoom te kwalificeren.³³ De mismatch ontstaat door een verschil in kwalificatie met betrekking tot een entiteit. Hierna worden de drie hoofdtypen besproken waar mismatches met hybride lichamen in onder te verdelen zijn en verduidelijkt aan de hand van een figuur.

2.4.1.1 Betaling aan hybride lichaam

Betaling aan een hybride lichaam kan leiden tot een aftrek zonder dat de aansluitende opbrengst wordt betrokken in de heffing. Deze situatie wordt verduidelijkt aan de hand van het voorbeeld in figuur 1. Een entiteit in land A (lichaam A) houdt via het samenwerkingsverband (hierna: SWV) aandelen in lichaam B. SWV wordt door land B beschouwd als transparant en rekt de winst toe aan de participanten, terwijl land A SWV beschouwt als niet-transparant en de winst toerekent aan SWV. Als lichaam B betaalt in ruil voor de lening die het heeft gekregen van SWV leidt dit ertoe dat de rentekosten aftrekbaar zijn bij lichaam B. De renteopbrengst wordt niet in land A, noch land B betrokken.³⁴



Figuur 1. Betaling aan een hybride lichaam

³¹ Wetsvoorstel implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (*Kamerstukken II* 2018/19, 35241).

³² *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 8 & 28 (MvT).

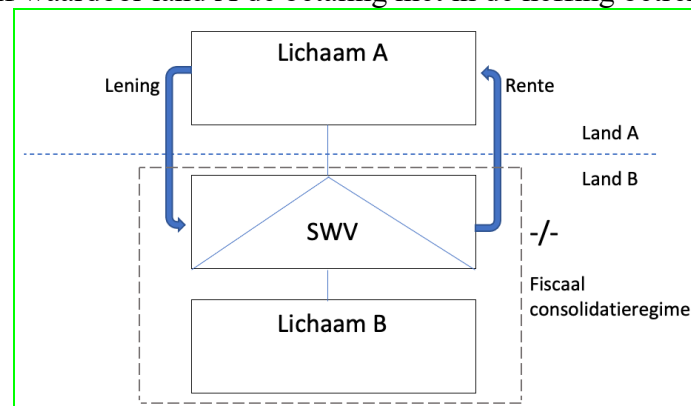
³³ HvJ EG 6 december 2007, C-298-05, ECLI:EU:C:2007:754 (*Columbus Container Services*).

³⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 8-10 (MvT).

De CV/BV-structuur kan onder dit type mismatch worden geschaard en is een van de bekendste voorbeelden van hybridemismatches. Bij deze in de praktijk veel voorkomende mismatch wordt gebruik gemaakt van een Nederlandse besloten commanditaire vennootschap (hierna: CV) waarvan de participanten in de VS zijn gevestigd. De vennootschap wordt in Amerika gezien als niet-transparant terwijl de CV op grond van Nederlandse bepalingen als transparant wordt beschouwd. Daardoor wordt het voor Amerikaanse ondernemingen mogelijk aftrek zonder betrekking in de heffing te creëren of belastingheffing over winsten uit te stellen door het in de CV op te potten.³⁵ De CV in een CV/BV-structuur wordt ook wel een omgekeerd hybride lichaam genoemd.³⁶

2.4.1.2 Betaling door een hybride lichaam

Evengoed kan een betaling door een hybride lichaam leiden tot een aftrek zonder aansluitende betrekking in de heffing, wat geïllustreerd wordt in figuur 2. De rentebetaling wordt nu gedaan door SWV aan lichaam A. Land B ziet SWV in deze situatie als niet-transparant waardoor SWV en lichaam B een fiscaal consolidatieregime kunnen aangaan. De betaling van SWV wordt op die manier ten laste van de winst gebracht bij lichaam B. Land A kwalificeert SWV als transparant en rekent de winst toe aan lichaam A. Fiscaal gezien doet lichaam A een betaling aan zichzelf waardoor land A de betaling niet in de heffing betreft.³⁷



Figuur 2. Betaling door een hybride lichaam

2.4.1.3 Dubbele aftrek

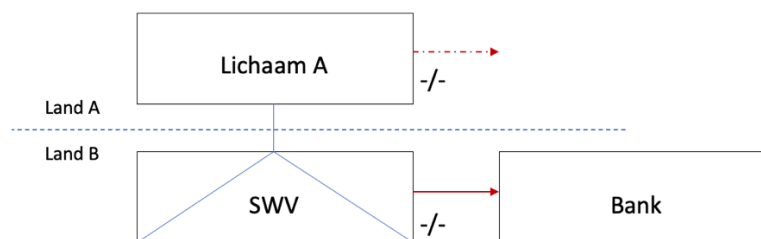
Daarnaast kunnen hybride lichamen leiden tot dubbele aftrek. Hiervan is sprake wanneer een entiteit dezelfde kosten meerdere keren in aftrek brengt. Dit is te zien in figuur 3. Lichaam A heeft opnieuw een participatie in SWV. SWV is een lening overeengekomen met de bank en betaalt hiervoor rente. De rente kan ten laste van de winst worden gebracht in land B. SWV wordt in land A beschouwd als transparant, waardoor het resultaat van SWV hier bij lichaam A in de heffing wordt betrokken. De rente zal ook bij lichaam A in aftrek komen, waardoor de rentebetaling aan de bank dubbel aftrekbaar is.³⁸

³⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 3 & 9 (MvT).

³⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 28 (MvT).

³⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 10-12 (MvT).

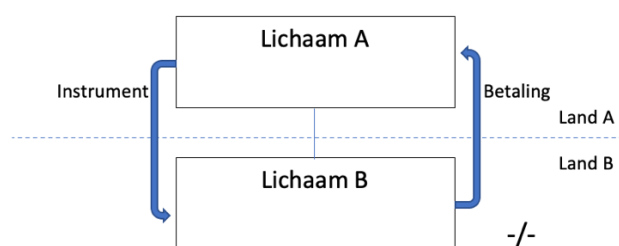
³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 12-13 (MvT).



Figuur 3. Dubbele aftrek

2.4.2 Hybride financiële instrumenten

Een ander type betreft een mismatch met hybride financiële instrumenten. Financiële instrumenten leiden tot rendement op vreemd vermogen of eigen vermogen en komen vaak voor in de vorm van aandelen of leningen. In figuur 4 is te zien dat lichaam A een financieel instrument uitgeeft aan lichaam B. Volgens de fiscale wetgeving van land B wordt dit gekwalificeerd als lening, waardoor de betaling (rente) aftrekbaar is. Land A daarentegen kwalificeert het instrument als eigen vermogen. Het land ziet de vergoeding als dividend en stelt het vrij. De vergoeding is aftrekbaar, maar de corresponderende opbrengst wordt niet in de heffing betrokken.³⁹



Figuur 4. Hybride financiële instrumenten

Onder hybride financieel instrument wordt ook een hybride overdracht verstaan. Dit is een regeling waarbij de betrokken rechtsgebieden door kwalificatieverschillen een andere ontvanger aanwijzen voor de uitkeringen op het overgedragen instrument. Daardoor kan belastingvoordeel ontstaan voor de belastingplichtige.⁴⁰

2.4.3 Hybride vaste inrichtingen

Een hybridemismatch kan ook ontstaan door een hybride vaste inrichting (hierna: VI). Dit houdt in dat tussen landen een verschil bestaat in beoordeling over de aanwezigheid en toerekening van de winst aan een VI.⁴¹ Een VI wordt over het algemeen aanwezig geacht indien een onderneming buiten het vestigingsland activiteiten verricht en deze activiteiten een zekere mate van duurzaamheid en omvang hebben.⁴² De beoordelingsverschillen kunnen ertoe leiden dat de winst in geen van de betreffende landen in de heffing wordt betrokken, of dat beide landen aftrek toestaan. Er zijn vier verschillende mismatchsituaties te onderscheiden met betrekking tot hybride VI's die hierna worden besproken.

³⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 13-16 (MvT).

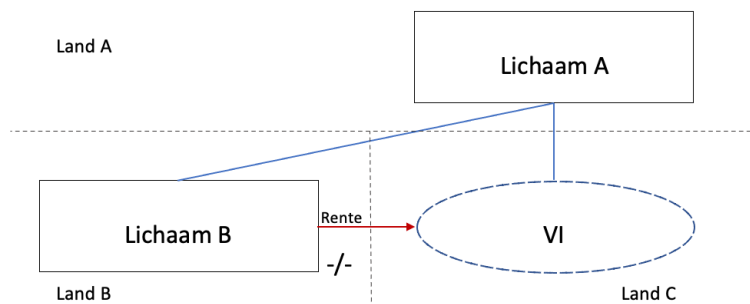
⁴⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 22-24 (MvT).

⁴¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 16 (MvT).

⁴² A.W. Hofman, 'Vaste inrichting: Grensoverschrijdende activiteiten belast in het buitenland', navigator.nl, 18 augustus 2020.

2.4.3.1 Buiten beschouwing blijvende vaste inrichting

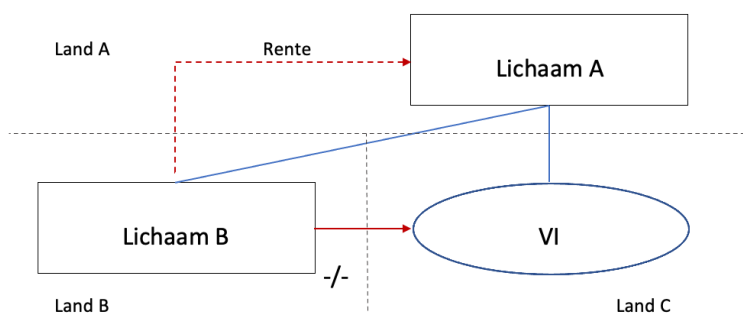
In figuur 5 is te zien dat de VI in staat C buiten beschouwing wordt gelaten. Volgens de fiscale wetgeving van land A moeten de renteopbrengsten toerekenend worden aan de VI, omdat door dit land een VI wordt verondersteld in land C. De wetgeving van land C daarentegen zegt dat er geen sprake is van een VI. De rentekosten zijn daardoor wel aftrekbaar bij lichaam B, maar de corresponderende opbrengsten worden nergens belast. Er is sprake van aftrek zonder betrekking in de heffing.⁴³



Figuur 5. Buiten beschouwing blijvende vaste inrichting

2.4.3.2 Betaling aan een lichaam met vaste inrichting

Deze vorm lijkt op de buiten beschouwing blijvende VI, alleen wordt nu door alle landen een VI gezien. De mismatch betreft hier een verschil in boordeling over of een vergoeding bij het hoofdhuis of VI tot de winst moet worden gerekend. In figuur 6 is te zien dat de rentebetaling van lichaam B aan lichaam A door land A wordt toegerekend aan de VI. Maar land C beschouwt de rentebetaling als te zijn gedaan aan lichaam A. De rentebetaling is aftrekbaar bij lichaam B, maar geen van de landen A of C betreft de corresponderende opbrengst in de heffing.⁴⁴



Figuur 6. Betaling aan een lichaam met vaste inrichting

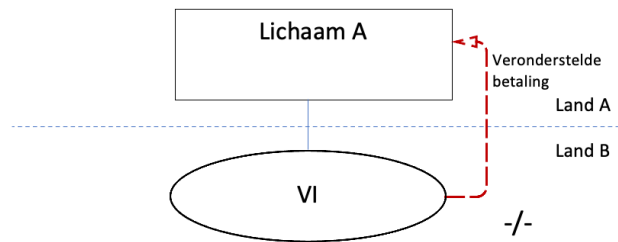
2.4.3.3 Veronderstelde betaling

Een andere hybridemismatch met VI ontstaat door een veronderstelde betaling, waarbij het land van de VI een fictieve transactie veronderstelt tussen het hoofdhuis en de VI. Figuur 7 toont aan dat land B een veronderstelde betaling in aanmerking neemt waardoor dit voor de VI aftrekbaar is. Land A neemt de corresponderende vergoeding daarentegen niet in aanmerking en betreft lichaam A niet in de heffing.⁴⁵

⁴³ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 16-18 (MvT).

⁴⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 18-19 (MvT).

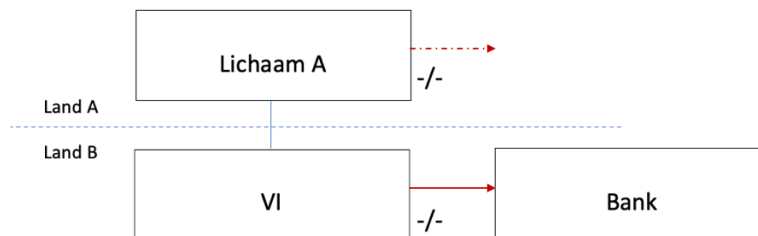
⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 19-20 (MvT).



Figuur 7. Veronderstelde betaling

2.4.3.4 Dubbele aftrek

Een situatie met een VI kan op dezelfde manier leiden tot dubbele aftrek zoals dat het geval is bij hybride lichamen (zie 2.4.1.3). Dit is te zien in figuur 8 waarin land B rentekosten toerekent aan de VI en aftrek toestaat. Land A rekent de rentekosten niet toe aan de VI maar aan lichaam A, waardoor ook hier aftrek wordt toegestaan. Het gevolg hiervan is dubbele aftrek.⁴⁶



Figuur 8. Dubbele aftrek

2.4.4 Geïmporteerde hybridemismatches

Een geïmporteerde hybridemismatch kan zich voordoen wanneer het voordeel van een hybridemismatch tussen derde landen wordt gebruikt om de belastinggrondslag in een EU-land uit te hollen door middel van een keten van transacties. Aan het begin van de keten wordt in een EU-land aftrek van een betaling toegestaan. De betaling wordt via een reeks van transacties aan het eind van de keten gebruikt om aftrekbare kosten te financieren die onderdeel zijn van een hybridemismatch tussen derde landen. De hybridemismatches vinden dan wel plaats tussen landen buiten de EU, maar de gevolgen slaan nog steeds in de EU neer. De grondslag in het EU-land aan het begin van de keten wordt uitgehold.⁴⁷

2.4.5 Situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats

Ook een situatie waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats kan tot hybridemismatches leiden. Meestal bevatten belastingverdragen regels om een dubbele vestigingsplaats te voorkomen, maar deze bieden in sommige situaties geen uitsluitel of bestaan helemaal niet tussen landen. Wanneer een lichaam in meerdere staten is gevestigd kan de hybridemismatch ontstaan doordat dezelfde vergoeding of betaling in meerdere landen in aftrek komt. Daarnaast kan dubbele vestigingsplaats juist leiden tot dubbel in aanmerking genomen inkomen.⁴⁸

⁴⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 20-22 (MvT).

⁴⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 24-26 (MvT).

⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 26-27 (MvT).

2.5 Gevolgen van hybridemismatches

Zoals hiervoor is besproken kunnen verschillende hybridemismatchstructuren worden gebruikt om de belastinggrondslag te verminderen en daardoor minder belasting af te dragen. Het gebruik van deze structuren brengt verschillende ongewenste gevolgen met zich mee.

Een belangrijk gevolg is dat dergelijke structuren nationale belastinginkomsten verminderen en schadelijk zijn voor de werking van de interne markt.⁴⁹ Toch zijn er vanuit het perspectief van een land redenen aan te wijzen waarom er geen maatregelen worden genomen tegen de constructies. Belastingconcurrentie is een middel dat wordt gebruikt om economische politiek te bedrijven. Landen hebben namelijk een economische prikkel om zichzelf aantrekkelijk te maken als vestigingsplaats. Dit doen ze met belastingvoordelen die hun fiscale concurrentiepositie verbetert. De keerzijde van belastingconcurrentie is dat er een *race tot the bottom* kan ontstaan. Dit gebeurt doordat landen hun beleid aanpassen op het gunstige vestigingsklimaat van andere landen om mee te concurreren. Hierbij kennen landen steeds meer voordelen toe om zichzelf aantrekkelijker te maken en zo meer investeringen aan te trekken. Uiteindelijk zorgt dit voor een afname van de totale belastinginkomsten van alle landen.⁵⁰

Het effect van belastingconcurrentie hangt in belangrijke mate af van het type economie en de grootte van een land. Zo zullen kleine landen met een open economie sneller kunnen profiteren van belastingconcurrentie, doordat het verlies aan belastingopbrengsten kleiner is dan de stijging van belastingopbrengsten als gevolg van de toename van buitenlands kapitaal. Grote landen zullen minder kunnen profiteren van belastingconcurrentie doordat een verlaging van het tarief grotere gevolgen heeft voor de binnenlandse heffingsgrondslag. Voor alle landen geldt overigens dat de soevereiniteit om hun eigen belastingwetgeving te bepalen wordt aangetast door belastingconcurrentie.⁵¹

Een ander gevolg die de hybride structuren met zich meebrengen is het ontstaan van oneerlijke concurrentie. Het is voor ondernemingen met behulp van grensoverschrijdende structureren mogelijk om met hybride constructies belastingvoordeel te behalen. Ondernemingen die niet internationaal opereren of minder middelen beschikbaar hebben voor bijvoorbeeld fiscale expertise zullen niet kunnen profiteren van de structuren.⁵²

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is geanalyseerd hoe hybridemismatches ontstaan, wat ze precies inhouden en welke gevolgen ze met zich meebrengen.

De steeds vaker gebruikte term ATP verwijst naar structuren waarin belastingplichtigen gebruik maken van mazen in de wet en mismatches tussen nationale belastingwetten met het oog op het verminderen van de belastinggrondslag. Belastingstructuren die gebruik maken van hybridemismatches zijn een belangrijk onderdeel van ATP. Bij internationale ondernemingen die gebruik maken van ATP kan vanuit ethisch perspectief de vraag worden

⁴⁹ Aanbeveling (EU) 2012/772 van de commissie van 6 december 2012 over agressieve fiscale planning (*PbEU* 2012, L 338).

⁵⁰ P. Piantavigna, 'Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy', *World Tax Journal* 2017/9, No. 4, par. 1 en OESO (2012), 'Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues', p. 11.

⁵¹ S.A. Stevens, 'De fair share plicht van landen en ondernemingen', *TFO* 2014/131.2, p. 3 & 4.

⁵² R. Russo, 'The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements', *Bulletin for International Taxation* 2013, par. 4.

gesteld of ze hun *fair share* wel bijdragen. De *fair share*-gedachte ziet op het rechtvaardig bijdragen door belastingplichtigen aan publieke middelen voor zover zij hier voordeel van ondervinden. De vraag of multinationale ondernemingen hun *fair share* bijdragen is echter lastig te beantwoorden. Een beroep op het belastingmoraal van ondernemingen zal niet snel slagen, dus zal de overheid moeten bepalen wanneer constructies te agressief zijn en in wanneer moet worden ingegrepen.

Een hybridemismatch is een constructie die gebruik maakt van verschillen in kwalificatie van entiteiten of instrumenten tussen bepaalde rechtsgebieden. Deze kwalificatieverschillen kunnen leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek, waardoor de belastingdruk wordt verminderd. Hybride constructies kunnen zich in complexe vormen aandienen. In dit hoofdstuk zijn verschillende typen hybridemismatches toegelicht aan de hand van voorbeelden, waardoor nog beter duidelijk werd wat een mismatch inhoudt en hoe het kan worden gebruikt om belasting te ontwijken.

Hybridemismatches leiden tot verschillende gevolgen. Zo verminderen ze de nationale belastinginkomsten en zijn ze schadelijk voor de werking van de interne Europese markt. Daarnaast zorgen hybride structuren voor het ontstaan van oneerlijke concurrentie. Toch hebben landen niet altijd de prikkel maatregelen te nemen door belastingconcurrentie. Belastingconcurrentie kan de concurrentiepositie van landen verbeteren, maar kan ook leiden tot een *race to the bottom*. Het effect hangt voor een groot deel af van de grootte en de economie van een land. Daarnaast zorgt belastingconcurrentie voor aantasting van de soevereiniteit van landen. Deze ongewenste gevolgen van hybridemismatches hebben geleid tot maatregelen vanuit de OESO en EU. In het volgende hoofdstuk wordt duidelijk wat deze maatregelen inhouden.

Hoofdstuk 3. Bestrijding van hybridemismatches

3.1 Inleiding

Na de financiële en economische crisis en de oplopende begrotingstekorten die daaruit volgden is de maatschappij zich meer bewust geworden van de problemen die belastingplanning door grote multinationale ondernemingen met zich meebrengen. Voornamelijk de al eerder aangehaalde bedrijven zoals Google, Starbucks en Amazon worden ervan beschuldigd hun belastingdruk sterk te verlagen met hun agressieve belastingplanning door middel van mismatchstructuren. Daarom is de OESO in februari 2013 gestart met het tegengaan van BEPS door een actieplan uit te brengen. Hiermee legde de OESO de grondslag voor het tegengaan van hybridemismatches. Ondertussen worden hybridemismatches op zowel internationaal als Europees niveau bestreden. Ook hebben landen inmiddels verschillende EU-richtlijnen geïmplementeerd in hun wetgeving die betrekking hebben op het tegengaan van hybridemismatches.

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat landen niet snel bereid zijn op nationaal niveau maatregelen te nemen tegen dergelijke constructies omdat dit hun internationale concurrentiepositie schaadt. Globale, gecoördineerde maatregelen zijn daarom nodig om belastingontwijking als gevolg van hybridemismatches tegen te gaan.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke oplossingen er bestaan en welke ontwikkelingen hieraan vooraf zijn gegaan om hybridemismatches op een gecoördineerde en globale manier te bestrijden. Eerst worden enkele initiatieven van de OESO besproken. Vervolgens worden de maatregelen van de Europese Commissie geanalyseerd en wordt in het bijzonder stilgestaan bij de ATAD 2. Hierna wordt behandeld hoe deze richtlijn in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd. Tot slot wordt in de deelconclusie de deelvraag beantwoord: ‘Welke oplossingen bestaan er om hybridemismatches aan te pakken en welke ontwikkelingen zijn hieraan vooraf gegaan?’.

3.2 De OESO en het BEPS-project

In 2013 is de OESO in samenwerking met de G20 begonnen aan het BEPS-project door het publiceren van een actieplan, een van haar eerste initiatieven inzake hybridemismatches. Met dit project werd gestreefd naar overeenstemming over internationale maatregelen om belastinggrondslagen van landen te beschermen.⁵³ Hierin zijn verschillende aanbevelingen gedaan om BEPS tegen te gaan. Het actieplan bestaat uit vijftien actiepunten, waarvan actiepunt 2 ziet op het neutraliseren van de gevolgen van hybridemismatches.

In navolging hierop heeft de OESO in 2015 het definitieve BEPS-actiepunt 2 rapport gepresenteerd.⁵⁴ De aanbevelingen van de OESO vallen echter onder de *soft law*, wat inhoudt dat ze geen bindende werking hebben. In *part I* van dit rapport wordt aanbevolen bepalingen in de nationale wetgeving op te nemen die erop gericht zijn hybridemismatches te neutraliseren. Hiervoor doet de OESO de aanbeveling gebruik te maken van zogenoemde *linking rules*, oftewel koppelingsregels. Aan de hand van de *linking*-benadering wordt de fiscale behandeling van een betaling ter vergoeding van een lening in het ene land gekoppeld aan de fiscale behandeling van de corresponderende opbrengst in het andere land. Dezelfde

⁵³ OESO (2013), ‘Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing’, p. 13.

⁵⁴ OESO (2015), ‘Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report’.

manier geldt voor betalingen aan of door een hybride lichaam.⁵⁵ *Part II* doet aanbevelingen die moeten voorkomen dat hybride entiteiten en -instrumenten worden gebruikt om voordelen uit belastingverdragen te verkrijgen. In het kader van deze scriptie wordt hier niet verder op ingegaan.

3.3 De Europese Commissie en de ATAD

Om uitvoering te geven aan de aanbevelingen van de OESO en de vennootschapsbelasting in de EU beter te coördineren met het oog op een betere aanpak van agressieve belastingplanning heeft de Europese Commissie een actieplan opgesteld.⁵⁶ Aan dit plan is invulling gegeven door het publiceren van de *Anti-Tax Avoidance Package*, wat onder meer bestond uit het ATAD 1 voorstel.⁵⁷ Over deze richtlijn is in juni 2016 een akkoord bereikt tussen de Europese lidstaten. De richtlijn bevat maatregelen om grondslagen van EU-landen te beschermen. De Europese Commissie implementeert op deze manier verschillende aanbevelingen van de OESO op EU-niveau, de aanbevelingen daadwerkelijk effect hebben gekregen. Lidstaten zijn verplicht richtlijnen van de EU in hun nationale wetgeving te implementeren omdat deze onder de *hard law* vallen.⁵⁸

De ATAD 1 bevat vijf bepalingen om belastingontwijking tegen te gaan, waarvan een bepaling zich richt op hybridemismatches.⁵⁹ De mismatches die worden aangepakt zijn voor het grootste deel gebaseerd op *part I* van het BEPS-actiepunt 2 rapport.⁶⁰ Echter, verschillende lidstaten vreesden dat ATAD 1 te beperkt zou zijn om aan de BEPS aanbevelingen te voldoen en hybridemismatches voldoende aan te pakken. De hybridemismatchbepaling zou zich slechts beperken tot situaties met hybride lichamen en hybride financiële instrumenten. Daarnaast beperkt de reikwijdte zich alleen tot kwalificatieverschillen binnen de EU.⁶¹ Belastingontwijking in de EU was voor belastingplichtigen nog steeds mogelijk via structuren met derde landen. De Europese Commissie werd verzocht om dit op te lossen door met een tweede richtlijnvoorstel te komen.⁶²

3.4 De ATAD 2

De ATAD 1 werd niet lang nadat het was aangenomen alweer gewijzigd om beter aan de BEPS aanbevelingen te voldoen. De onderdelen die zagen op hybridemismatches werden vervangen en uitgebreid door ATAD 2. Door de invoering van deze wijzigingsrichtlijn werden hybridemismatches breder aangepakt en ook de gevolgen van mismatches met

⁵⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff, & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD 2', TFO 2020/172.1, p. 5.

⁵⁶ Europese Commissie, 17 juni 2015, 'Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden', COM(2015) 302 final.

⁵⁷ Europese Commissie, 28 januari 2016, 'Pakket anti-ontgaansmaatregelen: volgende stappen naar effectieve belastingheffing en grotere fiscale transparantie in de EU', COM(2016) 23 final.

⁵⁸ Artikel 288 van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie.

⁵⁹ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (*PbEU* 2016, L 193).

⁶⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff, & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD 2', TFO 2020/172.1, p. 5.

⁶¹ A.J.A. Stevens & G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen)', *NTFR* 2017/40.

⁶² P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law* (Volume 1 – General Topics and Direct Taxation, Student Edition), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 247.

betrekking tot derde landen geneutraliseerd.⁶³ De richtlijn bevat regels betreffende hybridemismatches waarbij vennootschapsbelastingplichtigen zijn betrokken of, ingeval van omgekeerde hybriden, een entiteit in een lidstaat.⁶⁴ Bij omgekeerde hybriden bestaat er namelijk geen vennootschapsbelastingplicht doordat het land waarin het gevestigd is het lichaam als transparant beschouwt.

De ATAD 2 neutraliseert de fiscale voordelen die ontstaan door kwalificatieverschillen tussen fiscale wetgevingen van landen via de eerdergenoemde *linking rules*. De koppelingsregels neutraliseren dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing door ofwel het weigeren van aftrek in een van de betrokken landen ofwel het betrekken in de heffing in het andere land. Belangrijk is om op te merken dat ATAD 2 hiermee niet de oorzaak van kwalificatieverschillen aanpakt, maar de negatieve gevolgen die hieruit voortkomen ongedaan maakt.⁶⁵ Op die manier blijven de lidstaten vrij in het kwalificeren van lichamen en instrumenten. Zo kunnen lidstaten hun eigen fiscale wetgeving blijven bepalen en behouden ze hun soevereiniteit. Ook wordt het investerings- en handelsklimaat daardoor niet beïnvloed.⁶⁶ Hybridemismatches worden op die manier niet aangepakt bij de oorzaak (kwalificatieverschillen), maar de symptomen (aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek) worden bestreden.

De in de ATAD 2 geïntroduceerde belastingplichtmaatregel vormt hier een uitzondering op door hybridemismatches wel bij de oorzaak aan te pakken. De bepaling ziet op omgekeerde hybride lichamen. Op basis van deze regel worden omgekeerde hybride entiteiten als zelfstandig binnenlands belastingplichtige beschouwd door de staat van vestiging.⁶⁷ De maatregel pakt mismatches bij de oorzaak aan doordat het de kwalificatie van het vestigingsland en buitenland overeenstemt.

3.4.1 Toepassing

Voordat dieper wordt ingegaan op de werking van ATAD 2 is het van belang om stil te staan bij het toepassingsbereik. De maatregelen worden namelijk alleen toegepast wanneer sprake is van gelieerdheid of wanneer sprake is van een gestructureerde regeling. Voor de betekenis van de term gelieerdheid wordt aangesloten bij de definitie uit ATAD 1. Zodoende is sprake van gelieerdheid wanneer direct of indirect een belang van 25% of meer gehouden wordt.⁶⁸

Als er geen sprake is van gelieerdheid zijn de maatregelen uit ATAD 2 eveneens van toepassing wanneer een hybridemismatch het gevolg is van een gestructureerde regeling. Een gestructureerde regeling doet zich voor in gevallen waarin de voordelen van een hybridemismatch in de voorwaarden van een regeling is ingeprijsd, of een regeling zodanig is opgezet dat er een hybridemismatch uit voortkomt. Er wordt daarentegen niet gesproken van een gestructureerde regeling wanneer niet verwacht kan worden dat de belastingplichtige zich

⁶³ P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law* (Volume 1 – General Topics and Direct Taxation, Student Edition), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 247.

⁶⁴ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 8, p. 2.

⁶⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff, & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2', TFO 2020/172.1, p. 1.

⁶⁶ OESO (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report', p. 11.

⁶⁷ Artikel 9 bis, ATAD.

⁶⁸ Artikel 2, vierde lid, ATAD.

bewust was van de mismatch en door de hybridemismatch geen belastingvoordeel heeft genoten.⁶⁹

Wat betreft het toepassingsgebied is de richtlijn alleen gericht op belastingplichtigen die in een of meer EU-lidstaten aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen en entiteiten die door een lidstaat als transparant worden beschouwd. Hieronder zijn begrepen belastingplichtigen waarvan hun VI in een lidstaat is gevestigd, maar hun fiscale woonplaats in een derde land is gelegen.⁷⁰

Tot slot is voor toepassing van ATAD 2 slechts sprake van een hybridemismatch voor zover de aftrek wordt afgezet tegen een bedrag dat geen ‘dubbel in aanmerking genomen inkomen’ betreft.⁷¹ Dit is inkomen dat door beide landen waartussen de mismatch is ontstaan in de heffing wordt betrokken.⁷² Met de ‘voor zover-bepaling’ wordt een potentiële dubbele heffing als gevolg van de aftrekbeperking voorkomen.

3.4.2 Systematiek

Voor het neutraliseren van de ongewenste gevolgen van hybridemismatches kent ATAD 2 de methode van de primaire en de secundaire regeling, volgend uit de aanbeveling van de OESO in *Part I* van haar BEPS-actiepunten 2 rapport.⁷³ De systematiek volgt een rangorde om te voorkomen dat landen gelijktijdig corrigeren, waardoor dubbele niet-heffing omslaat in dubbele heffing.⁷⁴ De primaire regeling houdt in dat het land van betaler aftrek moet weigeren wanneer de corresponderende opbrengst niet is belast in het land van ontvanger of als diezelfde betaling in dat land eveneens aftrekbaar is. Wanneer de correctie op basis van de primaire regeling niet plaats vindt wordt in het land van ontvanger de secundaire regeling toegepast. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij zogenoemde *tax havens* is of wanneer de regelgeving nog niet goed is geïmplementeerd in een nationale wet. De secundaire regeling schrijft voor dat bij aftrek zonder betrekking in de heffing het land van ontvanger de betaling belast. In het geval van dubbele aftrek weigert het land van ontvanger de aftrek van de betreffende betaling.⁷⁵ Aan de hand van de categorieën hybridemismatches die de ATAD 2 bestrijdt, genoemd in overweging 15 van richtlijn,⁷⁶ wordt deze systematiek nader toegelicht.

De ATAD 2 richt zich op de bestrijding van vier categorieën hybridemismatches:

1. *Betalingen uit hoofde van een financieel instrument*

Deze situatie is besproken in paragraaf 2.4.2, waar een betaling wordt gedaan uit hoofde van een hybride financieel instrument. Hierdoor ontstond een situatie van aftrek zonder betrekking in de heffing. Overeenkomstig de primaire regeling uit ATAD 2 moet het land van de betaler (land B in het voorbeeld) aftrek van belasting weigeren. Indien de primaire

⁶⁹ Artikel 2, elfde lid, ATAD.

⁷⁰ Artikel 1, ATAD.

⁷¹ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 20, p. 3-4.

⁷² Artikel 2, punt 9, derde alinea, onder g, ATAD.

⁷³ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, part I.

⁷⁴ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, p. 18.

⁷⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Samenvatting ‘2015 Final Reports’ 15 BEPS-actiepunten’, *V-N* 2015/56.2, p. 4.

⁷⁶ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 15, p. 3.

regeling door land B niet wordt toegepast geldt de secundaire regeling, wat inhoudt dat de het land van de ontvanger (land A in het voorbeeld) de betaling in de heffing betreft.⁷⁷

2. *Betalingen aan een hybride entiteit of vaste inrichting*

Dit is besproken in paragraaf 2.4.1.1, 2.4.3.1 en 2.4.3.2, waar betalingen worden gedaan aan een hybride lichaam of VI. Door toerekeningsverschillen waren betalingen wel aftrekbaar zonder dat de corresponderende opbrengsten ergens werden belast. In de gevallen waarin een betaling wordt gedaan aan een hybride lichaam (zie paragraaf 2.4.1.1) of een lichaam met VI (zie paragraaf 2.4.3.2) zijn de reguliere primaire en secundaire regelingen van toepassing. Dit betekent dat het land van de betaler aftrek moet weigeren op grond van de primaire regeling.⁷⁸ Indien dit niet gebeurt wordt optioneel de secundaire regeling toegepast, dat voorschrijft dat het land van de ontvanger de betaling in de heffing moet betrekken.⁷⁹

In tegenstelling tot de ATAD 1 kent ATAD 2 ook regels voor hybridemismatches waarbij een VI is betrokken. Voor situaties met een buiten beschouwing blijvende VI zoals beschreven in paragraaf 2.4.3.1 geldt een bijzondere maatregel die afwijkt van de primaire en secundaire regeling. Zo moet de lidstaat waarin het hoofdhuis is gelegen het inkomen van de buiten beschouwing blijvende VI in de heffing betrekken.⁸⁰

De al eerder besproken CV/BV-structuur (zie paragraaf 2.4.1.1) valt onder dit type hybridemismatches. Dit is een voorbeeld van een omgekeerde hybride waarvoor ATAD 2 de belastingplichtmaatregel kent. In geval van de situatie in paragraaf 2.4.1.1 schrijft de regel voor dat Nederland de CV als zelfstandig belastingplichtige moet beschouwen waardoor al het inkomen in de heffing wordt betrokken. Op die manier wordt de mismatch alsnog voorkomen wanneer de primaire en secundaire regeling de gevolgen niet neutraliseren.⁸¹

3. *Betalingen verricht door een hybride entiteit of veronderstelde betaling*

Deze categorie is besproken in paragraaf 2.4.1.2 en 2.4.3.3, waar hybridemismatches voortkwamen uit betalingen door een hybride lichaam of veronderstelde betalingen tussen hoofdhuis en VI. Het gevolg was dat betalingen aftrekbaar waren zonder dat ze in de heffing werden betrokken. Voor gevallen waarin een betaling wordt gedaan door een hybride lichaam (zie paragraaf 2.4.1.2) neutraliseert ATAD 2 de voordelen door toepassing van de primaire en secundaire regeling. Dit houdt in dat het land van betaler de aftrek dient te weigeren (land B in het voorbeeld) op grond van de primaire regeling, en wanneer dit niet gebeurt het land van ontvanger de betaling betreft in de heffing (land A in het voorbeeld) op grond van de secundaire regeling.⁸²

Voor gevallen met een veronderstelde betaling (zie paragraaf 2.4.3.3) wordt de primaire regeling voorgeschreven en is de secundaire regeling optioneel.⁸³

⁷⁷ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 9, 16 en 24, p. 2, 3 en 4.

⁷⁸ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 9 en 18, p. 2 en 3.

⁷⁹ Artikel 9, tweede lid, onder b en artikel 9, vierde lid, onder a, ATAD.

⁸⁰ Artikel 9, onder 5, ATAD.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 28 (MvT).

⁸² Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 9, 20 en 24, p. 2, 3 en 4.

⁸³ Artikel 9, vierde lid, onder a.

4. *Dubbele aftrek*

Ook richt ATAD 2 zich op de aanpak van dubbele aftrek veroorzaakt door betalingen verricht door een hybride lichaam of VI, zoals is besproken in paragraaf 2.4.1.3 en 2.4.3.4. Een betaling kwam meer dan een keer in aftrek van de winst doordat verschillende landen aftrek toestonden. Ook in situaties waarin hybridemismatches leiden tot dubbele aftrek worden de primaire en secundaire regeling toegepast, alleen schrijven beide regels voor dat aftrek geweigerd moet worden. Zo wordt aftrek geweigerd in het land van de investeerder krachtens de primaire regeling (land A in beide voorbeelden). Indien dit land de aftrek niet weigert geldt de secundaire regeling en moet het land van betaler aftrek weigeren (land b in beide voorbeelden).⁸⁴

Daarnaast voorziet ATAD 2 in maatregelen om de in paragraaf 2.4.4 besproken geïmporteerde hybridemismatches tegen te gaan. Zo wordt gepoogd te voorkomen dat de maatregelen uit de ATAD 2 een verschuiving van mismatches naar landen buiten de EU tot gevolg hebben.⁸⁵ Bij een geïmporteerde hybridemismatch wordt op grond van de primaire regeling aftrek van betaling geweigerd door het land van betaler. Er wordt bij een geïmporteerde hybridemismatches geen secundaire regeling voorgeschreven.⁸⁶

Ten slotte pakt de ATAD 2 mismatches aan die worden veroorzaakt door dubbel inwonerschap, besproken in paragraaf 2.4.5. Wanneer de mismatch zich voordoet tussen EU-lidstaten bepaalt het belastingverdrag waar de belastingplichtige inwoner is en waar aftrek wordt toegestaan. Indien de mismatch optreedt tussen een lidstaat en derde land wordt aftrek geweigerd door de lidstaat waar de belastingplichtige fiscaal inwoner is.⁸⁷

3.5 Implementatie in Nederland

Zoals gezegd zijn EU-lidstaten verplicht richtlijnen van de EU in de nationale wetgeving te implementeren. De wijziging van de Nederlandse belastingwet die dient ter implementatie van ATAD 2 is met ingang van 1 januari 2020 van kracht geworden, met uitzondering van wetwijzigingen die betrekking hebben op hybridemismatches als gevolg van een omgekeerde hybride. Deze aanpassingen zullen pas per 1 januari 2022 worden opgenomen in de wet.⁸⁸

De wetwijziging die ATAD 2 in de Wet op de vennootschapsbelasting (hierna: Wet VPB 1969) implementeert kan worden onderverdeeld in een aantal punten. In de eerste plaats wordt per 1 januari 2022 in artikel 2 Wet VPB 1969 een nieuw derde lid ingevoegd op grond waarvan omgekeerde hybrides onbeperkt binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. Met de bepaling is uitvoering gegeven aan de belastingplichtmaatregel. Vanaf diezelfde datum wordt in artikel 9 Wet VPB 1969 het nieuwe onderdeel f toegevoegd, inhoudende een aftrekpost voor de omgekeerde hybride. Het gedeelte van de winst dat in de heffing wordt betrokken in het land waar de achterliggende participanten zijn gevestigd is aftrekbaar in Nederland. Hiermee is aangesloten bij de systematiek van de open commanditaire vennootschap.⁸⁹

⁸⁴ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 9, 21 en 24, p. 2, 3 en 4 & artikel 9 lid 1.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 25 (MvT).

⁸⁶ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 25, p. 4.

⁸⁷ Artikel 9ter, ATAD.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2, p. 1-2.

In de tweede plaats staat na artikel 12a Wet VPB 1969 een nieuwe afdeling, genaamd hybridemismatches, bestaande uit artikel 12aa tot en met artikel 12ag. In artikel 12aa Wet VPB 1969 is de implementatie van de primaire regeling terug te vinden en worden bepaalde kosten verband houdende met verschillende typen hybridemismatches van aftrek uitgesloten. Deze typen zijn omschreven in het eerste lid, waarbij de onderdelen a tot en met f hybridemismatches omschrijven die tot aftrek zonder betrekking in de heffing leiden en onderdeel g mismatches betreft die leiden tot dubbele aftrek.⁹⁰ Vervolgens is in het artikel 12ab Wet VPB 1969 de implementatie van de secundaire regeling opgenomen. Op grond van dit artikel betreft Nederland een vergoeding die in Nederland normaal gesproken niet tot de winst wordt gerekend alsnog in de heffing. Dit gebeurt wanneer sprake is van een hybridemismatch en de andere staat voor de corresponderende betaling geen aftrek weigert.⁹¹

Voorts is in artikel 12ag Wet VPB 1969 een nieuwe documentatieverplichting geïntroduceerd. Opmerkelijk is dat de documentatieplicht niet is opgenomen in de richtlijn, maar op initiatief van de staatssecretaris is ingevoerd.⁹² Deze maatregel geldt voor alle vennootschapsbelastingplichtigen en houdt in dat zij in hun administratie gegevens moeten opnemen waaruit blijkt in hoeverre en op welke wijze hybridemismatchregels van toepassing zijn. Bij het niet-naleven van de documentatieplicht vindt omkering en verzwaring van de bewijslast plaats. Dit houdt in dat wanneer de belastingplichtige niet of niet volledig voldoet aan de verplichting, de inspecteur de belastingplichtige kan verzoeken te doen blijken dat de hybridemismatchregelingen op hem niet van toepassing is.⁹³

Verder is in artikel 12ad Wet VPB 1969 een bepaling tegen geïmporteerde mismatches opgenomen en voorkomt artikel 12ae Wet VPB 1969 hybridemismatches als gevolg van een dubbele vestigingsplaats. Daarnaast is de wet aangevuld met definities en flankerende regelgeving. Zo zijn een aantal begrippen die steeds terugkeren gedefinieerd in artikel 12ac Wet VPB 1969.⁹⁴

Tot slot is de objectvrijstelling in artikel 15e wet VPB 1969 beperkt voor buitenlandse activiteiten van Nederlandse belastingplichtigen die volgens de Nederlandse wetgeving een VI vormen, maar volgens de buitenlandse wetgeving niet. Door invoeging van een nieuw negende lid vindt de objectvrijstelling geen toepassing voor zogenaamde buiten beschouwing blijvende VI's.⁹⁵

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is gekeken naar oplossingen die bestaan tegen hybridemismatches en de ontwikkelingen die hieraan vooraf zijn gegaan. In het bijzonder zijn verschillende aspecten van de ATAD 2 behandeld.

Voor een meer gecoördineerde aanpak van belastingontwijking en door het streven naar internationale maatregelen om belastinggrondslagen van landen te beschermen bracht de OESO een actieplan uit. Hierin doet de OESO voor bestrijding van hybridemismatches onder

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2, p. 2-3.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2, p. 3.

⁹² A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2', *TFO* 2020/172.1, p. 19.

⁹³ D.P.J.G. van Kappel & G.K. Fibbe, 'De nieuwe documentatieplicht in art. 12 ag Wet Vpb 1969', *MBB* 2020/2-4, p. 5 & 6.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2, p. 3-6.

⁹⁵ H. Lohuis, 'Voorstel van wet voor implementatie ATAD2', *NTFR* 2019/2185, p. 2.

andere de aanbeveling zogenaamde *linking rules* in de nationale wetgeving op te nemen. Uit aanbevelingen in het BEPS-actiepunt 2 rapport is ATAD 1 voortgekomen, die voor een gecoördineerde aanpak van belastingontwijking op Europees niveau moest zorgen. Er werd gevreesd dat de richtlijn niet voldoende aan de BEPS-aanbevelingen voldeed omdat de maatregelen te beperkt waren en belastingontwijking in de EU nog steeds mogelijk was via structuren met derde landen. Daarom werd de richtlijn vervangen en uitgebreid door ATAD 2. De maatregelen in de wijzigingsrichtlijn pakken hybridemismatches breder aan en neutraliseren ook de fiscale gevolgen van hybridemismatches met betrekking tot derde landen. Maatregelen in ATAD 2 bestrijden de gevolgen van hybridemismatches door de in het BEPS-actiepunt 2 rapport aanbevolen *linking*-benadering. De belastingplichtmaatregel vormt hierop een uitzondering en pakt hybridemismatches bij de oorzaak aan. De maatregelen worden alleen toegepast wanneer sprake is van gelieerdheid of een gestructureerde regeling. Daarnaast raakt ATAD 2 alleen belastingplichtigen die in een lidstaat vennootschapsbelastingplichtig zijn en entiteiten die door een lidstaat als transparant worden gezien.

Om de gevolgen van hybridemismatches te neutraliseren kent ATAD 2 de systematiek van de primaire en secundaire regeling. De primaire regeling schrijft voor dat aftrek moet worden geweigerd in het land van betaler wanneer de corresponderende opbrengst niet is belast of als dezelfde betaling dubbel aftrekbaar is. De secundaire regeling wordt toegepast als correctie op basis van de primaire regeling niet plaatsvindt. De secundaire regeling zegt dat het land van ontvanger de betaling belast of aftrek van betaling weigert, afhankelijk van de aard van de hybridemismatch. De werking van ATAD 2 is in dit hoofdstuk verder toegelicht aan de hand van de categorieën mismatches genoemd in de richtlijn en uitwerking van de casussen in hoofdstuk 2.

Tot slot is in dit hoofdstuk de wijziging van de Nederlandse wetgeving die dient ter implementatie van ATAD 2 besproken. De wijzigingen in de Wet VPB 1969 zijn met ingang van 1 januari 2020 van kracht geworden, met uitzondering van wetswijzigingen die betrekking hebben op de implementatie van de belastingplichtmaatregel. Deze zullen pas per 1 januari 2022 worden opgenomen in de wet. Tegelijk met invoering van de implementatiewetgeving is op initiatief van de staatssecretaris de documentatieverplichting ingevoerd waaruit moet blijken in hoeverre de hybridemismatchregelgeving van toepassing is.

De vraag rijst in hoeverre de maatregelen hun doel behalen en of de middelen die hiervoor gebruikt worden niet verder gaan dan nodig. In het volgende hoofdstuk worden ATAD 2 en de implementatie in de Nederlandse wetgeving getoetst op effectiviteit en efficiëntie.

Hoofdstuk 4. Een effectieve en efficiënte aanpak?

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geconstateerd dat op zowel wereldwijd als Europees niveau maatregelen worden genomen om de schadelijke gevolgen van hybridemismatches te bestrijden. ATAD 2 is een belangrijke stap in het tegengaan van deze schadelijke structuren en is in het hoofdstuk hiervoor uitvoerig besproken. Ook is gebleken dat een groot deel van de richtlijn recentelijk is geïmplementeerd in de Nederlandse belastingwetgeving. De vraag rijst in hoeverre deze hybridemismatch-regelgeving en de implementatie ervan voor het gewenste effect zorgt.

In dit hoofdstuk wordt ATAD 2 getoetst op de criteria effectiviteit en efficiëntie. Deze criteria kunnen respectievelijk worden aangeduid als doeltreffendheid en doelmatigheid. De definitie van de begrippen zijn in de inleiding (zie hoofdstuk 1) toegelicht, maar komen in dit hoofdstuk voor het gemak nogmaals aan bod.

Allereerst wordt de effectiviteit van ATAD 2 en de implementatie in de Nederlandse wetgeving geanalyseerd. Vervolgens wordt ingegaan op de efficiëntie van de richtlijn en de Nederlandse implementatie. Daarna wordt voor een toetsing van de twee criteria bekeken of er betere alternatieven mogelijk zijn. Ten slotte wordt in de deelconclusie de deelvraag beantwoord: ‘In hoeverre wordt het gestelde doel van ATAD 2 bereikt en gaat het middel om hybridemismatches te bestrijden niet verder dan nodig?’. In dit hoofdstuk worden verschillende aanbevelingen gedaan en breng ik mijn mening naar voren.

4.2 Effectiviteit

Effectiviteit wordt bepaald door de mate waarin het gestelde doel met behulp van aangewende middelen wordt behaald. De doelstelling van ATAD 2 is om de interne markt als geheel beter te wapenen tegen hybridemismatches.⁹⁶ Effectiviteit zal aan deze doelstelling getoetst worden.

De BEPS aanbevelingen van de OESO vallen zoals gezegd onder de *soft law*. De OESO merkt op dat het voor een effectieve werking van de bepalingen belangrijk is deze op een gecoördineerde manier te implementeren.⁹⁷ Om dit te bewerkstelligen en te zorgen dat landen de maatregelen daadwerkelijk doorvoeren heeft de Europese Commissie met de ATAD voor een *hard law*-benadering gekozen. De aanpak van de Europese Commissie lijkt dan ook effectiever dan die van de OESO.⁹⁸

4.2.1 Effectiviteit van ATAD 2

ATAD 2 is recentelijk door lidstaten van de EU in hun nationale belastingwetgeving geïmplementeerd. Hierdoor zijn beschikbare gegevens voor het doen van empirisch onderzoek naar effectiviteit gering. Daarnaast is de benodigde data voor empirisch onderzoek naar effectiviteit meestal niet openbaar. Toch is er verschillende literatuur beschikbaar aan de hand waarvan de effectiviteit van ATAD 2 kan worden beoordeeld.

⁹⁶ Richtlijn van de Raad (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, overweging 27, p. 5.

⁹⁷ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, p. 123.

⁹⁸ G.K. Fibbe, ‘Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing’, *WFR* 2016/186, p. 10.

De negatieve gevolgen die ontstaan door kwalificatieverschillen tussen fiscale wetgeving van landen worden door ATAD 2 geneutraliseerd door de in paragraaf 3.2 geïntroduceerde *linking*-benadering. Die aanpak neemt niet de oorzaak van de mismatch weg maar neutraliseert de gevolgen. Artikel 9 lid 1 ATAD ontnemt de mogelijkheid tot belastingontwijking door het gebruik van een ‘dubbele aftrek-structuur’. Het tweede lid van het overeenkomstige artikel voorkomt dat een situatie van ‘aftrek zonder betrekking in de heffing’ in belastingontwijking resulteert. Bij dergelijke structuren kan worden gesteld dat de benadering effectief is.

De Graaf, Rijff en Stevens stellen dat de effectiviteit van de koppelingsregels hoog kan zijn bij een juiste implementatie, maar vinden dat de benadering vooral nadelen heeft.⁹⁹ De effectiviteit van de aanpak brengt verschillende beperkingen met zich doordat het slechts een aantal gevolgen van mismatches neutraliseert. Volgens Fibbe komt dit door de principiële keuze voor de *linking*-benadering die slechts enkele symptomen van mismatches bestrijdt, namelijk dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende betrekking in de heffing. Hierdoor blijven verschillende symptomen onopgelost, zoals situaties met dubbele belasting en hybridemismatchstructuren met betrekking tot particulieren. Fibbe stelt daarom dat de benadering te beperkt is en op termijn opnieuw voor discussie zal zorgen over volledige neutralisering van hybridemismatches in de interne Europese markt. In tegenstelling tot de *linking*-benadering kent de belastingplichtmaatregel in artikel 9 bis ATAD wel een aanpak bij de oorzaak (zie paragraaf 3.4). Het door Fibbe genoemde onopgeloste symptoom, structuren waarbij particulieren zijn betrokken, wordt met de maatregel deels opgelost.

De Graaf, Rijff en Stevens betogen dat een benadering met *linking rules* een groot risico van *overkill* alsmede *underkill* met zich meebrengt en daarmee haar doel mist. Met *overkill* bedoelen de auteurs het risico op dubbele belasting. Met *underkill* wordt bedoeld dat de koppelingsregeling uit part II van het BEPS-actie 2 rapport specifieke structuren mist.¹⁰⁰ De regeling ontbreekt namelijk van neutralisatieregels die voorzien in het voorkomen van dubbele belasting bij *outbound* verdragssituaties.¹⁰¹ Omdat *linking rules* met betrekking tot deze situaties niet zijn opgenomen in ATAD 2 wordt daar in deze scriptie niet verder op ingegaan.

4.2.2 Inconsistente implementatie

Voorts achten De Graaf, Rijff en Stevens de kans op een inconsistente en ineffectieve bestrijding van mismatches realistisch doordat ATAD de mogelijkheid laat voor een inconsistente implementatie door lidstaten in hun nationale wetgeving. Specifiek ontstaat de mogelijkheid door de zogeheten *opt-outbepaling*, opgenomen in artikel 9 lid 4 ATAD. Deze bepaling staat EU-lidstaten toe om sommige bepalingen uit de ATAD niet te implementeren. Zo geldt bijvoorbeeld een *opt-outbepaling* voor hybridemismatches als gevolg van een VI voor de secundaire regeling, wanneer de mismatch ontstaat door een betaling aan de VI. Lidstaten hebben in dergelijke situaties dus de mogelijkheid om de secundaire regeling niet toe te passen. Op grond van de secundaire regeling zou de vergoeding alsnog in de heffing worden betrokken wanneer het andere land de primaire regeling niet toepast. Voor situaties waarin de *opt-outbepaling* wordt gebruikt en de secundaire regeling dus niet wordt toegepast

⁹⁹ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, ‘De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2’, *TFO* 2020/172.1, p. 28.

¹⁰⁰ OESO (2015), ‘*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*’, part II.

¹⁰¹ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, ‘De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2’, *TFO* 2020/172.1, p. 20.

blijft het mogelijk structuren op te zetten waarmee aftrek zonder betrekking in de heffing wordt gecreëerd. Fibbe deelt de mening dat mismatches met de maatregelen ineffectief worden bestreden door de ruimte die ATAD laat voor een inconsistente implementatie.¹⁰²

4.2.3 Bestrijden van de oorzaak

Het Europees parlement heeft in de aanbeveling aan de Europese Commissie inzake hybridemismatches een oplossing aanbevolen die ziet op algehele harmonisatie van kwalificatiecriteria tussen lidstaten, ofwel een aanpak bij de oorzaak.¹⁰³ De Europese Commissie heeft met de uiteindelijke regelgeving gekozen om aan te sluiten bij de tweede aanbeveling van de Europese Commissie, inhoudende symptoombestrijding.

In de literatuur geniet het bestrijden van de oorzaak over het algemeen de voorkeur. Zo verdedigt Fibbe in zijn proefschrift dat het wegnemen van de oorzaak de beste manier is om hybridemismatches te bestrijden. Volgens de auteur voorkomt een uniforme kwalificatie dat lidstaten autonoom kwalificeren. Door op deze manier de oorzaak weg te nemen worden kwalificatieverschillen voorkomen. Dit in tegenstelling tot de huidige *linking*-benadering, die slechts enkele symptomen wegneemt.¹⁰⁴ Om uniforme kwalificatie te bewerkstelligen stelt Fibbe in zijn proefschrift voor om in geval van hybride entiteiten aan te sluiten bij de fiscale kwalificatie van het vestigingsland.¹⁰⁵ Op basis van deze benadering zijn landen gehouden de fiscale kwalificatie te volgen van het land waarin de werkelijke leiding is gevestigd. Deze methode werd in 1988 al besproken door van Raad in het *general report* van het IFA-congres.¹⁰⁶ Ook is de benadering door Parada in zijn proefschrift voorgesteld.¹⁰⁷

Ik ben van mening dat het gezien de effectiviteit beter is voor een benadering te kiezen die hybridemismatches aanpakt bij de oorzaak. De *linking*-benadering die in ATAD 2 wordt toegepast is namelijk minder effectief omdat het slechts enkele symptomen bestrijdt. Vanzelfsprekend zullen alle negatieve gevolgen van hybridemismatches uitblijven wanneer de oorzaak wordt weggenomen. Het wegnemen van de oorzaak sluit uit dat mogelijkheden blijven bestaan om alsnog hybridemismatches te creëren die buiten beschouwing blijven met de *linking*-benadering. Ook wordt met het wegnemen van de oorzaak van mismatches de mogelijkheid op inconsistente implementaties voorkomen, wat de effectiviteit van ATAD 2 ten goede komt.

4.2.4 De Nederlandse implementatie en documentatieverplichting

In artikel 12ag wet VPB 1969 wordt in samenhang met de implementatie van ATAD 2 een nieuwe administratieverplichting geïntroduceerd (zie paragraaf 3.5). De maatregel is niet opgenomen in de richtlijn maar is op initiatief van de staatssecretaris geïntroduceerd. De documentatieplicht is volgens hem noodzakelijk omdat de belastingdienst normaliter niet over

¹⁰² G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', WFR 2016/186, p. 9.

¹⁰³ Resolutie van het Europees Parlement van 16 december 2015 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende meer transparantie, coördinatie en convergentie van het vennootschapsbelastingbeleid in de Unie, 16 december 2015 (2015/2010(INL)), aanbeveling C6.

¹⁰⁴ G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', WFR 2016/186, p. 9.

¹⁰⁵ G.K. Fibbe, *EC Law Aspects of hybrid Entities*, IBFD Publications: Amsterdam 2009, p. 293-383.

¹⁰⁶ C. van Raad, 'General Report', in: International Fiscal Association, *Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, *Cahiers de droit fiscal international*, Amsterdam: IBFD 1988, p. 57-59.

¹⁰⁷ L. Parada, *Double non-taxation and the use of hybrid entities*, Den Haag: Kluwer Law International 2018, p. 354-356.

de informatie beschikt om te beoordelen of en in hoeverre hybridemismatchregelingen op de belastingplichtige van toepassing zijn.¹⁰⁸

Bij het niet-naleven van de plicht vindt omkering en verzwaring van bewijslast plaats. Warren betoogt dat dit een ineffectieve sanctie is en niet bijdraagt aan de handhaafbaarheid van de implementatiewetgeving. Voor de toepasbaarheid van hybridemismatchbepalingen moet namelijk worden beoordeeld of een lichaam, instrument of VI in het buitenland anders wordt gekwalificeerd dan in Nederland en steunt daarmee deels op buitenlands belastingrecht. De documentatieverplichting vraagt belastingplichtigen een juridisch standpunt in te nemen over de buitenlandse kwalificatie. Buitenlands recht is echter geen door de belastingplichtige of inspecteur te bewijzen feit, maar ambtshalve door de rechter toe te passen recht.¹⁰⁹ Het gevolg hiervan is dat het belastingplichtigen aanspoort door te procederen in plaats van dat de maatregel het geschil oplost ten gunste van de inspecteur. Daarnaast krijgen belastingplichtigen de gelegenheid om gemotiveerde standpunten aan te dragen waarin ze het verschil in kwalificatie tussen Nederland en het buitenland ontkennen. Dit tast de handhaafbaarheid van de implementatiewetgeving aan doordat de inspecteur zich in dit geval alsnog moet verdiepen in het buitenlandse belastingrecht voor het vaststellen van de kwalificatie.¹¹⁰

Mijns inziens is het niet geheel onterecht om van belastingplichtigen te vragen administratieve gegevens op te nemen waaruit de toepasbaarheid van hybridemismatchregelingen blijkt. Door de plicht beschikt de inspecteur altijd over de benodigde informatie om te beoordelen of er sprake is van een hybridemismatch. De documentatieverplichting op zich draagt daarom bij aan de effectiviteit van ATAD 2. Wel ben ik van mening dat omkering en verzwaring van bewijslast bij het niet naleven van de plicht niet bijdraagt aan de efficiëntie van de documentatieverplichting. Aanbevelenswaardig is daarom om de sanctie af te schaffen. De inspecteur zal zich bij afschaffing hoe dan ook moeten verdiepen in het buitenlands belastingrecht om de fiscale kwalificatie vast te stellen. Hiervoor bestaan al verschillende middelen die hij hierbij kan gebruiken om dit makkelijker te maken. Deze worden in paragraaf 4.4 verder toegelicht.

4.3 Efficiëntie

Evenzeer moet worden beoordeeld of het middel ter verwezenlijking van het doel efficiënt is. Het vereiste van efficiëntie houdt in dat er een gunstige verhouding moet bestaan tussen baten en lasten die voortvloeien uit de uitwerking van de wet. De wetgeving mag niet leiden tot onnodige inefficiëntie.¹¹¹ Voor de toetsing van efficiëntie wordt gekeken of de huidige middelen niet verder gaan dan nodig en of er geen eenvoudigere alternatieven mogelijk zijn. Het BEPS-actiepunt 2 rapport vermeldt dat de hybridemismatchregelingen niet mogen leiden tot inefficiënt hogere administratieve lasten en nalevingskosten.¹¹² Toch bevat ATAD 2 en de Nederlandse implementatiewetgeving verschillende inefficiënties.

¹⁰⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2', *TFO* 2020/172.1, p. 19.

¹⁰⁹ HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF7181 en HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1105, r.o. 5.2.4.

¹¹⁰ C.J.D. Warren, 'Een hybride mismatch maar dan anders', *WFR* 2020/24.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25.

¹¹² OESO (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report', p. 99.

4.3.1 Efficiëntie van ATAD 2

In ATAD 2 is een ‘voor zover-bepaling’ opgenomen om potentiële dubbele belasting te voorkomen (zie paragraaf 3.4.1). Als gevolg van de bepaling zijn hybridemismatchregelingen pas van toepassing voor zover daadwerkelijk belasting ontweken wordt. Dit komt de efficiëntie van de maatregelen ten goede.

Ondanks deze maatregel is het nog steeds mogelijk dat een dergelijke situatie tot dubbele belasting leidt. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de situatie waarin een hybride lichaam een betaling doet dat leidt tot aftrek zonder corresponderende betrekking in de heffing (zie paragraaf 2.4.1.2). Het lichaam wordt in het vestigingsland gekwalificeerd als niet-transparant en kan daar de betaling in aftrek brengen door het fiscaal consolidatieregime. Het ontvangende land daarentegen kwalificeert het lichaam als transparant. De primaire regeling zegt in deze situatie dat de lidstaat van betaler aftrek moet weigeren. Het kan zo zijn dat de hybride entiteit netto positieve inkomsten heeft. In dit geval is de primaire regeling niet van toepassing voor zover de aftrek wordt afgezet tegen inkomen dat in het vestigingsland als in het ontvangende land in aan de hybride entiteit wordt toegerekend. Echter, het excessieve dubbel in aanmerking genomen inkomen zal tot dubbele belasting leiden.¹¹³ In ATAD 2 is geen bepaling opgenomen om de efficiëntie op dit vlak te waarborgen.

Mijns inziens is deze inefficiëntie geen probleem wanneer de belastingplichtige de intentie heeft gebruik te maken van een hybridemismatchstructuur. Dubbel in aanmerking genomen inkomen geeft een afschrikwekkende prikkel voor belastingplichtigen om dergelijke structuren op te zetten. Het kan daarentegen ook zo zijn belastingplichtige niet de intentie heeft een hybridemismatch te creëren, waardoor deze onevenredig hard geraakt wordt door de dubbele belasting. Aanbevelenswaardig is daarom om een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen op grond waarvan het excessieve dubbel in aanmerking genomen inkomen niet belast wordt wanneer de belastingplichtige aantoont dat het niet de intentie heeft een mismatch te creëren.

4.3.2 De Nederlandse implementatie

Voor een efficiënte werking van de richtlijn is ook een juiste implementatie van belang. Gelet op de definitie ‘betrekking in de heffing’ uit de ATAD lijkt het begrip in de Nederlandse implementatiewetgeving te nauw te zijn gedefinieerd. De onduidelijke implementatie van artikel 2 van ATAD 2 leidt tot een inefficiënte uitwerking.¹¹⁴

De inaccurate definitie van ‘betrekking in de heffing’ heeft gevolgen voor een CV/BV-structuur, waarbij een royaltybetaling wordt gedaan door een BV aan een CV waarvan de achterliggende participanten zijn gevestigd in de VS (zie paragraaf 2.4.1.1). De belastingplichtmaatregel voorkomt aftrek in Nederland zonder betrekking in de heffing in de VS doordat Nederland de CV als zelfstandig belastingplichtige moet beschouwen. Het gevolg is dat het royaltyinkomen in Nederland in de heffing wordt betrokken en een hybridemismatch wordt voorkomen.

Sinds 2018 is het echter mogelijk dat royalty's in een dergelijke situatie dubbel belast worden door invoering van de *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI) in de VS, een wetgeving

¹¹³ G.K. Fibbe, ‘Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing’, WFR 2016/186, p. 5.

¹¹⁴ Artikel 2, punt 9, derde alinea, onder e, ATAD.

waarmee het land voldoen aan de BEPS-aanbevelingen van de OESO.¹¹⁵ Door de GILTI zou het kunnen dat ook in de VS over de royalty wordt geheven. Hierdoor ontstaat in feite economisch dubbele belasting omdat nu in Nederland en de VS wordt geheven over de royalty. Volgens de memorie van toelichting wordt in Nederland vrijstelling verleend voor het deel van de winst dat het land waar de achterliggende participanten zijn gevestigd betreft in de heffing.¹¹⁶ Daarentegen is uit het kamerstuk impliciet op te maken dat de GILTI-heffing niet onder ‘betrekking in de heffing’ valt.¹¹⁷ De Nederlandse implementatie van de belastingplichtmaatregel gaat in dit geval dus verder dan nodig om het doel te bereiken.¹¹⁸

Mijns inziens schiet de Nederlandse implementatie van de belastingplichtmaatregel in het hiervoor genoemde geval zijn doel voorbij doordat er in feite economisch dubbele belasting ontstaat. Deze onjuiste implementatie heeft tot gevolg dat de ATAD op dit punt zijn doel mist, namelijk het voorkomen van kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels om de interne markt beter te wapenen tegen hybridemismatches. Ik ben van mening dat dit slechts een kinderziekte van de belastingplichtmaatregel betreft dat niks afdoet aan de maatregel zelf. Met een relatief simpele herziening van het begrip ‘betrekking in de heffing’ kan dit probleem worden opgelost. Door de GILTI-heffing onder het begrip te laten vallen wordt dubbele heffing voorkomen.

Verder heeft Nederland bij de implementatie van ATAD 2 geen gebruik gemaakt van de in paragraaf 4.2.2 aan bod gekomen *opt-outbepaling*. Op grond van deze bepaling heeft de wetgever de mogelijkheid om de secundaire regeling voor een hybridemismatch met een betaling aan een hybride lichaam niet te implementeren. Ten aanzien van het Nederlandse verdragsbeleid,¹¹⁹ dat van oudsher is gericht op het principe van kapitaalimportneutraliteit, was het raadzaam geweest dat Nederland in bepaalde situaties wel had gekozen voor de *opt-outbepaling*.¹²⁰ Met toepassing van de bepaling geldt de secundaire regeling dus niet en kan het buitenlands inkomen worden vrijgesteld met het oog op het verdragsbeleid. Door hier geen gebruik van te maken is de hybridemismatch-regelgeving strenger geïmplementeerd dan vereist.

Tot slot wijzen critici op de complexiteit van de Nederlandse wettekst waarmee ATAD 2 is geïmplementeerd. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) merkt op dat de Nederlandse implementatie dusdanig complex is dat het kan leiden tot onnodige bijkomende administratieve lasten bij ondernemingen.¹²¹ Ook het Register Belastingadviseurs is van mening dat de complexiteit en omvang de naleefbaarheid door de praktijk niet ten goede komt. Het is voor individuele belastingplichtigen vrijwel onmogelijk om zonder deskundig advies hun aangifte vennootschapsbelasting in te dienen door het onderzoek dat

¹¹⁵ R.A. Bosman, ‘Digitale economie en Global Anti-Base Erosion: nieuwe BEPS-voorstellen met brede impact’, *NTFR* 2019/29, p. 6.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 28 (MvT).

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 68-69 (MvT).

¹¹⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, ‘De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2’, *TFO* 2020/172.1, p. 12-13.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25087, nr. 4, p. 33.

¹²⁰ A.J.A. Stevens & L.S. Rijff, ‘De Nederlandse implementatie van ATAD2: het consultatiedocument’, *MBB* 2019/2, par. 2.4 en het commentaar op het Consultatiedocument d.d. 10 december 2018 van The Netherlands British Chamber of Commerce, par. 3.

¹²¹ Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, Commentaar op voorstel COM(2016) 26 final, 16 februari 2016, p. 2, geraadpleegd via: nob.net.

moet worden gedaan naar buitenlandse toepasselijke wettelijke regelingen.¹²² De complexiteit van de wetgeving en de kostenverhoging die het met zich meebrengt duidt op inefficiëntie.

4.3.3 Documentatieverplichting

Zoals eerder aangegeven is de documentatieverplichting tegelijk met de implementatiewetgeving op initiatief van de staatssecretaris opgenomen in de wet. Er kunnen sterke vraagtekens worden gezet bij de efficiëntie van de maatregel. In de parlementaire behandeling al werd kritiek geuit op de noodzakelijkheid ervan. Immers, de verplichting leidt tot een onredelijke verhoging van de administratieve lastendruk. Daarnaast wordt het midden- en kleinbedrijf (hierna: mkb) onevenredig hard geraakt omdat zij minder te maken hebben met hybridemismatches.¹²³

De documentatieplicht brengt administratieve lastenverzwaring met zich mee doordat bij iedere betaling van en naar het buitenland gedocumenteerd dient te worden. De belastingplichtige zal bij dergelijke betalingen moeten aantonen dat de hybridemismatch-regelgeving niet van toepassing is aan de hand van onder andere buitenlandse aangiften, aanslagen of het innemen van een juridisch standpunt over buitenlandse kwalificatie. Vanwege de complexiteit van de wetgeving zal menig belastingplichtige bij de laatstgenoemde fiscaalrechtelijke beoordeling hulp van een extern adviseur moeten inroepen.¹²⁴ Gezien de toenemende administratieve lastendruk raakt de maatregel de belastingplichtige onevenredig hard.

Ik ben daarom van mening dat het mkb moet worden vrijgesteld van de documentatieverplichting omdat zij onevenredig hard worden geraakt. Voor kleine internationaal opererende ondernemingen brengt het nakomen van de plicht relatief hogere kosten met zich mee ten opzichte van grote multinationals. Daarnaast is het aannemelijk dat mkb-bedrijven minder snel een hybridemismatchstructuur opzetten, omdat ook dit relatief hogere kosten met zich meebrengt voor dergelijke bedrijven. Gebruikmakend van de toetsing of een bedrijf onder het mkb valt kan worden bepaald of de vrijstelling van toepassing is.

4.4 Alternatieven

Een veel gehoord alternatief voor het tegengaan van belastingontwijking door het gebruik van hybridemismatches is het wegnemen van de oorzaak door een uniforme kwalificatie. In paragraaf 4.2.3 is gebleken dat deze benadering gezien de effectiviteit aanbevelenswaardig is. De *linking*-benadering brengt beperkingen met zich mee omdat het slechts gevolgen van hybridemismatches neutraliseert waardoor bepaalde gevolgen van hybridemismatchstructuren onopgelost blijven. Daarbij sluit een uniforme kwalificatie de mogelijkheid op potentiële dubbele belasting door excessief dubbel in aanmerking genomen inkomen uit (zie paragraaf 4.3.1). Een manier waarop uniforme kwalificatie gerealiseerd kan worden is door aan te sluiten bij kwalificatie van het vestigingsland in geval van hybride lichamen (zie paragraaf 4.2.3).

De uniforme benadering ondervindt kritiek omdat het de fiscale soevereiniteit van landen zou inperken. Zo geeft de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs in deze context aan dat deze disproportionele en vergaande ingreep de

¹²² Register Belastingadviseurs, Commentaar op het Consultatiedocument implementatie ATAD2 d.d. 10 december 2018, p. 3, geraadpleegd via: internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2/reacties.

¹²³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 241, nr. 6, p. 10-12.

¹²⁴ G.K. Fibbe en D.P.J.G. van Kappel, 'De nieuwe documentatieplicht in art. 12ag Wet VPB 1969', *MBB* 2020/2.4, p. 48-56.

soevereiniteit van lidstaten zou aantasten.¹²⁵ Volgens Fibbe is dit een drogreden en beargumenteert dat de fiscale autonomie om lichamen zelfstandig te kunnen kwalificeren al in belangrijke mate is opgegeven. Als voorbeelden noemt hij de Moeder-dochterrichtlijn op grond waarvan Nederland buitenlandse lichamen voor toepassing van de dividendbelasting niet meer zelfstandig mag kwalificeren.¹²⁶ Als tweede voorbeeld noemt hij de Rente- en Royalty-richtlijn dat stelt dat Nederland voor kwalificatie gehouden is aan de fiscale kwalificatie van de andere lidstaat.¹²⁷ Het geheel aansluiten van de fiscale kwalificatie van het vestigingsland is slechts een verdere inperking van de al grotendeels opgegeven autonomie.¹²⁸

De principiële keuze van de Europese Commissie is te begrijpen in die zin dat ze de soevereiniteit van lidstaten niet aantast. Echter, ik denk dat dergelijke maatregelen onvermijdelijk zijn om negatieve gevolgen van belastingontwijking tegen te gaan. Het grote aantal verschillende fiscale wetgevingen leidt tot een groot aantal verschillen in die wetgevingen. Door wetgevingen niet volledig op elkaar aan te sluiten blijft er altijd wel een mogelijkheid bestaan hier gebruik van te maken. Bovendien denk ik dat de fiscale autonomie van Europese lidstaten al grotendeels is ingeperkt, overtuigd door de voorbeelden van Fibbe.

Een alternatieve maatregel op nationaal niveau is gelegen in het afschaffen van de open CV, ofwel het overdraagbaarheids criterium. De toepassing van open en besloten CV's zoals in Nederland komt vrijwel niet voor in andere landen. Dit leidt ertoe dat kwalificatieverschillen met andere landen eenvoudig optreden als gevolg van het overdraagbaarheids criterium. Door afschaffing van de open CV zullen minder kwalificatieverschillen optreden tussen Nederland en andere staten en zal het aantal hybridemismatches dalen.¹²⁹

In paragraaf 4.2.4 is gebleken dat de documentatieverplichting tekortschiet wat betreft effectiviteit van de sanctie van de plicht. Om de effectiviteit te waarborgen is aanbevelenswaardig om de bewijslast bij de inspecteur te leggen. Enkele manieren waarmee het voor de inspecteur mogelijk wordt de implementatiewet op een effectievere manier te handhaven worden in het betoog van Warren genoemd. Zo is het voor de inspecteur het makkelijker om informatie te winnen bij de buitenlandse fiscus door bijvoorbeeld inlichtingenuitwisselingsbepalingen in belastingverdragen.¹³⁰ Daardoor kan eenvoudig de buitenlandse fiscale kwalificatie achterhaald worden. Wanneer in het buitenland al een aanslag is opgelegd kan aan de hand hiervan een rechtsvermoeden worden gevestigd dat er kwalificatieverschillen bestaan tussen Nederland en het andere land.¹³¹

¹²⁵ Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, Commentaar op voorstel COM(2016) 26 final, 16 februari 2016, geraadpleegd via: nob.net.

¹²⁶ Richtlijn (EU) 2011/96 van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345).

¹²⁷ Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (*PbEU* 2003, L 157).

¹²⁸ G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186, p. 9.

¹²⁹ S.A. Stevens & P.J. Tuk, Hoofdstuk 3, Vennootschapsbelasting, in: *Belastingheffing van personenvennootschappen, Knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260.

¹³⁰ Aldus ook de Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG (*PbEU* 2011, L 64) en het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken, Straatsburg 25 januari 1988 (*Trb.* 1991, 4) en de verschillende door Nederland gesloten Tax Information Exchange Agreements.

¹³¹ C.J.D. Warren, 'Een hybride mismatch maar dan anders', *WFR* 2020/24, p. 8.

In paragraaf 4.3.3 is aangegeven dat ook de efficiëntie van de documentatieverplichting te wensen overlaat. Zoals eerder aangegeven is een mogelijk alternatief een variant waarin het mkb wordt vrijgesteld van de administratieplicht, aangezien vooral deze categorie disproportioneel wordt geraakt door de toenemende administratieve lastendruk. Desondanks hebben overige belastingplichtige door de maatregel nog steeds te maken meteen onredelijke verhoging van administratieve lastendruk.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is ATAD 2 en de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving getoetst op effectiviteit en efficiëntie. Ook heb ik in dit hoofdstuk mijn mening gegeven over een aantal belangrijke punten en zijn verschillende aanbevelingen gedaan.

Doordat Europese richtlijnen onder de *hard law* vallen lijkt de aanpak van de Europese commissie effectiever dan de *soft law*-aanbevelingen van de OESO. De *linking*-benadering die gehanteerd wordt in ATAD 2 ontnemt de mogelijkheid om belasting te ontwijken via hybridemismatches waarbij dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende betrekking in de heffing wordt gecreëerd. Bij deze structuren is de benadering voldoende effectief te noemen. Desondanks is de benadering naar aard te beperkt omdat slechts enkele gevolgen worden geneutraliseerd. Daarnaast laat de ATAD 2 de mogelijkheid voor een inconsistente implementatie door lidstaten in hun wetgeving door de *opt-outbepaling*. Door de beperkingen van de *linking*-benadering in combinatie met de mogelijkheid tot een inconsistente implementatie is de effectiviteit van ATAD 2 onvoldoende gewaarborgd. Voorts is met de ‘voor zover-bepaling’ in ATAD 2 geprobeerd de efficiëntie te bevorderen. Of de bepaling voldoende is om de efficiëntie te waarborgen, is te betwijfelen aangezien excessief dubbel in aanmerking genomen inkomen nog altijd tot dubbele belasting leidt. Dit hoeft geen probleem te zijn omdat het belastingplichtigen afschrikt om hybridemismatchstructuren op te zetten. Wel is het wenselijk om een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen om de efficiëntie te bevorderen.

Mijns inziens is het aanpakken van hybridemismatches bij de oorzaak in de meeste opzichten een beter alternatief. Deze benadering is wat betreft effectiviteit en efficiëntie aanbevelenswaardig omdat vanzelfsprekend alle negatieve gevolgen van hybridemismatches zullen uitblijven wanneer de oorzaak wordt weggenomen. Ik zie de belastingplichtmaatregel dan ook als een stap in de goede richting. Op enkele kinderziektes na voorkomt de aanpak inconsistente implementaties en is vollediger dan symptoombestrijding.

Verder zou een alternatieve maatregel op nationaal niveau zijn om het overdraagbaarheids criterium af te schaffen, waardoor hybridemismatches tussen Nederland en andere landen afnemen.

Gezien de effectiviteit en efficiëntie van de Nederlandse implementatie schiet die op een aantal vlakken tekort. Allereerst is de definitie ‘betrekking in de heffing’ te nauw gedefinieerd. Dit heeft gevolgen voor de efficiëntie van de belastingplichtmaatregel doordat de mogelijkheid op dubbele belasting bestaat. Bovendien is bij de implementatie geen gebruik gemaakt van de *opt-outbepaling*, waardoor de richtlijn met het oog op het Nederlands verdragsbeleid strenger is geïmplementeerd dan nodig.

De door de staatssecretaris op eigen initiatief ingevoerde documentatieverplichting is op zichzelf effectief, alleen is de omkering en verzwaring van bewijslast als sanctie minder effectief te noemen. De sanctie tast de handhaafbaarheid van de implementatiewetgeving aan en stimuleert belastingplichtigen door te procederen. Naar mijn mening is een geschikter

alternatief van de documentatieverplichting gelegen in een soortgelijke regeling waarbij de bewijslast bij de inspecteur ligt. Het is voor de inspecteur eenvoudiger mismatches aan te tonen omdat hij gebruik kan maken van hulp van de buitenlandse fiscus. Hiervoor staan hem meerdere middelen ter beschikking. Ten slotte zorgt de complexiteit van de wetgeving en de documentatieverplichting voor een onredelijke administratieve lastenverzwaring, in het bijzonder voor het mkb. Een vrijstelling voor het mkb raadzaam omdat dit de disproportionele administratieve lastendruk die op hen drukt wegneemt.

Hoofdstuk 5. Conclusie

Door te onderzoeken wat hybridemismatches inhouden, welke oplossingen er bestaan om ze te bestrijden en of de huidige aanpak effectief en efficiënt is, is in deze bachelor scriptie beoogd een adequaat antwoord te formuleren op de probleemstelling:

“Zorgt de ATAD 2 hybridemismatch-regelgeving voor een effectieve en efficiënte bestrijding van belastingontwijking met betrekking tot hybridemismatches in Nederland?”

In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat een hybridemismatch een constructie is die gebruik maakt van verschillen in kwalificatie van entiteiten of instrumenten tussen bepaalde rechtsgebieden. Deze kwalificatieverschillen kunnen leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek, waardoor de belastingdruk wordt verminderd. Hybride constructies kunnen zich aandienen in verschillende complexe vormen die in het hoofdstuk geanalyseerd zijn.

In hoofdstuk 3 is besproken dat ongewenste gevolgen van hybridemismatches hebben geleid tot maatregelen vanuit de OESO en EU. Na het BEPS-actieplan van de OESO kwam de Europese Commissie met ATAD 1, die later werd vervangen en uitgebreid door ATAD 2. De maatregelen in ATAD 2 bestrijden de gevolgen van hybridemismatches door de in het BEPS-actiepunt 2 rapport aanbevolen *linking*-benadering. De belastingplichtmaatregel vormt hierop een uitzondering en bestrijdt hybridemismatches bij de oorzaak.

In hoofdstuk 4 is ATAD 2 en de implementatie in de Nederlandse wetgeving getoetst op effectiviteit en efficiëntie en zijn enkele aanbevelingen gedaan. In het hoofdstuk is naar voren gekomen dat de *linking*-benadering die gehanteerd wordt in ATAD 2 de mogelijkheid ontnemt om belasting te ontwijken via hybridemismatches waarbij dubbele aftrek of aftrek zonder corresponderende betrekking in de heffing wordt gecreëerd. Daarom is de benadering bij deze structuren als voldoende effectief te beschouwen. Toch is de benadering naar aard te beperkt omdat slechts enkele gevolgen worden geneutraliseerd. Bovendien laat ATAD 2 de mogelijkheid voor een inconsistente implementatie door lidstaten in hun wetgeving. Door de beperkingen van de *linking*-benadering in combinatie met de mogelijkheid tot een inconsistente implementatie is de effectiviteit van ATAD 2 onvoldoende gewaarborgd. Mijns inziens is het aanpakken van hybridemismatches bij de oorzaak aanbevelenswaardig, aangezien vanzelfsprekend alle negatieve gevolgen van hybridemismatches uitblijven wanneer de oorzaak wordt weggenomen. De belastingplichtmaatregel is dan ook een stap in de goede richting. Voorts werd duidelijk dat het ondanks de ‘voor-zover-bepaling’ nog steeds mogelijk is dat het excessieve dubbel in aanmerking genomen inkomen tot dubbele belasting leidt. Door de afschrikwekkende werking hiervan zullen belastingplichtigen minder snel gebruik maken van hybride constructies. Aanbevelenswaardig is wel om een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen die de efficiëntie waarborgt.

Ook is in hoofdstuk 4 de effectiviteit en efficiëntie van de Nederlandse implementatie van ATAD 2 besproken. Duidelijk werd dat de efficiëntie van de implementatiewetgeving tekortschiet op een aantal vlakken. Allereerst is de definitie ‘betrekking in de heffing’ te nauw gedefinieerd in de Nederlandse wetgeving, waardoor de belastingplichtmaatregel inefficiënt kan uitwerken door de mogelijkheid op dubbele belasting. Om mogelijkheid op dubbele heffing te voorkomen is het wenselijk om het begrip ‘betrekking in de heffing’ te herzien en de GILTI-heffing onder het begrip te laten vallen. Daarnaast is bij de implementatie geen gebruik gemaakt van de *opt-outbepaling*, waardoor de richtlijn met het oog op het Nederlands verdragsbeleid strenger is geïmplementeerd dan nodig.

Wat betreft effectiviteit is de Nederlandse implementatiewetgeving als voldoende te beschouwen, alleen valt er het nodige aan te merken op de documentatieverplichting. De maatregel is tegelijk met de implementatie van ATAD 2 ingevoerd op initiatief van de staatssecretaris. De maatregel is op zichzelf effectief te noemen. Echter, omkering en verzwaring van bewijslast als sanctie voor het niet nakomen van de plicht kan als ineffectief worden beschouwd. De sanctie tast de handhaafbaarheid van de implementatiewetgeving aan en stimuleert belastingplichtigen door te procederen. Daarnaast is de maatregel inefficiënt omdat de complexiteit van de documentatieverplichting voor een onredelijke administratieve lastenverzwaring zorgt, in het bijzonder voor het mkb. Naar mijn mening is een geschikter alternatief van de documentatieverplichting gelegen in een soortgelijke regeling waarbij de bewijslast bij de inspecteur ligt, zonder sanctie voor de belastingplichtigen bij het niet-nakomen. Voor de inspecteur is het eenvoudiger om mismatches aan te tonen omdat hij gemakkelijk hulp kan inschakelen van de buitenlandse fiscus. Hiervoor staan hem meerdere middelen ter beschikking die ook in hoofdstuk 4 zijn besproken. Ten slotte is aanbevelenswaardig het mkb vrij te stellen van de belastingplichtmaatregel om de disproportionele administratieve lastendruk die op hen drukt weg te nemen.

Literatuurlijst

- A. Coelho, 'International: Rutger Bregman: He is saying out loud what the majority of people is thinking', *basicincome.org*, 9 maart 2019.
- A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2', *TFO* 2020/172.1.
- A.J.A. Stevens & G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen)', *NTFR* 2017/40.
- A.J.A. Stevens & L.S. Rijff, 'De Nederlandse implementatie van ATAD2: het consultatiedocument', *MBB* 2019/2.
- A.W. Hofman, 'Vaste inrichting: Grensoverschrijdende activiteiten belast in het buitenland', *navigator.nl*, 18 augustus 2020.
- C. van Raad, 'General Report', in: International Fiscal Association, *Recognition of foreign enterprises as taxable entities, Cahiers de droit fiscal international*, Amsterdam: IBFD 1988.
- C.J.D. Warren, 'Een hybride mismatch maar dan anders', *WFR* 2020/24.
- D.P.J.G. van Kappel & G.K. Fibbe, 'De nieuwe documentatieplicht in art. 12 ag Wet Vpb 1969', *MBB* 2020/2-4.
- F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.
- F.D. Martínez Laguna, 'Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation', *World Tax Journal*, 2017/9.
- F.J. Elswelier, 'ATAD 1 en 2: De implementatie van anti-belastingontwijkingsmaatregelen', *navigator.nl*, 23 september 2020.
- G.K. Fibbe en D.P.J.G. van Kappel, 'De nieuwe documentatieplicht in art. 12ag Wet VPB 1969', *MBB* 2020/2.4.
- G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186.
- G.K. Fibbe, *EC Law Aspects of hybrid Entities*, IBFD Publications: Amsterdam 2009.
- H. Lohuis, 'Voorstel van wet voor implementatie ATAD2', *NTFR* 2019/2185.
- J. Lüdicke, "'Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses', *Bulletin for International Taxation* 2017/6-7.

- J.L.M. Gribnau en R. Hamers, 'Tax planning: spel met regels dat om ethische houvast vraagt. Deel 2 Ethische visies en beslissingsfactoren.', *WFR* 2011/190.
- J.L.M. Gribnau, 'Belastingen als olifant', *NTFR* 2016/684.
- L. Parada, *Double non-taxation and the use of hybrid entities*, Den Haag: Kluwer Law International 2018.
- OESO (2012), 'Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues'.
- OESO (2013), 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing'.
- OESO (2015), 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report'.
- P. Piantavigna, 'Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies', *World Tax Journal* 2017/9.
- P. Piantavigna, 'Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy', *World Tax Journal*, 2017/9.
- P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law* (Volume 1 – General Topics and Direct Taxation, Student Edition), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- R. de Boer & O. Marres, 'BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements', *Intertax* 2015/43.
- R. Russo, 'The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements', *Bulletin for International Taxation* 2013.
- R.A. Bosman, 'Digitale economie en Global Anti-Base Erosion: nieuwe BEPS-voorstellen met brede impact', *NTFR* 2019/29.
- Redactie Vakstudie Nieuws, 'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten', *V-N* 2015/56.2.
- S.A. Stevens & P.J. Tuk, Hoofdstuk 3, Vennootschapsbelasting, in: *Belastingheffing van personenvennootschappen, Knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260.
- S.A. Stevens, 'De fair share plicht van landen en ondernemingen', *TFO* 2014/131.2.

Jurisprudentiellijst

- HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF7181.
- HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1105.

- HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54.
- HvJ EG 22 december 2010, C277/09, ECLI:EU:C:2010:810 (*RBS Deutschland Holdings GmbH*), BNB 2011/213.
- HvJ EG 6 december 2007, C-298-05, ECLI:EU:C:2007:754 (*Columbus Container Services*).

Kamerstukken & beleid

- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, IZV/2015/657 M.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25087, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 2019/20, 35 241, nr. 6.
- Wetsvoorstel implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (*Kamerstukken II* 2018/19, 35241).

EU-Publicaties

- Aanbeveling (EU) 2012/772 van de commissie van 6 december 2012 over agressieve fiscale planning (*PbEU* 2012, L 338).
- Europese Commissie, 17 juni 2015, ‘Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden’, COM(2015) 302 final.
- Europese Commissie, 28 januari 2016, ‘Pakket anti-ontgaansmaatregelen: volgende stappen naar effectieve belastingheffing en grotere fiscale transparantie in de EU’, COM(2016) 23 final.
- Resolutie van het Europees Parlement van 16 december 2015 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende meer transparantie, coördinatie en convergentie van het vennootschapsbelastingbeleid in de Unie, 16 december 2015 (2015/2010(INL)).
- Richtlijn (EU) 2011/96 van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345).

- 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 (*PbEU* 2016, L 193).
- Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (*PbEU* 2017, L 144).
- Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (*PbEU* 2003, L 157).
- Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG (*PbEU* 2011, L 64).
- Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken, Straatsburg 25 januari 1988 (*Trb.* 1991, 4).

Overig

- Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, Commentaar op voorstel COM(2016) 26 final, 16 februari 2016, geraadpleegd via: nob.net.
- Het commentaar op het Consultatiedocument d.d. 10 december 2018 van The Netherlands British Chamber of Commerce.
- Register Belastingadviseurs, Commentaar op het Consultatiedocument implementatie ATAD2 d.d. 10 december 2018, p. 3, geraadpleegd via: internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2/reacties.