

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie [Directe belastingen]

Nederland tegen hybride mismatches

*De implementatie van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2
met betrekking tot financiële instrumenten en entiteiten*

Naam student: M.A. Kamphorst

Studentnummer: 409618

Begeleider: Prof.dr. P. Kavelaars

Tweede lezer: L.C. van Hulten MSc

Datum definitieve versie: 20 april 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

Afkortingenlijst	6
1 Inleiding	8
1.1 Aanleiding	8
1.1.1 <i>Een beter belastingstelsel</i>	8
1.1.2 <i>Het BEPS-project</i>	8
1.1.3 <i>Hybride mismatchstructuren</i>	10
1.1.4 <i>De Europese aanpak</i>	11
1.2 Probleemstelling	12
1.3 Toetsingskader	13
1.3.1 <i>Doeltreffendheid</i>	14
1.3.2 <i>Subsidiariteit en evenredigheid</i>	14
1.4 Methodologie	15
1.5 Afbakening	16
1.6 Opzet	17
2 Hybride mismatches	18
2.1 Inleiding	18
2.2 Historische achtergrond	18
2.2.1 <i>Belastingontwijking en fiscale planning</i>	18
2.2.2 <i>Agressieve fiscale planning</i>	20
2.3 Typen hybride mismatches	21
2.4 Gevolgen van hybride mismatches	22
2.5 Oplossingsrichtingen	23
2.5.1 <i>Het probleem bij de kern aanpakken</i>	23
2.5.2 <i>De symptomen bestrijden</i>	26
2.6 Tussenconclusie	27

3	De structuur van de Anti-mismatchbepalingen	29
3.1	Inleiding	29
3.2	Historische achtergrond	29
	3.2.1 <i>Actieplan ter bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking</i>	29
	3.2.2 <i>Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie</i>	30
	3.2.3 <i>Het Anti-belastingontwijkingspakket</i>	31
3.3	De doelen van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn	32
	3.3.1 <i>Het doel van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 1</i>	32
	3.3.2 <i>Het doel van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2</i>	32
3.4	De vormgeving van de Anti-mismatchregelgeving	33
	3.4.1 <i>Minimumharmonisatie</i>	33
	3.4.2 <i>Toepassingsbereik</i>	34
	3.4.3 <i>Mismatches</i>	35
	3.4.4 <i>De oorsprongseis en pro rata-benadering</i>	36
	3.4.5 <i>Gelieerde ondernemingen</i>	38
	3.4.6 <i>Gestructureerde regelingen</i>	41
3.5	De maatregelen van de Anti-mismatchregelgeving	43
	3.5.1 <i>De uitbreiding van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 1</i>	44
	3.5.2 <i>Algemene sanctiebepalingen in ATAD2</i>	44
	3.5.3 <i>Algemene sanctiebepalingen in de implementatiewet</i>	46
	3.5.4 <i>Samenloop met andere bepalingen</i>	48
	3.5.5 <i>Een nieuwe documentatieverplichting</i>	49
3.6	Subsidiariteit van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2	51
3.7	Tussenconclusie	52
4	Hybride mismatches met financiële instrumenten	54
4.1	Inleiding	54
4.2	De oorzaken van hybride financiële instrumenten	54
	4.2.1 <i>Fiscaalrechtelijke kwalificatie</i>	54
	4.2.2 <i>Fiscaalrechtelijke behandeling</i>	56
	4.3.3 <i>De symmetrical approach als oplossing?</i>	57
4.3	Hybride financiële instrumenten	58
	4.3.1 <i>De Europese aanpak</i>	58
	4.3.2 <i>De Nederlandse aanpak</i>	59
4.4	Adequate bestrijding van hybride financiële instrumenten?	61
	4.4.1 <i>Doeltreffendheid</i>	61
	4.4.2 <i>Proportionaliteit</i>	63
4.5	Tussenconclusie	64

5	Hybride mismatches met entiteiten	66
5.1	Inleiding	66
5.2	De oorzaken van hybride entiteiten	66
	5.2.1 <i>Civielrechtelijke kwalificatie</i>	66
	5.2.2 <i>Fiscaalrechtelijke kwalificatie en behandeling</i>	67
5.3	Betaling aan een hybride entiteit	69
	5.3.1 <i>De Europese aanpak</i>	69
	5.3.2 <i>De Nederlandse aanpak</i>	71
	5.3.3 <i>Adequate bestrijding van betalingen aan hybride entiteiten?</i>	74
5.4	Betaling door een hybride entiteit	77
	5.4.1 <i>De Europese aanpak</i>	77
	5.4.2 <i>De Nederlandse aanpak</i>	78
	5.4.3 <i>Adequate bestrijding van betalingen door hybride entiteiten?</i>	78
5.5	Dubbele aftrek	79
	5.5.1 <i>De Europese aanpak</i>	79
	5.5.2 <i>De Nederlandse aanpak</i>	81
	5.5.3 <i>Adequate bestrijding van dubbele aftrek?</i>	81
5.6	Reverse hybrid	85
	5.6.1 <i>De Europese aanpak</i>	85
	5.6.2 <i>De Nederlandse aanpak</i>	87
	5.6.3 <i>Adequate bestrijding van reverse hybrids?</i>	89
5.7	Tussenconclusie	90
6	Samenvatting en conclusie	92
6.1	Beantwoording van de probleemstelling	92
	6.1.1 <i>Beantwoording van de deelvragen</i>	92
	6.1.2 <i>Het antwoord op de probleemstelling</i>	96
6.2	Onduidelijkheden	99
	6.2.1 <i>Aandachtspunten van de Anti-belastingontwikingsrichtlijn 2</i>	99
	6.2.2 <i>Alternatieve systemen</i>	100
	6.2.3 <i>Principiële herziening</i>	102
6.3	Tekortkomingen en aanbevelingen	103

Literatuurlijst	105
Vakliteratuur	105
Wet- en regelgeving	116
Europese wet- en regelgeving	116
Parlementaire stukken	117
Beleidsstukken van de Europese Unie	118
Stukken van de OESO	120
Nieuwsartikelen	122
Overige bronnen	124
Jurisprudentielijst	125
Hof van Justitie van de Europese Unie	125
Hoge Raad	125
Gerechtshof	126

Afkortingenlijst

ATAD1	<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i> , ook wel Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 1
ATAD2	<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i> , ook wel Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2
ATAP	<i>Anti-Tax Avoidance Package</i> , ook wel Anti-belastingontwijkingspakket
ATP	<i>Aggressive Tax Planning</i> , ook wel agressieve fiscale planning
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Belastingverdrag	Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting op inkomen en vermogen
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> , ook wel grondslaguitholling en belastingverschuiving
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CCCTB	<i>Common Consolidated Corporate Tax Base</i> , ook wel gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i> , ook wel gecontroleerde buitenlandse vennootschap
D/NI	<i>Deduction, no inclusion</i> , ook wel aftrek zonder betrekking in de heffing
DD	<i>Double deduction</i> , ook wel dubbele aftrek
DII	<i>Double inclusion income</i> , ook wel dubbel in aanmerking genomen inkomen
Derde landen	Landen buiten de Europese Unie
EC	Europese Commissie
EP	Europees Parlement
EU	Europese Unie
Gw	Grondwet

HMA-rapport	Het OESO rapport <i>Hybrid Mismatch Arrangement: Tax Policy and Compliance Issues</i>
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie
Lidstaat	Lidstaat van de Europese Unie
MAP	<i>Mutual Agreement Procedure</i> , ook wel onderlinge overlegprocedure
MDRL	Moeder-dochterrichtlijn
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-mv	Modelverdrag voor belastingen naar inkomen en vermogen
Pakket	Pakket bouwstenen voor een beter belastingstelsel
Partnership rapport	Het OESO rapport <i>The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships</i>
RH	<i>Reverse hybrid</i> , ook wel omgekeerde hybride entiteit
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
SWV	Samenwerkingsverband
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
Vi	Vaste inrichting
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wft	Wet financieel toezicht

1 Introductie

1.1 Aanleiding

1.1.1 Een beter belastingstelsel

In mei 2020 bood de Staatssecretaris van Financiën het ‘Pakket bouwstenen voor een beter belastingstelsel’ (hierna: Pakket) aan. Dit pakket bevat voorstellen voor verbeteringen van het belastingstelsel waarbij knelpunten en mogelijke oplossingen zijn aangegeven. Het doel is om beleidsopties te bieden voor het volgende kabinet. Bij het Pakket is geen rekening gehouden met het verloop en de gevolgen van de Coronacrisis. Het staat wel vast dat de Coronacrisis ingrijpende gevolgen heeft voor de samenleving en de economie.¹

Tijdens de Coronacrisis besloot de Nederlandse regering om steun te verlenen aan bedrijven.² De vraag die hierbij opkwam is of er voorwaarden gesteld moeten worden aan deze steun.³ In Denemarken kunnen bedrijven bijvoorbeeld enkel steun krijgen indien zij in de twee voorafgaande jaren vennootschapsbelasting hebben betaald. De ratio is dat bedrijven die doorgaans relatief weinig vennootschapsbelasting betalen door winsten te verschuiven naar laagbelastende jurisdicties, maar in de Coronacrisis aankloppen voor steun, de deur te kunnen wijzen.⁴

1.1.2 Het BEPS-project

Een strategie om de belastingdruk te verlagen is door winsten te verschuiven naar laagbelastende jurisdicties. Het gevolg is dat de belastinggrondslag wordt uitgehold in het land waar de winsten eigenlijk belast zouden worden. Winstverschuiving vormt een bron van grondslaguitholling.⁵ Samen staat dit bekend als het *Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: BEPS)-project dat in 2012 is gestart door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) met de steun van de G20 Ministers van Financiën om deze praktijken tegen te gaan.⁶

Relatief lage belastingheffing vormt niet per definitie een probleem. Het is pas een probleem indien dit gerelateerd is aan kunstmatige activiteiten om winsten te scheiden van activiteiten die deze winsten genereren. Daarnaast vormt BEPS een risico voor de belastingopbrengsten. Het jaarlijkse wereldwijde opbrengstverlies van de

¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 mei 2020, nr. 2020-0000094149.

² Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 1 mei 2020, nr. CE-AEP / 20119930.

³ Dekker, *Volkskrant* 23 juni 2020.

⁴ Hensen, *NRC* 23 april 2020.

⁵ OESO 2013a, p. 5.

⁶ G20 2012, overweging 48.

vennootschapsbelasting is geschat tussen de 4% en 10% van de vennootschapsbelastingopbrengst, met een bedrag van 100 tot 240 miljard Amerikaanse dollar.⁷ Volgens het Internationaal Monetair Fonds is het verlies voor OESO-leden gemiddeld 5% en voor de overige landen 13% van de totale vennootschapsbelastingopbrengsten.⁸

De invloed van BEPS is relatief groot. Overheden zijn geschaad door lagere belastinginkomsten en de integriteit van het belastingstelsel wordt ondermijnd. Individuele belastingplichtigen zijn geschaad door de hogere belastingdruk op hen, wat als niet eerlijk opgevat kan worden en de vrijwillige nakoming ondermijnt. Ook bedrijven zijn geschaad door concurrentievervalsingen omdat de bedrijven die gebruik maken van kunstmatige structuren een competitief voordeel behalen.⁹ Tevens wordt de economische efficiëntie beïnvloed doordat een grensoverschrijdende investering aantrekkelijker wordt dan een binnenlandse investering door verschillende nettorendementen. Tot slot neemt de financiële stabiliteit af doordat bedrijven meer risico's nemen met het opzetten van kunstmatige structuren en de transparantie afneemt.¹⁰

BEPS wordt niet veroorzaakt door een enkele regel maar door interactie van verschillende problemen. Dit zijn onder andere agressieve fiscale planning (*aggressive tax planning*, hierna: ATP), het samenspel van nationale belastingstelsels en het gebrek aan samenwerking tussen belastingautoriteiten.¹¹ In de loop der tijd zijn deze praktijken frequenter en grootschaliger geworden door globalisering van economieën en ondernemingen. Door globalisering vond er meer economische en politieke integratie plaats, verminderde het aantal handelsbarrières en werden kapitaal en arbeid mobieler. Daarentegen werd het risico op dubbele belastingheffing groter. Omdat zekerheid en voorspelbaarheid bouwstenen zijn van economische groei, zijn overheden bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting op inkomen en vermogen (hierna: belastingverdrag) gaan sluiten. Hierdoor is een netwerk ontstaan van duizenden belastingverdragen met gemeenschappelijke standaarden. Deze standaarden zijn echter niet altijd meegegaan met de tijd en de voorkoming van dubbele belasting is ongecoördineerd gebleven. Internationaal bestaat er immers geen matchingbeginsel. Hierdoor is het mogelijk om verschillen tussen nationale belastingstelsels te benutten om belastingheffing volledig of gedeeltelijk te voorkomen.¹²

⁷ OESO 2013b, p. 10; OESO 2015a, p. 5.

⁸ IMF 2014, par. 24.

⁹ OESO 2013a, p. 5 en 8; OESO 2013b, p. 8.

¹⁰ OESO 2012, p. 11-12.

¹¹ OESO 2015a, p. 4-5.

¹² OESO 2013b, p. 7 en 9-10; OESO 2013a, p. 5 en 7.

De oplossing van BEPS is gezocht in een gecoördineerde aanpak omdat unilaterale en ongecoördineerde maatregelen kunnen leiden tot dubbele belastingheffing en concurrerende regels. De nieuwe en aangepaste standaarden en instrumenten die uit het BEPS-project volgen moeten ervoor zorgen dat de heffingsrechten van landen meer in lijn komen met de locaties van reële economische activiteiten en waar waarde wordt gecreëerd door ondernemingen.¹³ Daarmee wordt ook de coherentie van belastingheffing op internationaal niveau gewaarborgd. De nieuwe en aangepaste standaarden en instrumenten hebben zowel betrekking op gebieden waar nog geen bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting zijn als gebieden waar geen of relatief lage belastingheffing plaatsvindt door belastingontwijking.¹⁴

De OESO heeft vijftien actieplannen geïdentificeerd en uitgewerkt in de definitieve rapporten van 2015. De actieplannen zijn onderverdeeld in drie pijlers: i) het introduceren van coherentie tussen nationale regels die grensoverschrijdende activiteiten beïnvloeden, ii) het versterken van substance-eisen in bestaande internationale standaarden en iii) het verbeteren van transparantie en zekerheid.¹⁵ Enkele geïdentificeerde actiepunten zijn het neutraliseren van de effecten van hybride structuren, het ontwikkelen van regels omtrent gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (*Controlled Foreign Companies*, hierna: CFC's) en het tegengaan van verdragsmisbruik. Tevens is er een Multilateraal Instrument ontwikkeld om de BEPS aanbevelingen omtrent belastingverdragen eenvoudig te implementeren in belastingverdragen.¹⁶ Aangezien de eindrapporten *soft law* zijn en landen fiscale soevereiniteit genieten, dienen de meeste voorgestelde maatregelen door landen geïmplementeerd te worden. Enkele maatregelen zijn direct van toepassing zoals de herziene *Transfer Pricing Guidelines*.¹⁷

1.1.3 Hybride mismatchstructuren

Een ATP structuur is om verschillen in de kwalificatie van entiteiten en instrumenten van twee of meer landen te benutten, ook wel bekend als hybride mismatches. Hierdoor kan er bijvoorbeeld tweemaal aftrek worden genoten voor dezelfde rentebetaling. Een ander voorbeeld is dat er in het ene rechtsgebied een aftrek wordt genoten maar de ontvangsten in het andere rechtsgebied niet in de heffing worden betrokken. Deze structuren hollen de

¹³ OESO 2013a, p. 8; OESO 2014, p. 3.

¹⁴ OESO 2013b, p. 13.

¹⁵ OESO 2015a; OESO 2015b, p. 3.

¹⁶ OESO 2015c.

¹⁷ OESO 2015a, p. 9.

belastinggrondslag uit omdat er minder vennootschapsbelasting wordt betaald dan eigenlijk zou moeten.

In het BEPS-project is het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches uitgewerkt in Actieplan 2 en vormt een *common approach*: een niet-verplichte beleidsrichting.¹⁸ Het doel van Actieplan 2 is om belastingplichtigen te sturen naar minder gecompliceerde en meer transparante grensoverschrijdende investeringsstructuren. Deze structuren kunnen dan relatief eenvoudig geïdentificeerd en eventueel aangepakt worden met de gebruikelijke beleidsinstrumenten. Er is hierbij een onderscheid gemaakt tussen i) aanbevelingen voor nationale regels en ii) wijzigingen in het Modelverdrag voor belastingen naar inkomen en vermogen (hierna: OESO-mv)¹⁹ en daarmee bilaterale belastingverdragen.

Actieplan 2 is in 2017 aangevuld met aanbevelingen voor hybride mismatches met vaste inrichtingen (hierna: vi). Het is mogelijk dat het land van de buitenlandse vestiging de vi niet ziet of de allocatie van inkomsten en uitgaven wordt tussen het hoofdhuis en de vi verschillend behandeld in de nationale wetgeving van het land van het hoofdhuis en het land van de buitenlandse vestiging.²⁰ De 2015 eindrapporten hadden deze mismatches nog niet volledig aangepakt, wel zijn enkele onderdelen reeds aangepast zoals de gewijzigde definitie van een vi door Actieplan 7.²¹

1.1.4 De Europese aanpak

De Europese Commissie (hierna: EC) heeft in 2016 het Anti-belastingontwijkingspakket (*Anti-Tax Avoidance Package*, hierna: ATAP) gepresenteerd. Bij een gezonde Europese interne markt hoort een billijk en efficiënt vennootschapsbelastingstelsel. Hierbij dienen ondernemingen belasting te betalen in het land waar winsten worden gegenereerd. ATP ondermijnt dit uitgangspunt.²²

Het ATAP hangt nauw samen met het BEPS-project, maar gaat verder. Er is gekozen voor een gezamenlijke Europese aanpak om te voorkomen dat de BEPS aanbevelingen op uiteenlopende wijzen worden geïmplementeerd en geïnterpreteerd. Een van de initiatieven in het ATAP is het voorstel voor de (eerste) Anti-belastingontwijkingsrichtlijn (*Anti-Tax Avoidance Directive 1*, hierna: ATAD1).²³ Deze richtlijn omvat maatregelen zoals de

¹⁸ OESO 2015b; OESO 2015a, p. 8.

¹⁹ OESO 2014, p. 11 en 13.

²⁰ OESO 2016, p. 4-5; OESO 2017, p. 9.

²¹ OESO 2017, p. 10-11.

²² COM(2016)23 def., p. 2-4.

²³ COM(2016)23 def., p. 3-4, 7.

renteaftrekbeperking in art. 4, regels omtrent CFC's in art. 7 en het tegengaan van kwalificatieconflicten door hybride structuren in art. 9. Deze maatregelen dienen de positieve effecten van het BEPS-project te maximaliseren en het gemiddelde beschermingsniveau van de interne markt tegen ATP te verhogen.²⁴

Aangezien ATAD1 slechts op hybride mismatches zag die ontstaan bij discrepanties tussen de vennootschapsbelastingstelsels van lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU), is deze richtlijn via de tweede Anti-belastingontwijkingsrichtlijn (*Anti-Tax Avoidance Directive* 2, hierna: ATAD2) geamendeerd. Met deze aanpassingen worden ook mismatches tussen lidstaten en landen buiten de EU (hierna: derde landen) tegengegaan.²⁵ Opvallend is echter dat er bij de maatregelen voorbij wordt gegaan aan alle mogelijke oplossingen en dat de *linking rules* van de OESO zonder meer worden gevolgd. Hierbij wordt de fiscale behandeling in het ene rechtsgebied in overeenstemming gebracht met de fiscale behandeling in het andere betrokken rechtsgebied.²⁶ Andere oplossingen zijn bijvoorbeeld harmonisatie van wetgeving of specifieke antimisbruikbepalingen.²⁷

1.2 Probleemstelling

Ingevolge art. 288 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) dienen lidstaten van de EU (hierna: lidstaten) ATAD te implementeren in de nationale wet- en regelgeving. De deadline voor ATAD1 was 31 december 2018 (art. 11 lid 1 ATAD1) en een jaar later voor ATAD2 (art. 2 lid 1 ATAD2). De Nederlandse implementatie dateert van 18 december 2019²⁸ en is daarmee tijdig geïmplementeerd. Deze scriptie onderzoekt of de Nederlandse implementatie van ATAD2 correct en voldoende adequaat is om de gevolgen van hybride mismatches te neutraliseren. Er wordt derhalve geanalyseerd of de Nederlandse implementatie in lijn is met de bepalingen van ATAD2.

²⁴ Richtlijn 2016/1164/EU, overweging 2-3.

²⁵ Richtlijn 2017/952/EU, overweging 5.

²⁶ SWD(2016)6 def., par. 2.1.1.

²⁷ OESO 2012, p. 13-14.

²⁸ Wet van 18 december 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PbEU 2017, L 144/1) (Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (*Stb.* 2019, 508)).

De probleemstelling luidt:

Worden de effecten van mismatches door hybride financiële instrumenten en hybride entiteiten adequaat tegengegaan door de implementatie van de maatregelen uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en in hoeverre is de implementatie correct?

Met de beantwoording van de probleemstelling kan geconcludeerd worden of de implementatie juist is. Indien dit niet het geval is, kan het resulteren in rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen in verband met richtlijnconforme interpretatie²⁹ en eventuele directe werking van ATAD2. Tevens kan de rechtsgeldigheid om belasting te heffen op grond van de geïmplementeerde bepalingen in het geding komen.³⁰ Daarnaast gaat de meeste literatuur over specifieke onderdelen over ATAD2, zoals de documentatieverplichting in art. 12ag Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969),³¹ maar niet over de algehele implementatie.

Ter beantwoording van de probleemstellingen worden de volgende deelvragen beantwoord:

1. Wat zijn hybride mismatches en welke principiële oplossingsrichtingen zijn er?
2. Hoe zijn de anti-mismatchbepalingen in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie opgezet?
3. Hoe ontstaan hybride mismatches met financiële instrumenten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?
4. Hoe ontstaan hybride mismatches met entiteiten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?

1.3 Toetsingskader

Aangezien wetgeving door het hele maatschappelijke leven trekt en de ruggengraat van de juridische infrastructuur vormt, is het van belang dat wetgeving van voldoende kwaliteit is.³² Doeltreffendheid, subsidiariteit en proportionaliteit - de kwaliteitseisen voor wetgeving uit de nota Zicht op wetgeving - vormen daarom de toetsingscriteria.³³ Voor deze specifieke criteria

²⁹ Vgl. HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261, m.nt. R.J. de Vries.

³⁰ Zie ook Terra & Wattel 2012, par. 3.5.1.

³¹ Bijvoorbeeld Warren, *WFR* 2020/24.

³² *Kamerstukken II* 2000/01, 27475, nr. 2 (Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie), p. 1-3.

³³ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2 (Zicht op wetgeving), p. 15-16.

is gekozen omdat met doeltreffendheid bepaald kan worden of de anti-mismatchbepalingen adequaat zijn om hybride mismatches tegen te gaan. Subsidiariteit en proportionaliteit komen terug in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) bij de toetsing van bepalingen aan de vrije verkeersbepalingen uit het VWEU.

Daarenboven kent wetgeving regelmatig kwaliteitsgebreken door de snelheid van het wetgevende proces, het instrumentele gebruik van belastingheffing, informatieasymmetrie en vele opeenvolgende wijzigingen van regels.³⁴ De kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving gelden nog steeds en zijn nader uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving.³⁵

1.3.1 Doeltreffendheid

Bij doeltreffendheid dient er sprake te zijn van effectiviteit: wetgeving dient te leiden tot de verwezenlijking van de beoogde doelen van de richtlijn- of wetgever. Het is derhalve vereist dat de ten grondslag liggende doelstellingen helder, volledig en concreet geformuleerd zijn. Daarnaast is deze uitleg vereist voor eventuele latere toepassing door de rechter aangezien niet alle denkbare gevallen in een wet geregeld kunnen worden.³⁶

1.3.2 Subsidiariteit en proportionaliteit

Subsidiariteit en proportionaliteit spelen nationaal een rol, maar ook op Europees niveau (art. 5 leden 3 en 4 VEU).³⁷ Ten eerste dient de overheid niet ondienstig vergaand in de samenleving in te grijpen. In het kader van proportionaliteit wordt er gekeken of er niet minder zware middelen mogelijk zijn om hetzelfde doel te bereiken en *overkill* te voorkomen.³⁸

Bij subsidiariteit wordt er gekeken of er iets geregeld dient te worden op Europees niveau, het niveau van de rijksoverheid, het niveau van een lagere overheid of via zelfregulering van burgers en maatschappelijke organisaties. Maatregelen worden enkel op Europees niveau genomen, behoudens de exclusieve bevoegdheid (art. 3 VWEU), indien dit doeltreffender is dan maatregelen op een lager niveau. De bedoeling is dat besluitvorming zo

³⁴ Gribnau & Hamers, *WFR* 2011/154, par. 3.1.

³⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27475, nr. 2 (Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie), p. 5-6 en 9.

³⁶ Reuvers, *FED* 1986/104.1.

³⁷ Zie ook Protocol 2 bij het VEU (*PbEU* 2008, C 115/206).

³⁸ Terra & Water 2012, par. 15.4.2.

dicht mogelijk bij de burger plaatsvindt.³⁹ Overheidsverantwoordelijkheid betekent immers niet dat de overheid alle regels dient te stellen en de gehele uitvoering dient te verzorgen.⁴⁰

1.4 Methodologie

Ter beantwoording van de probleemstelling zal er een monodisciplinair literatuuronderzoek plaatsvinden. Hierbij wordt wetenschappelijke literatuur over onder andere hybride mismatches en BEPS geraadpleegd. De vindplaatsen hiervan zijn onder andere Intertax, het Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht, Vakstudie Nieuws en het Weekblad Fiscaal Recht. Voorts wordt de relevante nationale en Europese wet- en regelgeving gebruikt en omvat onder andere ATAD1, ATAD2 en de Wet VpB 1969. Tevens zal de parlementaire geschiedenis geraadpleegd worden om te onderzoeken welke keuzes er zijn gemaakt bij de implementatie van ATAD2. Tot slot wordt jurisprudentie van het HvJ en de Hoge Raad (hierna: HR) geraadpleegd.

De problematiek van hybride mismatches is opgedeeld in twee delen - financiële instrumenten en entiteiten - met elk een eigen hoofdstuk. Deze hoofdstukken volgen dezelfde structuur. Eerst wordt onderzocht wat de kern van het probleem is: hoe ontstaan hybride mismatches met bijvoorbeeld entiteiten? Vervolgens worden de maatregelen van ATAD2 en de Nederlandse implementatie uiteengezet. Elk type mismatch sluit af met toetsing van de wetsimplementatie aan doeltreffendheid en proportionaliteit. Toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel vindt plaats in hoofdstuk 3 aangezien dit de vraag betreft op welk niveau maatregelen getroffen moeten worden. Het antwoord op deze vraag is voor alle anti-mismatchbepalingen hetzelfde. De toetsingscriteria worden beoordeeld op basis van ‘voldoende’ of ‘onvoldoende’.

Op basis van diverse interpretatiemethoden⁴¹ worden verschillen tussen ATAD2 en de implementatie besproken en uitleg gegeven aan de anti-mismatchbepalingen. Alhoewel er geen hiërarchie bestaat tussen de verschillende interpretatiemethoden, kan de grammaticale (of taalkundige) interpretatie het startpunt vormen.⁴² Bij de grammaticale interpretatie gaat het om de letterlijke woorden van de tekst. De wetshistorische interpretatie - waarbij waarde wordt toegekend aan de wetshistorie - wordt met name gebruikt bij de implementatiewet door de

³⁹ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 5 VEU, aant. 1.17.2 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2 (Zicht op wetgeving), p. 26-27.

⁴¹ Zie ook De Werd, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.7.1 (online, bijgewerkt 2 februari 2020).

⁴² Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4707, V-N 2017/7.13, r.o. 4.71.

uitgebreide(re) parlementaire geschiedenis. De derde gebruikte methode is de teleologische interpretatie waarbij wordt gekeken naar de onderliggende doelstellingen van een bepaling. Deze methode dient enkel ter ondersteuning van de eerste twee methoden. De wetsystematische interpretatie - waarbij waarde wordt toegekend aan de plaats in de wet van bepalingen - wordt niet gebruikt.

1.5 Afbakening

Er zal, omwille van de omvang van het onderzoek, niet op alle verwante zaken worden ingegaan. Ten eerste zal er niet worden gekeken naar hybride mismatches waarbij vi's zijn betrokken. Wel worden vi's besproken wanneer het algemene kader van ATAD2 wordt besproken. Ook zullen mismatches met beleggingsfondsen als hybride entiteit beperkt besproken worden en komen de facultatieve uitzonderingen van ATAD2 die Nederland niet heeft geïmplementeerd niet aan bod. De meeste mismatches waarvoor bijzondere regels gelden - de hybride overdracht, geïmporteerde mismatch en dubbele vestigingsplaats - worden ook niet besproken. Wel kunnen deze specifieke mismatches benoemd worden bij de uiteenzetting van het algemene kader van ATAD2. Voorts wordt er niet gekeken naar de mogelijkheid van dubbele belasting en de voorkoming hiervan via belastingverdragen of eenzijdige regelingen. Meer in het algemeen blijft de verhouding tussen ATAD2 en belastingverdragen buiten beschouwing.⁴³

Ook wordt er enkel gekeken naar de Wet VpB 1969 en niet naar hybride mismatches die door bijvoorbeeld de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) worden tegengegaan. De Wet Bronbelasting 2021 blijft ook buiten beschouwing. Daarnaast is de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen niet meegenomen in het onderzoek.⁴⁴

De aanbevelingen voor maatregelen tegen hybride mismatches uit BEPS Actieplan 2 worden niet vergeleken met ATAD2. Hiervoor is een uitgebreide analyse vereist dat de lidstaten gebruik mogen maken van de toelichtingen en voorbeelden uit de rapporten van Actieplan 2, voor zover deze verenigbaar zijn met de maatregelen uit ATAD2 en het Unierecht.⁴⁵ Bovendien geldt de afbakening zoals deze besproken is in het toetsingskader

⁴³ Zie bijvoorbeeld Van Horzen, *NTRF* 2017/1072 voor een analyse met betrekking tot het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten.

⁴⁴ De internetconsultatie van de Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten ter aanpassing van het fiscale kwalificatiebeleid inzake rechtsvormen is 29 maart 2021 geopend.

⁴⁵ Richtlijn 2017/952/EU, overweging 28.

(paragraaf 1.3). Tot slot komt de (parlementaire) behandeling van ATAD2 enkel aan bod voor zover dat nodig is om overwegingen bij de implementatie te achterhalen.

1.6 Opzet

Deze scriptie is als volgt opgebouwd. Als eerste wordt uiteengezet wat hybride mismatches zijn en wat de fiscale gevolgen van hybride mismatchstructuren zijn. Tevens komen de mogelijke oplossingsrichtingen om de effecten van hybride mismatches te neutraliseren aan bod. Hiermee kan beoordeeld worden of de gekozen oplossingsrichting in ATAD2 de meest geschikte methode is.

Hoofdstuk 3 gaat in op het ontstaan en de vormgeving van ATAD2. Het proces van de totstandkoming zal aan bod komen, waaruit zal blijken dat de EU tegelijkertijd met het BEPS-project bezig was met het tegengaan van belastingontwijking. Tevens worden het toepassingsbereik en de algemene sanctiebepalingen van ATAD2 besproken. Tot slot wordt de subsidiariteit van ATAD2 getoetst.

In hoofdstukken 4 en 5 worden respectievelijk hybride mismatches met financiële instrumenten en entiteiten besproken. Eerst wordt ingegaan op de oorzaak van deze mismatches en vervolgens wordt gekeken of het volgen van de kwalificatie van een ander rechtsgebied een geschikte oplossing kan vormen. Daarna komen de maatregelen van de EU en Nederland aan bod en sluiten de hoofdstukken af met het toetsen van de wetsimplementatie aan de toetsingscriteria. Indien er verbeteringen nodig zijn, dan worden deze ook aangegeven.

In de conclusie worden de deelvragen samengevat om vervolgens de probleemstelling te beantwoorden. Naar voren komt onder andere het antwoord op de vraag of de principiële benadering om hybride mismatches tegen te gaan de meest geschikte methode is en of de Nederlandse implementatie voldoende adequaat is. Ook zullen de implicaties van de conclusie voor de theorie en praktijk aan bod komen. Tot slot volgen aanbevelingen voor vervolgonderzoek.

2 Hybride mismatches

2.1 Inleiding

Internationaal wordt al enige tijd aandacht besteed aan het tegengaan van ATP. Een ATP structuur is het benutten van kwalificatieverschillen tussen nationale belastingstelsels of tussen belastingstelsels en belastingverdragen van twee of meer landen om een fiscaal voordeel te behalen. Reeds voor het BEPS-project werd deze ATP structuur erkend en in het BEPS-project werd dit een van de kernvraagstukken die diende te worden opgelost.⁴⁶

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “*Wat zijn hybride mismatches en welke principiële oplossingsrichtingen zijn er?*” beantwoord. Eerst wordt de historische achtergrond uiteengezet. Vervolgens komen de mogelijke typen mismatches aan bod en de elementen die ervoor zorgen dat er een hybride mismatch ontstaat. Daarna komen de mogelijke gevolgen van hybride mismatches aan de orde. Voorts worden de typen mismatches nader uitgelicht, inclusief voorbeelden. Tot slot wordt er onderzocht welke principiële oplossingsrichtingen mogelijk zijn voor hybride mismatches.

2.2 Historische achtergrond

2.2.1 Belastingontwijking en fiscale planning

Ethiek en de *fair share* gedachte zijn meer centraal komen te staan in de belastingpraktijk, de politiek⁴⁷ en de maatschappij.⁴⁸ Een ontwikkeling die daaraan heeft bijgedragen is de maatschappelijke ophef naar aanleiding van onder andere de Offshore Leaks⁴⁹ in 2013, de SwissLeaks⁵⁰ in 2015, de Panama Papers⁵¹ in 2016 en de Paradise Papers⁵² in 2017. Met deze publicaties is bijvoorbeeld bekend geworden welke bedrijven aan belastingontduiking deden onder andere middels (doorstroom)vennootschappen in belastingparadijzen.⁵³ Daarenboven vormde de financieel-economische crisis van 2008 een voedingsbodem voor een politiek en maatschappelijk debat over kunstmatige constructies van bedrijven om belasting te besparen.⁵⁴

⁴⁶ OESO 2012; OESO 2013a, p. 6.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34566, nr. 3.

⁴⁸ Vgl. Bird & Davis-Nozemack, *Journal of Business Ethics* 2018, p. 1009-1025.

⁴⁹ Ryle e.a., *ICIJ* 2 april 2013.

⁵⁰ Zafra e.a., *ICIJ* 8 februari 2015.

⁵¹ Wilson-Chapman, Cucho & Fitzgibbon, *ICIJ* 3 april 2019; zie ook Fitzgibbon e.a., *ICIJ* 20 september 2016.

⁵² Alecci & Gallego, *ICIJ* 7 november 2017.

⁵³ Fitzgibbon & Hallman, *ICIJ* 6 april 2020.

⁵⁴ Pieterse, *WFR* 2016/54, par. 3.

Naar aanleiding van laatstgenoemde ontwikkeling is het BEPS-project opgestart om belastingontwijking aan te pakken.⁵⁵

In Nederland hebben de Panama Papers na twee jaar al € 6,2 miljoen aan heffingen opgeleverd in verband met belastingontduiking.⁵⁶ Daarnaast komt belastingontwijking voor, wat in beginsel wel is toegestaan.⁵⁷ Belastingontwijking is het (via internationale weg) geheel of gedeeltelijk vermijden van het betalen van belasting door bijvoorbeeld verschillen tussen nationale belastingstelsels en internationale belastingregels of tussen nationale belastingregels van twee of meer landen te benutten of doorstroomlanden te gebruiken.⁵⁸ In principe is er juridisch gezien sprake van een rechtmatige praktijk omdat verschillen in onder andere belastingtarieven, grondslagen en definities gebruikt worden. Welke verschillen uiteindelijk benut worden hangt af van de relevante wetgeving, de inhoud van toepasbare belastingverdragen en het aanwezige instrumentarium om een constructie op te zetten.⁵⁹ Belastingontduiking is daarentegen niet legaal omdat er sprake is van het doen of nalaten van een handeling of transacties door een belastingplichtige met het doel de belastingwet te overtreden en daarbij de intentie bestaat om te ontsnappen aan het betalen van belasting of om minder belasting te betalen. Een voorbeeld is het bewust onjuist doen van belastingaangifte.⁶⁰

Belastingontwijking is niet hetzelfde als fiscale planning. Beide vormen zijn weliswaar legaal omdat er sprake is van het handelen door een belastingplichtige met als doel de belastingverschuldigheid te verminderen zonder dat dit een strafbaar feit vormt.⁶¹ Dit handelen houdt een dusdanige manier van het vormgeven van feiten en omstandigheden in dat een belastingplichtige buiten een onwelgevallige definitie blijft of binnen het bereik van een voordelige definitie valt. Hierdoor worden de fiscale gevolgen van de handelingen van de belastingplichtige gestuurd om de fiscaal voordeligste weg te bewandelen.⁶² Het verschil tussen belastingontwijking en fiscale planning is echter dat belastingontwijking niet als wenselijk wordt beschouwd.⁶³ De reden hiervan is dat belastingontwijking onder andere kunstmatige constructies en mazen in de wet gebruikt om daarmee een belastingvoordeel te verkrijgen. Bij

⁵⁵ Fung, *Erasmus Law Review* 2017, p. 76-88, par. 1.

⁵⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 juli 2018, nr. 2018-0000113489.

⁵⁷ HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), r.o. 73, V-N 2006/13.20; HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, r.o. 3.3.1, BNB 2012/127, m.nt. C.J. Hummel; Albert, *WFR* 2017/235, par. 5-7.

⁵⁸ Kruithof, *WFR* 2013/1418, par. 2.

⁵⁹ Albregtse, *WFR* 2017/8, par. 2-3.

⁶⁰ Merks, *MBB* 2006/09-03, par. 2.

⁶¹ Merks, *MBB* 2006/09-03, par. 3.

⁶² Gribnau & Hamers, *WFR* 2011/154, par. 1 en 5.1.

⁶³ Merks, *MBB* 2006/09-03, par. 3.

fiscale planning is het doel van het handelen veelal tweeledig: het voorkomen van dubbele belasting en het minimaliseren van de belastingschuld.⁶⁴ Hierbij kan er sprake zijn van zakelijk handelen.⁶⁵ Wel dient opgemerkt te worden dat het onderscheid meebeweegt met de tijd en de maatschappelijke opvattingen en het derhalve de vraag is of (elke vorm van) fiscale planning in het BEPS 2.0-project nog als wenselijk en als zakelijk handelen wordt beschouwd.⁶⁶ De vraag is waar de grens ligt om activiteiten op de fiscaal meest gunstigste manier uit te oefenen.⁶⁷

Fiscale planning en belastingontwijking kennen meerdere, positieve dan wel negatieve, oorzaken. Een van de oorzaken is dat wetgeving relatief meer bestaat uit gedetailleerde regels waardoor belastingplichtigen elke stap bewust moeten zetten om meer zekerheid over de fiscale gevolgen te krijgen en om bijvoorbeeld naheffingen te voorkomen. Een andere oorzaak is internationale belastingconcurrentie. Landen proberen investeringen en kapitaal aan te trekken door maatregelen zoals het verlagen van het statutaire vennootschapsbelastingtarief.⁶⁸ Daarnaast proberen ondernemingen kostenposten te drukken, waaronder de belastinglasten, om hun concurrentiepositie te verbeteren.⁶⁹

2.2.2 *Agressieve fiscale planning*

De grens tussen belastingontwijking en fiscale planning is de laatste jaren vervaagd omdat er vaker sprake is van ATP door verfijndere structuren.⁷⁰ Een van de redenen waarom ATP als onethisch beschouwd kan worden is volgens Engelen dat kapitaalkrachtige (multinationale) ondernemingen niet hun *fair share* bijdragen in tijden van overheidsbezuinigingen en lastenverzwaringen.⁷¹ Bij ATP handelt een belastingplichtige op een dusdanige manier dat dit in overeenstemming is met de letter van de wet, maar in strijd met de geest van de wet, zonder dat er sprake is van *fraus legis*. Hierbij wordt de effectieve belastingdruk tot een absoluut minimum beperkt op een manier die maatschappelijk niet (meer) wordt geaccepteerd.⁷²

Al voor het BEPS-project was de OESO bezig met het identificeren van ATP constructies. In september 2006 is er op de meeting van de *OECD Forum on Tax*

⁶⁴ Kessler & Eicke, *Intertax* (35) 2007, afl. 6/7, p. 373-377, par. 2-3.

⁶⁵ Merks, *MBB* 2006/09-03, par. 4-5; Merks, *MBB* 2006/10-03, par. 6.3.5-7; zie ook HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), r.o. 51 en 55, *BNB* 2007/54, m.nt. P.J. Wattel.

⁶⁶ Vgl. Albert, *WFR* 2017/235.

⁶⁷ Vgl. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8247, *BNB* 2013/20, m.nt. C.J. Hummel.

⁶⁸ Gribnau & Hamers, *WFR* 2011/154, par. 3.1-3.2.

⁶⁹ Albregtse, *WFR* 2017/8, par. 3.1.

⁷⁰ COM(2012)8806 def., overweging 1.

⁷¹ Engelen, *NTFR* 2013/158.

⁷² Gribnau, *NTFR* 2016/684, par. 3 en 5.

Administration geconcludeerd dat het handhaven van belastingwetten moeilijker is geworden door meer open economieën. Hierdoor bestaat de kans dat structuren worden opgezet die niet-naleving van nationale belastingwetten faciliteren.⁷³ Sindsdien zijn er enkele rapporten verschenen met aanbevelingen ter bevordering van transparantie richting belastingautoriteiten door bijvoorbeeld rapporteringsverplichtingen.⁷⁴

In 2012 kwam de OESO met het rapport *Hybrid Mismatch Arrangement: Tax Policy and Compliance Issues* (hierna: HMA-rapport). In dit rapport worden de meest voorkomende type mismatches en de gevolgen daarvan uiteengezet. Tevens bevat het rapport beleidsoplossingen om mismatches tegen te gaan. In het BEPS-project is op het HMA-rapport voortgebouwd.⁷⁵

2.3 Typen hybride mismatches

Bij een hybride mismatchconstructie worden verschillen in de fiscale behandeling van twee of meer rechtsgebieden en/of belastingverdragen benut om daarmee de belastingdruk van een belastingplichtige te verlagen.⁷⁶ Het woord hybride betekent ‘kruising’ en duidt op een fenomeen met een combinatie van eigenschappen.⁷⁷ Het kan gaan om classificatieverschillen, waarbij bijvoorbeeld de typering van inkomen verschilt, of om allocatieverschillen waarbij de toerekening van inkomen verschilt.⁷⁸

Hybride mismatches kennen verschillende structuren. In het HMA-rapport worden vier typen mismatchstructuren onderscheiden. Een eerste type is het gebruik van hybride instrumenten in de vorm van financieringen. De meest voorkomende vorm is dat Staat A de financiering behandelt als vreemd vermogen en door Staat B als eigen vermogen. Een tweede type is een hybride overdracht waarbij Staat A een overdracht beschouwt als overdracht van eigendom en Staat B als een lening met onderpand. Een ander type is een hybride entiteit die in Staat A wordt beschouwd als transparant en in Staat B als niet-transparant. Een vierde type is een entiteit met een dubbele fiscale vestigingsplaats.⁷⁹

Het HMA-rapport en het BEPS eindrapport hebben niet alle mogelijke mismatches besproken. In het aanvullende rapport van 2017 zijn aanbevelingen gedaan omtrent mismatches met vi's. Het is mogelijk dat een vi niet wordt erkend in een rechtsgebied maar wel door het

⁷³ OESO Forum on Tax Administration 2006.

⁷⁴ OESO 2011, p. 6 en 11.

⁷⁵ OESO 2012, p. 5-6; OESO 2015b, p. 15.

⁷⁶ OESO 2012, p. 7; OESO 2014, p. 29.

⁷⁷ Van den Bos, *NtFR* 2017/706.

⁷⁸ Stevens, *MBB* 2010/04-01, par. 3.1.

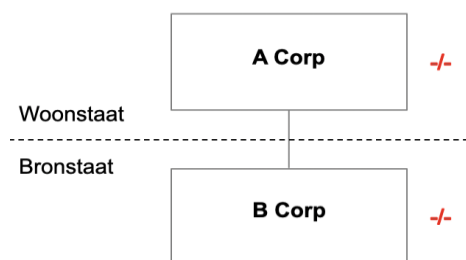
⁷⁹ OESO 2012, p. 7.

rechtsgebied van het hoofdhuis of dat twee rechtsgebieden inkomsten en uitgaven anders alloceren tussen het hoofdhuis en de vi.⁸⁰ Uit de BEPS rapporten zijn derhalve drie hoofdcategorieën mismatches te onderscheiden, te weten met betrekking tot financiële instrumenten, entiteiten en vi's.

2.4 Gevolgen van hybride mismatches

Er is sprake van een (relevante) mismatch indien een mismatchstructuur resulteert in een uitkomst van dubbele aftrek (*double deduction*, hierna: DD) of van aftrek zonder betrekking in de heffing (*deduction, no inclusion*, hierna: D/NI).⁸¹ Hierdoor wordt de belastinggrondslag uitgehold. Een rechtsgebied loopt belastinginkomsten mis doordat de belastinggrondslag lager is dan het geval zou zijn indien er geen kwalificatieverschil zou bestaan: er vindt minder of zelfs geen *single taxation* plaats. In het HMA-rapport wordt ook nog de situatie benoemd waarbij er een verrekening van buitenlandse belasting wordt verkregen terwijl dit niet of in mindere mate zou moeten zijn.⁸² In het 2015 eindrapport is deze situatie geschaard onder de D/NI uitkomst omdat er sprake is van een aftrek en slechts een gedeeltelijke betrekking in de heffing.

In een DD situatie wordt voor dezelfde verplichting (inclusief lange termijn belastinguitstel) in zowel de bronstaat als de woonstaat een aftrek genoten. Figuur 1 bevat een algemene schets, zonder specificatie van het type mismatch. De aftrek wordt aangeduid met '-/-', welke bij beide ondernemingen aanwezig is in een DD situatie. Hoe deze mismatch ontstaat komt in hoofdstuk 4 en verder aan bod.



Figuur 1. Schematisch voorbeeld van dubbele aftrek.

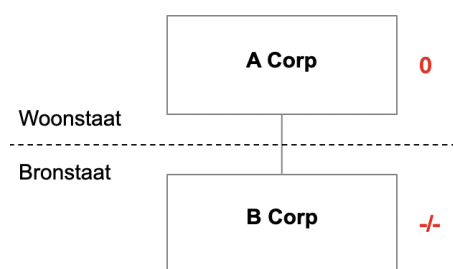
In een D/NI situatie vindt er in de bronstaat een aftrek plaats en wordt er in de woonstaat een vrijstelling voor inkomen genoten. Figuur 2 bevat een algemene schets, zonder specificatie

⁸⁰ OESO 2017, p. 13-19.

⁸¹ OESO 2015b, p. 123.

⁸² OESO 2012, p. 7.

van het type mismatch. De aftrek wordt geduid met ‘-/-’ en de vrijstelling wordt geduid met ‘0’ (geen betrekking in de belastingheffing). Een indirecte D/NI situatie is ook mogelijk; er wordt dan gesproken over een geïmporteerde mismatch. In een dergelijk geval wordt het D/NI effect naar een derde betrokken land geïmporteed door bijvoorbeeld een reguliere rentebetaling.⁸³ Er zijn dan ten minste drie landen betrokken bij de mismatchstructuur. Hoe directe D/NI mismatches ontstaan komt in hoofdstuk 4 en 5 aan bod.



Figuur 2. Schematisch voorbeeld van een directe D/NI situatie.

Een mismatch kan ook dubbele belastingheffing tot gevolg hebben. Die situatie zal niet vaak voorkomen doordat belastingplichtigen daarvoor in de regel een oplossing zullen zoeken. In het vervolg worden mismatches die resulteren in dubbele belastingheffing terzijde gelaten omdat niet gezegd kan worden dat daarbij sprake is van belastingontwijking in de zin van het onderzoek van deze scriptie.

2.5 Oplossingsrichtingen

2.5.1 Het probleem bij de kern aanpakken

Het HMA-rapport heeft mogelijke oplossingen uiteengezet om alle typen hybride mismatches via dezelfde methode tegen te gaan. Een oplossing is om de kern van het probleem, verschillen in kwalificaties, aan te pakken.⁸⁴ Daartoe dienen nationale belastingstelsels en belastingverdragen volledig geharmoniseerd te worden waardoor verschillen in kwalificaties verdwijnen. Het Europees Parlement gaf harmonisatie aan als een van de oplossingsrichtingen voor mismatchconstructies. Hierbij zouden nationale definities van schuld, vermogen en (niet-)transparante entiteiten geharmoniseerd moeten worden, evenals de toerekening van activa en passiva aan vi's en hoofdhuis, alsmede de verdeling van kosten en winsten tussen entiteiten binnen dezelfde groep.⁸⁵

⁸³ OESO 2015b, p. 16-17; zie ook COM(2012)8806 def., overweging 2.

⁸⁴ Zie ook Van den Bos, *NTR* 2017/706.

⁸⁵ Resolutie 2015/2010(INL), aanbeveling C6.

Het is echter enkel een theoretische oplossing op de lange termijn aangezien landen fiscaal soeverein zijn en naar verwachting niet bereid zijn om een deel van hun soevereiniteit op te geven om over te gaan tot fiscale harmonisatie. In Europees verband kan harmonisatie mogelijk eenvoudiger bereikt worden, alhoewel harmonisatie begrensd is door het beginsel van bevoegdheidstoedeling (art. 5 lid 2 VEU). Daarnaast dient harmonisatie ten behoeve van de instelling of de werking van de interne markt te zijn (art. 115 VWEU).⁸⁶ Maar dit laat wel ruimte over voor harmonisatie van de nationale wetgeving van lidstaten, zoals ATAD2 aantoonde. Het is echter de vraag of de lidstaten wel harmonisatie willen. Art. 115 VWEU vereist immers unanimiteit van stemmen waardoor een lidstaat harmonisatie kan blokkeren. Het voorstel voor een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (Common Consolidated Corporate Tax Base, hierna: CCCTB) is bijvoorbeeld nog niet aangenomen.

Een ‘lichtere’ vorm van harmonisatie wordt niet besproken in het HMA-rapport: de bronstaat neemt de kwalificatie van de vestigingsstaat over of vice versa. Het OESO rapport *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships* (hierna: Partnership rapport) gaf als voornaamste aanbeveling dat de bronstaat de classificatie van het samenwerkingsverband in de vestigingsstaat overneemt voor verdragstoepassing.⁸⁷ De andere, tegenovergestelde, opvatting met betrekking tot de verdragstoepassing van hybride entiteiten is dat elk land ten aanzien van buitenlandse entiteiten zijn eigen nationaalrechtelijke criteria op overeenkomstige wijze toepast.⁸⁸ De eerstgenoemde methode wordt aangeduid als de *symmetrical approach*.⁸⁹ De vraag is echter of deze methode ook geschikt is om hybride financiële instrumenten tegen te gaan. In hoofdstuk 4 wordt deze vraag nader geanalyseerd.

Een mogelijk nadeel van deze methode is volgens Stevens de vermindering van rechtsvormneutraliteit omdat gelijksoortige binnenlandse en buitenlandse rechtsvormen verschillend worden behandeld voor fiscale doeleinden.⁹⁰ Dit is juist onder het formele gelijkheidsbeginsel waarbij rechtsregels consequent toegepast moeten worden.⁹¹ Nederland dient de eigen regels te volgen, en indien uit deze regels volgt dat een buitenlandse entiteit geclassificeerd moet worden als niet-transparant terwijl uit de *symmetrical approach* volgt dat deze entiteit fiscaal transparant is, dan resulteert dit in een ongelijke behandeling. Bolhaar

⁸⁶ Harmonisatie is ook mogelijk op basis van art. 116 VWEU, maar dit is nog nooit gebruikt.

⁸⁷ OESO 1999.

⁸⁸ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2016, par. 3.6.3.1.

⁸⁹ Bolhaar, *NtFR* 2013/25, par. 2.1.

⁹⁰ Stevens, *MBB* 2010/04-01, par. 4.

⁹¹ Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming (FM nr. 77)* 2000/1.3.4.3.1.

beargumenteert daarentegen dat er juist wel een gelijke behandeling is in de betrokken rechtsgebieden omdat er wordt aangesloten bij de kwalificatie van de vestigingsstaat.⁹² Dit is juist op basis van het materiële gelijkheidsbeginsel waarbij de inhoud centraal staat.⁹³ Indien een entiteit is de vestigingsstaat wordt geclassificeerd als niet-transparant, dan moet dit ook gelden in andere staten.

Bij de ‘lichtere ’vorm van harmonisatie speelt ook de fiscale autonomie. Directe belastingen behoren tot de bevoegdheid van lidstaten. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs merkte bij ATAD1 op dat de heffing van vennootschapsbelasting vergaand wordt aangetast doordat lidstaten elkaars kwalificatie dienden te volgen.⁹⁴ Fibbe stelt daarentegen dat dit een drogreden is. Fibbe beargumenteert dat de autonomie reeds is ingeperkt, bijvoorbeeld door de aanpassing van de reikwijdte van de subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting.⁹⁵ Daarnaast beveelt het Partnership rapport aan dat de bronstaat de kwalificatie van de vestigingsstaat over neemt.⁹⁶

Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat er nog andere methoden bestaan om buitenlandse entiteiten te classificeren. Nederland gebruikt de *similarity approach* waarbij de *resemblance* toets wordt toegepast. Hierbij wordt de buitenlandse entiteit getoetst aan de kenmerken van Nederlandse entiteiten, personen- dan wel kapitaalvennootschappen. De buitenlandse entiteit wordt voor Nederlandse belastingdoeleinden behandeld als de binnenlandse entiteit die het meest vergelijkbaar is met deze buitenlandse entiteit.⁹⁷ Verder is er nog het stelsel gebaseerd op de *elective approach*: kiest de entiteit zelf diens fiscale kwalificatie. Een voorbeeld is het *check-the-box*-systeem van de VS. Tot slot wordt soms de *fixed approach* toegepast waarbij alle buitenlandse entiteiten dezelfde classificatie, transparant of niet-transparant, krijgen voor belastingdoeleinden. Italië hanteert dit systeem waarbij er wel een uitzondering geldt voor CFC's.⁹⁸ Bij deze methoden, en bij de zelfstandige classificatie van hybride entiteiten voor verdragstoepassing, bestaat er echter nog steeds het risico dat classificatieverschillen benut zullen worden.⁹⁹ Deze methoden creëren immers nog steeds verschillende classificaties.

⁹² Bolhaar, *NtFR* 2013/25, par. 2.2.5.

⁹³ Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming (FM nr. 77)* 2000/1.3.4.3.1.

⁹⁴ NOB commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen 2016, p. 15.

⁹⁵ Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33003, nr. 3 (MvT), p. 15-16.

⁹⁶ Fibbe, *WFR* 2016/186, par. 8.

⁹⁷ Barenfeld 2005, p. 112-116.

⁹⁸ Bolhaar, *NtFR* 2013/25, par. 2.2.2-2.2.4.

⁹⁹ Vgl. Witpeerd, *WFR* 2020/142, par. 5.7.

2.5.2 *De symptomen bestrijden*

Het HMA-rapport bespreekt naast harmonisatie drie andere mogelijke oplossingen. Bij deze oplossingsrichtingen worden enkel de gevolgen van hybride mismatches tegengegaan. Een oplossing zijn algemene antimisbruikbepalingen, waaronder het leerstuk misbruik van recht. Deze bepalingen zijn geschikt bij met name kunstmatige constructies. Echter, de toepassing kan moeizaam gaan doordat er een rechtstreeks verband aangetoond dient te worden tussen de transactie en de belastingontwijking. Ook specifieke antimisbruikbepalingen zijn mogelijk waarbij er bijvoorbeeld een aftrek wordt geweigerd indien het voornaamste doel van de constructie is om een fiscaal voordeel te behalen.¹⁰⁰ Het nadeel van antimisbruikbepalingen is dat een constructie moet voldoen aan diverse voorwaarden voordat bijvoorbeeld een renteaftrekbeperking van toepassing is.

De meest praktische oplossing is volgens het HMA-rapport de laatste optie: regels die specifiek hybride mismatchconstructies tegengaan.¹⁰¹ Hierbij wordt het voordeel van mismatchconstructies weggenomen door de fiscale behandeling van bijvoorbeeld een entiteit te koppelen aan de fiscale behandeling van deze entiteit in het buitenland. Fiscale voordelen, zoals een aftrek, worden hierbij in het ene rechtsgebied geweigerd indien hetzelfde voordeel al in een ander rechtsgebied is genoten.¹⁰² Een complicatie bij deze methode is echter dat de fiscale behandeling van andere landen in kaart gebracht moeten worden, wat bij een groot concern een flinke opgave kan zijn.¹⁰³ Een andere drempel kan de fiscale soevereiniteit van landen zijn waardoor rechtsgebieden minder of niet geneigd zijn om de kwalificatie van een ander rechtsgebied te volgen. Landen met een relatief grote machtspositie kunnen geneigd zijn om te weigeren de kwalificatie van andere landen te volgen.

In het eindrapport van BEPS Actieplan 2 is voortgebouwd op de laatste oplossing van het HMA-rapport. Actieplan 2 stelt de systematiek van *linking rules* voor. Hierbij wordt de fiscale behandeling in overeenstemming gebracht met de fiscale behandeling in het andere rechtsgebied. De primaire oplossing is dat de betaalstaat in D/NI situaties de aftrek weigert en anders, secundair, wordt het voordeel in de heffing betrokken in de andere staat. Bij DD situaties dient primair de staat van de investeerder de aftrek te weigeren en anders, secundair, dient de betaalstaat de aftrek te weigeren.¹⁰⁴

¹⁰⁰ OESO 2012, p. 13-14.

¹⁰¹ Zie ook *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators* 2016, par. 3.3, p. 65.

¹⁰² Feinschreiber & Kent, *Corporate Business Taxation Monthly* 2014, p. 31-34, p. 33.

¹⁰³ OESO 2012, p. 14-21.

¹⁰⁴ OESO 2015b, p. 11-17.

Er zijn echter enkele kanttekeningen bij deze oplossing te plaatsen. Ten eerste komt de gekozen systematiek niet overeen met het doel van het BEPS-project: belasting heffen daar waar de economische activiteiten plaatsvinden en waar waarde wordt gecreëerd.¹⁰⁵ De aanbevelingen zorgen er enkel voor dat er ergens belasting wordt geheven. Daarnaast zien de aanbevelingen enkel op het bestrijden van symptomen, zoals het benutten van kwalificatieverschillen, en niet op het aanpakken van de kwalificatieverschillen zelf. Een andere kanttekening is dat een rechtsgebied niet hoeft te bepalen waar belastinginkomsten verloren zijn gegaan met een constructie voordat de voorgestelde regels worden toegepast.¹⁰⁶ Het kan dus in bepaalde situaties voorkomen dat de belastinggrondslag in Staat A is uitgehouden en dat de voorgestelde maatregelen voorstellen dat Staat B een aftrek moet weigeren. Dit hoeft echter niet bij alle situaties het geval te zijn.

2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht wat hybride mismatches zijn. De deelvraag luidde: “*Wat zijn hybride mismatches en welke principiële oplossingsrichtingen zijn er?*” Bij hybride mismatches worden bepaalde kenmerken van een structuur door twee of meer rechtsgebieden en/of belastingverdragen verschillend gekwalificeerd waarbij de uitkomst verschilt. Er zijn drie hoofdcategorieën hybride mismatches te onderscheiden, te weten met betrekking tot financiële instrumenten, entiteiten en vi’s. Mismatches zijn enkel relevant indien ze resulteren in een DD- of een D/NI-uitkomst. Bij DD wordt er meerdere malen aftrek voor dezelfde betaling genoten. Bij D/NI wordt er wel een aftrek genoten maar is er geen betrekking in de heffing van hetzelfde bedrag.

Hybride mismatches kunnen opgelost worden door volledige harmonisatie van nationale belastingstelsels en belastingverdragen. Dit is vooral een theoretische oplossing omdat het onwaarschijnlijk is dat rechtsgebieden hun fiscale soevereiniteit opgeven. Lichtere harmonisatie is ook mogelijk: hierbij neemt de bronstaat de kwalificatie van de vestigingsstaat over of vice versa. Het Partnership rapport had al de aanbeveling dat de bronstaat de classificatie van het samenwerkingsverband in de vestigingsstaat overneemt voor verdragstoepassing. Een nadeel van de *symmetrical approach* is de vermindering van rechtsvormneutraliteit.

¹⁰⁵ Peeters & Vaneste, *Intertax* (48) 2020, afl. 1, p. 14-45, par. 106.

¹⁰⁶ OESO 2015b, p. 95.

De OESO heeft naast harmonisatie drie andere mogelijke oplossingen uiteengezet: algemene antimisbruikbepalingen, specifieke antimisbruikbepalingen en regels die specifiek hybride mismatchconstructies tegengaan. Algemene antimisbruikbepalingen bieden geen geschikte oplossing omdat er een rechtstreeks verband aangetoond dient te worden tussen de transactie en de belastingontwijking. Specifieke antimisbruikbepalingen zijn ook niet geschikt omdat een constructie moet voldoen aan diverse voorwaarden voordat een aftrekbeperking van toepassing is. De OESO, maar ook de EU, volgen derhalve de laatste oplossing waarbij de fiscale behandeling wordt gekoppeld aan de fiscale behandeling in een ander rechtsgebied. Indien in het ene rechtsgebied bijvoorbeeld een aftrek is genoten, dan wordt de aftrek voor dezelfde betaling in het andere rechtsgebied geweigerd. Een kanttekening bij deze oplossing is dat belastingheffing niet altijd plaatsvindt in het rechtsgebied waar de economische activiteiten zich bevinden.

3 De structuur van de anti-mismatchbepalingen

3.1 Inleiding

De EU is al geruime tijd bezig met het tegengaan van ATP en hybride mismatches. Al in 2011 ontwikkelde de Gedragscodegroep richtsnoeren voor de fiscale behandeling van hybride entiteiten in Europese verhoudingen.¹⁰⁷ Later is er, op verzoek van de Raad van de Europese Unie, aansluiting gezocht bij de BEPS aanbevelingen¹⁰⁸ en zijn er richtsnoeren gekomen ten aanzien van hybride entiteiten in verhouding tot lidstaten en derde landen.¹⁰⁹

In dit hoofdstuk zal de deelvraag “*Hoe zijn de anti-mismatchbepalingen in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie opgezet?*” beantwoord worden. Daartoe wordt eerst de historische achtergrond van ATAD uiteengezet en worden de doelen van ATAD uiteengezet. Vervolgens wordt de opzet van ATAD2 en de implementatiewet besproken en komt onder andere aan bod wat het toepassingsbereik is en wat de algemene sanctiebepalingen inhouden. Tot slot wordt de subsidiariteit van ATAD2 geanalyseerd.

3.2 Historische achtergrond

3.2.1 Actieplan ter bestrijding van belastingfraude en belastingontduiking

ATP is niet alleen een kwestie van adequate belastingopbrengsten voor landen. De EU ging ATP aanpassen omdat het ook een kwestie is van billijkheid. Hiervoor is wel een gecoördineerde aanpak nodig door de mondialisering van economieën, technologische ontwikkelingen, internationalisering van fraude en de daaruit voortvloeiende onderlinge afhankelijkheid van belastingautoriteiten.¹¹⁰ Globalisering heeft ervoor gezorgd dat relatief veel belastingstructuren een grensoverschrijdend aspect kennen om winsten te verschuiven naar jurisdicties met gunstige belastingregimes. Hierdoor kunnen kunstmatige constructies, waaronder kapitaalstromen, opgezet worden en daarmee de interne markt rechtstreeks schaden. Tevens kunnen belastingplichtigen mogelijk gebruik maken van (unilaterale) maatregelen ter voorkoming van dubbele belasting en belastingverdragen met risico op dubbele niet-heffing als gevolg.¹¹¹

¹⁰⁷ DG G 2B 16100/14 AS/FC/mpd 1, FISC 216 ECOFIN 1105, overweging 17-18.

¹⁰⁸ Persmededeling 910/15/EU, overweging 22.

¹⁰⁹ DG G 2B 10538/1/16 REV 1 AR/df 1, FISC 109; ECOMP.2.B 5814/4/18 REV 4 AR/df 1, FISC 44 ECOFIN 75.

¹¹⁰ COM(2012)351 def., par. 1.

¹¹¹ COM(2012)8806 def., overweging 3, 5 en 7.

De EC kwam in 2012 met een actieplan om ervoor te zorgen dat belastingen efficiënter en effectiever geïnd kunnen worden in een eerlijk en gezonde fiscale omgeving.¹¹² Een van de aanbevelingen was om een algemene antimisbruikregel op te nemen in de nationale belastingwet en een clause in belastingverdragen om dubbele niet-heffing te voorkomen. Een specifieke antimisbruikregel zou ontoereikend zijn om nieuwe ATP structuren bij te kunnen houden door de complexiteit van dergelijke structuren.¹¹³ Daarnaast werd de MDRL herzien met betrekking tot hybride leningen: financieringsinstrumenten met kenmerken van zowel eigen als vreemd vermogen waarbij uitkeringen op dit instrument in de bronstaat worden behandeld als fiscaal aftrekbare kosten maar in de woonstaat als belastingvrije winstuitkering worden behandeld. Om deze dubbele niet-heffing op te lossen dienen lidstaten de belastingvrijstelling/-verrekening van de MDRL niet toe te passen voor zover de winstuitkeringen aftrekbaar zijn in de bronstaat.¹¹⁴

3.2.2 Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie

Na het actieplan van 2012 volgde in 2015 het actieplan voor een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de EU. Ook dit actieplan gaat verder in op de billijkheid: er dient een rechtvaardige verdeling van fiscale lasten te komen die duurzame groei en investeringen bevorderen en het concurrentievermogen van de Europese economie versterkt. Hierbij wordt er aansluiting gezocht bij het BEPS-project, maar er dient wel rekening gehouden te worden met de onderscheidende Europese kenmerken, zoals de interne markt en de verkeersvrijheden.¹¹⁵

Om op billijke en efficiënte wijze de zekerheid van belastinginkomsten te garanderen, zijn er enkele doelstellingen geformuleerd. Ten eerste moet belasting worden geheven op de plaats waar winsten worden gegenereerd met de economische activiteiten. Voorts moet er een concurrerend en groeivriendelijk vennootschapsbelastingklimaat tot stand worden gebracht met aandacht voor een veerkrachtiger bedrijfsleven. Tot slot dient de interne markt beschermd te worden en dient de EU zich krachtig op te stellen bij externe kwesties over vennootschapsbelasting om niet-coöperatieve rechtsgebieden aan te pakken en de fiscale transparantie te vergroten.¹¹⁶

¹¹² COM(2011)681 def., par. 3.3; COM(2012)351 def., par. 1, 2.7 en 4.3.

¹¹³ COM(2012)722 def., par. 3; COM(2012)8806 def., overweging 8 en art. 3-4.

¹¹⁴ Zie voor meer informatie over de wijzigingsrichtlijn o.a. Van den Hurk, *WFR* 2014/684.

¹¹⁵ COM(2015)302 def., p. 2 en 6.

¹¹⁶ COM(2015)302 def., p. 7 en 10-12.

Maatregelen die genomen werden zijn onder andere een gecoördineerde Europese aanpak van geschillenbeslechting en automatische uitwisseling van informatie over grensoverschrijdende fiscale rulings. Uiteindelijk stond in het actieplan het herziene CCCTB-voorstel centraal. De vennootschapsbelastingtarieven zouden echter niet geharmoniseerd worden. Hiermee kan er deels een einde gemaakt worden aan het benutten van verschillen tussen nationale belastingstelsels van lidstaten, waaronder hybride mismatches,¹¹⁷ doordat er maar één set aan regels geldt. Tevens resulteert het in een verlichting van de nalevingskosten en vermindering van de complexiteit.¹¹⁸

3.2.3 *Het Anti-belastingontwijkingspakket*

Waar het actieplan voor een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de EU enige aansluiting zocht bij het BEPS-project, vormen de uitkomsten van het BEPS-project de basis van het ATAP van 2016. De EU, de Raad Economische en Financiële Zaken¹¹⁹ en het Europees Parlement (hierna: EP) steunen immers de conclusies van het BEPS-project. Daarnaast hebben de lidstaten de BEPS-problematiek reeds bestudeerd en aangegeven de aanbevelingen uit de eindrapporten te willen implementeren.¹²⁰ Wel heeft het EP aangegeven dat er gekeken dient te worden op welke gebieden de EU verder moet gaan dan de gestelde minimumstandaarden.¹²¹

Coördinatie werd noodzakelijk geacht in de bewoordingen van het BEPS-project: ongecoördineerde maatregelen creëren mazen in wetgeving en nieuwe ATP structuren,¹²² ondergraven de doeltreffendheid van belastingwetten in andere lidstaten en resulteren in onzekerheid en administratieve lasten voor ondernemingen. Daarnaast voorkomt implementatie via Europese wetgeving dat lidstaten de aanbevelingen uit de BEPS-eindrapporten op verschillende wijzen implementeren of interpreteren en daarmee de interne markt schaden door ongelijke fiscale voorwaarden.¹²³ Nederland heeft bij de appreciatie van het actieplan van 2015 al aangegeven voorstander te zijn van maatregelen via *hard law*. Zo

¹¹⁷ DG G 2B 14544/15 ADD 1 AR/mpd 1, LIMITE FISC 171, p. 1, 3-4 en 10-11.

¹¹⁸ COM(2015)302 def., p. 8-17.

¹¹⁹ DG G 2B 15150/15 AS/AR/mpd 1, FISC 185 ECOFIN 965.

¹²⁰ COM(2016)23 def., par. 3.

¹²¹ SWD(2016)6 def., par. 1.1 en 1.5-1.6.

¹²² COM(2016)451 def., p. 2.

¹²³ COM(2016)23 def., par. 2-3; SWD(2016)6 def., par. 1.1.

kunnen maatregelen volledig, coherent en tijdig geïmplementeerd worden en kan dit juridisch afgedwongen worden.¹²⁴

Een gerealiseerd initiatief van het ATAP is ATAD1 en is gebaseerd op de BEPS aanbevelingen, waaronder Actieplan 2. Met deze richtlijn worden elementen in de nationale wetgeving geïmplementeerd voordat er overeenstemming is bereikt over de CCCTB.¹²⁵

3.3 De doelen van de anti-mismatchregelgeving

3.3.1 Het doel van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 1

Het hoofddoel van ATAD1 is om praktijken van belastingontwijking en fiscale planning te bestrijden die de werking van de interne markt schaden. De interne markt wordt geschaad door gedragingen die haaks staan op het eigenlijke oogmerk van de wet en daardoor de zakelijke besluitvorming verstoren. Deze gedragingen worden bestreden door gemeenschappelijke regels en procedures die de belastingheffing versterken. Er ontstaat daardoor een gelijk fiscaal speelveld voor lidstaten en ondernemingen. Tevens kan het vertrouwen van het publiek in de billijkheid van het vennootschapsbelastingstelsel versterkt en hersteld worden.¹²⁶

Een tweede doel van de richtlijn is om andere marktobstakels, zoals dubbele belastingheffing, tegen te gaan. Dit kan bijvoorbeeld door het verlenen van aftrek van betaalde belasting in een andere staat. Daarnaast is de politieke doelstelling van ATAD1 om overheden in staat te stellen hun fiscale soevereiniteit daadwerkelijk uit te oefenen.¹²⁷

3.3.2 Het doel van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2

ATAD2 houdt een wijziging van ATAD1 in doordat hybride mismatches met vi's en mismatchconstructies met derde landen ook onder het toepassingsbereik zijn gebracht. Het doel van ATAD2 sluit derhalve aan bij het doel van ATAD1 en is nader gespecificeerd. Het doel van ATAD2 is om te voorzien in juridisch bindende voorschriften waardoor lidstaten effectief en op een alomvattende manier kunnen optreden tegen hybride mismatches.¹²⁸ Wel dient ten minste één partij betrokken te zijn bij de mismatchstructuur die een belastingplichtige vennootschap is in een lidstaat. Uiteindelijk wordt ervoor gezorgd dat betalingen in ten minste

¹²⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 21501-07, nr. 1281), p. 3; zie ook Persmededeling 910/15/EU, overweging 12 en 17.

¹²⁵ COM(2016)23 def., par. 4 en 7.

¹²⁶ COM(2016)26 def., p. 3 en 27-28; Richtlijn 2016/1164/EU, overweging 2; SWD(2016)6 def., par. 1.3.

¹²⁷ Richtlijn 2016/1164/EU, overweging 1 en 5.

¹²⁸ COM(2016)687 def., p. 3; Richtlijn 2017/952/EU, overweging 5.

één jurisdictie in de belastingheffing worden betrokken dan wel dat er slechts eenmaal aftrek genoten wordt voor dezelfde betaling. ATAD2 beoogt niet om algemene kenmerken van een belastingstelsel van een lidstaat, zoals het belastingtarief, te beïnvloeden of om de verdeling van heffingsbevoegdheden te wijzigen.¹²⁹

3.4 De vormgeving van de anti-mismatchregelgeving

3.4.1 Minimumharmonisatie

In de literatuur worden diverse vormen van harmonisatie onderscheiden. Twee voorbeelden zijn volledige en minimumharmonisatie. Bij volledige harmonisatie mag er niet van de richtlijn worden afgeweken. Een lidstaat mag geen strengere of soepelere regels implementeren. Bij minimumharmonisatie mag een lidstaat wel strengere regels implementeren.¹³⁰

ATAD biedt een minimum beschermingsniveau en lidstaten mogen verder gaan (art. 3 ATAD1). Lidstaten kunnen bijvoorbeeld de facultatieve uitzonderingen niet implementeren. Op het eerste gezicht lijkt dit haaks te staan op de uniforme regeling die ATAD tot stand brengt. De preambule stelt immers dat verdere fragmentatie, en daarmee inefficiënties en verstoringen bij de interactie van verschillende nationale maatregelen, voorkomen moet worden (overweging 27). Fragmentatie kan ontstaan door verschillen in de implementatie. Echter, uit andere overwegingen van de preambule blijkt dat er wel enige flexibiliteit dient te zijn en dat ATAD1 een gemeenschappelijk kader biedt maar geen volledige harmonisatie (overwegingen 2 en 3). Immers, het gemiddelde niveau van bescherming dient verhoogd te worden, maar het is niet noodzakelijk dat de niveaus in alle lidstaten gelijk aan elkaar moeten zijn.

Mogelijke implementatieverschillen kunnen ervoor zorgen dat belastingplichtigen structuren opzetten via lidstaten met mildere maatregelen. Tevens kunnen de verschillen resulteren in (nieuwe) belastingconcurrentie tussen lidstaten aangezien er geen volledige harmonisatie plaats vindt. ATAD2 biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid van facultatieve uitzonderingen, waarvan niet elke lidstaat gebruik maakt. De implementatieverschillen kunnen ook negatief uitpakken voor belastingplichtigen door dubbele belastingheffing.¹³¹ Tot slot is het mogelijk dat de implementatie niet in overeenstemming is met de BEPS-aanbevelingen of met de bepalingen van ATAD2 zelf.¹³² Het is echter de vraag of dit kan leiden tot een geschil

¹²⁹ COM(2016)687 def., p. 5-6; Richtlijn 2017/952/EU, overweging 11.

¹³⁰ Kapteyn & Verloren van Themaat 2003, p. 268-269.

¹³¹ Brandsma, Panchar & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.2.A (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

¹³² Peeters & Vaneste, *Intertax* (48) 2020, afl. 1, p. 14-45, par. 108.

voor de rechter aangezien de BEPS-rapporten *soft law* vormen en de EU terughoudend is met het aanvaarden van rechtstreekse werking van juridische instrumenten, zoals beslissingen, van internationale organisaties.¹³³

3.4.2 Toepassingsbereik

ATAD is van toepassing op alle belastingplichtigen die in een of meerdere lidstaten onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting (art. 1 lid 1 ATAD1). Hieronder worden mede verstaan entiteiten gevestigd in een derde land met een vi in de EU. Het uitgangspunt is dus de fiscale vestigingsplaats en of de lidstaat een entiteit beschouwt als transparant of als niet-transparant. Voorts maakt het niet uit of een belastingplichtige fiscaal inwoner is of naar het recht van een lidstaat is opgericht (overweging 4 preambule ATAD1). Hierdoor worden belastingplichtigen die op grond van een vestigingsplaatsfictie onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting onder de reikwijdte gebracht. De situatie waarbij een entiteit een dubbele vestigingsplaats heeft doordat de entiteit feitelijk is gevestigd in een derde land, maar op grond van de vestigingsplaatsfictie ook in een lidstaat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting kan ook aangepakt worden. Het toepassingsbereik is dus ruim, maar omvat in beginsel geen transparante entiteiten. Deze entiteiten hebben immers geen hybride element doordat alle betrokken rechtsgebieden deze entiteit als transparant kwalificeren. Een hybride element zou aanwezig zijn als de entiteit kenmerken heeft van zowel transparante als niet-transparante entiteiten.

De Nederlandse implementatiewet geeft uitwerking aan het toepassingsbereik door de maatregelen te implementeren in de Wet VpB 1969. Lichamen zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting indien zij gevestigd zijn in Nederland en in art. 2 lid 1 Wet VpB 1969 genoemd zijn. Voorts kan een lichaam onderworpen zijn aan de Nederlandse vennootschapsbelasting indien het lichaam is opgericht naar Nederlands recht (art. 2 lid 4 Wet VpB 1969). Een verschil met ATAD2 is dat de implementatiewet spreekt over lichamen in plaats van entiteiten. Dit is om de implementatiewet in lijn te krijgen met de terminologie van de vennootschapsbelasting.

¹³³ Vgl. HvJ EG 23 november 1999, C-149/96 (*Portugal/Raad*).

3.4.3 Mismatches

ATAD2 is enkel van toepassing indien er sprake is van een hybride mismatch. Het stappenplan om te bepalen of een bepaalde constructie kwalificeert als hybride mismatch is als volgt:

1. Er is sprake van een mismatch: een DD of een D/NI-uitkomst.
2. Er is sprake van een hybride mismatch:
 - a) Er is sprake van een hybride entiteit, dubbele fiscale vestigingsplaats, hybride financieel instrument, hybride overdracht en situaties met betrekking tot een vi; en
 - b) Er is een vi of een gelieerde onderneming betrokken bij de mismatchstructuur of er is sprake van een gestructureerde regeling.

Een mismatch is een situatie met DD of D/NI (art. 2 lid 9 derde alinea sub a ATAD2). Er is sprake van DD indien dezelfde betaling, last of verlies in het rechtsgebied van de betaler en het rechtsgebied van de ontvanger wordt afgetrokken (art. 2 lid 9 derde alinea sub b ATAD2). Van D/NI is sprake indien een (veronderstelde) betaling in het rechtsgebied van de betaler wordt afgetrokken maar niet in het rechtsgebied van de ontvanger in de heffing wordt betrokken (art. 2 lid 9 derde alinea sub c ATAD2).

In de implementatiewet is niet apart opgenomen dat er sprake is van een mismatch in een DD of D/NI-situatie.¹³⁴ Wel zijn de definities van DD en D/NI opgenomen in art. 12c lid 1 respectievelijk sub c en sub a Wet VpB 1969. Deze definities komen overeen met de definities in ATAD2, met dien verstande dat ook de term “vergoedingen” is toegevoegd aan de definitie. Daarnaast bevat de definitie de toevoeging “rechtens dan wel in feite direct of indirect”. Deze zinsnede dient ruim opgevat te worden.¹³⁵ De bewoordingen “vergoedingen” en “rechtens dan wel in feite direct of indirect” zijn toegevoegd om deze bepalingen in lijn te krijgen met reeds bestaande bepalingen, zoals de antimismatchbepaling van art. 13 lid 17 Wet VpB 1969. De antimismatchbepaling spreekt immers over vergoedingen of betalingen voor zover deze rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht.

Van een hybride mismatch is enkel sprake indien de mismatch wordt veroorzaakt door de situaties genoemd in art. 2 lid 9 eerste alinea ATAD2 en art. 12aa lid 1 Wet VpB 1969. Deze situaties komen overeen met de genoemde elementen van hybride mismatches in paragraaf 2.3: hybride entiteit, dubbele fiscale vestigingsplaats, hybride financieel instrument, hybride overdracht en situaties met betrekking tot een vi. Deze situaties worden in hoofdstukken 4 en 5 besproken.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 36.

¹³⁵ *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 6.

Daarnaast geldt er een tweede vereiste voor de kwalificatie tot hybride mismatch: het moet gaan om gevallen waarbij het risico op belastingontwijking door hybride mismatches aanzienlijk is (overweging 12 preambule ATAD2 en art. 2 lid 9 tweede alinea sub c ATAD2). Dit is het geval in situaties waarbij er een vi of een gelieerde onderneming¹³⁶ betrokken is of indien er sprake is van een gestructureerde regeling. De implementatiewet geeft hieraan uitvoering in art. 12aa lid 2 Wet VpB 1969. Dit lid bepaalt dat de D/NI of DD uitkomst moet bestaan tussen i) een belastingplichtige en een gelieerd lichaam, ii) een hoofdhuis en vi, iii) twee of meer vi's van hetzelfde lichaam¹³⁷ of iv) uit hoofde van een gestructureerde regeling. In de Kamerstukken wordt benadrukt dat er een objectieve toets geldt: het is irrelevant of de belastingplichtige het oogmerk had om een hybride mismatch tot stand te brengen.¹³⁸ In paragrafen 3.4.5 en 3.4.6 wordt nader ingegaan op gelieerde verhoudingen en gestructureerde regelingen.

3.4.4 De oorsprongseis en pro rata-benadering

Zoals hierboven al benoemd is dienen hybride mismatches veroorzaakt te worden door bepaalde situaties. In alle D/NI situaties genoemd in art. 2 lid 9 eerste alinea ATAD2, zoals een betaling aan of door een hybride entiteit, staat dat een hybride element aanleiding moet geven tot de D/NI uitkomst. Dit is de oorsprongseis. Het dient te gaan om een mismatch dat wordt veroorzaakt door een hybride element. Indien de hybride mismatch wordt veroorzaakt door een andere factor, zoals vrijstelling van belastingplicht,¹³⁹ dan vinden de anti-misbruikbepalingen geen toepassing.¹⁴⁰ Er is wel voldaan aan de oorsprongseis indien een belastingregime een vrijstelling geeft voor een financieel instrument vanwege de hybride kwalificatie.¹⁴¹ Opvallend is dat deze woorden ontbreken in art. 2 lid 9 eerste alinea sub g ATAD2, de hybride mismatch met DD uitkomst. Deze bepaling spreekt enkel over “een resultaat van dubbele aftrek” maar benoemt niet een of meerdere hybride situaties. Er kan derhalve beargumenteerd worden dat in DD situaties de hybride mismatch niet het gevolg hoeft te zijn van een hybride element.

In de implementatiewet is de oorsprongseis verschillend verwerkt in de bepalingen van art. 12aa lid 1 Wet VpB 1969. Art. 12aa lid 1 Wet VpB 1969 is de implementatie van de

¹³⁶ Zie Albert, *NtFR* 2020/583 voor een vergelijking met andere gelieerdheidsbegrippen.

¹³⁷ In het vervolg zal deze situatie buiten beschouwing blijven.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 5.

¹³⁹ Zoals de vrijgestelde beleggingsinstelling ex art. 6a Wet VpB 1969.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 6.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 42.

primaire regel voor zowel D/NI als DD situaties. Bij betalingen door een hybride entiteit (sub e) is de oorsprongseis bijvoorbeeld verwerkt door het woord "doordat". Het moet immers gaan om een D/NI *doordat* de betaling bij of krachtens de wet van de staat van de ontvanger buiten beschouwing blijft.¹⁴² In andere bepalingen, zoals betalingen aan een hybride entiteit (sub b) zijn de gekozen woorden "als gevolg van". Deze bepaling luidt dat een betalingen aan een hybride entiteit niet in aftrek komt voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing *als gevolg* van verschillen in de toerekening. Art. 12aa lid 1 sub g Wet VpB 1969, de buiten beschouwing blijvende vi, kent echter afwijkende woorden. In deze bepaling gaat het om betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vi voor zover die leiden tot een D/NI. Soortgelijke bewoordingen staan in art. 12aa lid 1 sub g Wet VpB 1969, de hybride mismatch met DD uitkomst, waar wordt gesproken over betalingen voor zover die leiden tot een DD. Het kabinet is van mening dat de oorsprongseis tot uiting komt in sub d door de zinsnede "buiten beschouwing blijvende vi".¹⁴³ Mijns inziens komt de oorsprongseis niet voldoende tot uitdrukking omdat uit de bepaling niet volgt dat de hybride mismatch ontstaat door de buiten beschouwing blijvende vi. Daarmee is deze bepaling ook niet in lijn met art. 2 lid 9 eerste alinea sub d ATAD2 waarin duidelijk staat dat de D/NI uitkomst het *gevolg* is van de buiten beschouwing blijvende vi.

Daarenboven gelden de anti-mismatchbepalingen naar pro rata. Bij alle mogelijke elementen, zoals bij de primaire regels in art. 12aa lid 1 Wet VpB 1969 of bij de geïmporteerde mismatch in art. 12ad Wet VpB 1969, wordt de zinsnede "voor zover" gebruikt om aan te geven dat het enkel gaat om situaties voor zover deze leiden tot een hybride mismatch.¹⁴⁴ Dit is in overeenstemming met een van de doelen van ATAD1: dubbele belastingheffing voorkomen. De pro rata-benadering geldt ook indien een deel van een betaling wel in de heffing wordt betrokken bij de achterliggende participanten in Staat A, maar niet bij de achterliggende participanten in Staat B. In een dergelijk geval valt alleen het gedeelte van de betaling bij Staat B onder de anti-mismatchbepalingen.¹⁴⁵

¹⁴² Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 36.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 36.

¹⁴⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 5.

¹⁴⁵ *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 17.

3.4.5 *Gelieerde ondernemingen*

De ratio achter gelieerde verhoudingen is dat een willekeurige derde niet of nauwelijks bereid zal zijn om een hybride mismatchstructuur op te zetten indien deze derde er geen profijt van zal hebben. Dit is met name aangezien een derde wel tegen een sanctie aan kan lopen. Denemarken en Duitsland kenden bijvoorbeeld al voor de aanvang van het BEPS-project enkele bepalingen om hybride mismatches tegen te gaan.¹⁴⁶

Er is sprake van een gelieerde onderneming indien de belastingplichtige een entiteit houdt met daarin rechtstreeks of middellijk ten minste 25% van de stemrechten, kapitaalbezit of winstgerechtigdheid (art. 2 lid 4 eerste alinea, sub a ATAD2). Ook is er sprake van een gelieerde onderneming indien een natuurlijk persoon of een entiteit rechtstreeks of middellijk ten minste 25% van de stemrechten, kapitaalbezit of winstgerechtigdheid heeft in de belastingplichtige (eerste alinea, sub b). In laatstgenoemde geval worden ook andere entiteiten beschouwd als gelieerde onderneming indien een natuurlijk persoon of entiteit ook daarin ten minste 25% van de stemrechten, kapitaalbezit of winstgerechtigdheid heeft (tweede alinea). Opvallend is dat natuurlijke personen worden aangemerkt als gelieerde ondernemingen. Dit komt omdat ATAD de term “persoon” hanteert wat zowel een natuurlijk persoon als een entiteit is (art. 2 lid 9 derde alinea sub h ATAD2).

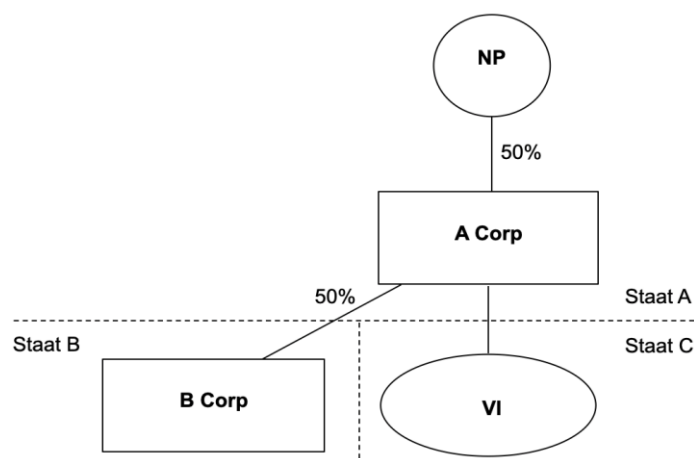
Voor alle hybride mismatch situaties, behalve de hybride financiële instrumenten en de hybride overdracht, geldt een aangepaste definitie van een gelieerde onderneming (art. 2 lid 4 derde alinea ATAD2). Hierbij geldt een percentage van 50% in plaats van 25% (derde alinea sub a). In de implementatiewet wordt er aangesloten bij de definitie van geleerdheid van andere regelingen, waaronder die in de implementatiewet van ATAD1. Van een gelieerd lichaam is sprake bij een belang van ten minste 25% van de stemrechten, kapitaalbezit of winstgerechtigdheid (art. 12ac lid 2 sub a jo. 13ab lid 8 en 10 Wet VpB 1969). In de Kamerstukken is aangegeven dat de wetgever een strenger criterium hanteert om zo aan te kunnen sluiten bij bestaand recht.¹⁴⁷ Mijns inziens is het echter onwenselijk dat het gelieerdheidspercentage bij mismatches met financiële instrumenten lager ligt dan bij de andere type hybride mismatches. Dit resulteert in onnodige verscheidenheid.

Figuur 3 laat een situatie zien waarin sprake is van gelieerde verhoudingen. De aandeelhouder (NP) bezit 50% van de aandelen in de belastingplichtige (A Corp), allebei zijn woonachtig en gevestigd in Staat A. De belastingplichtige heeft een dochteronderneming in

¹⁴⁶ OESO 2012, p. 15-19.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 5 en 35.

Staat B en bezit 50% van de aandelen in deze onderneming. Tot slot heeft de belastingplichtige een vi in Staat C. Alle verhoudingen vallen onder het bereik van ATAD2.



Figuur 3. Schematisch overzicht van gelieerde verhoudingen.

Een vraag die kan opkomen is waarom er niet wordt aangesloten bij het vereiste deelnemingspercentage van de deelnemingsvrijstelling (5%) of de MDRL (10%). De antimismatchbepaling van de MDRL is immers geïmplementeerd in de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 17 Wet VpB 1969). Op dit moment wordt er aangesloten bij ATAD1, bijvoorbeeld de CFC-regeling waar ook 25% wordt gehanteerd (art. 13a Wet VpB 1969). Hiermee wordt beoogd dat de bepalingen die zijn geïmplementeerd naar aanleiding van ATAD1 en ATAD2 daarmee zoveel mogelijk overeenkomen. Een van de kwaliteitseisen voor wetgeving is immers onderlinge afstemming.¹⁴⁸ Daarnaast hebben de bepalingen uit ATAD2 een ander - prohibitief - karakter dan de deelnemingsvrijstelling. Bij ATAD2 gaat het om het tegengaan van ongewenst gedrag en worden onbedoelde voordelen teruggenomen. Bij de deelnemingsvrijstelling wordt er juist een voordeel toegekend aan belastingplichtigen. Daarnaast heeft een persoon beslissende invloed bij een percentage van ten minste 50%.

Daarnaast geldt een samenwerkende groepsbenadering¹⁴⁹ doordat een natuurlijk persoon of entiteit als houder wordt beschouwd indien deze samenwerkt met een ander natuurlijk persoon of entiteit met betrekking tot stemrechten of kapitaalbezit in een entiteit (art. 2 lid 4 derde alinea sub b ATAD2). Voor de definitie van de samenwerkende groep wordt in

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2 (Zicht op wetgeving), p. 29.

¹⁴⁹ Voor een uitgebreidere bespreking wordt verwezen naar Van der Have & Van Hulten, *WFR* 2020/237, Spoelder, Sari & Rasenberg, *WFR* 2020/106, par. 3 of Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, par. 2.6.1.2.2 voor beleggingsfondsen.

de implementatiewet verwezen naar art. 10a lid 6 Wet VpB 1969, een renteaftrekbepanking. Vereist is dat de groep gezamenlijk voor ten minste een derde gedeelte belang hebben in de belastingplichtige. Daarnaast is vereist dat elk persoon een belang heeft van ten minste 25% (art. 12ac lid 2 jo. 13ab lid 10 Wet VpB 1969). Tevens is er sprake van een samenwerkende groep indien investeerders een gecoördineerde investering die in totaal ten minste een derde belang vertegenwoordigt.¹⁵⁰

Van een gelieerde onderneming is ook sprake indien een entiteit deel uitmaakt van dezelfde, voor de financiële boekhouding geconsolideerde groep als de belastingplichtige (art. 2 lid 4 derde alinea sub c ATAD2). Dit is een groep van entiteiten die volledig zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening, welke is opgesteld volgens de geldende internationale of nationale regels voor financiële verslaglegging (art. 2 lid 10 ATAD2). Het jaarrekeningenrecht is derhalve ook relevant. In de implementatiewet wordt verwezen naar art. 2:24b BW, het concernrechtelijk begrip. Het dient te gaan om een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Bij organisatorische verbondenheid wordt er een centrale leiding uitgeoefend.¹⁵¹ Er is sprake van een economische eenheid indien de entiteiten zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening.¹⁵²

Voorts is een gelieerde onderneming een entiteit met invloed van betekenis op de leiding van de belastingplichtige en een entiteit waarin de belastingplichtige invloed van betekenis op de leiding heeft. Het is echter onduidelijk hoe “invloed van betekenis” ingevuld dient te worden.¹⁵³ Mogelijk kan hier worden aangesloten bij hetzelfde begrip in de Wet financieel toezicht (hierna: Wft) waar de invulling een belang van ten minste 10% is.¹⁵⁴ Het ligt echter meer voor de hand om bij andere fiscale bepalingen aan te sluiten, in dit geval bij art. 3 lid 23 Mandatory Disclosure richtlijn¹⁵⁵ waar ook wordt verwezen naar een persoon die invloed van betekenis kan uitoefenen. Een concrete invulling wordt echter niet gegeven, al lijkt het ruimer te zijn dan “doorslaggevende zeggenschap” waarbij een belang van 25% al volstaat.¹⁵⁶ De redactie van Vakstudie Nieuws is van mening dat het gaat om een kwalitatief in

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3 (MvT), p. 29; zie ook HR 4 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2410, *BNB* 1998/128, m.nt. P.H.J. Essers.

¹⁵¹ Roest, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, art. 2:24b BW (online, bijgewerkt 3 september 2020).

¹⁵² *Asser/Maeijer & Kroeze* 2-I 2015/261.

¹⁵³ Brandsma, Panham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.3.B (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

¹⁵⁴ Lieverse, in: *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 5:32l Wft, aant. 5.2.

¹⁵⁵ Richtlijn (EU) 2018/822.

¹⁵⁶ Korving & Verbaarschot, *WFR* 2018/173, par. 2.4.

plaats van kwantitatief criterium.¹⁵⁷ Ook mijns inziens gaat het om een kwalitatief criterium omdat er anders een minimale percentage genoemd zou zijn. Tevens biedt een kwalitatief criterium de mogelijkheid om ook mismatchconstructies aan te pakken waarbij er geen sprake is van gelieerde ondernemingen of gestructureerde regelingen. Een andere vraag is of er daadwerkelijk invloed uitgeoefend moet worden. Mijns inziens zou dit niet vereist moeten zijn omdat dit nog niet betekent dat de anti-mismatchbepalingen daadwerkelijk toegepast zullen worden. Daarnaast kan het voor de belastingdienst moeilijk zijn om dit aan te tonen.

De implementatiewet benoemt niet expliciet “invloed van betekenis” als een criterium, maar dit volgt uit de organisatorische verbondenheid van het concernrechtelijk begrip. In de parlementaire behandeling is aangegeven dat er invulling gegeven is aan het criterium van invloed van betekenis door het gelieerdheidspercentage van 25% te hanteren.¹⁵⁸ Dit wijkt dus af van hetgeen ik hiervoor heb betoogd. Echter, doordat er wordt aangesloten bij hetzelfde percentage dat ook geldt voor hybride financiële instrumenten en hybride overdrachten wordt onnodige verscheidenheid voorkomen.

3.4.6 *Gestructureerde regelingen*

Tot slot een “gestructureerde regeling”: een regeling waarbij een hybride mismatch in de voorwaarden van een regeling is ingeprijsd (art. 2 lid 11 ATAD2 en art. 12ac lid 1 sub f Wet VpB 1969). Bijvoorbeeld een lager overeengekomen vergoeding doordat het fiscale voordeel van een hybride financiering wordt meegerekend.¹⁵⁹ Door ook gestructureerde regelingen onder de werking van ATAD2 te brengen worden ook hybride mismatchstructuren met willekeurige derden, die een deel van het belastingprofiel krijgen, onder de werking van ATAD2 gebracht.

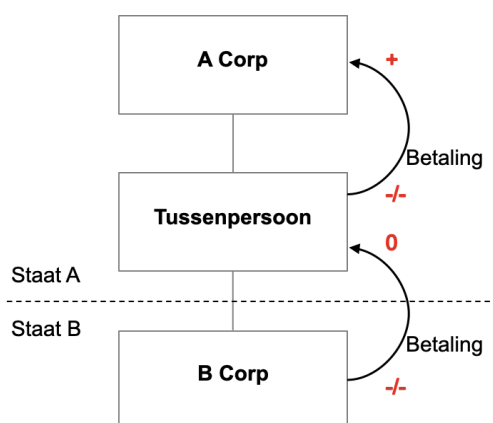
Tevens is er sprake van een gestructureerde regeling indien een regeling zodanig is opgezet dat dit resulteert in een hybride mismatch. Figuur 4 geeft een voorbeeld. Het gaat hierbij om een regeling waarbij een hybride financiering - oorspronkelijk tussen A Corp en B Corp - wordt omgeleid via een niet-gelieerde entiteit, de tussenpersoon. Deze tussenpersoon krijgt een deel van het fiscale voordeel van de mismatch.¹⁶⁰ Dit kan bijvoorbeeld doordat de betaling hoger is dan een volledig zakelijke betaling.

¹⁵⁷ Europese Commissie, V-N 2016/65.5.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 10.

¹⁵⁹ OESO 2015b, voorbeeld 10.1.

¹⁶⁰ OESO 2015b, voorbeeld 10.2; Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.3.C (online, bijgewerkt 15 maart 2020).



Figuur 4. Schematisch overzicht van een gestructureerde regeling.

Er is niet in alle gevallen sprake van een gestructureerde regeling (art. 2 lid 11 laatste volzin ATAD2 en art. 12ac lid 1 sub f Wet VpB 1969). Dit is het geval indien van de belastingplichtige of gelieerde onderneming redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat zij zich bewust waren van de hybride mismatch en geen profijt trokken uit het voortvloeiende fiscale voordeel. Er is hier sprake van een objectieve toets waarbij de subjectieve intentie geen rol speelt. Er zijn enkele omstandigheden die kunnen wijzen op het bestaan van een gestructureerde regeling. Deze omstandigheden zijn onder andere voorwaarden die in een regeling aangepast kunnen worden bij het tenietgaan van het fiscale voordeel van een hybride mismatch en regelingen met negatieve resultaten bij het ontbreken van de hybride mismatch. Een andere omstandigheid is het beogen om een hybride mismatch tot stand te brengen.¹⁶¹ Hiermee is het subjectieve oogmerk van de belastingplichtige toch relevant, terwijl de staatssecretaris heeft aangegeven dat er een objectieve toets geldt.

Ook Schuurman, Bolwerk en Cabollet betogen dat het oogmerk van de belastingplichtige relevant is. Zij stellen dat uit de zinsnede “een regeling die zodanig is opgezet dat er een hybride mismatch uit resulteert” onterecht volgt dat het oogmerk irrelevant is. Daarenboven zou blijken dat het oogmerk relevant is indien uit een contract of correspondentie blijkt dat de betrokken partijen het voordeel uit de hybride mismatch verdelen. Tevens verwijzen zij naar het BEPS Actieplan 2 eindrapport.¹⁶² Mijns inziens zien zij hierbij over het hoofd dat de OESO¹⁶³ expliciet en onvoorwaardelijk meldt dat er een objectieve toets

¹⁶¹ OESO 2015b, aanbeveling 10; *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 65.

¹⁶² Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 19-20.

¹⁶³ OESO 2015b, p. 106 (overweging 319).

geldt. Daarnaast moet voor ATAD2 een objectieve toets gelden om onnodige verscheidenheid en onduidelijkheid te voorkomen.

3.5 De maatregelen van de anti-mismatchregelgeving

Uit de voorgaande paragrafen volgt welke stappen doorlopen moeten worden voordat ATAD2 van toepassing is. Samengevat is het stappenplan als volgt:

1. Toepassingsbereik: er is een entiteit die is onderworpen aan de vennootschapsbelasting in een lidstaat.
2. Er is sprake van een mismatch: een DD of D/NI-uitkomst.
3. Er is sprake van een hybride mismatch:
 - a) Er is sprake van een hybride entiteit, dubbele fiscale vestigingsplaats, hybride financieel instrument, hybride overdracht en situaties met betrekking tot een vi. Deze hybride elementen moeten wel de oorzaak zijn van de DD of D/NI-uitkomst (oorsprongseis);
 - b) En er is vi of een gelieerd persoon betrokken bij de mismatchstructuur of er is sprake van een gestructureerde regeling.

Zodra ATAD2 van toepassing is, wordt er gekeken hoe een hybride mismatch tegengegaan kan worden. Zoals in paragraaf 2.5 besproken is, biedt ATAD2 geen principiële oplossing maar worden enkel de gevolgen van een hybride mismatch tegengegaan. De algemene methode is de aftrek weigeren of een betaling in de heffing te betrekken. In het vervolg wordt deze methode aangeduid als de algemene sanctiebepalingen. Er is gekozen voor ‘sanctie’ omdat de ongewenste uitkomst wordt tegengegaan door neutralisatie van de mismatch maar de hybride mismatch blijft bestaan en er geen verband is vereist met de locatie van economische activiteiten en waardecreatie.

In de volgende paragrafen worden de algemene sanctiebepalingen uiteengezet. Voor bepaalde hybride mismatches, zoals bij de RH, geldt een specifieke sanctiebepaling. De specifieke sanctiebepalingen evenals wat de typen hybride mismatches, zoals met betrekking tot hybride entiteiten, inhouden komen in hoofdstukken 4 en 5 aan bod. In paragraaf 3.5.5 komt de documentatieverplichting aan bod aangezien deze van toepassing is bij alle typen hybride mismatches.

3.5.1 De uitbreiding van de Anti-belastingontwikingsrichtlijn 1

ATAD1 was in werking beperkter dan ATAD2 omdat de term “kwalificatieconflict door hybride structuren” werd gehanteerd. Dit is een situatie waarbij een belastingplichtige in een lidstaat onderworpen is aan vennootschapsbelasting en een gelieerde onderneming in een andere lidstaat, of er is sprake van een gestructureerde regeling tussen partijen, wat resulteert in DD of D/NI door verschillen in de juridische kwalificatie van financiële instrumenten of entiteiten. In ATAD2 is dit uitgebreid met onder andere structuren met derde landen.¹⁶⁴

In de volgende paragraaf wordt de werking van de algemene sanctiebepalingen besproken. Dit zijn de sancties op DD of D/NI uitkomsten die voortkomen uit hybride mismatches. Wat precies die soorten mismatches inhouden en hoe deze ontstaan, wordt in hoofdstukken 4 en 5 besproken. De werking van de algemene sanctiebepalingen is immers voor elk type mismatch hetzelfde. Er dient opgemerkt te worden dat art. 2 lid 9 eerste alinea ATAD2 wel specifiek ingaat op de D/NI situaties, maar bij DD situaties algemeen blijft. Een DD uitkomst kan door onder andere hybride entiteiten en vi's ontstaan. Omdat hybride mismatches met vi's buiten beschouwing blijven, wordt bij de bespreking van hybride entiteiten een voorbeeld gegeven van een DD situatie.

3.5.2 Algemene sanctiebepalingen in ATAD2

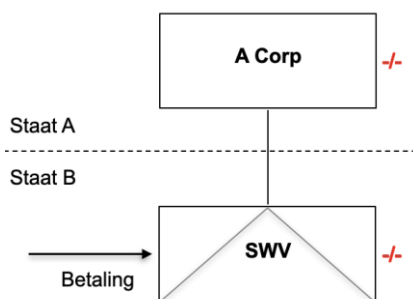
ATAD2 kent algemene sanctiebepalingen en sancties voor bijzondere vormen van mismatches. Art. 9 leden 1 en 2 ATAD2 bevatten de algemene sanctiebepalingen. De bijzondere vormen van mismatches zijn de geïmporteerde mismatch (art. 9 lid 3 ATAD2), de buiten beschouwing blijvende vi (art. 9 lid 5 ATAD2), de hybride overdracht (art. 9 lid 6 ATAD2), de RH (art. 9bis ATAD2) en de mismatch als gevolg van een dubbele vestigingsplaats van een entiteit (art. 9ter ATAD2).

ATAD1 kende het onderscheid tussen algemene en bijzondere sanctiebepalingen niet omdat ATAD1 alleen zag op hybride mismatches tussen lidstaten. Het rechtsgebied van de investeerder weigert de aftrek in DD situaties en in D/NI situaties weigert het rechtsgebied van de betaler de aftrek (art. 9 lid 1 ATAD1). In ATAD2 is dit de primaire regel en is voor DD situaties neergelegd in art. 9 lid 1 eerste volzin sub a ATAD2 en voor D/NI situaties in art. 9 lid 2 sub a ATAD2. Daarnaast bevat sub b van art. 9 lid 1 en 2 ATAD2 de secundaire regel (ook wel *defensive rule*). Voor DD situaties geldt dat het rechtsgebied van de betaler de aftrek weigert indien het rechtsgebied van de investeerder de aftrek niet weigert. Voor D/NI situaties

¹⁶⁴ Zie ook overweging 6-8 ATAD2.

betreft het rechtsgebied van de ontvanger het bedrag in de winst indien het rechtsgebied van de betaler de aftrek niet weigert. Een mogelijke reden waarom de aftrek niet wordt geweigerd is dat het rechtsgebied geen regels heeft om de resultaten van hybride mismatches tegen te gaan. Effectief zou enkel de secundaire regel toegepast worden bij hybride mismatches met derde landen. Immers, in de EU passen alle lidstaten de primaire regel toe waardoor de secundaire regel in deze situaties niet toegepast hoeft te worden.

Voor onder andere DD situaties geldt dat een aftrek wel toegepast mag worden indien dit wordt afgezet tegen dubbel in aanmerking genomen inkomen (*double inclusion income*, hierna: DII) (art. 9 lid 1 tweede volzin ATAD2).¹⁶⁵ DII is een inkomensbestanddeel dat in de winst is betrokken in minimaal twee rechtsgebieden en deze rechtsgebieden betrokken zijn bij de mismatch (art. 2 lid 4 derde alinea sub g ATAD2). Een voorbeeld, zie figuur 5, is als volgt. A Corp, gevestigd in Staat A, participeert in het SWV, gevestigd in Staat B. Staat A beschouwt het SWV als niet-transparant terwijl Staat B het SWV beschouwt als transparant voor belastingdoeleinden. Het SWV geniet inkomsten door een betaling van een derde. Door de fiscale transparantie worden deze inkomsten in Staat A geacht te zijn genoten door A Corp. De ontvangen betaling wordt dus in zowel Staat B als Staat A in de heffing betrokken en kwalificeert derhalve als DII.



Figuur 5. Schematisch overzicht van DII.

DII kan in zowel het desbetreffende als in een later belastingtijdvak. Op dit punt is de ATAD2 beperkter dan de aanbevelingen van de OESO aangezien de OESO ook een *carry-back* mogelijkheid heeft.¹⁶⁶ Mijns inziens past de beperktere mogelijkheid van de ATAD2 bij het streven om te voorzien in regels die in overeenstemming zijn met en niet minder doeltreffend zijn dan de BEPS Actieplan 2 aanbevelingen.¹⁶⁷ Hier lijkt immers ruimte te zijn

¹⁶⁵ Zie ook OESO 2015b, overweging 120.

¹⁶⁶ OESO 2015b, overweging 129.

¹⁶⁷ Richtlijn 2017/952/EU, overweging 5.

voor strengere regels om alle hybride mismatches te neutraliseren. Voorts geldt bij DII een nettobenadering aangezien overweging 21 preambule ATAD2 spreekt over “voor zover” een aftrek wordt afgezet tegen DII. Hiermee wordt voorkomen dat belastingplichtigen een volledige aftrek nemen terwijl er maar deels DII tegenover staat. Deze bepaling lijkt vooral gericht om dubbele belastingheffing te voorkomen. Dit is in overeenstemming met de pro rata-benadering van ATAD2.

3.5.3 Algemene sanctiebepalingen in de implementatiewet

Het uitgangspunt bij de implementatiewet is het onderscheid tussen de primaire en de secundaire regel. De primaire regel is dat de aftrek wordt geweigerd (art. 12aa lid 1 aanhef Wet VpB 1969). De secundaire regel voor DD uitkomsten houdt in dat indien Nederland de staat van de betaler is, de aftrek wordt geweigerd indien de staat van de investeerder de aftrek niet heeft geweigerd (art. 12aa lid 4 Wet VpB 1969).

Voorts geldt dat de aftrekbeperking niet plaatsvindt indien en voor zover er sprake is van een bedrag dat DII is (art. 12aa lid 3 Wet VpB 1969). Wel geldt de beperking dat dit enkel van toepassing is voor i) betalingen door hybride entiteiten, ii) veronderstelde betalingen tussen hoofdhuis en vi en iii) DD situaties. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het hybride karakter in deze situaties kan resulteren in dubbele belasting.¹⁶⁸ Vanuit het oogpunt van *overkill*, in de vorm van dubbele belastingheffing, zouden echter alle soorten hybride mismatches onder het bereik van DII moeten vallen. Hiervoor is wel een aanpassing van ATAD2 vereist. Dit zou in lijn zijn met een aangenomen motie om dubbele heffing zoveel mogelijk te voorkomen ten behoeve van het Nederlandse vestigingsklimaat voor reële ondernemingen. Tevens werd het kabinet opgeroepen om in gesprek te gaan met de EC om dubbele heffing weg te nemen indien dit voortkomt uit ATAD2.¹⁶⁹

DII is een inkomensbestanddeel dat in de winst is betrokken in minimaal twee rechtsgebieden en deze rechtsgebieden betrokken zijn bij de DD of D/NI situatie (art. 12ac lid 1 sub d Wet VpB 1969). In de wettekst is geen temporele beperking te lezen,¹⁷⁰ in tegenstelling tot ATAD2 waarin de temporele werking beperkt is tot het desbetreffende of een later belastingtijdvak. Voorts kan de vraag opkomen of er ook sprake is van DII indien de belastingplichtige in een boekjaar verlies maakt of beschikt over compensabele verliezen en niet daadwerkelijk belasting betaalt. Mijns inziens is dit het geval omdat het gaat om een

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 52.

¹⁶⁹ *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. H.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2020/21, 35573, nr. 6 (NV II), p. 15.

inkomensbestanddeel dat in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de belastbare winst (art. 2 lid 9 derde alinea sub e ATAD2). In de parlementaire geschiedenis wordt immers gesproken over het “daadwerkelijk in de heffing betrekken”.¹⁷¹ Het enkele feit dat uit deze berekening een negatief bedrag volgt doet hier niet aan af.

De OESO geeft nog aan dat bij toepassing van de verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting er sprake kan zijn van DII.¹⁷² Bij de verrekeningsmethode wordt de geheven belasting in Staat B verrekend met de te betalen belasting in Staat A. De staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling betoogd dat er per geval beoordeeld moet worden of er sprake is van DII door de veelheid aan voorkomingsmethoden. Hierdoor kan er bij een vrijstellings- en verrekeningsmethode geen sprake zijn van DII.¹⁷³ Dit lijkt mij een juiste benadering omdat deze zijde van de anti-mismatchbepalingen pro rata toegepast moeten worden. Indien dit niet het geval zou zijn, dan zou de effectiviteit van de anti-mismatchbepalingen ondergraven worden.

In art. 12af Wet VpB 1969 is nader bepaald dat de aftrek in het kader van DII slechts eenmaal toegepast mag worden. Dit geldt voor DII in DD situaties, als D/NI situaties met betrekking tot betalingen door een hybride entiteit en veronderstelde betalingen tussen hoofdhuis en vi en bij een dubbele vestigingsplaats.

De secundaire regel voor D/NI uitkomsten is geïmplementeerd in art. 12ab Wet VpB 1969 en is enkel van toepassing indien Nederland de staat van de ontvanger is (lid 3). In dit geval worden vergoedingen en (veronderstelde) betalingen tot de winst gerekend, tenzij het andere betrokken rechtsgebied een aftrekbepaling toepast. Bij een redactionele wijziging is de zinsnede “indien Nederland de staat van de betaler was geweest” geschrapt.¹⁷⁴ Daarenboven kunnen de deelnemingsvrijstelling, deelnemingsverrekening en de objectvrijstelling niet toegepast worden voor de betaling die in de heffing wordt betrokken. Deze betaling kan dus bijvoorbeeld niet vrijgesteld worden zodat de D/NI uitkomst blijft bestaan. Tot slot wordt de secundaire regel niet toegepast indien er sprake is van DII (art. 12ab lid 2 Wet VpB 1969).

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 53.

¹⁷² OESO 2015b, voorbeeld 6.4.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 40-41.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 8, p. 2.

3.5.4 Samenloop met andere bepalingen

In het geval van samenloop, indien twee verschillende sets aan regels van toepassing zijn op dezelfde situatie, prevaleert ATAD2 niet (overweging 30 preambule ATAD2). Een voorbeeld is de antimismatchbepaling in de MDRL die, net zoals de hybride mismatch met financiële instrumenten (art. 2 lid 9 eerste alinea sub a ATAD2), ziet op hybride financieringsinstrumenten. De MDRL heeft derhalve voorrang.

Bij de implementatie is aangegeven dat het niet de bedoeling is dat een betaling meermaals in aftrek wordt beperkt. Wel is het mogelijk dat verschillende bepalingen elkaar aanvullen.¹⁷⁵ Samenloop met de MDRL is geregeld in art. 12aa lid 5 Wet VpB 1969: indien de MDRL van toepassing is, worden de anti-mismatchregels van ATAD2 niet toegepast. In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond nog het zinsdeel “indien Nederland de staat van de ontvanger was geweest” bij lid 5. Blijkens de nota van wijziging is dit slechts een redactionele wijziging.¹⁷⁶ Hiermee is echter wel de discussie in de literatuur over de rangorderegel beëindigd.¹⁷⁷

Met ingang van 2021, en geldend voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2021, is de samenloop met de earningsstrippingmaatregel (art. 15b Wet VpB 1969) en de minimumkapitaalregel voor banken en verzekeraars (art. 15bd Wet VpB 1969) nader geregeld.¹⁷⁸ Samenloop manifesteert zich wanneer sprake is van DII dat in een later boekjaar ter sprake komt. Hierdoor wordt een aftrekbeperking teruggedraaid waardoor er toch een aftrek genoten kan worden. Bij samenloop moet bepaald worden welk deel van de aftrekbeperking ziet op rentekosten en welk deel op andere categorieën betalingen (zoals royalty's). Immers, alleen rentekosten worden in aftrek beperkt door de earningsstrippingmaatregel. In verband met de complexiteit van de regeling wordt deze verder niet besproken.

Tot slot kan er ook samenloop ontstaan tussen ATAD2 en andere antimisbruikbepalingen. Volgens de staatssecretaris dienen bepalingen in de vennootschapsbelasting toegepast te worden in de volgorde waarin zij in de wet staan.¹⁷⁹ Van Strien is van mening dat de meest vergaande maatregel voorrang geniet bij de verschillende renteaftrekbeperkingen omdat aan een minder vergaande maatregel geen betekenis meer toekomt nadat een meer vergaande maatregel is toegepast.¹⁸⁰ Het kan hierbij echter voor komen

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 6.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 8, p. 2.

¹⁷⁷ Zie Molleman & Deumens, *WFR* 2019/216.

¹⁷⁸ *Kamerstukken I* 2020/21, 35573, nr. A.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35573, nr. 3 (MvT), p. 7.

¹⁸⁰ Van Strien, *TFO* 2013/128.3, par. 3.2.

dat een algemene bepaling voorgaat op een specifieke bepaling, hetgeen in strijd is met *lex specialis derogat legi generali* (specifieke wetgeving gaat voor op algemene wetgeving). Het verdient derhalve de aanbeveling om een rangorderegeling op te nemen in de Wet VpB 1969, net zoals art. 2.14 Wet IB 2001, om eventuele discussies preventief te voorkomen en om duidelijkheid te schetsen ten behoeve van de rechtszekerheid.

3.5.5 Een nieuwe documentatieverplichting

In art. 12ag Wet VpB 1969 is een nieuwe documentatieverplichting geïntroduceerd. Een belastingplichtige is verplicht in zijn administratie gegevens op te nemen waaruit blijkt of en op welke wijze de anti-mismatchbepalingen wel of niet van toepassing zijn. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het voldoende is om uit de administratie te laten blijken dat een concern enkel nationaal opereert waardoor de anti-mismatchbepalingen niet van toepassing zijn. Indien de anti-mismatchbepalingen wel van toepassing zijn, dan dienen berekeningen over de omvang van de toegepaste correcties te zijn opgenomen in de administratie.¹⁸¹ Daarenboven geldt een verzwaarde bewijslast voor de belastingplichtige indien er niet (volledig) voldaan wordt aan de documentatieverplichting (lid 2). Ingeval van overmacht kan, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, de verzwaarde bewijslast uitblijven.¹⁸²

In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat er bij de vormgeving van de documentatieverplichting gekeken is om een onredelijke toename van de administratieve lasten te voorkomen.¹⁸³ Dit is echter niet gelukt omdat de anti-mismatchbepalingen ervoor zorgen dat een belastingplichtige elke transactie in kaart dient te brengen, inclusief de daarbij behorende fiscale behandeling in elk rechtsgebied. De administratieve lasten worden geschat op incidenteel € 7.000.000,- en structureel; € 3.000.000,- per jaar.¹⁸⁴ In 2018 waren er totaal 23.700 bedrijven¹⁸⁵ in Nederland die deel uitmaakten van een internationaal concern.¹⁸⁶ De incidentele lasten zijn derhalve geschat op ongeveer (administratieve lasten gedeeld door het aantal bedrijven) € 295,36 en structureel op ongeveer € 126,58 per bedrijf. Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat de structurele lasten voortkomen uit het

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241 nr. 3 (MvT), p. 28-29.

¹⁸² *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 22.

¹⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 29.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 35.

¹⁸⁵ In de Kamerstukken komt naar voren dat 137.000 belastingplichtige, van de totaal 740.000, internationaal actief zijn. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 27.

¹⁸⁶ CBS 2018, p. 11.

controleren van aftrekbare betalingen voor gemiddeld een paar uur tegen een uurtarief van € 80,-.¹⁸⁷

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat er ongeveer 137.000 belastingplichtigen zijn die tot een infernale groep behoren. Voor de berekening van de incidentele en structurele administratieve lasten is er gekeken naar belastingplichtigen met aftrekbare betalingen die rechtstreeks onder een buitenlandse moedermaatschappij vallen of een buitenlandse dochtermaatschappij hebben. Dit zijn totaal 40.000, waarbij de verwachting is dat het grootste deel snel de conclusie kan trekken dat een hybride element ontbreekt.¹⁸⁸ Indien wordt uitgegaan dat 10% van de 40.000 belastingplichtigen wel te maken hebben met hybride elementen, dan zijn de incidentele lasten per bedrijf € 1750,- en de structurele lasten € 750,-. Mijns inziens is dit te laag voor de uitbreiding van de administratie en de interne processen die bedrijven moeten doorvoeren. Daarnaast dient er ook informatie uit het buitenland gehaald te worden waardoor het geschetste beeld incompleet is.

Voorts is in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat belastingplichtigen al de benodigde gegevens moeten hebben (art. 52 AWR). In zoverre zou de nieuwe documentatieverplichting geen nieuwe gegevens vereisen en slechts een verduidelijking zijn.¹⁸⁹ Bij de introductie van art. 52 AWR is aangegeven dat deze bepaling niet beoogt om andere administratieve handelingen te verplichten dan de handelingen die belastingplichtigen in het algemeen verrichten.¹⁹⁰ Met de nieuwe documentatieverplichting gebeurt het tegenovergestelde: belastingplichtigen dienen van alle vergoedingen, betalingen, lasten en verliezen na te gaan of deze in andere rechtsgebieden geheel of gedeeltelijk niet in de heffing worden betrokken bij D/NI situaties of in aftrek komen bij DD situaties. Tevens dienen belastingplichtigen na te gaan of er DII aanwezig is. Tot slot dient van elke entiteit, waar een transactie mee plaatsvindt, bepaald te worden of er sprake is van een hybride entiteit. Deze verzwaarde administratieve verplichtingen zijn wel begrijpelijk om de informatiepositie van de belastingdienst te versterken. Immers, door informatie-asymmetrie kan de belastingdienst niet op zichzelf aan alle benodigde informatie komen om te beoordelen of de anti-mismatchbepalingen van toepassing zijn waardoor belastingplichtigen deze regels anders zouden kunnen ontduiken.¹⁹¹ Desalniettemin vraagt de documentatieverplichting een

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 28.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 21.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 20.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 1988/89, 21287, nr. 3 (MvT), p. 3.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), bijlage.

beoordeling van de buitenlandse toepasselijke wettelijke regelingen, buitenlands fiscaal beleid en buitenlandse rechtspraak¹⁹² waarvoor een aanzienlijke mate van deskundigheid is vereist.¹⁹³ Dit lijkt disproportioneel te zijn, met name omdat de geschatte opbrengsten van ATAD2 nihil zijn.¹⁹⁴ Een mogelijke (gedeeltelijke) oplossing is om de documentatieverplichting enkel te doen gelden indien de geconsolideerde groepsopzet meer is dan € 50 miljoen, net zoals het groepsdossier en lokaal dossier (art. 29g lid 4 Wet VpB 1969).¹⁹⁵

Informatie die op grond van de documentatieverplichting opgenomen kan worden zijn onder andere buitenlandse belastingaangifte, opinies van deskundigen en analyses van gebruikte financiële instrumenten en hybride lichamen.¹⁹⁶ Mogelijk komt er met ingang van 2022 een ministeriële regeling om meer handvatten te bieden aan de uitvoering van de documentatieverplichting. Hierdoor moeten belastingplichtigen een jaar ‘proefdraaien’ voordat er eventueel nader beleid komt. Mijns inziens komt dit de rechtszekerheid niet ten goede en was het wenselijk om in de parlementaire behandeling hier meer over uit te wijden. Zeker omdat uit de internetconsultatie meerdere geluiden kwamen met zorgen over de toegenomen lastendruk als gevolg van de nieuwe documentatieverplichting.¹⁹⁷

3.6 Subsidiariteit van de Anti-belastingontwikingsrichtlijn 2

Bij subsidiariteit gaat het om de vraag op welk niveau er maatregelen genomen moeten worden: Europees, nationaal of regionaal niveau of door middel van zelfregulering. Uit paragraaf 2.5 volgt dat de oplossing van de kern van het probleem volledige harmonisatie is. Dit kan enkel plaatsvinden op internationaal niveau. Echter, een oplossing op de korte termijn zijn de *linking rules* van BEPS Actieplan 2 die op Europees niveau zijn geïmplementeerd met ATAD2.

De Eerste Kamer had ATAD2 negatief beoordeeld omdat i) het voorstel een aantasting vormt van het Nederlandse systeem van belastingheffing, ii) het voorstel verder gaat dan BEPS Actieplan 2 en iii) het voorstel leidt tot belastingheffing in het ene land terwijl de waardecreatie in een ander land plaatsvindt.¹⁹⁸ Deze argumenten gaan echter an sich niet over subsidiariteit en lijken daardoor meer politiek ingegeven te zijn.

¹⁹² Zie ook Warren, *WFR* 2020/24 voor een discussie over de beoordeling van buitenlands recht.

¹⁹³ Fibbe & Van Kappel, *MBB* 2020/2-4, par. 6.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 34.

¹⁹⁵ Albert & Fibbe, *WFR* 2019/202.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 21.

¹⁹⁷ *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 10-12.

¹⁹⁸ Brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 21 december 2016 (*Kamerstukken I* 2016/17, 34604, nr. B), p. 3-4.

Fiscale regelgeving op het niveau van een lagere overheid of zelfregulering ligt niet voor de hand omdat belastingen worden geheven uit kracht van een wet, zoals de vennootschapsbelasting, en andere heffingen bij wet worden geregeld (art. 104 Gw). Regelgeving op Europees niveau met betrekking tot directe belastingen, waaronder de vennootschapsbelasting, geschiedt vooral op basis van art. 115 VWEU. Het gaat hierbij om onderlinge aanpassingen van wetten (“approximation”). Een andere mogelijke, maar nog niet gebruikte,¹⁹⁹ rechtsgrondslag is art. 116 VWEU waarbij verstoringen in de interne markt door discrepanties tussen nationale wetgeving opgeheven worden.

ATAD2 is gebaseerd en aangenomen op grond van art. 115 VWEU. Deze maatregelen dienen rechtstreeks van invloed te zijn op de instelling en de werking van de interne markt. Een abstract risico op vervalsing van de mededinging volstaat hierbij niet. Het dient te gaan om merkbare distorsies van de mededinging.²⁰⁰ Uit het BEPS-project komt naar voren dat belastingontwijking en -ontduiking negatieve gevolgen hebben voor landen, onder andere door verminderde belastingopbrengsten. Daarnaast kan het benutten van hybride mismatches ervoor zorgen dat (concern)structuren worden aangepast of zelfs economische activiteiten verplaatst worden naar (lid)staten die gunstig zijn in een mismatchstructuur.²⁰¹ Dit is een legitieme reden voor de Europese wetgever om maatregelen te treffen.

Daarenboven ontnemt een Europese aanpak grotendeels de mogelijkheid voor belastingplichtigen om gebruik te maken tussen verschillen in de anti-mismatchbepalingen van lidstaten. Weliswaar vormt ATAD2 minimumharmonisatie, dit neemt niet weg dat de meeste bepalingen overeenkomen en dat sommige lidstaten zoals Nederland strengere regels hanteren. Indien de lidstaten individueel op nationaal niveau maatregelen zouden treffen, zou er fragmentatie kunnen ontstaan wat de verkeersvrijheden zou kunnen belemmeren. Derhalve voldoet ATAD2 aan het subsidiariteitsbeginsel.

3.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe ATAD2 tot stand is gekomen en hoe de structuur van ATAD2 is vormgegeven. Tevens is onderzocht of deze vormgeving aansluit bij de rapporten van BEPS Actieplan 2. De deelvraag luidde: *“Hoe zijn de anti-mismatchbepalingen in de Anti-belastingontwijkingrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie opgezet?”*

¹⁹⁹ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 116 VWEU, aant. 4 (online, bijgewerkt 14 augustus 2020).

²⁰⁰ HvJ EU 8 juni 2010, C-58/08 (*Vodafone Ltd*), r.o. 32.

²⁰¹ Kofler 2020, p. 20.

Met ATAD1 worden ATP structuren tegengegaan. ATAD1 beoogt praktijken van belastingontwijking en fiscale planning te bestrijden die de werking van de interne markt schaden. Het tweede doel is om andere marktobstakels, zoals dubbele belastingheffing, tegen te gaan. ATAD2 heeft het toepassingsbereik van ATAD1 uitgebreid. ATAD2 beoogt juridisch bindende voorschriften te geven zodat lidstaten effectief kunnen optreden tegen hybride mismatches. Wel houdt ATAD2 minimumharmonisatie is waardoor wel implementatieverschillen kunnen ontstaan.

ATAD2 is van toepassing op belastingplichtigen die in een of meerdere lidstaten onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting en er sprake is van een mismatch (DD of D/NI). Tevens moet er een hybride mismatch zijn: een van de situaties die zijn genoemd (zoals een hybride entiteit) én er is een vi of een gelieerde onderneming betrokken bij de mismatchstructuur of er is sprake van een gestructureerde regeling. De oorsprongseis zorgt ervoor dat alleen mismatches worden tegengegaan indien zij voortkomen uit het hybride element. Tevens geldt er een objectieve toets: het oogmerk van de belastingplichtige is irrelevant.

De mismatch wordt geneutraliseerd met de algemene sanctiebepaling of de specifieke bepalingen (zoals voor RH). De meeste sancties weigeren een aftrek of trekken een betaling in de heffing. Wel gelden de sancties pro rata: voor zover de hybride mismatch resulteert in DD of D/NI. Alleen de maatregel voor RH lost het probleem op door de RH belastingplichtig te maken. Bij enkele hybride mismatches is het mogelijk om een aftrek alsnog te nemen indien dit wordt afgezet tegen DII. Bij samenloop tussen ATAD2 en andere regelingen, hebben de andere regelingen voorrang. Tot slot heeft Nederland een nieuwe documentatieverplichting geïntroduceerd.

De subsidiariteit van ATAD2 is voldoende omdat er fragmentatie ontstaat indien (lid)staten individueel maatregelen treffen. Tevens ontnemt een Europese aanpak grotendeels de mogelijkheid voor belastingplichtigen om verschillen in maatregelen te benutten. Daarenboven worden belastingen in Nederland geheven uit krachtens van een wet en is het niveau van een lagere overheid niet geschikt.

4 Hybride mismatches met financiële instrumenten

4.1 Inleiding

Twee mogelijke elementen van mismatchconstructies zijn hybride financiële instrumenten en hybride overdrachten. Financiële instrumenten zijn onder andere effecten - zoals aandelen en obligaties²⁰² - en opties (art. 1:1 Wft).²⁰³ De hybride overdracht daarbij een bijzondere vorm van hybride financiële instrumenten. Dit blijkt ook uit het BEPS eindrapport waarbij de hybride overdrachten worden besproken in het hoofdstuk van hybride mismatches met financiële instrumenten.²⁰⁴ In deze scriptie wordt alleen gekeken naar financiële instrumenten.

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “*Hoe ontstaan hybride mismatches met financiële instrumenten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?*” beantwoord. Hiertoe wordt eerst ingegaan op hoe mismatches met betrekking tot financiële instrumenten kunnen ontstaan. Vervolgens wordt er ingegaan op de maatregelen om deze mismatches tegen te gaan en of deze doeltreffend en proportioneel zijn.

4.2 De oorzaken van hybride financiële instrumenten

4.2.1 Fiscaalrechtelijke kwalificatie

Een element in mismatchconstructies zijn financiële instrumenten. Hybride financiële instrumenten kennen verschillende oorzaken, waaronder het verschil tussen eigen en vreemd vermogen.²⁰⁵ Doordat een financieel instrument kenmerken kan hebben van zowel eigen als vreemd vermogen, ontstaat een hybride instrument. Bij eigen vermogen draagt de geldverstrekker bij aan de eigen middelen van de vennootschap en wordt derhalve deelnemer in het kapitaal. De vergoeding is dividend. De geldverstrekker van vreemd vermogen verstrekt de middelen in ruil voor een vordering op het kapitaal en krijgt als vergoeding rente. Eigen vermogen verstrekkers krijgen pas een vergoeding nadat de schuldeisers zijn betaald. Daarnaast strekt eigen vermogen in beginsel tot waarborg van de schuldeisers waardoor het risicodragend vermogen is.²⁰⁶

²⁰² Betekenis ‘effect’, <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/effect#.YH0chy2QkdU>.

²⁰³ Zie ook Vermeulen & Grundmann-van de Krol, *WFR* 2010/154.

²⁰⁴ OESO 2015b, overweging 72.

²⁰⁵ In het vervolg komt enkel de problematiek van classificatie als eigen of vreemd vermogen aan bod en zal enkel beschreven worden hoe dit geldt voor kapitaalvennootschappen.

²⁰⁶ Pannevis (*O&R nr. 114*) 2019/2.5.4.6.

Door dispariteiten in de wetgeving van twee rechtsgebieden kan het zijn dat het hybride instrument verschillend wordt gekwalificeerd. Een belastingplichtige kan hierdoor de verschillende fiscale behandeling van de betaling uit hoofde van het instrument benutten.²⁰⁷ In beginsel is de vergoeding op eigen vermogen, dividend, in Nederland fiscaal niet aftrekbaar (art. 10 lid 1 sub a Wet VpB 1969) en de vergoeding op vreemd vermogen, rente, kan wel ten laste van de winst komen. Aan de andere zijde, bij de ontvanger, is dividend niet belast indien de deelnemingsvrijstelling (art. 13 Wet VpB 1969) van toepassing is en is rente wel belast. Hierdoor ontstaat er in beginsel een sluitend systeem: dividend is niet aftrekbaar bij de betaler en niet belast bij de ontvanger, rente is daarentegen aftrekbaar bij de debiteur en belast bij de crediteur.

Civiel- en fiscaalrechtelijk bestaat er geen wettelijke definitie van eigen en vreemd vermogen. In de jurisprudentie zijn er kenmerken geïdentificeerd die bepalen of een geldlening classificeert als eigen of als vreemd vermogen. In 1950 concludeerde de HR dat onder kapitaalverstrekking, eigen vermogen, wordt verstaan hetgeen dat wordt afgestaan en dat gaat behoren tot het voor schulden aansprakelijke en in het risico delende vermogen, zonder dat er aanspraken ontstaan die het karakter hebben van vorderingen en in lijn kunnen worden gesteld met andere schuldeisers, en waarvan het bedrag niet door schulden wordt aangetast.²⁰⁸

In het Unilever-arrest concludeerde de HR dat als hoofdregel het formele criterium geldt dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen. Dit is echter anders bij drie situaties: i) schijnlening, ii) deelnemerschapslening en iii) bodemlozeputlening.²⁰⁹ In deze drie situaties is er sprake van een herkwalificatie tot eigen vermogen. Deze opsomming is limitatief²¹⁰ en een terugbetalingsverplichting is, al dan niet voorwaardelijk, ook vereist.²¹¹ De genoemde herkwalificaties zijn voorbeelden waarin belastingplichtigen hybride financiële instrumenten hadden opgezet om gebruik te kunnen maken van de mogelijkheid om rente van de belastbare winst af te trekken.

De vraag kan dan opkomen of een herkwalificatie van kapitaalverstrekkings, eigen vermogen, geherkwalificeerd kan worden tot geldlening, vreemd vermogen. De HR concludeerde dat dit niet mogelijk is omdat kapitaalverstrekking - ook indien de verstrekking

²⁰⁷ Vgl. OESO 2014, p. 30-34.

²⁰⁸ HR 18 oktober 1950, ECLI:NL:HR:1950:82, *BNB* B 8843.

²⁰⁹ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, r.o. 4.2-4.4, *BNB* 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

²¹⁰ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1, *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert. (*onzakelijkeleningsarresten*).

²¹¹ HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, r.o. 3.3-3.4, *BNB* 2007/104, m.nt. A.H.M. Daniels (*Oliemaatschappijarrest/Kaspische Zee-arrest*).

na enkele jaren beëindigd kan worden - het karakter blijft houden van risicodragend vermogen. Een uitzondering op basis van het risico zou enkel leiden tot rechtsonzekerheid.²¹²

4.2.2 Fiscaalrechtelijke behandeling

Rente kan gebruikt worden om de belastinggrondslag uit te hollen door tariefverschillen te benutten. Indien een debiteur in een land is gevestigd met een belastingtarief van 16,5% en de crediteur in een land met 9%, dan is de rentebetaling aftrekbaar tegen 16,5% en de renteontvangsten belast tegen 9%. Ook kan de belastinggrondslag uitgehold worden door te kiezen voor een lening in plaats van een kapitaalstorting om de verschillende behandeling van rente en dividend te benutten. De OESO heeft daarom in BEPS Actieplan 4 aanbevelingen gedaan om excessieve rentebetalingen tegen te gaan.²¹³ In Nederland bestaan er diverse renteaftrekbeperkingen om grondslaguitholling via rentebetalingen te voorkomen. Een voorbeeld is de earningsstrippingmaatregel (art. 15b Wet VpB 1969), welke geïmplementeerd moest worden op grond van art. 4 ATAD1.²¹⁴

Er dient opgemerkt te worden dat de HR heeft geoordeeld dat belastingplichtigen een keuzevrijheid hebben bij de keuze tot financiering van de vennootschap.²¹⁵ Wel bestaat er, onder andere in de literatuur, discussie om het verschil in de behandeling van dividend en rente af te schaffen.²¹⁶

Er kan ook een onzakelijke lening uitgegeven zijn. Een onzakelijke lening betreft een verstrekte lening aan een gelieerde partij waarbij er een debiteurenrisico wordt gelopen die een onafhankelijke derde niet zou nemen. Veelal zijn er bij een onzakelijke lening geen zekerheden gegeven en geldt een relatief lage rente die wordt bijgeschreven op de hoofdsom in plaats dat de rente wordt betaald. De onzakelijke lening lijkt op de drie uitzonderingen uit het Unilever-arrest. Echter, de rente volgt het regime van vreemd vermogen en is aftrekbaar van de fiscale winst. Waardedalingen worden geacht in de kapitaalsfeer te liggen en afwaarderingen wegens oninbaarheid zijn niet mogelijk.²¹⁷

Een voorbeeld van een mismatchstructuur met een hybride financieel instrument komt uit de jurisprudentie van 2014. Hierbij ging het om *redeemable preference shares* die zijn

²¹² HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, r.o. 3.4.3, *BNB* 2014/80, m.nt. R.J. de Vries.

²¹³ OESO 2015d.

²¹⁴ Zie ook Van Strien, *WFR* 2018/19.

²¹⁵ HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, r.o. 3.6, *BNB* 2014/80, m.nt. R.J. de Vries.

²¹⁶ Vleggeert, *WFR* 2003/1482; zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 32013, nr. 121.

²¹⁷ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, m.nt. P.G.H. Albert (*Onzakelijke leningarrest*); HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1, *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert. (*onzakelijkeleningsarresten*); zie ook Albert, *TFO* 2014/134.1.

uitgegeven door een Australische vennootschap. In geschil was of de uitkering hierop kwalificeerde als rente (vreemd vermogen) of als dividend (eigen vermogen). De Hoge Raad oordeelde, in lijn met het Gerechtshof, dat de *redeemable preference shares* vergelijkbaar zijn met cumulatief preferente aandelen en dat de ontvangen vergoedingen vallen onder de deelnemingsvrijstelling (art. 13 Wet VpB 1969).²¹⁸ Ondertussen wordt deze mismatch tegengegaan door de antimismatchbepaling van art. 13 lid 17 Wet VpB 1969, dat is geïmplementeerd naar aanleiding van de wijziging van de MDRL.

4.2.3 *De symmetrical approach als oplossing?*

Bij de *symmetrical approach* wordt er aansluiting gezocht bij de vestigingsstaat. In het kader van financiële instrumenten zal er aansluiting gezocht worden bij de kwalificatie door de vestigingsstaat van de lener of door de staat waar het financiële instrument is afgesloten. In tegenstelling tot entiteiten, is dit al de eerste complicatie: de investeerder, de lener en het rechtsgebied waar een financieel instrument wordt afgesloten kunnen drie verschillende rechtsgebieden zijn. Bolhaar meent derhalve dat er een mismatch ontstaat indien partijen afspreken om het financiële instrument af te sluiten in een rechtsgebied dat dit instrument anders kwalificeert dan de staat van de lener.²¹⁹ Mijns inziens kan dit relatief eenvoudig opgelost worden door altijd aan te sluiten bij de kwalificatie van de staat waar het financiële instrument wordt afgesloten. Het instrument ontstaat immers in dat rechtsgebied.

Een aandachtspunt zijn herkwalificaties die Nederland kent om daarmee grondslaguitholling door rentebetalingen te verminderen. Indien Nederland de kwalificatie van een ander rechtsgebied zou moeten volgen en deze staat geen herkwalificatie kent of het financieel instrument als eigen vermogen blijft kwalificeren, kan dit afbreuk doen aan het voorkomen van grondslaguitholling. Hierdoor zouden aanvullende - en mogelijk complexe - maatregelen mogelijk nodig zijn. Dit hoeft echter geen belemmering te vormen om de *symmetrical approach* te volgen.

Daarnaast meent Bolhaar dat de meest effectieve manier is om alleen een aftrek toe te staan indien de betaling in het andere rechtsgebied adequaat wordt belast.²²⁰ Dit is het systeem van BEPS Actieplan 2 en ATAD2. Ik kan mij hierin vinden omdat dit systeem in beginsel eenvoudiger is doordat er wordt gekeken naar de fiscale behandeling. Echter, het vormt geen oplossing van het kwalificatieconflict en volgt niet de *symmetrical approach*. Concluderend

²¹⁸ HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224, *NtFR* 2014/738, m.nt. C.L. van Lindonk.

²¹⁹ Bolhaar, *NtFR* 2013/25, par. 3.5.

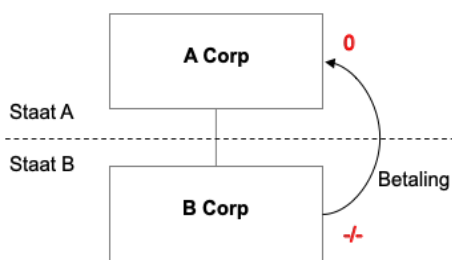
²²⁰ Bolhaar, *NtFR* 2013/25, par. 3.5.

lijkt de *symmetrical approach* een geschikte oplossing om kwalificatieverschillen bij hybride financiële instrumenten op te lossen.

4.3 Hybride financiële instrumenten

4.3.1 De Europese aanpak

Een element in mismatchconstructies is het benutten van classificatieverschillen van (een betaling van) een financieel instrument. Een financieel instrument is elk instrument met rendement op eigen dan wel vreemd vermogen dat wordt belast volgens de regels van eigen dan wel vreemd vermogen of derivaten in het rechtsgebied van de ontvanger dan wel betaler, evenals een hybride overdracht (art. 2 lid 9 derde alinea sub j ATAD2). Een voorbeeld is als volgt. B Corp heeft een financieel instrument uitgegeven. Staat B beschouwt het instrument als een lening en derhalve is de betaling van de vergoeding (rente) aan A Corp aftrekbaar. Staat A beschouwt het instrument als eigen vermogen en wordt de vergoeding gezien als dividend en is derhalve vrijgesteld. Hierdoor geniet B Corp aftrek terwijl A Corp niets in de heffing betreft. Deze structuur resulteert in een D/NI uitkomst.



Figuur 6. Schematisch overzicht van een mismatch door een financieel instrument.

(Bron: *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), voorbeeld 4)

De mismatch moet wel resulteren in een D/NI situatie (art. 2 lid 9 eerste alinea sub a ATAD2). Er gelden twee nadere voorwaarden: ten eerste dient de betaling niet binnen een redelijke termijn in de heffing te worden betrokken en ten tweede wordt de mismatch veroorzaakt door kwalificatieverschillen van het instrument of de betaling daarvan. Er is sprake van een redelijke termijn indien de betaling wordt betrokken in de winst in een belastingtijdvak dat begint binnen twaalf maanden na het einde van het belastingtijdvak van de betaler (art. 2 lid 9 eerste alinea sub a tweede volzin ATAD2). Het lijkt hierbij niet relevant te zijn of er sprake is van een gebroken of verlengd boekjaar. De andere mogelijkheid is dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat de betaling in een toekomstig belastingtijdvak in het rechtsgebied

van de ontvanger in de heffing zal worden betrokken én er zakelijke betalingsvoorwaarden gelden.²²¹ Het gaat hierbij om een toets vooraf, al is het onduidelijk hoe lang “toekomstig” inhoudt.

De sanctie volgt uit de hoofdregel (art. 9 lid 2 ATAD2): het rechtsgebied van de betaler dient de aftrek te weigeren en secundair dient het rechtsgebied van de ontvanger de betaling in de heffing te betrekken. De secundaire regel is in de MDRL opgenomen waardoor de gevallen die onder de MDRL vallen eerst de secundaire regel toepassen en de primaire regel derhalve overslaan.

De vraag kan opkomen welke lidstaat het rechtsgebied van de betaler is indien B Corp een vi heeft in een andere lidstaat. De situatie uit figuur 6 is als volgt: B Corp, gevestigd in lidstaat A, heeft een vi in lidstaat B. De betaling door B Corp wordt toegekend aan, en komt effectief ten laste van de winst van, de vi van B Corp.²²² Mijns inziens is dit de lidstaat van de vi aangezien belastingplichtigen anders mismatchconstructies kunnen opzetten om alsnog voordelen te behalen uit hybride mismatches. Een analoge toepassing van de definitie van DD (art. 2 lid 9 derde alinea sub b ATAD2) leidt tot eenzelfde resultaat. Volgens deze definitie het rechtsgebied van de betaler het rechtsgebied is waar de vi zich bevindt indien deze vi een betaling doet.

Een verschil tussen de Europese aanpak en de BEPS-aanbevelingen heeft betrekking op de antimismatchbepaling met betrekking tot hybride leningen in de MDRL. Hierbij wordt de secundaire regel toegepast en wordt er voorbijgegaan aan de primaire regel doordat de MDRL voorrang heeft op ATAD2.²²³ Een lidstaat dient immers de belastingvrijstelling/-verrekening niet toe te passen bij de moedermaatschappij en dus de winstuitdeling in de heffing te betrekking.

4.3.2 De Nederlandse aanpak

Vergoedingen en betalingen uit hoofde van een financieel instrument worden in aftrek beperkt (art. 12aa lid 1 aanhef en sub a Wet VpB 1969). Deze bepaling komt overeen met het bepaalde in ATAD2. Een financieel instrument is elk instrument dat leidt tot rendement op een geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst of op eigen vermogen (art. 12ac lid 1

²²¹ Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.E (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

²²² Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.E (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

²²³ Hemels, *The Ritsumeikan Economic Review* (67) 2018, afl. 2, p. 185-218.

sub e Wet VpB 1969). Dit omvat leningen, aandelen en afgeleide producten.²²⁴ Op het eerste gezicht wijkt dit af van de definitie in art. 2 lid 9 derde alinea sub j ATAD2: elk instrument dat leidt tot rendement op eigen of vreemd vermogen dat wordt belast volgens de regels voor het belasten van eigen, vreemd vermogen en derivaten.

Voorts is vereist dat de betaling niet binnen een redelijke termijn in de winst wordt betrokken. De achtergrond hiervan is dat de belastinggrondslag tijdelijk uitgehold kan worden indien de betrekking in de heffing onredelijk lang wordt uitgesteld waardoor er een (liquiditeits)voordeel in aanmerking genomen kan worden.²²⁵ In art. 12ac lid 3 Wet VpB 1969 is de redelijke termijn gedefinieerd en komt overeen met het bepaalde in ATAD2. In de parlementaire geschiedenis is een voorbeeld gegeven over het in de heffing betrekking in een belastingtijdvak dat aanvangt binnen twaalf maanden na afloop van het belastingtijdvak van de betaler (art. 12ac lid 3 sub a Wet VpB 1969). Stel het belastingtijdvak van de betaler loopt af op 31 december 2019 en er gedurende 2019 is er een betaling gedaan. De ontvanger hanteert een boekjaar van 1 juli tot en met 30 juni. Er is dan voldaan aan de redelijke termijn indien de betaling in de heffing wordt betrokken in een boekjaar dat aanvangt op uiterlijk 1 juli 2020.²²⁶

De andere mogelijkheid is de tweeledige toets. In het kader van zakelijke betalingsvoorwaarden wordt er gekeken naar onder andere de betalingstermijnen, hoogte van de rente, omvang van de totale schuld, looptijd en aflossingsschema. Dit is vergelijkbaar met de zakelijkheidstoets voor verrekenprijzen (art. 8b Wet VpB 1969).²²⁷ Indien op grond van de betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn een aftrek is toegestaan, maar de betrekking in de heffing uiteindelijk niet plaatsvindt, zal de aftrek niet worden teruggenomen.²²⁸

In vergelijking met de antimismatchbepaling van art. 13 lid 17 Wet VpB 1969 zijn er enkele verschillen. Zo ziet art. 13 lid 17 Wet VpB 1969 enkel op mismatches die het gevolg zijn van de hybride kwalificatie van instrumenten, en niet ook van betalingen. Daarnaast is de antimismatchbepaling al van toepassing bij een belang van 5% terwijl bij ATAD2 het gelieerdheidspercentage van 25% geldt. De antimismatchbepaling komt ook voort uit een EU richtlijn, maar de werking was in principe enkel beperkt tot Europese situaties. Bij de implementatie is gekozen voor een wereldwijde toepassing omdat hiermee misbruik aangepakt

²²⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 64.*

²²⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 68.*

²²⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 14.*

²²⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 68.*

²²⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 44.*

kan worden en wordt voorkomen dat de misbruikstructuren naar derde landen worden verplaatst. Er is daarbij aansluiting gezocht bij het BEPS-project. Tevens past een wereldwijde toepassing in het uniform wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling.²²⁹

4.4 Adequate bestrijding van hybride financiële instrumenten?

4.4.1 Doeltreffendheid

Een maatregel is doeltreffend indien het leidt tot verwezenlijking van de beoogde doelen. Op het eerste gezicht lijkt de maatregel tegen hybride financiële instrumenten doeltreffend. Er is echter een onderdeel van de maatregel die de doeltreffendheid kan ondergraven. Er is immers aan de redelijke termijn voldaan indien redelijkerwijs verwacht kan worden dat de betaling in de heffing wordt betrokken (art. 12ac lid 3 sub b Wet VpB 1969). Dit is een toets vooraf waarbij een belastingplichtige een betaling mag aftrekken zolang de redelijke verwachting wordt aangetoond.

Meer in het algemeen zijn de anti-mismatchbepalingen niet van toepassing bij mismatches die voortkomen uit verschillen in verrekenprijzen. Volgens de staatssecretaris gaat dit in tegen het voornemen van het kabinet om belastingontwijking aan de pakken.²³⁰ Het is begrijpelijk dat hiertegen geen maatregel is opgenomen in ATAD2 omdat een hybride element ontbreekt. Er is enkel een mismatch doordat de twee betrokken rechtsgebieden tot een andere zakelijke prijs zijn gekomen. Mogelijk worden mismatches met verrekenprijzen niet aangepakt omdat de meeste landen de OESO *Transfer Pricing Guidelines* volgen en het aanpakken van mismatches een aanpassing van deze *guidelines* inhoudt.

De vraag is hoe wordt omgegaan met onzakelijke leningen. Hierbij is er geen sprake van een herkwalificatie, zoals de deelnemerschapslening, maar wordt de rente wel gecorrigeerd naar een zakelijke rente. Bij de parlementaire behandeling van art. 13 lid 17 Wet VpB 1969 is aangegeven dat verschillen in verrekenprijzen niet onder het toepassingsbereik vallen. De gecorrigeerde rente van een onzakelijke rente dus ook niet.²³¹ In de literatuur zijn er twee visies te onderscheiden: i) het is een mismatch als gevolg van verschillende verrekenprijzenbenaderingen of ii) het is een hybride mismatch als bedoeld in ATAD2.²³² Mijns inziens dient de tweede visie gevolgd te worden omdat de onzakelijke lening geen

²²⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34306, nr. 6 (NV II), p. 1-3.

²³⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 6.

²³¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34306, nr. 6 (NV II), o. 13.

²³² Stevens & Fibbe, *NTFR* 2017/40, par. 4; Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/5-21, par. 10.3.

herkwalificatie is en enkel de rente wordt gecorrigeerd. Wel volg ik Stevens en Fibbe dat art. 13 lid 17 Wet VpB 1969 aangepast moet worden zodat ook de correctie van de onzakelijke lening onder deze bepaling valt. In de preambule van de gewijzigde MDRL wordt immers gesproken over “incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitdelingen”. Het deel van de rente dat wordt gecorrigeerd kan worden beschouwd als een dergelijke winstuitdeling.²³³ Daarnaast is “incongruenties” ruimer dan hybride mismatches.

De maatregelen zien daarnaast niet op het aanpakken van dubbele belasting, zoals dubbele betrekking in de heffing of betrekking in de heffing zonder aftrek. Enkel indien sprake is van dubbele non-belasting, een DD of D/NI uitkomst, is ATAD2 van toepassing. Overweging 5 van de preambule van ATAD1 geeft echter aan dat belastingplichtigen een tegemoetkoming moeten krijgen indien de toepassing van ATAD leidt tot dubbele belastingheffing. Desalniettemin volgt uit de jurisprudentie dat de preambule geen bindende rechtskracht heeft en niet kan worden gebruikt om bepalingen in een verordening of richtlijn terzijde te schuiven indien de formulering van deze bepalingen tegenstrijdig is met hetgeen in de preambule is overwogen.²³⁴ Er kan wel betoogd worden dat de staatssecretaris beleidsvrijheid heeft om dubbele belastingheffing zoveel mogelijk te voorkomen door bijvoorbeeld de buitenlandse belasting te verrekenen of de buitenlandse belasting in aftrek te laten brengen op de belastinggrondslag.²³⁵

Voorts dient voor toepassing van ATAD2 sprake te zijn van een aanzienlijk risico: in gelieerde verhoudingen, met een vi of bij een gestructureerde regeling. Hybride mismatches in niet-gelieerde verhoudingen waarbij geen sprake is van een gestructureerde regeling worden niet aangepakt. Dit ondermijnt de doeltreffendheid van de anti-mismatchbepalingen. Vanuit de uitvoerbaarheid is deze beperking te begrijpen omdat een belastingplichtige anders bij elke transactie na moet gaan of er een DD of D/NI resultaat ontstaat. De belastingplichtige dient hierbij informatie te krijgen van andere, niet-gelieerde belastingplichtigen, wat naar verwachting moeilijker te verkrijgen is dan in gelieerde verhoudingen.

²³³ Stevens & Fibbe, *NTFR* 2017/40, par. 4.

²³⁴ HvJ EG 24 november 2005, C-136/04 (*Deutsches Milch-Kontor*), r.o. 32; HvJ EU 7 februari 2018, C-643/16 (*American Express*), r.o. 51.

²³⁵ Fibbe, Jacobs & Albert, *MBB* 2021/2-4, par. 5.

4.4.2 *Proportionaliteit*

Proportionaliteit, het tweede toetsingscriterium, draait om de vraag of er geen minder zware middelen mogelijk zijn om daarmee *overkill* te voorkomen. De Eerste Kamer had de proportionaliteit van ATAD2 negatief beoordeeld omdat i) een mondiale aanpak de voorkeur geniet, ii) het richtlijnvoorstel negatief uitpakt voor Nederland en iii) het beter is om te wachten op het nieuwe fiscale beleid van de Amerikaanse regering waarin waarschijnlijk het gebruik van hybride mismatchconstructies minder aantrekkelijk wordt.²³⁶ Mijns inziens zijn dit geen legitieme redenen om ATAD2 als disproportioneel te beschouwen. Indien een enkel rechtsgebied de gevolgen van hybride mismatches neutraliseert, betekent dit nog niet dat de maatregelen leiden tot *overkill*. Daarnaast houden de gevolgen voor het vestigingsklimaat een andere toets in dan de proportionaliteitstoets. Daarbij kan ook de vraag opkomen of Nederland misschien een te gunstig vestigingsklimaat had en daardoor ATP mogelijk kon maken en ervan heeft geprofiteerd. Zorgt ATAD2 er dan niet voor dat dit wordt geneutraliseerd? Tot slot kunnen de gevolgen voor belastingplichtigen die actief zijn in de EU en Amerika ook later geregeld worden, al dan niet met een belastingverdrag. Wachten op de maatregelen van Amerika betekent dat de voordelen van hybride mismatches langer genoten konden worden en de interne markt langer geschaad werd.

De maatregel tegen hybride financieringen is mijns inziens niet voldoende proportioneel. De maatregel is deels proportioneel omdat belastingplichtigen de mogelijkheid hebben om een betaling af te trekken op basis van de redelijke termijn bepaling, dit is wel een toets vooraf. Ten tweede geldt de maatregel pro rata. Voorts geldt de maatregel enkel indien de oorzaak is gelegen in het kwalificatieverschil van het instrument en niet in het algemeen. Daarentegen is de maatregel van toepassing indien een ander rechtsgebied geen met de antimismatchbepaling van de MDRL (art. 13 lid 17 Wet VpB 1969) vergelijkbare maatregel toepast. Derde landen zullen naar verwachting minder snel een vergelijkbare maatregel hebben omdat die maatregel niet is gebaseerd op de MDRL. Hierdoor kan dubbele belasting ontstaan omdat het derde land wel de hybride mismatch tegengaat, maar op een niet-vergelijkbare manier.²³⁷ Daarnaast geldt de DII bepaling alleen indien een hybride financieel instrument resulteert in een DD uitkomst.

Meer in het algemeen geldt de secundaire regel (art. 12ab lid 1 Wet VpB 1969) niet als er een aftrekbeperking heeft plaatsgevonden die vergelijkbaar is met de primaire regel (art.

²³⁶ Brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 21 december 2016 (*Kamerstukken I* 2016/17, 34604, nr. B), p. 3-4.

²³⁷ Deumens & Molleman, *WFR* 2019/229.

12aa Wet VpB 1969). Een andere aftrekbeperking, zoals een renteaftrekbeperking geldt niet.²³⁸ Dit kan ook leiden tot dubbele belastingheffing. Daarenboven ontstaat er een onwenselijke situatie wanneer een betaling uit hoofde van een hybride financieel instrument ook onder de renteaftrekbeperking van art. 10a of 10b Wet VpB 1969 valt. Immers, onder deze renteaftrekbeperkingen geldt een gehele beperking van de aftrek terwijl ATAD2 pro rata geldt.²³⁹

Samenvattend lijkt de bepaling doeltreffend, al zijn er enkele gebreken door de vormgeving van de redelijke termijn en het beperkte toepassingsbereik voor gelieerde situaties of gestructureerde regelingen. Ook pakt ATAD2 geen dubbele belasting aan of mismatches met verrekenprijzen. De proportionaliteit van de bepaling is daarnaast niet voldoende.

4.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn hybride mismatches met financiële instrumenten onderzocht. De deelvraag luidde: “*Hoe ontstaan hybride mismatches met financiële instrumenten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?*”

De voornaamste hybride mismatch met financiële instrumenten betreft eigen en vreemd vermogen. Het hybride karakter komt naar voren indien een instrument kenmerken heeft van eigen en vreemd vermogen waardoor rechtsgebieden het instrument verschillen classificeren. Mismatches ontstaan door de aftrekbaarheid van rente en de niet-aftrekbaarheid van dividend bij de betaler en het belasten van rente en vrijgesteld dividend bij de ontvanger.

De *symmetrical approach* kan een oplossing bieden. Ook in situaties waarbij er drie rechtsgebieden betrokken zijn, te weten het rechtsgebied van de investeerder, van de lener en het rechtsgebied waar het financiële instrument wordt afgesloten. Wel zijn aanvullende maatregelen nodig om herkwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen te regelen.

De maatregel voor hybride financiële instrumenten is van toepassing indien de betaling niet binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken en een ander rechtsgebied geen met de antimismatchbepaling van de MDRL vergelijkbare maatregel toepast. De mismatch wordt geneutraliseerd door de algemene sanctie voor D/Ni uitkomsten. Deze maatregel is doeltreffend, al vereist de redelijke termijn enkel de verwachting dat een betaling in de heffing wordt betrokken. Meer in het algemeen worden mismatches door verrekenprijzen niet tegengegaan, wordt dubbele belastingheffing niet aangepakt en werkt ATAD2 enkel in

²³⁸ Zie ook Lohuis, *NtFR* 2018/2525.

²³⁹ Vgl. Van den Hurk & Ubachs, *TFO* 2016/147.2, par. 6.

gelieerde verhoudingen of indien er een vi betrokken is of indien er sprake is van een gestructureerde regeling. De proportionaliteit van de maatregel voor financiële instrumenten is niet voldoende omdat derde landen veelal geen met de MDRL vergelijkbare maatregel kennen.

5 Hybride mismatches met entiteiten

5.1 Inleiding

Een mogelijk element in mismatchconstructies betreft hybride entiteiten. Bij hybride entiteiten worden verschillen in de fiscale classificatie van een entiteit benut: het ene rechtsgebied ziet de entiteit als transparant maar het andere rechtsgebied als niet-transparant. Hierdoor kan dubbele non-belasting het resultaat zijn, maar ook dubbele belasting. Een mismatchconstructie waarbij een entiteit een dubbele fiscale vestigingsplaats heeft, vormt eigenlijk een bijzondere vorm van de hybride entiteit. In een dergelijk geval zien beide betrokken rechtsgebieden een entiteit als niet-transparant voor belastingdoeleinden en beschouwen de entiteit als fiscaal inwoner. Deze laatste hybride mismatch valt buiten het onderzoek van deze scriptie.

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “*Hoe ontstaan hybride mismatches met entiteiten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?*” beantwoord. Hiertoe wordt eerst ingegaan op hoe mismatches met betrekking tot hybride entiteiten kunnen ontstaan. Hierbij wordt er ook aandacht besteed aan Nederlandse wetgeving om de oorzaken te verduidelijken. Vervolgens worden de maatregelen van ATAD2 en de Nederlandse implementatie besproken per type mismatch. De type mismatches met betrekking tot hybride entiteiten zijn: i) betaling aan een hybride entiteit, ii) betaling door een hybride entiteit, iii) DD en iv) omgekeerde hybrides. Elke anti-mismatchbepaling wordt getoetst aan de toetsingscriteria uit hoofdstuk 1.

5.2 De oorzaken van hybride entiteiten

5.2.1 Civielrechtelijke kwalificatie

Afwijkende classificaties in verschillende rechtsgebieden kunnen ontstaan doordat een samenwerkingsverband kenmerken heeft van zowel een kapitaalvennootschap als van een personenvennootschap. In het Nederlandse privaatrecht kan er een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds rechtspersonen, bestaande uit kapitaalvennootschappen en overige rechtsvormen, en anderzijds personenvennootschappen. Kapitaalvennootschappen zijn onder andere de NV en BV en kennen aandeelhouders. De maatschap, vennootschap onder firma en de CV zijn personenvennootschappen en kennen vennoten. De overige rechtsvormen, zoals de vereniging, kennen veelal leden. In het vervolg wordt enkel gekeken naar kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen.

Civielrechtelijke kenmerken van kapitaalvennootschappen zijn dat slechts het eigen vermogen als verhaalsobject kan dienen voor crediteuren (art. 2:175 lid 1 Burgerlijk Wetboek;

hierna: BW), ze rechtspersoonlijkheid hebben (art. 2:3 BW), overdraagbaarheid van aandelen (art. 2:175 lid 1 BW) en dat de wettelijke bepalingen dwingendrechtelijk zijn (art. 2:25 BW). De dwingendrechtelijke wetsbepalingen komen met name tot uiting bij de crediteurenbescherming in verband met het beperkte verhaalsobject. Er zijn onder andere bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders om te voorkomen dat het beperkte verhaalsobject wordt aangewend ten nadele van crediteuren.²⁴⁰ Personenvennootschappen daarentegen kenmerken zich door hoofdelijke aansprakelijkheid voor (een deel van de) schulden van het samenwerkingsverband, uitgezonderd de commanditaire vennootschap van een CV, en het ontbreken van rechtspersoonlijkheid.²⁴¹ Voorts is het beperkt aantal wettelijke bepalingen van regeland recht. Er geldt immers contractsvrijheid: partijen zijn in beginsel vrij een contract te sluiten en de inhoud daarvan te bepalen.²⁴²

Het Nederlandse internationaal privaatrecht gaat uit van het incorporatiestelsel (art. 10:118 BW). Een vennootschap - zowel een personenvennootschap als een kapitaalvennootschap (art. 10:117 lid 1 BW) - wordt beheerd door het recht van het land waar de entiteit haar zetel heeft blijkens de oprichtingsovereenkomst of de oprichtingsakte dan wel haar centrum van optreden naar buiten heeft bij de oprichting. De zetel is veelal de statutaire zetel zoals vermeld in de oprichtingsovereenkomst of de statuten.²⁴³ Indien de zetel niet afgeleid kan worden uit de oprichtingsstukken, dan wordt er teruggevallen op het centrum van optreden naar buiten. Dit is een feitelijk criterium waarbij er wordt aangesloten bij de werkelijke zetel.²⁴⁴ Wanneer er wordt aangesloten bij de werkelijke zetel wordt er aangesloten bij het stelsel van de *siège réel*.²⁴⁵ Nederland kent dus geen zuiver incorporatiestelsel waarbij er enkel wordt gekeken naar de zetel volgens de oprichtingsovereenkomst of -akte.

5.2.2 Fiscaalrechtelijke kwalificatie en behandeling

Bij de fiscale classificatie van samenwerkingsverbanden geldt als uitgangspunt dat er wordt gekeken naar civielrechtelijke kenmerken.²⁴⁶ Rechtspersonen, waaronder kapitaalvennootschappen, worden in beginsel fiscaal beschouwd als niet-transparant en worden belast in de vennootschapsbelasting. Hiervoor dienen zij wel genoemd te worden als subjectief

²⁴⁰ Huizink 2013, par. 3.

²⁴¹ Met het Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen krijgen personenvennootschappen wel rechtspersoonlijkheid en komt er een rangorde in de verhalingsmogelijkheden van crediteuren.

²⁴² Hijma & Olthof 2014, par. 456.

²⁴³ *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, nr. 3 (MvT), p. 16.

²⁴⁴ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/18.

²⁴⁵ Van de Streek, in: *Cursus Belastingrecht* Vpb.1.0.1.B.b (online, bijgewerkt 16 februari 2020).

²⁴⁶ Fibbe, *Ondernemingsrecht* 2010/24, par. 2.

belastingplichtigen (art. 2 en 3 Wet VpB 1969). Personenvennootschappen daarentegen worden beschouwd als fiscaal transparant voor belastingen naar de winst waardoor er gekeken wordt naar de achterliggende participanten. De personenvennootschap zelf wordt niet belast omdat deze als zodanig niet wordt gezien. Dit heeft tot gevolg dat er toerekening plaatsvindt aan de achterliggende participanten waardoor deze participanten belastingplichtig zijn en niet de personenvennootschap.

Voor bepaalde samenwerkingsvormen is het eenvoudig vast te stellen of het een kapitaalvennootschap of een personenvennootschap betreft. In andere gevallen heeft het samenwerkingsverband kenmerken van beide vormen waarmee het hybride karakter tot uiting komt. Omdat landen soeverein zijn, kent elk rechtsgebied eigen regels om buitenlandse entiteiten te classificeren en hoeft de classificatie van een ander land niet gevolgd te worden.²⁴⁷ Dit geldt in beginsel ook in Europese verhoudingen.²⁴⁸ Hierdoor kunnen mismatches ontstaan en benut worden. Er zijn geen internationale standaarden, zoals de *Transfer Pricing Guidelines* van de OESO, die de classificatie stroomlijnen. Wel zijn er vier methoden te onderscheiden die gebruikt worden voor de classificatie van buitenlandse entiteiten: i) de *similarity approach*, ii) de *elective approach*, iii) de *symmetrical approach* en iv) de *fixed approach*.²⁴⁹ Deze methoden zijn in paragraaf 2.5.1 reeds besproken. ATAD2 sluit niet aan bij een van deze methoden omdat enkel de fiscale voordelen van hybride mismatches worden tegengegaan. Alleen bij RH wordt de oorzaak zelf aangepakt.

Nederland kent geen wettelijk kader om buitenlandse entiteiten te classificeren. Wel bestaat er enige jurisprudentie en het zogenoemde kwalificatiebesluit²⁵⁰ waaruit blijkt dat Nederland de *similarity approach* volgt. Er worden twee stappen toegepast. Eerst worden de relevante juridische kenmerken van de buitenlandse entiteit vastgesteld op basis van het recht van het vestigingsland.²⁵¹ Vervolgens wordt onderzocht bij welk Nederlands samenwerkingsvorm de buitenlandse entiteit past.²⁵² Hieruit blijkt bijvoorbeeld dat de Duitse GmbH en de Engelse Ltd. equivalenten zijn van de NV.²⁵³ Opvallend is dat de HR concludeerde dat een Delaware LLC als kapitaalvennootschap niet-transparant is, zonder specifiek te

²⁴⁷ Lüdicke, *Bulletin for International Taxation* 2014, p. 309-317.

²⁴⁸ HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services BVBA & Co/Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*), FED 2008/35.

²⁴⁹ Bolhaar, *NTFR* 2013/25, par. 2.1.

²⁵⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M (*Stcrt.* 2009, 19749).

²⁵¹ HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292, *BNB* 2012/12, m.nt. J.A.R. van Eijnsden.

²⁵² HR 10 juni 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY4125, *BNB* 1953/204, m.nt. H.J. Hellema.

²⁵³ Van den Dool e.a. 2016, par. 3.6.2.

benoemen welk lichaam het binnenlandse equivalent is.²⁵⁴ Een probleem van deze methode kan ontstaan indien een buitenlandse entiteit geen binnenlandse equivalent kent²⁵⁵ of indien het lastig is om het met een binnenlandse entiteit te vergelijken. Blijkens de internetconsultatie van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen blijkt al wel dat de *symmetrical approach* gevolgd gaat worden als aanvullende methode indien er geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm bestaat.

Er zijn twee methoden te onderscheiden om inkomsten uit samenwerkingsverbanden te belasten: i) de *double-tax pattern* en ii) de *single-tax pattern*. Bij de *double-tax pattern* wordt belasting geheven op het niveau van het samenwerkingsverband én op het niveau van de achterliggende participanten of aandeelhouders. Het samenwerkingsverband wordt voor belastingdoeleinden als niet-transparant beschouwd. Een mogelijk gevolg van deze methode is economische dubbele belasting doordat er bij twee subjecten over hetzelfde object belasting wordt geheven.²⁵⁶ Bij de *single-tax pattern* wordt er eenmaal belasting geheven op het niveau van de achterliggende participanten of aandeelhouders. Het samenwerkingsverband wordt dan voor belastingdoeleinden als transparant beschouwd en de achterliggende participanten worden geacht het inkomen direct zelf te hebben genoten.²⁵⁷

5.3 Betaling aan een hybride entiteit

5.3.1 De Europese aanpak

Bij hybride entiteiten gaat het om entiteiten of regelingen waarbij winsten of uitgaven door verschillende rechtsgebieden aan verschillende subjecten worden toegerekend (art. 9 derde alinea sub i ATAD2). Een voorbeeld is de CV die in Nederland als transparant wordt beschouwd en door de VS als niet-transparant. De oorzaak van het classificatieverschil, zoals rechterlijke beslissingen, specifieke classificatieregels²⁵⁸ en het Amerikaanse *check-the-box* systeem, is irrelevant. Onder het *check-the-box* systeem kan een entiteit kiezen voor de classificatie tot *corporation* (fiscaal niet-transparant), *partnership* (fiscaal transparant samenwerkingsverband) of *disregarded entity* (fiscaal transparante entiteit).²⁵⁹

²⁵⁴ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX2034, BNB 2006/288, m.nt. D. Juch.

²⁵⁵ Stevens, *NTFR-B* 2010/12, par. 5.

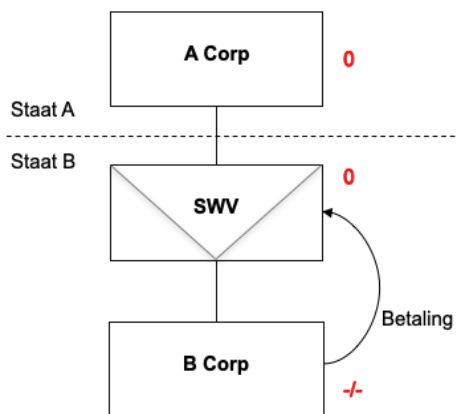
²⁵⁶ Van Raad, in: *Cursus Belastingrecht* IBR.1.1.2 (online, bijgewerkt 1 april 2020).

²⁵⁷ Barenfeld 2005, p. 93-101.

²⁵⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.

²⁵⁹ 'Overview of Entity Classification Regulations (a/k/a Check-the-Box)', https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/ore_c_19_02_01.pdf.

Een mogelijke variant van een mismatch met een hybride entiteit is een betaling aan een hybride entiteit. Hierbij is er enkel sprake van een mismatch indien dit het gevolg is van verschillen in de toerekening van betalingen door de nationale wetgeving van meerdere rechtsgebieden en resulteert in een D/NI situatie (art. 2 lid 9 eerste alinea sub b ATAD2). Een voorbeeld is als volgt. A Corp, de achterliggende participant, houdt alle aandelen in B Corp middels een samenwerkingsverband (hierna: SWV). Het SWV, de hybride entiteit, wordt door Staat B voor belastingdoeleinden beschouwd als transparant en door Staat A als niet-transparant. Staat B rekent de betaling toe aan de achterliggende participanten in Staat A en heft derhalve niet. Staat A rekent de betaling toe aan het SWV en heft ook niet. Wel geniet B Corp aftrek voor de betaling. Deze structuur resulteert in een D/NI uitkomst. Een voorbeeld is de CV/BV-structuur.



Figuur 9. Schematisch overzicht van een mismatch door een betaling aan een hybride entiteit. (Bron: *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), voorbeeld 1*)

De mismatch wordt tegengegaan door de algemene sanctie: primair dient het rechtsgebied van de betaler de aftrek van de betaling te weigeren en secundair dient het rechtsgebied van de ontvanger de betaling in de heffing te betrekken (art. 9 lid 2 ATAD2). Wel komt de vraag op welke staat het rechtsgebied van de ontvanger is bij toepassing van de secundaire regel. Is dit bij het SWV (Staat B) of bij A Corp (Staat A)? Op het eerste gezicht lijkt de definitie van “aftrek zonder betrekking in de heffing” geen soelaas te bieden: het rechtsgebied van de ontvanger is het rechtsgebied waarin de betaling wordt ontvangen krachtens de wetgeving van enig ander rechtsgebied (art. 2 lid 9 derde alinea sub c tweede

volzin ATAD2).²⁶⁰ In figuur 9 is dit Staat B omdat Staat A een betaling ziet aan het SWV maar ook vice versa. Er kan beargumenteerd worden dat Staat B het rechtsgebied van de ontvanger is omdat de betalende entiteit de betaling feitelijk doet aan de hybride entiteit en niet aan diens achterliggende participanten. Mijns inziens zal uiteindelijk het rechtsgebied van de ontvanger de staat van de participanten zijn omdat de secundaire regel wel toegepast moet kunnen worden en de staat van de hybride entiteit dit niet zal doen aangezien deze staat de entiteit dan als subjectief belastingplichtig moet aanmerken om de betaling in de belastingheffing te kunnen betrekken.

Een vraag die kan opkomen is of een dochtermaatschappij in een fiscale eenheid (art. 15 lid 1 Wet VpB 1969) gezien kan worden als transparant. Brandsma, Pancham en Smit menen van wel omdat het object van de dochterentiteit wordt toegerekend aan de moedermaatschappij.²⁶¹ Mijns inziens klopt dit niet omdat het buitenland de dochtermaatschappij doorgaans blijft kwalificeren als niet-transparant.²⁶² Daarnaast worden alleen de inkomsten en uitgaven van de dochtermaatschappij toegerekend aan de moedermaatschappij maar is er geen sprake van fiscale transparantie. Wel is het correct dat het object bepaalt of er een DD of D/NI situatie ontstaat.

5.3.2 De Nederlandse aanpak

Betalingen aan hybride entiteiten komen niet in aftrek (art. 12aa lid 1 aanhef en sub b Wet VpB 1969). Daarnaast is de term “vergoedingen” ook onder de reikwijdte gebracht en gaat de implementatiewet derhalve verder dan ATAD2. De begrippen vergoedingen en betalingen dienen ruim opgevat te worden en worden uitgelegd naar het recht van de staat van de betaler. De Wet VpB 1969 bevat geen definitie van de termen “vergoedingen” en “betalingen”. Bij vergoedingen kan gedacht worden aan rente als vergoeding van een lening²⁶³ en bij betalingen aan het overhandigen van verschuldigd geld.²⁶⁴ Daarnaast omvatten de begrippen daadwerkelijk gedane vergoedingen en betalingen, maar ook vergoedingen en betalingen die voor belastingdoeleinden beschouwd worden als te zijn verricht. Een voorbeeld hiervan is een correctie ingevolge het arm’s length-beginsel (art. 8b Wet VpB 1969). Dit betekent dat indien

²⁶⁰ Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.H.c (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

²⁶¹ Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.H.b (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

²⁶² Van Hulst & Marchal, *WFR* 2020/49, par. 5.

²⁶³ Vgl. Nickel, De Gunst & Van der Linde, *FED* 2002/117.

²⁶⁴ Betekenis ‘betalen’, <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/betalen#.YHlMOS2QkdU>.

er een betaling is gedaan van 10 maar de zakelijke prijs 100 is, er rekening wordt gehouden met de zakelijke prijs voor de berekening van de correctie.²⁶⁵

Voor de definitie van hybride entiteit sluit de implementatiewet ook aan bij ATAD2, met dien verstande dat de implementatiewet de term “lichaam” hanteert. De termen lichamen en regelingen uit de definitie van hybride entiteit dienen ruim opgevat te worden en omvatten meer dan enkel de lichamen die subjectief belastingplichtig zijn (art. 2 Wet VpB 1969). Daarnaast is een lichaam ook een hybride entiteit indien de achterliggende participanten deze entiteit verschillend kwalificeren: het rechtsgebied van participant X beschouwt de entiteit als fiscaal transparant terwijl het rechtsgebied van participant Y de entiteit niet beschouwt als transparant.²⁶⁶ Tot slot is er ook sprake van een hybride entiteit indien de moedermaatschappij van A Corp uit figuur 9, gevestigd in Staat C, het SWV anders kwalificeert.²⁶⁷

ATAD2 biedt de mogelijkheid om voor dit type mismatch geen secundaire regel te implementeren. De wetgever heeft geen gebruik gemaakt van deze uitzondering.²⁶⁸ Het kabinet heeft tijdens de parlementaire behandeling aangegeven de mogelijkheden van ATAD2 volledig te willen benutten en dat derhalve ATAD2 naar de geest - en niet naar de letter - wordt geïmplementeerd.²⁶⁹

De D/NI uitkomst dient in hetzelfde belastingtijdvak beoordeeld te worden. In tegenstelling tot de hybride mismatch met financiële instrumenten geldt er geen redelijke termijn benadering. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat dit het gevolg is van de aard van de hybride mismatch.²⁷⁰ Een nadere toelichting ontbreekt echter. Mijns inziens zou de redelijke termijn-bepaling ook voor de andere type hybride mismatches moeten gelden. Immers, hiermee wordt voorkomen dat een aftrek wordt geweigerd terwijl de betaling toch in het volgende belastingtijdvak in de heffing wordt betrokken.

Voorts kan er nog een vraag opkomen over de oorsprongseis. De situatie, zie figuur 10, is als volgt. B Corp is gevestigd in Staat C en Staat B kent geen winstbelasting.²⁷¹ Hierdoor wordt het SWV niet gekwalificeerd als fiscaal transparant of als niet-transparant in Staat B. In dat geval bestaat er geen kwalificatieverschil en zijn de anti-mismatchbepalingen niet van toepassing.²⁷²

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 40-41 en 56.

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 66.

²⁶⁷ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 33.

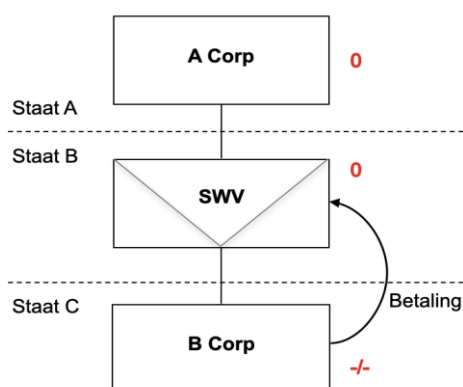
²⁶⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 10.

²⁶⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 6.

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 45.

²⁷¹ Deze situatie zal echter nauwelijks of niet voor komen.

²⁷² *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. E (NV I), p. 10.



Figuur 10. Schematisch overzicht van een mismatch door een betaling aan een hybride entiteit.

Stel dat het SWV oorspronkelijk in Staat C is opgericht, gevestigd of geregistreerd en Staat C het SWV kwalificeert als transparant. In dat geval is het SWV een hybride entiteit en is de D/NI uitkomst het gevolg van het hybride element. Volgens de staatssecretaris zou, indien Staat A het SWV als transparant kwalificeert, het inkomen in de heffing betrokken worden in Staat A. Doordat er echter verschillende kwalificaties bestaan is het hybride element nodig om het voordeel te behalen.²⁷³ Schuurman, Bolwerk en Cabollet komen echter tot de tegenovergestelde conclusie door de beredenering te starten vanuit B Corp. In dat geval wordt de betaling toegerekend aan het SWV indien Staat C het SWV als niet-transparant kwalificeert. Dit doen Staat A en Staat B ook in de situatie dat Staat C het SWV als transparant kwalificeert. Er vindt geen betrekking in de heffing plaats omdat Staat B geen winstbelasting kent. Het hybride element is derhalve niet nodig om tot een D/NI uitkomst te komen.²⁷⁴

Schuurman, Bolwerk en Cabollet menen daarom dat de kwalificatie door Staat C geen impact heeft op de belastingheffing in Staat A en Staat B en derhalve irrelevant is.²⁷⁵ Zij miskennen echter dat Staat C een van de staten is waar het SWV ook is opgericht, gevestigd of geregistreerd. Nu het kwalificatieverschil moet ontstaan tussen de staat waar de hybride entiteit is opgericht, gevestigd of geregistreerd en diens aandeelhouder, is de kwalificatie van Staat C wel relevant. De redactie van Vakstudie Nieuws betreurt de gebrekkige uitleg van de staatssecretaris in deze situatie omdat het nu iets weg heeft van een doelredenering.²⁷⁶ Hier kan ik mij in vinden omdat beide visies technisch correct zijn. Desalniettemin dient de visie van de

²⁷³ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. E (NV I), p. 10.-11 en nr. C (MvA), p. 13.

²⁷⁴ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 33-34; zie ook *V-N 2019/61.12*.

²⁷⁵ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 33-34.

²⁷⁶ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. C (MvA), p. 13.

staatssecretaris gevolgd worden omdat anders de doeltreffendheid van de maatregel wordt ondergraven.

Mogelijk kan analoge toepassing van het Partnership rapport helpen bij het bepalen welke visie gevolgd moet worden. De bronstaat, Staat C, zou volgens het Partnership rapport de kwalificatie van de vestigingsstaat moeten overnemen. Alleen kwalificeert Staat B het SWV niet waardoor het Partnership rapport geen antwoord biedt. Volgens het definitieve BEPS Actieplan 2 rapport zijn de maatregelen niet bedoeld om betalingen te ondervangen die zijn gedaan aan een persoon in een rechtsgebied zonder winstbelasting.²⁷⁷ Echter, in dit geval kan A Corp ook worden beschouwd als de ontvanger van de betalingen. De ontvanger hoeft immers niet de directe ontvanger of de juridisch gerechtigde te zijn.²⁷⁸ Daardoor kan er beargumenteerd worden dat de aanbeveling van de OESO geen stand houdt. Mijns inziens dient derhalve het oorsprongsvereiste zo uit te worden gelegd dat hiermee de doelstellingen van ATAD2 geëffectueerd kunnen worden. Dit houdt in dat hybride mismatches tegengegaan moeten worden waardoor de visie van de staatssecretaris gevolgd dient te worden.

5.3.3 Adequate bestrijding van betalingen aan hybride entiteiten?

Net zoals in paragraaf 4.3.3 gelden ook bij deze maatregel de algemene opmerkingen dat ATAD2 geen dubbele belastingheffing aanpakt en het toepassingsbereik beperkt is. Verder is de maatregel met betrekking tot betalingen aan hybride entiteiten doeltreffend.²⁷⁹ Mogelijk zal voorlopig de uitleg van het "rechtsgebied van de ontvanger" onduidelijk zijn. Dit vereist goede communicatie tussen de belastingautoriteiten van verschillende rechtsgebieden om tot een eenvormige uitleg te komen. Desalniettemin is dit meer een punt voor de uitvoering en schaadt dit de doeltreffendheid van de maatregel niet.

Met betrekking tot de proportionaliteit zijn er echter wel probleempunten. Een punt dat tijdens de parlementaire behandeling naar voren kwam was de samenloop met CFC-regelgeving. CFC-regelgeving dient om belastingontwijking tegen te gaan. Bij de Nederlandse CFC-regeling worden kort gezegd voordelen zoals rente, royalty's en dividenden uit hoofde van een gecontroleerd lichaam in de Nederlandse winst betrokken (art. 13ab lid 1 Wet VpB 1969). Een gecontroleerd lichaam is een lichaam waarin de Nederlandse belastingplichtige een belang heeft van meer dan 50% en dit lichaam is gevestigd in een staat met een winstbelasting van minder dan 9% of deze staat is genoemd op de EU-lijst van niet-coöperatieve

²⁷⁷ OESO 2015b, p. 125 (overweging 387) en 196.

²⁷⁸ OESO 2015b, p. 129 (overweging 417).

²⁷⁹ Zie ook Lohuis & Reijnen, *WFR* 2016/48, par. 3.

rechtsgebieden voor belastingdoeleinden (lid 3).²⁸⁰ Samenloop kan zich voordoen indien bijvoorbeeld een rentebetaling door ATAD2 in de heffing wordt betrokken en deze rentebetaling ook op grond van een CFC-maatregel in de belastinggrondslag wordt betrokken.

Bij de parlementaire behandeling is aangegeven om de samenloop tussen ATAD2 en de CFC-maatregel, omwille van de complexiteit, niet te regelen. Een samenloopregeling zou leiden tot “zeer complexe situaties” wat niet ten goede zou komen aan de uitvoerbaarheid.²⁸¹ Bij samenloop ontstaat er dubbele belasting en derhalve *overkill*. De staatssecretaris accepteert deze dubbele heffing zelfs omdat ATAD2 en CFC-regelgeving een prohibitief karakter hebben.²⁸² Mijns inziens maakt de wetgever zich hier te makkelijk van af. Ten eerste heeft de wetgever wel de complexe samenloop met de earningsstrippingmaatregel geregeld. Ten tweede biedt een pro rata-benadering, net zoals deze voor de andere anti-mismatchbepalingen geldt, een relatief eenvoudige oplossing.

De vraag kan opkomen of CFC-inkomen kan kwalificeren als betrekking in de heffing, zoals bedoeld in ATAD2 (art. 2 lid 9 derde alinea sub e ATAD2). Er is sprake van betrekking in de heffing indien een bedrag krachtens de wetgeving van een rechtsgebied in rekening wordt gebracht bij de berekening van de belastbare winst. Bij een betaling dat op grond van een CFC-maatregel in de winst wordt betrokken kan er sprake zijn van betrekking in de heffing.²⁸³ Echter, er is geen sprake van betrekking in de heffing indien een betaling uit hoofde van een financieel instrument in aanmerking komt voor een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening dan wel teruggave van belasting, niet zijnde bronbelastingen (art. 2 lid 9 derde alinea sub e en f ATAD2). Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat bij een CFC-maatregel er geen sprake is van betrekking in de heffing indien er een bijzonder tarief, lager dan het statutaire tarief, of een grondslagvermindering geldt voor CFC-inkomen. Tevens mag volgens de staatssecretaris geen credit worden verleend voor onderliggende winstbelasting en mogen inkomsten niet met andere entiteiten geconsolideerd worden.²⁸⁴

De eisen die Nederland stelt zijn dusdanig restrictief dat een CFC-regime veelal niet aangemerkt kan worden als betrekking in de heffing.²⁸⁵ Dit is opvallend omdat het BEPS rapport voorziet in de mogelijkheid om CFC-inkomen te beschouwen als betrekking in de

²⁸⁰ Zie ook Van der Burgt & Hofman, *TFO* 2019/161.1.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 9.

²⁸² *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 6.

²⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 59.

²⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 59-60.

²⁸⁵ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 30-31.

heffing.²⁸⁶ Een samenloopregeling is derhalve gewenst. Daarnaast is het opmerkelijk dat CFC-inkomen niet tegen een bijzonder tarief belast mag worden. In de parlementaire geschiedenis is immers aangegeven dat er ook sprake is van betrekking in de heffing indien een vergoeding onder een verlaagd (effectief) tarief valt indien dit regime vergelijkbaar is met de Nederlandse innovatiebox (art. 12b e.v. Wet VpB 1969).²⁸⁷ De wetgever spreekt hier zichzelf tegen.

Een aanvullend punt over betrekking in de heffing is dat er geen credit verleend mag worden. Brandsma merkte in zijn reactie op de internetconsultatie van ATAD2 op dat Nederland de legitieme handelswijze van andere staten - het verlenen van een credit voor dubbele belasting - ongedaan maakt door bijvoorbeeld aan aftrek niet toe te staan. Als voorbeeld geeft hij aan dat ATAD2 niet van toepassing is bij een rechtsgebied met een statutair tarief van 1%, maar wel bij een rechtsgebied met een statutair tarief van 30% dat een credit verleent.²⁸⁸

Een ander probleempunt is de samenwerkende groep. Zoals Nederland deze nu heeft geïmplementeerd kan dit resulteren in onwenselijke gevolgen in fondsstructuren. Onder andere door de ruime definitie van een samenwerkende groep en de kwalificatieregels van CV-achtigen. Een mogelijke oplossing is om bij de samenwerkende groep een onderscheid te maken tussen samenwerking op het niveau van investeerders en op het niveau van fondsen.²⁸⁹ Omdat fondsstructuren niet (uitgebreid) besproken worden, wordt hier verder niet op ingegaan.

Concluderend zijn er probleempunten met betrekking tot de proportionaliteit. Opmerkelijk is dat in de parlementaire behandeling aan is gegeven dat *overkill* getracht is te voorkomen, maar het is niet uitgesloten dat dit niet overal is gelukt. De reden hiervoor is dat de wetgever internationale belastingontwijking tegen wil gaan en het beeld wil kantelen dat via Nederland internationale bedrijven makkelijk belastingen kunnen ontwijken.²⁹⁰ Mijns inziens moet internationale belastingontwijking tegengegaan worden, maar mag de wetgever niet zonder meer *overkill* accepteren. Bij ATAD2 lijkt dit echter wel het geval, enkel om het beeld van Nederland te kunnen wijzigen.

²⁸⁶ OESO 2015b, overweging 127 en voorbeeld 6.4.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 59.

²⁸⁸ R.P.C.W.M. Brandsma, 'Betreft: Reactie op consultatiedocument implementatie ATAD2', <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2/reactie/f5dfcc11-73cf-426f-aaf6-3c48926d4f6c> 9 december 2018.

²⁸⁹ Spoelder, Sari & Rasenberg, *WFR* 2020/106, par. -43

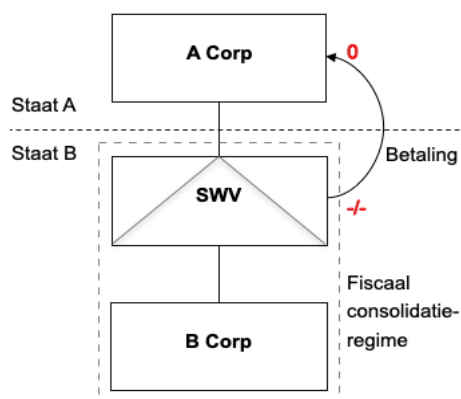
²⁹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 4; *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 5.

5.4 Betaling door een hybride entiteit

5.4.1 De Europese aanpak

Een andere mismatch met hybride entiteiten is de situatie van een betaling door een hybride entiteit. De mismatch ontstaat omdat de betaling in het rechtsgebied van de ontvanger buiten beschouwing blijft krachtens de nationale wetgeving (art. 2 lid 9 eerste alinea sub e ATAD2). Het rechtsgebied van de ontvanger ziet feitelijk een betaling aan zichzelf waardoor deze buiten beschouwing blijft en resulteert in D/NI.

De situatie is als volgt. A Corp houdt aandelen in B Corp middels een SWV, de hybride entiteit. Het SWV wordt door Staat B voor belastingdoeleinden beschouwd als niet-transparant en door Staat A als transparant. SWV en B Corp kunnen in Staat B gebruik maken van een fiscaal consolidatieregime. Het SWV doet een betaling aan A Corp. In Staat B kan de betaling in aftrek komen bij B Corp. Staat A ziet de betaling als een betaling aan zichzelf, aan A Corp, en betreft de betaling niet in de heffing. Deze structuur resulteert in een D/NI uitkomst. In de praktijk is A Corp de Amerikaanse moederverenootschap en is het SWV een Nederlandse BV die door Amerika aangemerkt is als een transparant lichaam in het check-the-box systeem.²⁹¹



Figuur 11. Schematisch overzicht van een mismatch door een betaling door een hybride entiteit. (Bron: *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), voorbeeld 2)

De mismatch wordt tegengegaan door de algemene sanctie: primair weigert de betaalstaat de aftrek en secundair dient de staat van de ontvanger de betaling in de heffing te betrekken (art. 9 lid 2 ATAD2). Opmerkelijk is de secundaire regel. Indien Staat A Nederland is, dient Nederland een non-existente betaling in de heffing betrekken, onder de aanname dat er geen vi in Nederland is.²⁹²

²⁹¹ Makkinje, *NFR* 2020/30, par. 4.2.2.

²⁹² Fibbe, *WFR* 2016/186, par 6.1.

5.4.2 De Nederlandse aanpak

De aftrekbeperking voor betalingen door hybride entiteit (art. 12aa lid 1 aanhef en sub e Wet VpB 1969) komt overeen met de bepaling in ATAD2. In de praktijk zal, indien het SWV in Nederland is gevestigd, deze situatie relatief weinig voordoen.²⁹³ Voor de fiscale eenheid is immers vereist dat de moedermaatschappij een NV, BV, coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij is (art. 15 lid 4 sub d Wet VpB 1969), een fiscaal niet-transparante entiteit. Deze moedermaatschappij zal door de andere staat als fiscaal transparant gekwalificeerd moeten worden, wat bijvoorbeeld het geval is als deze entiteit onder het Amerikaanse *check-the-box systeem* wordt aangemerkt als transparant.

5.4.3 Adequate bestrijding van betalingen door hybride entiteiten?

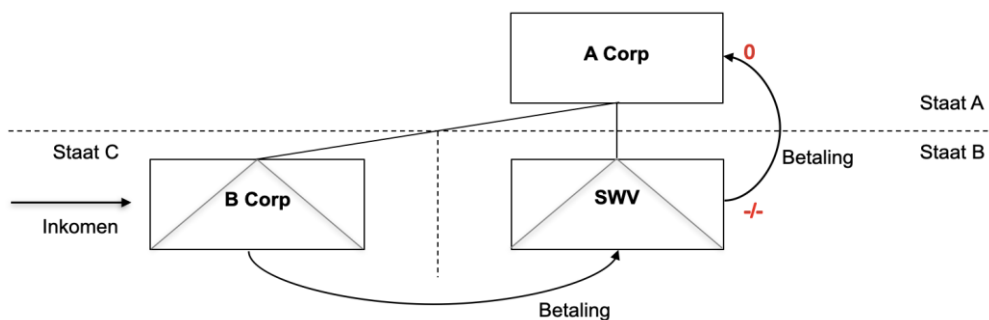
Net zoals de maatregel voor betalingen aan hybride entiteiten, is deze maatregel doeltreffend. Met name omdat Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de geboden mogelijkheid om de secundaire regel niet toe te passen (art. 2 lid 9 tweede alinea sub b ATAD2).²⁹⁴

Met betrekking tot de proportionaliteit zijn er echter wel knelpunten. In de parlementaire behandeling is er bijvoorbeeld nader ingegaan op de kwalificatie van DII. Een voorbeeld, zie figuur 12, is als volgt. B Co is - in tegenstelling tot figuur 11 - een directe dochtermaatschappij van A Corp, gevestigd in Staat C. B Corp wordt ook door Staat A aangemerkt als fiscaal transparant. B Corp ontvangt inkomen en doet een rentebetaling aan het SWV. Het SWV doet vervolgens een rentebetaling aan A Corp. Tussen het SWV en A Corp ontstaat een D/NI uitkomst omdat de rentebetaling in Staat B in aftrek komt, maar niet in de heffing wordt betrokken bij A Corp doordat het SWV fiscaal transparant is voor Staat A. De rentebetaling van B Corp aan het SWV wordt door Staat A niet gezien, maar dit wordt wel in de heffing betrokken in Staat B. Het inkomen van B Corp wordt bij zowel Staat C als bij Staat A belast. Dit kwalificeert echter niet als DII omdat het niet gaat om een inkomensbestanddeel tussen de rechtsgebieden die betrokken zijn bij de hybride mismatch.²⁹⁵

²⁹³ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 41.

²⁹⁴ Zie ook Stevens & Fibbe, *NtFR* 2017/45, par. 3.2.4 over de Sarakreek-structuur.

²⁹⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 41.



Figuur 12. Schematisch overzicht van dubbel in aanmerking genomen inkomen bij een mismatch door een betaling door een hybride entiteit.

Deze situatie leidt tot *overkill* omdat een inkomensbestanddeel tweemaal in de heffing wordt betrokken (bij B Corp en A Corp) maar niet kwalificeert als DII.²⁹⁶ Als oplossing kan de staatssecretaris wet- of regelgeving publiceren waarbij wordt goedgekeurd dat er wel sprake is van DII omdat de rentebetaling van het SWV aan A Corp indirect betaald wordt uit de rentebetaling van B Corp aan het SWV en derhalve uit het inkomen van B Corp.²⁹⁷

Daarnaast heeft Pancham twijfels geuit over de proportionaliteit omdat de anti-mismatchbepalingen mechanisch werken en er geen mogelijkheid voor tegenbewijs bestaat.²⁹⁸ Hierbij wordt de vergelijking gemaakt met een uitspraak van het HvJ waarin is geoordeeld dat uitsluiting van vooraf trek in de omzetbelasting niet evenredig is voor zover de mogelijkheid ontbreekt om tegenbewijs te leveren dat geen sprake is van belastingontwijking.²⁹⁹ Voorop gesteld wordt dat ATAD2 geen ruimte biedt voor een tegenbewijsregeling en dat het subjectieve oogmerk van belastingplichtige geen rol speelt. Daarnaast speelt de uitspraak in de omzetbelasting en niet in de vennootschapsbelasting. Het is derhalve de vraag of en in hoeverre het HvJ in een soortgelijk argument mee zou gaan.

5.5 Dubbele aftrek

5.5.1 De Europese aanpak

Er zijn verschillende vormen mismatches waarbij de uitkomst DD is (art. 2 lid 9 eerste alinea sub g ATAD2). Een mogelijke situatie is als volgt. A Corp neemt deel aan een SWV, de hybride entiteit, in Staat C en heeft een gelieerde onderneming in Staat B. Het SWV doet een betaling aan B Corp. Staat C beschouwt het SWV voor belastingdoeleinden als niet-transparant en geeft

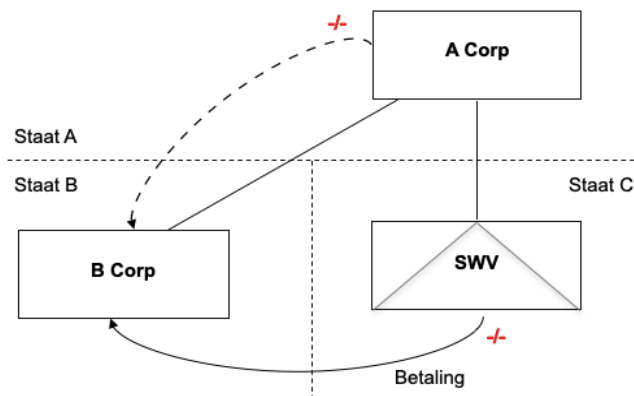
²⁹⁶ Zie ook Fibbe, Jacobs & Albert, *MBB* 2021/2-4, par. 2.2.

²⁹⁷ Fibbe, Jacobs & Albert, *MBB* 2021/2-4, par. 5.2.

²⁹⁸ Cornelisse & De Haard, *WFR* 2017/200, par. 5.1.

²⁹⁹ HvJ EG 19 september 2000, C-177 en 181/99 (*Ampafrance en Sanofi*), V-N 2000/48.19.

een aftrek voor de betaling. Staat A beschouwt het SWV voor belastingdoeleinden als transparant en ziet dus dat de betaling door A Corp wordt gedaan en geeft ook een aftrek voor de betaling. Deze structuur resulteert in een DD uitkomst. Eenzelfde structuur kan ook waarbij B Corp een onafhankelijke derde is, zoals een bank.

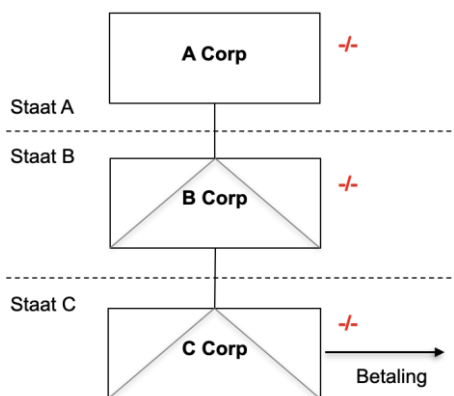


Figuur 13. Schematisch overzicht van een mismatch door een dubbele aftrek met een hybride entiteit.

(Bron: *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), voorbeeld 3*)

De algemene sanctie bepaalt dat het rechtsgebied van de achterliggende participanten primair de aftrek dient te weigeren en secundair dient het rechtsgebied van de hybride entiteit de aftrek dient te weigeren (art. 9 lid 1 ATAD2). Een interessante vraag doet zich voor in een andere situatie, zie figuur 14. Stel A Corp, gevestigd in Staat A, heeft een dochteronderneming, B Corp, in Staat B en een kleindochter, C Corp, in Staat C. Staat C beschouwt C Corp als niet-transparant voor belastingdoeleinden. Staat B beschouwt B Corp als niet-transparant, maar C Corp als transparant voor belastingdoeleinden. Staat A beschouwt zowel B Corp als C Corp als transparant. Indien C Corp een betaling doet aan bijvoorbeeld een bank, dan geniet C Corp een aftrek, maar ook B Corp en A Corp door de toerekening aan de achterliggende participanten door de fiscale transparantie. De vraag is dan welk land het rechtsgebied van de betaler is voor de secundaire regel (art. 9 lid 1 sub b ATAD2).³⁰⁰ Mijns inziens is dit Staat C omdat hier feitelijk de betaling wordt gedaan.

³⁰⁰ Fibbe, *WFR* 2016/186, par. 6.3.



Figuur 14. Schematisch overzicht van een mismatch door een dubbele aftrek met een hybride entiteit.

5.5.2 De Nederlandse aanpak

DD situaties zijn in de Nederlandse implementatiewet, net zoals ATAD2, een restcategorie. Nederland weigert de aftrek van vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen in DD situaties (art. 12aa lid 1 aanhef en sub g Wet VpB 1969). De aftrekbeperking is ruimer dan de aftrekbeperkingen voor de andere hybride mismatches genoemd in art. 12aa lid 1 Wet VpB 1969: niet enkel vergoedingen of betalingen, maar ook lasten en verliezen vallen onder de reikwijdte. Lasten omvat ook afschrijven. De secundaire regel houdt in dat Nederland de aftrek weigert als staat van de betaler indien de andere betrokken staat de primaire regel niet toepast (art. 12aa lid 4 Wet VpB 1969). De staat van de betaler is de staat waar de betaling haar oorsprong vindt.³⁰¹

Een structuur die in de praktijk wordt gebruikt betreft de situatie van een Amerikaanse moedermaatschappij met een Nederlandse dochter (een BV) en een kleindochter (C Corp) in Staat C. De BV heeft een lening aangetrokken en betaalt hierover rente. De moedermaatschappij heeft de BV en C Corp aangemerkt als fiscaal transparant. Hierdoor kan de moedermaatschappij de rente ook aftrekken.

5.5.3 Adequate bestrijding van dubbele aftrek?

De maatregel om hybride mismatches met DD uitkomsten tegen te gaan is doeltreffend. Het ruime toepassingsbereik zorgt ervoor dat vergoedingen, betalingen, lasten (zoals afschrijvingen) en verliezen niet tweemaal genomen kunnen worden. Blijkens de parlementaire geschiedenis is vereist dat afschrijvingen feitelijk in aftrek komen en verliezen daadwerkelijk

³⁰¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 61.*

worden afgezet tegen winsten. Dit is begrijpelijk omdat lasten en verliezen niet gelden in D/NI situaties. Bij betalingen en vergoedingen is niet vereist dat het feitelijk in aftrek komt maar is het voldoende dat de betaling of vergoeding naar haar aard in aftrek kan komen.³⁰² Voorts lijkt de oorsprongseis te ontbreken, zoals reeds in paragraaf 3.4.4 besproken. Hierdoor zal de maatregel doeltreffend zijn, maar er bestaat een risico dat ook situaties waarbij er geen sprake is van een hybride mismatch onder het toepassingsbereik vallen. Dit is het eerste punt waarop de proportionaliteit negatief beoordeeld wordt.

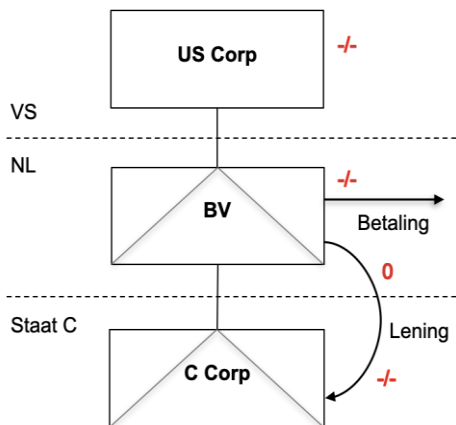
De proportionaliteit kan ook negatief beoordeeld worden bij samenloop met een renteaftrekbeperking. Een rentebetaling die onder een generieke renteaftrekbeperking valt en daardoor niet (volledig) in aftrek genomen mag worden, kwalificeert wel als aftrek.³⁰³ Dit kan echter leiden tot dubbele belastingheffing en derhalve tot *overkill*. Immers, indien een rechtsgebied een aftrek weigert op basis van de generieke renteaftrekbeperking dan is dit een ‘foute’ reden en vindt ATAD2 alsnog toepassing. Indien ATAD2 voorgaat en de aftrek wordt beperkt op basis van ATAD2, dan vormt dit een ‘goede’ reden en wordt de aftrek niet nogmaals beperkt.³⁰⁴

Een ander aandachtspunt is, net zoals besproken in paragraaf 5.4.3, dat er situaties mogelijk zijn waarbij er volgens ATAD2 geen sprake is van DII maar dit feitelijk wel het geval is. Een voorbeeld, zie figuur 15, is als volgt. Er is een Amerikaanse moedermaatschappij, een Nederlandse dochter en een kleindochter in Staat C. De VS beschouwt de BV en C Corp als fiscaal transparant. Nederland beschouwt de BV en C Corp als fiscaal niet transparant. Staat C beschouwt C Corp ook als niet transparant. De BV trekt een lening aan van een bank en betaling hierover rente. De BV leent de lening door aan C Corp.

³⁰² *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 50-51 en 55.

³⁰³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 55.

³⁰⁴ Lohuis, *NtFR* 2019/2185.



Figuur 15. Schematisch overzicht van dubbel in aanmerking genomen inkomen bij een mismatch door een dubbele aftrek met een hybride entiteit.

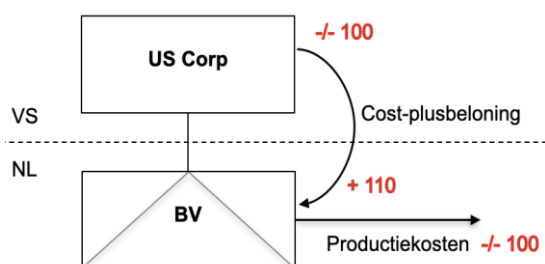
(Bron: Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 58-59)

De rente die de BV betaalt komt in zowel Nederland als in de VS in aftrek door de fiscale transparantie van de BV voor de VS. De rente die C Corp aan de BV betaalt komt in aftrek in Staat C en wordt in de heffing betrokken in NL. In de verhouding BV - C Corp ontstaat er derhalve geen hybride mismatch. De moedermaatschappij rekent echter al het inkomen van C Corp aan zichzelf toe.³⁰⁵ Dit kwalificeert niet als DII omdat dit enkel wordt bekeken tussen de rechtsgebieden waartussen de hybride mismatch ontstaat, in dit geval de VS en Nederland. Technisch gezien is deze uitkomst terecht. Er kan echter betoogd worden dat deze uitkomst onwenselijk is omdat er wel een verband bestaat tussen de aangetrokken lening en de doorlening.

Een ander probleempunt is een structuur met een cost-plusbeloning. De structuur, zie figuur 16, is als volgt. Een Amerikaanse moedermaatschappij houdt alle aandelen in de Nederlandse dochtermaatschappij, een BV. Vanuit de VS wordt de BV als fiscaal transparant gekwalificeerd. Nederland beschouwt de BV als niet transparant. De BV produceert goederen en heeft daarvoor 100 kosten. De BV ontvangt vanuit US Corp een zakelijke vergoeding van de productiekosten plus een marge van 10, totaal 110.³⁰⁶

³⁰⁵ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 58-59.

³⁰⁶ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. E (NV I), p. 12.



Figuur 16. Schematisch overzicht van een structuur met een cost-plusbeloning.

(Bron: *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. E (NV I), p. 12)

Door de fiscale transparantie komen de kosten van de BV ook bij de US Corp in aftrek. Hierdoor is er sprake van een DD uitkomst en is ATAD2 van toepassing. De cost-plusbeloning van 110 wordt alleen in Nederland in de heffing betrokken maar niet in de VS. De VS zien deze betaling immers niet door de fiscale transparantie van de BV. Hierdoor is er geen sprake van DII.³⁰⁷ De structuur met een cost-plusbeloning kan ook vanuit een ander perspectief bekeken worden: de cost-plusbeloning wordt immers in Nederland in de heffing betrokken maar komt niet in aftrek in de VS. Op concernniveau is er dus geen sprake van een voordeel.³⁰⁸

Bij de parlementaire behandeling is onderkend dat er bij een structuur met een cost-plusbeloning een ongelukkig uitkomst ontstaat. De staatssecretaris heeft echter aangegeven dat ATAD2 geen ruimte biedt om af te wijken van de bepalingen of om te voorzien in een tegenbewijsregeling. De oplossing zou derhalve op Europees niveau gezocht moeten worden.³⁰⁹ In het Verenigd Koninkrijk is er echter goedgekeurd beleid dat de cost-plusbeloning wel wordt aangemerkt als DII.³¹⁰ In de Ierse wetgeving wordt de cost-plusbeloning bij wijze van fictie aangemerkt als DII.³¹¹ Het goedkeurend beleid van de staatssecretaris kan derhalve inhouden dat een in de heffing betrokken inkomensbestanddeel in Nederland aangemerkt wordt als DII indien er in het buitenland geen corresponderende aftrekpost tegenover staat.³¹²

De staatssecretaris heeft nog opgemerkt dat deze ongewenste uitkomst niet ontstaat indien de Amerikaanse moedermaatschappij de BV op basis van het *check-the-box* systeem niet aanmerkt als fiscaal transparant.³¹³ Enerzijds heeft de staatssecretaris gelijk. Echter, niet in alle situaties is het mogelijk dat de moedermaatschappij ervoor kan kiezen om

³⁰⁷ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. E (NV I), p. 13.

³⁰⁸ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 58.

³⁰⁹ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. C (MvA), p. 16.

³¹⁰ Fibbe, Jacobs & Albert, *MBB 2021/2-4*, par. 5.1 en 5.4.

³¹¹ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 58.

³¹² Fibbe, Jacobs & Albert, *MBB 2021/2-4*, par. 5.1 en 5.4.

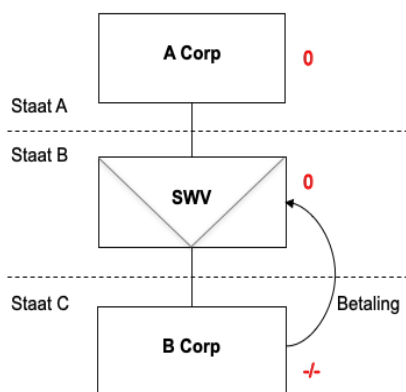
³¹³ *Kamerstukken I 2019/20*, 35241, nr. E (NV I), p. 13.

dochtermaatschappij anders te kwalificeren. Daarnaast kan de uitkomst - dat er geen sprake is van DII - toegerekend worden aan het ontwerp van ATAD2 waardoor juist de wetgever actie moet ondernemen. Mijns inziens is vooral de wetgever aan zet om de disproportionaliteit van de werking van DII aan te pakken.

5.6 Reverse hybrid

5.6.1 De Europese aanpak

Art. 9bis lid 1 ATAD2 bevat een specifieke regel voor omgekeerde hybride entiteiten (*reverse hybrid*, hierna: RH), zoals de Nederlandse CV. Een RH wordt in de Europese vestigingsstaat als transparant beschouwd en in een andere staat, waar de gelieerde entiteiten zijn gevestigd, als niet-transparant gezien. De winst, bijvoorbeeld een rentebetaling aan de RH, geeft aanleiding tot een D/NI situatie. De situatie is als volgt. A Corp houdt aandelen in B Corp middels een SWV, de RH. Het SWV wordt door Staat B, een lidstaat, voor belastingdoeleinden beschouwd als transparant en door Staat A als niet-transparant. Staat B rekent de betaling toe aan de achterliggende participanten in Staat A en heft derhalve niet. Staat A rekent de betaling toe aan het SWV en heft ook niet. Wel geniet B Corp in Staat C aftrek voor de betaling. Deze structuur resulteert in een D/NI uitkomst.



Figuur 17. Schematisch overzicht van een mismatch door een omgekeerde hybride.

(Bron: Brandsma, Panchar & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.I (online, bijgewerkt 15 maart 2020))

Een voorbeeld uit de praktijk is de CV/BV-structuur, ook wel bekend als de 'spaarpot op zee'.³¹⁴ Bij deze structuur is er een Amerikaanse moedermaatschappij die de aandelen van

³¹⁴ De oude situatie wordt geschetst waarin onder andere het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M nog gold.

een Nederlandse BV houdt via een niet in Nederland gevestigde besloten CV. De BV betaalt royalty's aan de CV. Omdat Nederland de CV als fiscaal transparant beschouwt, worden de royalty's toegerekend aan de Amerikaanse moedermaatschappij en zijn derhalve fiscaal aftrekbaar van de Nederlandse winst. Amerika beschouwt de CV echter als niet-transparant waardoor de royalty's volgens Amerikaans perspectief in de CV blijven en niet in de heffing betrokken worden bij de moedermaatschappij. Er is hierbij sprake van (langdurig) uitstel van belastingheffing.³¹⁵

De maatregel voor RH geniet voorrang boven de algemene sanctiebepalingen (art. 9 lid 1 en 2 ATAD2) ingevolge overweging 29 preambule ATAD2. Dit is van belang aangezien de situatie met een RH lijkt op de situatie van een betaling aan een hybride entiteit. Indien Staten A en C lidstaten zijn en Staat B een derde land, dan kan art. 9bis ATAD2 niet toegepast worden.³¹⁶ In dit geval is er sprake van een betaling aan een hybride entiteit en geldt de algemene sanctie (art. 9 lid 2 ATAD2): primair dient de betaalstaat de aftrek te weigeren.

De regel houdt in dat de RH fictief binnenlands belastingplichtig wordt in de lidstaat waarin deze entiteit is gevestigd of opgericht, conform de OESO-aanbeveling.³¹⁷ Dit is in lijn met jurisprudentie van het HvJ waarbij de plaats van de maatschappelijke zetel en de rechtsorde waarin de vennootschap is opgericht bepalend is voor de hoedanigheid van de vennootschap. De nationaliteit van de aandeelhouders is hiervoor niet bepalend.³¹⁸ In beginsel vallen enkel niet-transparante entiteiten onder het toepassingsbereik van ATAD2. Om toch een RH in de heffing te betrekken, regelt art. 1 lid 2 ATAD2 dat ook transparante entiteiten onder het toepassingsbereik van de maatregel voor RH (art. 9bis ATAD2) vallen. Hierdoor wordt de winst van de RH toch belast in die lidstaat, ondanks dat deze lidstaat de entiteit kwalificeert als transparant. Er geldt wel een uitzondering: de regel is niet van toepassing indien de winst al anderszins wordt belast. De regel geldt tevens niet voor een collectief beleggingsvehikel (art. 9bis lid 2 ATAD2).

De vraag die opkomt is of enkel de betaling of de gehele winst in de heffing betrokken dient te worden. De specifieke sanctie (art. 9bis ATAD2) spreekt over het belasten naar de winst in plaats van de betaling in de heffing betrekking zoals in de algemene sanctie (art. 9 lid 2 sub b ATAD2). Daarentegen is de RH enkel belastingplichtig voor de specifieke sanctie (art.

³¹⁵ Besluit van de Minister van Financiën van 27 maart 2017, nr. 2017-0000051773, V-N 2017/23.3, par. 5a; Vleggeert, *WFR* 2013/1426.

³¹⁶ Fibbe, *WFR* 2016/186, par. 6.5.

³¹⁷ OESO 2015b, overweging 175.

³¹⁸ HvJ EU 1 april 2014, C-80/12 (*Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*), r.o. 40.

9bis ATAD2). Indien wordt aangehangen dat de gehele winst belast dient te worden, rijzen vragen of de RH recht heeft op fiscale faciliteiten zoals afschrijvingen.³¹⁹ Mijns inziens zal in beginsel de gehele winst van de RH belast worden waardoor deze entiteit ook recht heeft op andere fiscale faciliteiten en verdragsbescherming geniet. Het wetsartikel over het belastbaar bedrag (art. 7 lid 1 Wet VpB 1969) spreekt immers over het heffen van belasting “naar het belastbare bedrag” en kent dus een vergelijkbare bewoording. Wel spreekt de specifieke sanctie over “voor zover die winst niet anderszins wordt belast” waardoor feitelijk enkel de nog niet-belaste geldstromen in de heffing worden betrokken.

5.6.2 *De Nederlandse aanpak*

Per 1 januari 2022 wordt het nieuwe art. 2 lid 3 (nieuw) Wet VpB 1969 geïmplementeerd. Art. 2 Wet VpB 1969 bepaalt welke lichamen binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. Het nieuwe derde lid luidt: “Als binnenlandse belastingplichtigen zijn mede aan de belasting onderworpen lichamen die zijn opgericht, gevestigd of geregistreerd in Nederland indien sprake is van een omgekeerde hybride”. De bewoordingen komen overeen met de bewoordingen in de andere leden van art. 2 Wet VpB 1969. Opvallend is echter dat “geregistreerd” is toegevoegd terwijl dit niet elders voor komt in de wet. Daarnaast lijkt het overbodig om ook “opgericht” op te nemen in het derde lid. Immers, art. 2 lid 4 (huidig) Wet VpB 1969 houdt een fictieve vestigingsplaats in.

De definitie van “omgekeerde hybride” wordt in art. 2 lid 12 Wet VpB 1969 geïmplementeerd. De Nederlandse definitie komt overeen met art. 9bis lid 1 ATAD2, behalve dat ATAD2 spreekt over een direct of indirect belang van ten minste 50% terwijl de Nederlandse implementatie enkel spreekt over een belang van ten minste 50%. In de parlementaire behandeling van de invoering van het CFC-regime, waar soortgelijke woorden worden gebruikt, is echter aangegeven dat het gaat om een direct of indirect belang.³²⁰ Hierdoor is de implementatie wel in lijn met ATAD2.

Voorts volgt uit de te implementeren bepaling dat Nederland de kwalificatie van de staat volgt waar het overwegende deel van de achterliggende participanten is gevestigd. De RH wordt wel geheel subjectief belastingplichtig. Voor het vereiste percentage is van belang dat het gaat om of winstgerechtigdheid, of stemrechten of kapitaalbelangen. Verschillende

³¹⁹ Brandsma, Panham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.I (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

³²⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3 (MvT), p. 35.

percentages worden niet geaccumuleerd.³²¹ Tot slot wordt in het nieuwe art. 2 lid 13 Wet VpB 1969 de uitzondering voor collectieve beleggingsinstellingen die onder financieel toezicht staan opgenomen.

Een bijzondere situatie kan zich voordoen waarbij een RH op basis van zowel de reguliere binnenlandse belastingplicht (art. 2 lid 1 Wet VpB 1969) als de RH-maatregel binnenlands belastingplichtig wordt. Een voorbeeld is een open CV waarbij de beherend vennoot winstgerechtigd is voor 50% en in het buitenland gevestigd is. Indien de buitenlandse staat de CV volledig classificeert als niet-transparant wordt er voldaan aan de definitie van een RH. Het commanditaire gedeelte lijkt dan op basis van art. 2 lid 1 sub a Wet VpB 1969 belastingplichtig en het overige op basis van lid 3. Er ontstaat wel een sluitend systeem.³²²

Art. 2 lid 5 (huidig) Wet VpB 1969 wordt ook gewijzigd per 1 januari 2022. Dit lid bepaalt dat bepaalde lichamen geacht worden de onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen. Dit gaat ook gelden voor de RH. Hierdoor wordt het volledige inkomen van de RH in de heffing betrokken. Een opmerkelijk punt is dat ATAD2 spreekt over "voor zover" terwijl deze bewoordingen niet terugkomen in de implementatie. De Nederlandse wetgever heeft echter gekozen om art. 9 lid 1 Wet VpB 1969 sub f (nieuw) toe te voegen. Dit artikel bepaalt welke kosten in aftrek mogen komen van de fiscale winst. Onder het nieuwe sub f komt in aftrek de winst die bij de achterliggende participanten reeds is belast.

Bovendien wijkt de systematiek - aftrek van winst - op dit moment nog af van de systematiek van de belastingheffing van een open CV. De open CV is voor het aandeel van de beherend vennoot transparant. Dit is ondanks de aftrekbaarheid van het gedeelte van de winst dat toekomt aan de beherend vennoot (art. 9 lid 1 sub e Wet VpB 1969).³²³ Op grond van ATAD2 wordt een dergelijke entiteit volledig belastingplichtig. Lohuis pleit er daarom voor om aan te sluiten bij de systematiek van de open CV. Tevens pleit hij ervoor dat elke heffing bij participanten voldoende is, waaronder een box 3-heffing over het vermogen.³²⁴ Volledige belastingplicht is mogelijk omdat ATAD2 geen bepaalde systematiek voorschrijft. ATAD2 schrijft enkel voor dat de entiteit belastingplichtig moet worden, maar laat in het midden of dit een algehele of gedeeltelijke belastingplicht inhoudt. Ook het tweede standpunt van Lohuis - elke heffing voldoet - lijkt mogelijk omdat ATAD2 enkel spreekt over "voor zover de winst

³²¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 35.

³²² Rijff & Stevens, *MBB* 2019/2-7, par. 2.2; zie ook Lohuis, *NtFR* 2018/2525.

³²³ HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9546, *BNB* 1982/268, m.nt. A. Nooteboom.

³²⁴ Lohuis, *NtFR* 2019/2185.

niet anderszins wordt belast” en niet expliciet benoemt dat het moet gaan om een belasting naar de winst.

De oorsprongseis komt niet naar voren doordat een verband tussen de RH en een D/NI of DD uitkomst niet vereist is.³²⁵ Schuurman, Bolwerk en Cabollet betogen daarom dat subjectief vrijgestelde lichamen onder de maatregel zullen vallen, maar niet entiteiten die zijn gevestigd in landen zonder winstbelasting.³²⁶ Dit is juist omdat bij een subjectieve belastingplicht het lichaam niet wordt belast met vennootschapsbelasting. Bij entiteiten gevestigd in landen zonder winstbelasting komt de oorsprongseis toch naar voren omdat in een dergelijk geval de mismatch niet het gevolg is van de hybride kwalificatie.

De gevolgen van hybride mismatches met een RH kunnen ook aangepakt worden met de algemene sanctiebepalingen voor hybride entiteiten. Er zal echter geen ‘dubbeling’ plaatsvinden. Immers, een hybride mismatch is reeds opgelost indien de RH belastingplichtig wordt omdat de betaling in de heffing wordt betrokken. Dit is ook in lijn met de volgorde van de wet: de bepalingen van de vennootschapsbelasting worden toegepast in de volgorde waarin zij in de wet staan volgens de staatssecretaris.³²⁷ De RH wordt belastingplichtig op grond van art. 2 Wet VpB 1969 terwijl ATAD2 geïmplementeerd is in afdeling 2.2a en begint bij art. 12aa Wet VpB 1969.

De vraag kan nog opkomen of er ook RH-maatregelen geïmplementeerd gaan worden in de dividendbelasting en de conditionele bronheffing. Tijdens de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat een RH inhoudingsplichtig wordt voor de dividendbelasting.³²⁸ Daarnaast is de RH een verdragsinwoner door de onbeperkte belastingplicht in de vennootschapsbelasting. Uit het conceptvoorstel Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden blijkt al dat dividenden die in verband worden gebracht met een hybride element en die niet belast zijn, onder de heffing gaan vallen.³²⁹

5.6.3 *Adequate bestrijding van reverse hybrids?*

Net zoals de andere maatregelen is de specifieke maatregel tegen RH doeltreffend. In het geval dat de specifieke maatregel voor RH niet wordt toegepast, kan er terug worden gevallen op de algemene sancties van een betaling aan of door een hybride entiteit bij D/NI uitkomsten (art.

³²⁵ Zie ook Lohuis, *NTR* 2019/2185.

³²⁶ Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020, p. 62.

³²⁷ *Kamerstukken II* 2020/21, 35573, nr. 3 (MvT), p. 7.

³²⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 27-28.

³²⁹ Zie ook Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR* 2021/24, par. 2.

12aa lid 1 sub b en e Wet VpB 1969) of de algemene sanctie bij DD uitkomsten (art. 12aa lid 1 sub g Wet VpB 1969).

Bij de RH-maatregel is niet vereist dat er daadwerkelijk een voordeel is genoten. De oorsprongseis ontbreekt immers. Dit is echter niet noodzakelijk omdat het probleem van de hybride mismatch zelf wordt aangepakt en niet de uitkomsten daarvan (DD of D/NI). Bovendien werkt de maatregel pro rata doordat de inkomsten van de RH die in andere rechtsgebieden worden belast, in aftrek gebracht mogen worden van de Nederlandse belastinggrondslag. Er ontstaat daardoor in beginsel een sluitend systeem. Daarenboven is het aan de belastingplichtige om aan te tonen dat inkomsten in een ander rechtsgebied worden belast. Dit past in het prohibitieve karakter van ATAD2 en is niet disproportioneel. De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid voor tegenbewijs waarbij het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat de rente in een ander rechtsgebied onderworpen is aan een belasting naar de winst. Dit is een soortgelijke systematiek die wordt geaccepteerd.

Wel kan de vraag opkomen wanneer er sprake is van winst dat in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Dit bepaalt immers of dat gedeelte van de winst in aftrek mag worden gebracht. Zoals in paragraaf 5.3.3 is besproken, is er geen sprake van betrekking in de heffing indien een betaling in aanmerking komt voor een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening dan wel teruggave van belasting, niet zijnde bronbelastingen (art. 2 lid 9 derde alinea sub e en f ATAD2). Hierbij kunnen dezelfde opmerkingen geplaatst worden, zoals dat Nederland een legitieme credit terug kan nemen. Bij de proportionaliteit zijn er derhalve enkele probleempunten.

5.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn hybride mismatches met entiteiten en hybride mismatches met DD uitkomsten onderzocht. De deelvraag luidde: *“Hoe ontstaan hybride mismatches met entiteiten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?”* Hybride mismatches met een entiteit ontstaan doordat een samenwerkingsverband kenmerken heeft van een kapitaalvennootschap, niet-transparant, en van een personenvennootschap, transparant. Bij fiscale transparantie wordt de inkomsten van het samenwerkingsverband toegerekend aan de achterliggende participanten.

Twee mogelijke structuren zijn de betaling aan of door een hybride entiteit waarbij de mismatch wordt tegengegaan door de algemene sanctie. Er geldt geen redelijke termijn benadering zoals bij hybride financiële instrumenten. In situaties waarbij een rechtsgebied geen

winstbelasting heeft, kan de analyse of aan de oorsprongseis is voldaan complexer zijn. Er moet worden bepaald of het hybride element nodig was om te resulteren in D/NI, met het oog op de doeltreffendheid van ATAD2.

De maatregel tegen betalingen aan hybride entiteiten is doeltreffend. De proportionaliteit is echter onvoldoende omdat CFC-inkomen veelal niet kwalificeert als betrekking in de heffing en er ongewenste gevolgen mogelijk zijn door de definitie van de samenwerkende groep in fondsstructuren. Ook de maatregel tegen betalingen door een hybride entiteit is doeltreffend. Met name omdat de facultatieve secundaire regel wel is geïmplementeerd. De proportionaliteit is daarentegen onvoldoende omdat de definitie van DII leidt tot dubbele belastingheffing terwijl er feitelijk wel sprake is van DII. Daarnaast werkt ATAD2 mechanisch en is er geen mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.

Mismatches die resulteren in DD worden ook geneutraliseerd door de algemene sanctie: primair weigert het rechtsgebied van de achterliggende participanten de aftrek en secundair het rechtsgebied van de betaler. DD uitkomsten zijn ook mogelijk in structuren met hybride financiële instrumenten of met vaste inrichtingen. Deze maatregel is doeltreffend door de ruime formuleringen. De proportionaliteit is onvoldoende omdat de oorsprongseis lijkt te ontbreken en algemene renteaftrekbepalingen niet kwalificeren als een met ATAD2 vergelijkbare aftrekbepaling. Ook bij deze maatregel kan de definitie van DII leiden tot dubbele heffing, onder andere bij structuren met een cost-plusbeloning.

De maatregel voor RH is een specifieke regeling waarbij de RH subjectief belastingplichtig wordt. De winst die bij de achterliggende participanten is belast kan in aftrek komen van de Nederlandse belastinggrondslag. Dit lijkt op de systematiek van de open CV, maar de open CV is transparant voor het gedeelte van de beherend vennoot. De maatregel voor RH is doeltreffend omdat de algemene sanctie voor betalingen aan of door een hybride entiteit gelden indien de maatregel voor RH niet wordt toegepast. De proportionaliteit is niet voldoende omdat de winsten van de participanten wel belast moeten worden met een belasting naar de winst.

6 Samenvatting en conclusie

6.1 Beantwoording van de probleemstelling

In deze scriptie staat de Nederlandse implementatie van ATAD2 centraal. Er is onderzocht of de implementatie in lijn is met de bepalingen van ATAD2 en of de maatregelen doeltreffend, subsidiair en proportioneel zijn. De probleemstelling luidt:

Worden de effecten van mismatches door hybride financiële instrumenten en hybride entiteiten adequaat tegengegaan door de implementatie van de maatregelen uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en in hoeverre is de implementatie correct?

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn vier deelvragen geformuleerd. Deze deelvragen zullen hierna beantwoord worden. Vervolgens worden de onderdelen van het toetsingskader besproken en de verschillen tussen ATAD2 en de Nederlandse implementatie uiteengezet en daarmee de probleemstelling beantwoord.

6.1.1 Beantwoording van de deelvragen

1. Wat zijn hybride mismatches en welke principiële oplossingsrichtingen zijn er?

Bij hybride mismatches ontstaat er een mismatch in de fiscale behandeling van meerdere rechtsgebieden en/of belastingverdragen als gevolg van het hybride karakter. Het kan gaan om classificatieverschillen dan wel om allocatieverschillen. Er kunnen drie hoofdcategorieën hybride mismatches worden onderscheiden, te weten met betrekking tot financiële instrumenten, entiteiten en vi's. Hybride mismatches kunnen resulteren in DD of in D/NI.

Hybride mismatches worden opgelost door volledige harmonisatie van nationale belastingstelsels en belastingverdragen. Desalniettemin lijkt dit meer een theoretische oplossing omdat rechtsgebieden waarschijnlijk niet bereid zijn om hun fiscale soevereiniteit op te geven. Lichtere harmonisatie kan ook een oplossing zijn: de bronstaat neemt de kwalificatie van de vestigingsstaat over of vice versa. Deze methode staat ook bekend als de *symmetrical approach* en geldt al als aanbeveling in het Partnership rapport met betrekking tot de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden.

De OESO heeft in het HMA-rapport drie andere mogelijke oplossingen uiteengezet waarbij de gevolgen worden bestreden. Ten eerste algemene antimisbruikbepalingen, waaronder het leerstuk misbruik van recht. Deze bepalingen zijn met name geschikt bij kunstmatige constructies, wel dient er een rechtstreeks verband aangetoond te worden tussen

de transactie en de belastingontwijking wat de toepassing kan bemoeilijken. Ten tweede specifieke antimisbruikbepalingen waarbij er bijvoorbeeld een aftrek wordt geweigerd indien het voornaamste doel van de constructie is om een fiscaal voordeel te behalen. Een nadeel van deze methode is dat een constructie aan diverse voorwaarden moet voldoen voordat bijvoorbeeld een renteaftrekbepaling van toepassing is. De derde methode heeft de OESO uitgewerkt in BEPS Actieplan 2 en is ook gevolgd door de EU. Bij deze methode wordt de fiscale behandeling in het ene rechtsgebied gekoppeld aan de fiscale behandeling in het andere betrokken rechtsgebied. Indien in het ene rechtsgebied een aftrek is genoten, dan wordt de aftrek voor dezelfde betaling in het andere rechtsgebied geweigerd bij DD uitkomsten. Een nadeel van deze methode is dat belastingheffing niet altijd plaatsvindt in het rechtsgebied waar de economische activiteiten zich bevinden.

2. Hoe zijn de anti-mismatchbepalingen in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie opgezet?

Om hybride mismatches tegen te gaan, kwam de EU met diverse actieplannen. Een daarvan is het ATAP waaruit ATAD1 is voortgekomen. ATAD1 beoogt praktijken van belastingontwijking en fiscale planning te bestrijden die de werking van de interne markt schaden. Een tweede doel van ATAD1 is om andere marktobstakels, zoals dubbele belastingheffing, tegen te gaan. Aangezien ATAD1 enkel zag op hybride mismatches in Europese verhoudingen, heeft ATAD2 eerstgenoemde richtlijn geamendeerd. ATAD2 beoogt te voorzien in juridisch bindende voorschriften waardoor lidstaten effectief kunnen optreden tegen hybride mismatches. Hiermee wordt een uniforme implementatie van BEPS Actieplan 2 gewaarborgd. Wel kunnen implementatieverschillen ontstaan doordat lidstaten verder mogen gaan dan de richtlijn voorschrijft.

ATAD2 is van toepassing op alle belastingplichtigen die in een of meerdere lidstaten onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting. Daarenboven is ATAD2 van toepassing indien er sprake is van een hybride mismatch. Ten eerste moet er een mismatch zijn: een DD of D/NI uitkomst. Ten tweede moet er een hybride mismatch zijn: er is sprake van een hybride entiteit, dubbele fiscale vestigingsplaats, hybride financieel instrument, hybride overdracht en situaties met betrekking tot een vi én er is een vi of een gelieerde onderneming betrokken bij de mismatchstructuur of er is sprake van een gestructureerde regeling. Voorts is vereist dat het hybride element, zoals een hybride entiteit, heeft geleid tot de mismatch, DD of D/NI (de oorsprongseis). Indien de mismatch wordt veroorzaakt door een andere factor, zoals vrijstelling van belastingplicht, dan is er niet voldaan aan de oorsprongseis. Het oogmerk van de

belastingplichtige is niet relevant om te bepalen of ATAD2 van toepassing is: er geldt een objectieve toets. De staatssecretaris spreekt zich hierbij in de parlementaire behandeling tegen omdat hij betoogt dat het beogen om een hybride mismatch tot stand te brengen kan duiden op het bestaan van een gestructureerde regeling.

Zodra ATAD2 van toepassing is, wordt de DD of D/NI uitkomst geneutraliseerd. De algemene sanctiebepaling is bij DD situaties dat primair het rechtsgebied van de investeerder de aftrek weigert en secundair het rechtsgebied van de betaler. In D/NI situaties dient het rechtsgebied van de betaler aftrek te weigeren en secundair dient het rechtsgebied van de ontvanger de betaling in de heffing te betrekken. Daarnaast gelden enkele specifieke regelingen voor geïmporteerde mismatches, buiten beschouwing blijvende vi, hybride overdrachten, RH en mismatches door fiscaal inwonerschap. Bijna alle sancties resulteren in het weigeren van aftrek dan wel het betrekken in de heffing van de betaling of de winst. Hierbij werken de maatregelen pro rata: alleen voor zover een hybride mismatch heeft geleid tot DD of D/NI. Alleen bij de RH wordt het probleem zelf opgelost door te bepalen dat de RH belastingplichtig wordt.

Bij hybride mismatches met DD, betalingen door hybride entiteiten en veronderstelde betalingen tussen hoofdhuis en vi kan een aftrek alsnog toegestaan worden indien dit wordt afgezet tegen DII: een inkomensbestanddeel dat tweemaal in de winst is betrokken. Voorts regelt ATAD2 de samenloop met andere bepalingen, zoals de antimismatchbepaling van de MDRL. ATAD2 bepaalt in deze gevallen dat de andere bepalingen voorrang genieten. Bij de implementatie heeft Nederland een nieuwe documentatieverplichting geïntroduceerd.

3. Hoe ontstaan hybride mismatches met financiële instrumenten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?

Er zijn verschillen vormen van hybride mismatches met financiële instrumenten. De voornaamste betreft de classificatie tot eigen of vreemd vermogen. In dit geval hebben financiële instrumenten kenmerken van beide soorten vermogen. Door dit hybride karakter classificeren landen het instrument verschillend. Mismatches kunnen ontstaan doordat de vergoeding op eigen vermogen, dividend, niet aftrekbaar is bij de betaler en bij de ontvanger in Nederland vrijgesteld is. De vergoeding op vreemd vermogen, rente, is bij de betaler wel aftrekbaar maar belast bij de ontvanger. Om excessieve rentebetalingen tegen te gaan bestaan er reeds diverse renteaftrekbeperkingen. Tevens kent Nederland enkele herkwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen.

De *symmetrical approach* is in hoofdstuk 2 aan bod gekomen als mogelijke oplossing. Ook voor financiële instrumenten is deze methode geschikt waarbij er wordt aangesloten bij de kwalificatie van een rechtsgebied. Niettegenstaande er bij financiële instrumenten drie rechtsgebieden betrokken kunnen zijn, te weten die van de investeerder, de lener en het rechtsgebied waar het financiële instrument wordt afgesloten, kan er een rechtsgebied worden aangewezen wiens kwalificatie gevolgd dient te worden. Wel zijn aanvullende maatregelen nodig om situaties met betrekking tot herkwalificaties te regelen.

Voor hybride mismatches met financiële instrumenten is vereist dat de mismatch resulteert in D/NI, de betaling niet binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken en dat de mismatch wordt veroorzaakt door kwalificatieverschillen van het instrument of de betaling daarvan. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, dan is de algemene sanctiebepaling van toepassing. De maatregel is echter niet van toepassing indien een ander rechtsgebied geen met de antimismatchbepaling van de MDRL vergelijkbare maatregel toepast.

4. *Hoe ontstaan hybride mismatches met entiteiten en hoe worden deze tegengegaan door de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn 2 en de Nederlandse implementatie?*

Mismatches met hybride entiteiten kunnen ontstaan doordat staten fiscaal soeverein zijn en zelf bepalen hoe een samenwerkingsverband fiscaal wordt geclassificeerd, als transparant of als niet-transparant. Voor bepaalde samenwerkingsvormen is eenvoudig vast te stellen of het een kapitaalvennootschap, niet-transparant, of een personenvennootschap, transparant, betreft. In andere gevallen heeft het samenwerkingsverband kenmerken van beide vormen waarmee het hybride karakter tot uiting komt en waardoor staten dezelfde entiteit anders kunnen classificeren.

Een type hybride mismatch is de betaling aan of door een hybride entiteit. De mismatch wordt geneutraliseerd door de algemene sanctiebepaling. In tegenstelling tot de maatregel voor hybride financiële instrumenten geldt er geen redelijke termijn benadering. De mismatch dient wel veroorzaakt te worden door het hybride element (de oorsprongseis). Een complicatie is indien een van de betrokken rechtsgebieden geen winstbelasting kent omdat dit rechtsgebied een entiteit niet kwalificeert. In deze gevallen moet worden bepaald of het hybride element nodig is om tot een mismatch te komen, waarbij dit wordt bepaald met het oog op de doeltreffendheid van ATAD2.

Mismatches met hybride entiteiten kunnen ook resulteren in DD. De algemene sanctie is bij DD uitkomsten dat primair het rechtsgebied van de achterliggende participanten de aftrek

weigert en secundair het rechtsgebied van de betaler. DD uitkomsten zijn ook mogelijk in structuren met hybride financiële instrumenten of met vaste inrichtingen.

Voor mismatches met RH is een specifieke maatregel opgenomen waardoor een RH volledig subjectief belastingplichtig wordt. Om dubbele belasting te voorkomen kan een RH de winst die bij achterliggende participanten is belast in aftrek brengen. Dit lijkt op de systematiek van de open CV, alhoewel de open CV transparant is voor het gedeelte van de beherend vennoot.

6.1.2 Het antwoord op de probleemstelling

Het toetsingskader of de effecten van hybride mismatches adequaat worden tegengegaan bestaat uit drie onderdelen: doeltreffendheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Subsidiariteit is in hoofdstuk 3 getoetst. Bij subsidiariteit gaat het om de vraag op welk niveau er maatregelen genomen moeten worden. Er kan geconcludeerd worden dat maatregelen op Europees niveau, door middel van ATAD2, subsidiair is. De Europese aanpak ontnemt belastingplichtige grotendeels de mogelijkheid om verschillen in de anti-mismatchbepalingen te gebruiken. Indien rechtsgebieden individueel maatregelen treffen, ontstaat er fragmentatie en worden mogelijk de verkeersvrijheden belemmerd. Maatregelen op het niveau van lagere overheden of zelfregulering is in Nederland niet mogelijk omdat belastingen worden geheven uit kracht van een wet.

De doeltreffendheid en proportionaliteit zijn per hybride mismatch getoetst in hoofdstuk 4 en 5. Hierna wordt elke hybride mismatch besproken met betrekking tot de doeltreffendheid en proportionaliteit. Wel gelden voor alle hybride mismatches enkele dezelfde opmerkingen. Ten eerste vormt ATAD2 minimumharmonisatie waardoor belastingplichtigen structuren kunnen opzetten waarbij de implementatieverschillen tussen lidstaten worden benut. Ten tweede zijn de maatregelen niet van toepassing bij mismatches die voortkomen uit verschillen in verrekenprijzen, alhoewel in deze situaties ook een hybride element ontbreekt. Daarnaast pakt ATAD2 niet de tegenovergestelde kant van DD en D/NI aan: dubbele belasting. Voorts is ATAD2 enkel van toepassing in gelieerde verhoudingen, situaties met een vi of bij een gestructureerde regeling terwijl hybride mismatches zich ook voor kunnen doen in andere situaties.

Ook met betrekking tot de proportionaliteit zijn er enkele opmerkingen te maken die gelden voor alle of meerdere hybride mismatches. Ten eerste geldt DII niet voor alle hybride mismatches waardoor dit kan leiden tot *overkill*. Een oplossing is om DII toe te staan bij alle hybride mismatches. Ten tweede resulteert de nieuwe documentatieverplichting in

disproportioneel verzwaarde administratieve lasten. Immers, belastingplichtigen dienen van alle vergoedingen, betalingen, lasten en verliezen na te gaan of deze in andere rechtsgebieden geheel of gedeeltelijk niet in de heffing worden betrokken (bij D/NI uitkomsten) of in aftrek komen (bij DD uitkomsten). Een mogelijke oplossing is om een minimale geconsolideerde groepsopzet als voorwaarde te stellen voordat de documentatieverplichting van toepassing is. Bovendien werkt de secundaire regel van de implementatiewet niet indien er een aftrekbeperking heeft plaatsgevonden die vergelijkbaar is met de primaire regel. Hierdoor kan er dubbele belasting ontstaan indien er wel een aftrekbeperking van toepassing is, maar deze niet vergelijkbaar is met de primaire regel van ATAD2, zoals een algemene renteaftrekbeperking. Tot slot werken de bepalingen van ATAD2 pro rata wat de proportionaliteit ten goede komt.

De eerste hybride mismatch die is besproken is met betrekking tot financiële instrumenten. In het algemeen is deze maatregel doeltreffend. De doeltreffendheid kan wel ondergraven worden door de redelijke termijn: enkel de verwachting dat een betaling in de heffing wordt betrokken is voldoende. De proportionaliteit is echter negatief beoordeeld omdat toepassing van ATAD2 vereist dat een ander rechtsgebied geen met de antimismatchbepaling van de MDRL vergelijkbare maatregel toepast. De verwachting is dat derde landen minder snel een vergelijkbare maatregel hebben omdat deze landen niet verplicht zijn om de MDRL te implementeren.

Een mismatch met entiteiten is de betaling aan een hybride entiteit. Deze maatregel is doeltreffend, maar er zijn diverse gebreken met betrekking tot de proportionaliteit. Ten eerste is de samenloop met CFC-regelgeving niet geregeld waardoor dubbele belasting kan ontstaan. Immers, CFC-inkomen zal veelal niet kwalificeren als betrekking in de heffing. Dit is opvallend omdat het BEPS-rapport wel voorziet in deze mogelijkheid. Een ander punt is dat er geen credit verleend mag worden voor de kwalificatie betrekking in de heffing. Voorts kan de samenwerkende groep in fondsstructuren resulteren in onwenselijke gevolgen.

Een vergelijkbare mismatch is de betaling door een hybride entiteit. Deze maatregel is doeltreffend, met name omdat Nederland de facultatieve secundaire regel wel heeft geïmplementeerd. Met betrekking tot de proportionaliteit leidt de definitie van DII tot situaties waarbij er feitelijk wel sprake is van DII, maar dit niet onder het toepassingsbereik van ATAD2 valt. Daarnaast werken de bepalingen van ATAD2 mechanisch en is er geen mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.

Uitkomsten van DD kunnen op verschillende manieren ontstaan, waaronder door het gebruik van hybride entiteiten. De maatregel tegen DD uitkomsten is doeltreffend door de

ruime formuleringen. Wel bevat zowel ATAD2 als de implementatie niet de oorsprongseis waardoor ook situaties van niet-hybride mismatches onder het toepassingsbereik kunnen vallen. Een ander punt is dat de samenloop met algemene renteaftrekbeperkingen kan resulteren in dubbele belasting omdat dit geen aftrekbeperking is die vergelijkbaar is met ATAD2. Tevens kan de huidige definitie van DII ook bij hybride mismatches met DD uitkomsten tot onwenselijke situaties leiden. Daarmee samenhangend is ATAD2 ook van toepassing op structuren met een cost-plusbeloning. Derhalve is de proportionaliteit van deze maatregel niet voldoende.

De maatregel om RH subjectief belastingplichtig te maken is effectief. Indien de specifieke maatregel voor RH niet wordt toegepast, kan er alsnog terug worden gevallen op de algemene sanctie van een betaling aan of door een hybride entiteit. De maatregel werkt ook pro rata door reeds belaste winsten in aftrek te brengen van de Nederlandse belastinggrondslag. Echter, deze winsten moeten wel worden belast met een belasting naar de winst. Ook hier kan een verleende credit resulteren dat er geen sprake is van betrekking in de heffing.

Samenvattend zijn de getroffen maatregelen van ATAD2 in het algemeen voldoende doeltreffend. Wel is ATAD2 beperkt in de reikwijdte waardoor de doeltreffendheid beter was indien het toepassingsbereik groter zou zijn. Tevens zitten er nog enkele relatief kleine weeffouten in de wet. ATAD2 is ook voldoende subsidiair. Daarentegen zijn de maatregelen niet voldoende proportioneel omdat er op meerdere punten *overkill* kan ontstaan.

Het tweede deel van de probleemstelling gaat om de vraag of de Nederlandse implementatie correct is. Over het algemeen is de implementatie correct. Wel gebruik Nederland bij enkele bepalingen andere bewoordingen maar dit is om de bepalingen in lijn te krijgen met andere, reeds bestaande, wettelijke bepalingen. Zo spreekt de implementatiewet over lichamen in plaats van entiteiten. Een ander voorbeeld is dat de implementatiewet de term “vergoedingen” heeft toegevoegd aan de definitie van DD en D/NI. Bij de (toekomstige) implementatie van de subjectieve belastingplicht voor RH heeft de wetgever de zinsnede “direct of indirect” weggelaten. Wel is in de parlementaire behandeling opgemerkt dat het vereiste belang zowel direct of indirect kan zijn.

Een punt waarop de implementatie onjuist is heeft betrekking op de oorsprongseis met betrekking tot de buiten beschouwing blijvende vi. In de implementatiewet staat niet dat de D/NI uitkomst het *gevolg* is van de buiten beschouwing blijvende vi. Een ander verschil is dat in de implementatiewet geen temporele beperking is te lezen met betrekking tot DII terwijl ATAD2 beperkt is tot het desbetreffende of een later belastingtijdvak. Alles in een ogenschouw

genomen zijn dit twee relatief kleine fouten in de implementatie en is de Nederlandse implementatie voldoende correct.

6.2 Onduidelijkheden

6.2.1 Aandachtspunten van de Anti-belastingontwikingsrichtlijn 2

Ook na ATAD2 blijven er nog enkele discussiepunten bestaan. Een punt is bijvoorbeeld of ATAD2 wel allesomvattend is. De staatssecretaris heeft in de parlementaire behandeling aangegeven dat het niet onzeker is dat er nieuwe mismatchconstructies opgezet worden die kwalificeren als hybride mismatches.³³⁰ Daarbij merkt hij wel op dat ook het bedrijfsleven en belastingadviseurs een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben.³³¹ Daarnaast worden mismatches door verrekenprijzen niet tegengegaan door ATAD2. Er is daarom in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat er wordt onderzocht of toepassing van het arm's length-beginsel aangepast moet worden om ongewenste situaties tegen te gaan.³³²

Een ander punt is dat er mogelijk handel kan ontstaan in hybride mismatchlichamen: lichamen waarop de anti-mismatchbepalingen van ATAD2 van toepassing zijn. Deze handel kan vormgegeven worden door het belang in een dergelijk lichaam over te dragen waarna het lichaam inkomsten ontvangt die kwalificeren als DII. Hierdoor kan een eerder geweigerde aftrek alsnog in aftrek komen. Dit is vergelijkbaar met de handel in verlieslichamen.³³³

Tijdens de internetconsultatie is aangegeven dat het toestemmingsvereiste voor de CV (art. 2 lid 3 sub c AWR) een vreemd criterium is. In de literatuur was reeds al geopperd om dit criterium te schrappen, ook om het vestigingsklimaat voor (investerings)fondsen te verbeteren.³³⁴ Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris aangegeven het kwalificatiebesluit te heroverwegen, wat heeft geleid tot de internetconsultatie van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen. Dit is echter een principiële vraag naar welke lichamen belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting dienen te zijn.³³⁵

Het vestigingsklimaat was ook een punt van aandacht blijkens de reacties op de internetconsultatie. De staatssecretaris heeft bij de parlementaire behandeling aangegeven aan eventuele zorgen tegemoet te komen door de tarieven van de vennootschapsbelasting te

³³⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 3.

³³¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 7.

³³² *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7 (NV II), p. 12.

³³³ Velthoven & Kuzee, *MBB* 2020/12-44.

³³⁴ Beudeker, *WFR* 2015/1149.

³³⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 31.

verlagen.³³⁶ Er lijkt bij de implementatie van ATAD2 eenzelfde soort discussie te ontstaan zoals deze bestond bij de implementatie van de antimisbruikregel door de wijziging van de MDRL. Destijds werd in de literatuur aangegeven dat het niet duidelijk was waarom Nederland het (aller)braafste jongetje van de klas wil zijn.³³⁷ Muller beargumenteerde daarentegen dat deze strengere koers wenselijk is omdat hiermee een duurzaam goed fiscaal vestigingsklimaat wordt gestimuleerd. Non-gouvernementele organisaties zullen zich ook meer richten op de niet-coöperatieve (lid)staten.³³⁸ Enkel onderzoek na verloop van tijd kan uitwijzen wat de uiteindelijke effecten zijn van ATAD2 op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat bij de totstandkoming van ATAD2 te weinig aandacht is besteed aan de implementatietermijn. De staatssecretaris heeft aangegeven dat hiervan geleerd moet worden zodat bij een volgende (complexe) richtlijn voldoende tijd is voor de parlementaire behandeling.³³⁹ Tevens had de staatssecretaris toegezegd om enkele knelpunten uit ATAD2 te bespreken met de EC om te kijken of er verbeteringen mogelijk zijn in ATAD2. Het is echter de vraag of, en zo ja, op welke termijn er aanpassingen komen.

Tot slot zijn de Tweede Kamerverkiezingen geweest en is de formatie begonnen. In mei 2020 was het Pakket bouwstenen voor een beter belastingstelsel aangeboden. Bij de voorstellen van dit Pakket is geen rekening gehouden met de Coronacrisis. De vraag is derhalve wat het te formeren kabinet gaat doen met de voorstellen uit het Pakket, wat de invloed van de Coronacrisis hierop is en of dit ook resulteert in wijzigingen in de implementatie van ATAD2.³⁴⁰

6.2.2 *Alternatieve systemen*

Omdat ATAD2 slechts symptoombestrijding is, komt de vraag op welk ander systeem wel de kern van het probleem aan kan pakken. Zoals aangegeven, het probleem van hybride mismatches wordt opgelost bij volledige harmonisatie. Alhoewel enige harmonisatie in de EU mogelijk is en in de toekomst (naar verwachting) zal toenemen, lijkt het onwaarschijnlijk dat dit ook zal gebeuren met derde landen. De Verenigde Staten trokken zich bijvoorbeeld terug bij de besprekingen van pijler 1 in het BEPS 2.0-project.³⁴¹ Daarentegen zijn er 137

³³⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 32.

³³⁷ De Vries, *WFR* 2015/1376.

³³⁸ Muller, *Taxlive* 27 oktober 2015.

³³⁹ *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, nr. C (MvA), p. 2-3.

³⁴⁰ Zie ook Van Weeghel, *WFR* 2021/49.

³⁴¹ Godfrey, *Tax-News* 3 juli 2020.

deelnemende landen, inclusief de VS, aan het BEPS *Inclusive Framework* in mei 2020.³⁴² Dit toont dat landen wel bereid zijn om samen te werken en mee te werken aan oplossingen voor wereldwijde fiscale problemen. De Amerikaanse Minister van Financiën heeft in zijn brief destijds aangegeven wel door te gaan met de onderhandelingen voor pijler 2 van het BEPS 2.0-project.³⁴³

Pijlers 1 en 2 van het BEPS 2.0-project vormen een herziening van het internationale fiscale systeem. Bij pijler 1 wordt de allocatie van winsten niet langer gebaseerd op enkel de fysieke aanwezigheid van ondernemingen in een land. In dit voorstel krijgen marktjurisdicties meer winsten toegerekend zodat winsten meer in lijn komen met de locaties waar deze winsten worden gegenereerd en waar waarde wordt gecreëerd. Pijler 1 is echter beperkt in toepassingsbereik omdat het enkel ziet op digitale ondernemingen.³⁴⁴ Onder pijler 2 wordt een minimumbelasting geheven. Ook dit voorstel is beperkt in toepassingsbereik omdat het enkel ziet op ondernemingen met een jaarlijkse omzet van ten minste € 750 miljoen.³⁴⁵

In Europees verband heeft de EC meermaals een voorstel gedaan voor de CCCTB. Onder dit voorstel wordt de fiscale winst van een groep bepaald volgens een uniforme heffingsgrondslag. Vervolgens worden de winsten op basis van *formulary apportionment* toegerekend aan lidstaten. De lidstaten heffen op basis van nationale belastingtarieven vennootschapsbelasting. Dit systeem kent hetzelfde nadeel als pijlers 1 en 2: het ziet enkel op een groep van ondernemingen met een bepaalde omzet. Een ander nadeel is dat de lidstaten zelf de tarieven van de vennootschapsbelasting mogen bepalen waardoor er alsnog gebruik gemaakt kan worden van tariefverschillen.³⁴⁶ Daarentegen staat de functie van de winstbelasting wel relatief meer centraal.

Er zijn in de literatuur meerdere systemen onderzocht, soms vergelijkbaar met de hierboven genoemde voorstellen. Voorbeelden zijn de *global profit split*³⁴⁷ en de *destination-based cash flow taxes*.³⁴⁸ Een vraag die hierbij gesteld moet worden is op basis van welke beginselen het nieuwe systeem gebaseerd moet worden. Een ander discussiepunt is of het nieuwe systeem enkel een budgettaire functie moet hebben of ook een instrumentele functie.³⁴⁹ Uiteindelijk is van belang dat er volledige harmonisatie plaatsvindt omdat enkel dan

³⁴² OESO 2020a, p. 34-35.

³⁴³ Brief van de Minister van Financiën van de VS van 3 december 2019.

³⁴⁴ OESO 2020b, p. 10-12.

³⁴⁵ OESO 2020c, p. 15.

³⁴⁶ COM(2016)683 def., p. 9-11.

³⁴⁷ Li, *Canadian Tax Journal* (50) 2002, afl. 3, p. 823-883.

³⁴⁸ Taxing Corporate Income 2008.

³⁴⁹ Vgl. De Wilde, *Intertax* (43) 2015, afl. 6/7, p. 438-446.

investeringsbeslissingen niet verstoord worden door belastingen. Eigenlijk is dit niet meer dan logisch. Multinationale ondernemingen kunnen verschillende (productie)factoren in verschillende rechtsgebieden benutten omdat ze wereldwijd opereren en behalen daarmee meer winst.³⁵⁰ Waarom doen landen niet hetzelfde?

Uiteindelijk zal deze discussie uitlopen op een discussie over de (fiscale) soevereiniteit van landen. Immers, het fiscale en monetaire beleid kunnen voeren vormt een basiselement. In de EU hebben de lidstaten met de euro als munt al hun monetaire beleid uit handen gegeven, zijn zij nog wel bereid om ook het fiscale beleid (deels) uit handen te geven? De Wilde geeft daarbij aan dat deze discussie groter is dan het ogenschijnlijk lijkt omdat het ook een discussie is over (de rol van) het subject Staten in internationaal recht. Internationale harmonisatie betekent immers dat een rechtsgebied soevereiniteit inlevert.³⁵¹ Een van de discussiepunten in internationaal recht is hoeveel soevereiniteit een staat moet hebben om te kunnen spreken van een Staat.³⁵² Indien Staten een deel van hun soevereiniteit inleveren, dan kunnen andere subjecten in internationaal recht, zoals internationale organisaties, mogelijk een grotere rol krijgen. Dit kan weer ten koste gaan van de hoofdrol die Staten vervullen op het internationale toneel.

Een ander element dat een rol speelt is of soevereiniteitsoverdracht in een land wordt geaccepteerd. Binnen de EU heeft bijvoorbeeld het Duitse Constitutioneel Hof een uitspraak van het HvJ al naast zich neergelegd.³⁵³ Het is mogelijk dat de hoogste rechter van een land het plan om een deel van de fiscale soevereiniteit over te dragen tegenhoudt. Daarnaast is het de vraag of de bevolking een dergelijke overdracht accepteert waarbij het mogelijk nationalisme in de hand werkt.³⁵⁴ Tot slot komt de vraag op of er overgangsrecht komt.³⁵⁵

6.2.3 *Principiële herziening*

ATAD2 roept enkele vragen op voor een principiële herziening van de vennootschapsbelasting. Een punt is de vraag welke lichamen belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting dienen te zijn.³⁵⁶ Meer algemener kan er gekeken worden naar het (personen)vennootschapsrecht en of hierbij fiscale knelpunten aangepakt kunnen worden.³⁵⁷ Een mogelijke vraag is of

³⁵⁰ Devereux, *Oxford Review of Economic Policy* (24) 20008, afl. 4, p. 698-719, p. 700 en 716.

³⁵¹ De Wilde, *Intertax* (38) 2010, afl. 5, p. 281-305, par. 5.

³⁵² Craven & Parfitt 2018, p. 190.

³⁵³ Van den Bogaert & Borger, *NJB* 2020/2640.

³⁵⁴ Vgl. Menasse, *De Groene Amsterdammer* 5 juni 2013.

³⁵⁵ Fibbe, *WFR* 2016/186, par. 8.

³⁵⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 31.

³⁵⁷ Zie ook Witpeerd, *WFR* 2020/142; Heithuis, *NLFW* 2019/7.

personenvennootschappen ook rechtspersoonlijkheid moeten krijgen. Uit de internetconsultatie van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen blijkt al dat de open CV afgeschaft wordt.

Een ander punt is dat hybride mismatchstructuren op een abstracter niveau terug te voeren zijn op het probleem van verschillende heffingsbeginselen. Een rechtsgebied kan heffen op basis van het woonland-, bronland- of nationaliteitsbeginsel. Op basis van het woonlandbeginsel worden fiscale inwoners van een staat belast voor hun wereldinkomen. Bij het bronlandbeginsel worden enkel inkomsten uit de staat (de bron) belast en niet ook inkomsten uit andere staten. Ten slotte is er het nationaliteitsbeginsel waarbij een belastingplichtige wordt belast voor zijn wereldinkomen enkel op basis van zijn nationaliteit.³⁵⁸ In de afgelopen eeuw zijn rechtsgebieden veelal gebruik gaan maken van het woonlandbeginsel samen met het bronlandbeginsel met overlappende heffingsrechten tot gevolg. Het OESO-mv voorkomt de daaruit voortvloeiende dubbele belastingheffing door de heffingsrechten toe te wijzen aan enkel de woonstaat of bronstaat, of de heffingsrechten te splitsen over beide staten. Hierdoor ontstaat er de mogelijkheid van *gaming* doordat belastingplichtigen sturen naar verschillende soorten inkomen, zoals dividend en rente wat tot uiting kan komen in een hybride financiering.³⁵⁹ *Gaming* opent dus de mogelijkheid om mismatchstructuren op te zetten.

6.3 Tekortkomingen en aanbevelingen

In deze scriptie is niet alles met betrekking tot ATAD2 onderzocht. De hierna te benoemen tekortkomingen kunnen derhalve ook gelden als aanbevelingen voor vervolgonderzoek. Ten eerste zijn hybride mismatches met vaste inrichtingen niet meegenomen. Daarnaast zijn de teksten van ATAD2 en de implementatiewet vergeleken op basis van een grammaticale uitleg, aangevuld met de wetshistorische en teleologische interpretatie. De wetsystematische interpretatie is niet toegepast waardoor een analyse van ATAD2 in het huidige systeem van de vennootschapsbelasting ontbreekt. Tevens ontbreekt een analyse van hybride mismatches met betrekking tot andere belastingen en eventuele samenloop daartussen. Voorts is enkel gekeken naar dubbele non-belasting waardoor hybride mismatches die resulteren in dubbele belasting niet zijn besproken. In verband hiermee zijn ook belastingverdragen niet besproken.

Een andere tekortkoming is dat niet alle kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving zijn getoetst. In deze scriptie is geconcludeerd dat de proportionaliteit niet voldoende is. De

³⁵⁸ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2016, par. 1.2.2.

³⁵⁹ Harris 2014, p. 33-34.

vraag rijst daarom of ook andere kwaliteitseisen niet voldoende zijn gewaarborgd bij de implementatie van ATAD2. De kwaliteitseisen die niet zijn getoetst zijn i) rechtmatigheid en verwezenlijking van rechtsbeginselen, ii) doelmatigheid, iii) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, iv) onderlinge afstemming en v) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.³⁶⁰ Tot slot is ATAD2 niet uitgebreid vergeleken met BEPS Actieplan 2. Vervolgonderzoek kan hiernaar kijken om te zien waar ATAD2 afwijkt en of deze afwijking noodzakelijk is in het licht van het Unierecht.

³⁶⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2 (Zicht op wetgeving), p. 15-16.

Literatuurlijst

Vakliteratuur

Albert, TFO 2014/134.1.

P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1.

Albert, WFR 2017/235.

P.G.H. Albert, 'De invloed van maatschappelijke opvattingen op het beroep van belastingadviseur', *WFR* 2017/235.

Albert, NTFR 2020/583.

P.G.H. Albert, 'Waarom zo rommelig?', *NTFR* 2020/583.

Albert & Fibbe, WFR 2019/202.

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

Albregtse, WFR 2017/8.

D.A. Albregtse, 'De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!', *WFR* 2017/8.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015.

M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015.

X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, WFR 2021/24.

R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruige & H.R. Zuidhof, 'Het conceptwetsvoorstel Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden versus de Wet op de dividendbelasting', *WFR* 2021/24.

Barenfeld 2005.

J. Barenfeld, *Taxation of Cross-border Partnerships: Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, Amsterdam: IBFD Publications BV 2005.

Beudeker, WFR 2015/1149.

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

Bolhaar, NTFR 2013/25.

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

Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, MBB 2018/5-21.

A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden & L.A. Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018 (deel II)', *MBB* 2018/5-21.

Van den Bogaert & Borger, NJB 2020/2640.

S. van den Bogaert & V. Borger, 'Hoog spel in Karlsruhe. Het Duitse Constitutionele Hof over het Public Sector Purchase Programme van de ECB', *NJB* 2020/2640.

Van den Bos, NTFR 2017/706.

A.J. van den Bos, 'Hybride mismatch, wat is er tegen?', *NTFR* 2017/706.

Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht EBR.8.5* (online, bijgewerkt 15 maart 2020).

R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, 'EU-anti-belastingontwijkingsrichtlijn (Anti-Tax Avoidance Directive/ATAD)', in: M.L.M van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van der Burgt & Hofman, TFO 2019/161.1.

G.C. van der Burgt & A.W. Hofman, 'De per 1 januari 2019 ingevoerde CFC-maatregel: voorkomen is beter dan genezen!', *TFO* 2019/161.1.

CBS 2018.

CBS, *Multinationals en niet-multinationals in de Nederlandse economie* (paper), 2018.

Cornelisse & De Haard, WFR 2017/200.

M.C. Cornelisse & D.M. de Haard, 'Fiscale eenheid, dividendbelasting, staatssteun, ATAD en C(C)CTB; hoe nu verder?', *WFR* 2017/200.

Craven & Parfitt 2018.

M. Craven & R. Parfitt, 'Statehood, self-determination, and recognition', in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: OUP 2018, p. 177-226.

Deumens & Molleman, WFR 2019/229.

J.M.H. Deumens & A.F.J.S. Molleman, 'De rangorderegels bij hybride leningen: het vervolg', *WFR* 2019/229.

Devereux, Oxford Review of Economic Policy (24) 2008, afl. 4, p. 698-719.

M.P. Devereux, 'Taxation of outbound direct investment: economic principles and tax policy considerations', *Oxford Review of Economic Policy* (24) 2008, afl. 4, p. 698-719.

Van den Dool e.a. 2016.

R.P. van den Dool e.a., *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Engelen, NTFR 2013/158.

Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.

Europese Commissie, V-N 2016/65.5.

Europese Commissie, 'Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen (ATAD 2)', *V-N* 2016/65.5.

Feinschreiber & Kent, Corporate Business Taxation Monthly 2014, p. 31-34.

R. Feinschreiber & M. Kent, 'How the OECD Plans to Tax Hybrid Mismatch Arrangements', *Corporate Business Taxation Monthly* (15) 2014, afl. 6, p. 31-34.

Fibbe, Ondernemingsrecht 2010/24.

G.K. Fibbe, 'Enkele fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van hybride entiteiten', *Ondernemingsrecht* 2010/24.

Fibbe, WFR 2016/186.

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

Fibbe & Van Kappel, MBB 2020/2-4.

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

Fibbe, Jacobs & Albert, MBB 2021/2-4.

G.K. Fibbe, L.R. Jacobs & P.G.H. Albert, 'Overkill bij ATAD2: wat gaat de Hoge Raad of staatssecretaris doen?', *MBB* 2021/2-4.

Fung, Erasmus Law Review 2017, p. 76-88.

S. Fung, 'The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project', *Erasmus Law Review* (10) 2017, afl. 2, p. 76-88.

G20 2012.

G20, *G20 Leaders Declaration*, Los Cabos (Mexico): OESO 2012.

De Graaf, Kavelaars & Stevens 2016.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

De Graaf, Rijff & Stevens, TFO 2020/172.1.

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.

Gribnau, NTFR 2016/684.

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

Gribnau & Hamers, WFR 2011/154.

J.L.M. Gribnau & R. Hamers, 'Fiscale planning: spel met regels dat om ethisch houvast vraagt. Deel 1 Regelgedreven interactie', *WFR* 2011/154.

Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming (FM nr. 77) 2000.*

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming (Fiscale monografieën, nr. 77)*, Deventer: Wolters Kluwer 2000.

Harris 2014.

P. Harris, *Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Papers on Selected Topics in Protecting the tax Base of Developing Countries)*, New York, United Nations: 2014.

Van der Have & Van Hulten, *WFR 2020/237.*

J.C. van der Have & L.C. van Hulten, 'De samenwerkende groep in de context van hybride mismatches', *WFR 2020/237*.

Heithuis, *NLFW 2019/7.*

E.J.W. Heithuis, 'Een alternatief fiscaal regime voor personenvennootschappen', *NLFW 2019/7*.

Hemels, *The Ritsumeikan Economic Review (67) 2018, afl. 2, p. 185-218.*

S.J.C. Hemels, 'Implementation of BEPS in European Union hard law', *The Ritsumeikan Economic Review (67) 2018, afl. 2, p. 185-218*.

Hijma & Olthof 2014.

J. Hima & M.M. Olthof, *Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van Horzen, *NtFR 2017/1072.*

F. van Horzen, 'Op weg naar de eeuwige vrede?', *NtFR 2017/1072*.

Huizink 2013.

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Van Hulst & Marchal, *WFR 2020/49.*

T. van Hulst & R. Marchal, 'Verslag van de 50e Fiscale Conferentie "Fiscale eenheid vennootschapsbelasting"', *WFR 2020/49*.

Van den Hurk, WFR 2014/684.

H.T.P.M. van den Hurk, 'De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie', *WFR* 2014/684.

Van den Hurk & Ubachs, TFO 2016/147.2.

H.T.P.M. van den Hurk & S. Ubachs, 'Het einde van de hybride structuren nadert...', *TFO* 2016/147.2.

IMF 2014.

Internationaal Monetair Fonds, *IMF Policy Paper. Spillovers in International Corporate Taxation*, Washington, D.C.: IMF.

Kapteyn & Verloren van Themaat 2003.

P.J.G. Kapteyn & P. Verloren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2003.

Kessler & Eicke, Intertax (35) 2007, afl. 6/7, p. 373-377.

W. Kessler & R. Eicke, 'Back to BASIC - Stages of International Fiscale planning or: Getting the Grip on a Rocky Road', *Intertax* (35) 2007, afl. 6/7, p. 373-377.

Kofler 2020.

G. Kofler, 'EU power to tax: Competences in the area of direct taxation', in: C.H.J.I. Panayi, W. Haslehner & E. Traversa, *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Northampton: Edgard Elgar Publishing 2020, p. 11-50.

Korving & Verbaarschot, WFR 2018/173.

J.J.A.M. Korving & J.W.M. Verbaarschot, 'Mandatory Disclosure: naar de tijdgeest, maar met (fantom-)pijn?', *WFR* 2018/173.

Kruithof, WFR 2013/1418.

J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418.

Li, *Canadian Tax Journal* (50) 2002, afl. 3, p. 823-883.

J. Li, 'Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation', *Canadian Tax Journal* (50) 2002, afl. 3, p. 823-883.

Lieverse, in: *GS Toezicht Financiële Markten*.

C.W.M. Lieverse, 'Lid 1: samenhang met art. 5:32d Wft en het begrip 'invloed van betekenis'', in: D. Busch (red.), *Groene Serie Toezicht Financiële Markten*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Lohuis, *NTFR* 2018/2525.

H. Lohuis, 'Internetconsultatie ATAD2', *NTFR* 2018/2525.

Lohuis, *NTFR* 2019/2185.

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

Lohuis & Reijnen, *WFR* 2016/48.

H. Lohuis & J.J.H. Reijnen, 'Hybride entiteiten: een einde met haken (V/Λ) en ogen (⊖)?', *WFR* 2016/48.

Lüdicke, *Bulletin for International Taxation* 2014, p. 309-317.

J. Lüdicke, "'Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses', *Bulletin for International Taxation* 2014, p. 309-317.

Makkinje, *NTFR* 2020/30.

M.M. Makkinje, 'ATAD2 in hoofdlijnen, deel 1', *NTFR* 2020/30.

Merks, *MBB* 2006/09-03.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09-03.

Merks, *MBB* 2006/10-03.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/10-03.

Molleman & Deumens, WFR 2019/216.

A.F.J.S. Molleman & J.M.H. Deumens, 'Onduidelijke rangorderegels in wetsvoorstel Wet implementatie ATAD2: aanpassing gewenst', *WFR* 2019/216.

Nielke, De Gunst & Van der Linde, FED 2002/117.

S.F.M. Nielke, H. de Gunst & A.C. van der Linde, 'Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen', *FED* 2002/117.

NOB commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen 2016.

Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs bij het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (de Concept Richtlijn), 2016.

Pannevis (O&R nr. 114) 2019.

N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen (Onderneming en recht nr. 114) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Peeters & Vaneste, Intertax (48) 2020, afl. 1, p. 14-45.

B. Peeters & L. Vanneste, 'The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD', *Intertax* (48) 2020, afl. 1, p. 14-45.

Pieterse, WFR 2016/54.

L.J.A. Pieterse, 'Fiscale planning, een bedenkelijke activiteit? Over BEPS, rulings en fiscale dienstverlening', *WFR* 2016/54.

Van Raad, in: Cursus Belastingrecht IBR.1.1.2 (online, bijgewerkt 1 april 2020).

C. van Raad, 'Juridisch tegenover economisch dubbele belasting', in: M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Reuvers, FED 1986/104.1.

M.R. Reuvers, 'Beginselen van behoorlijke wetgeving', *FED* 1986/104.1.

Rijff & Stevens, *MBB* 2019/2-7.

L.S. Rijff & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse implementatie van ATAD2: het consultatiedocument', *MBB* 2019/2-7.

Roest, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, art. 2:24b BW (online, bijgewerkt 3 september 2020).

J. Roest, commentaar op art. 2:24b BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer.

Schuurman, Bolwerk & Cabollet 2020.

J.H. Schuurman, R.A. Bolwerk & T.C. Cabollet, *Hybride mismatches - ATAD2*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Spoelder, Sari & Rasenberg, *WFR* 2020/106.

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

Stevens, *MBB* 2010/04-01.

A.J.A. Stevens, 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', *MBB* 2010/04-01.

Stevens, *NTFR-B* 2010/12.

A.J.A. Stevens, 'Het nieuwe classificatiebesluit', *NTFR-B* 2010/12.

Stevens & Fibbe, *NTFR* 2017/40.

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

Stevens & Fibbe, *NTFR* 2017/45.

A.J.A. Stevens & G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel II: hybride entiteiten)', *NTFR* 2017/45.

Van de Streek, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.B* (online, bijgewerkt 16 februari 2020).

J.L. van de Streek, 'De subjectieve belastingplicht in ruimer perspectief', in: M.L.M van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Strien, *TFO* 2013/128.3.

J. van Strien, 'De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2013/128.3.

Van Strien, *WFR* 2018/19.

J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19.

Taxing Corporate Income 2008.

Taxing Corporate Income (Working paper No. 14494), Cambridge: National Bureau of Economic Research 2008.

Terra & Wattel 2012.

B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht.

De Blicq e.a. (red.), *Nederlands Internationaal Belastingrecht* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 8), Deventer: Wolters Kluwer.

Velthoven & Kuzee, *MBB* 2020/12-44.

M.J. Velthoven & L.J. Kuzee, 'Ruim baan voor de handel in hybridemismatchlichamen?', *MBB* 2020/12-44.

Vermeulen & Grundmann-van de Krol, *WFR* 2010/154.

H. Vermeulen & C.M. Grundmann-van de Krol, 'Enige opmerkingen over het financieel instrument en de VBI', *WFR* 2010/154.

Vleggeert, WFR 2003/1482.

J. Vleggeert, 'Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?', *WFR* 2003/1482.

Vleggeert, WFR 2013/1426.

J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', *WFR* 2013/1426.

De Vries, WFR 2015/1376.

R.J. de Vries, 'Het adagium "vroeger was het (allemaal) beter"', *WFR* 2015/1376.

Warren, WFR 2020/24.

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

Van Weeghel, WFR 2021/49.

S. van Weeghel, 'Multinationals in de verkiezingsprogramma's 2021', *WFR* 2021/49.

De Werd, in: *Cursus Belastingrecht FBR.7.1* (online, bijgewerkt 2 februari 2020).

M.M. de Werd, 'Rechtsvinding', in: M.L.M van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

De Wilde, *Intertax* (38) 2010, afl. 5, p. 281-305.

M. de Wilde, 'Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy', *Intertax* (38) 2010, afl. 5, p. 281-305.

De Wilde, *Intertax* (43) 2015, afl. 6/7, p. 438-446.

M. de Wilde, "'Sharing the Pie'; Taxing Multinationals in a Global Market', *Intertax* (43) 2015, afl. 6/7, p. 438-446.

Witpeerd, WFR 2020/142.

F.M. Witpeerd, 'Belastingheffing van personenvennootschappen', *WFR* 2020/142.

Wet- en regelgeving

Besluit van de Minister van Financiën van 27 maart 2017, nr. 2017-0000051773, V-N 2017/23.3.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M (*Stcrt.* 2009, 19749).

Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden.

Wet van 18 december 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PbEU 2017, L 144/1) (Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (*Stb.* 2019, 508)).

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten ter aanpassing van het fiscale kwalificatiebeleid inzake rechtsvormen.

Europese wet- en regelgeving

Protocol 2 bij het VEU (PbEU 2008, C 115/206).

Protocol (Nr. 2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid (PbEU 2008, C 115/206).

Richtlijn (EU) 2016/1164.

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 193/1).

Richtlijn (EU) 2017/952.

Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derdelanden (PbEU 2017, L 144/1).

Richtlijn (EU) 2018/822.

Richtlijn (EU) 2018/922 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft de verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

Parlementaire stukken

Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 1 mei 2020, nr. CE-AEP / 20119930.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 21501-07, nr. 1281).

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 juli 2018, nr. 2018-0000113489.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 mei 2020, nr. 2020-0000094149.

Brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 21 december 2016 (*Kamerstukken I* 2016/17, 34604, nr. B).

Kamerstukken I 2019/20, 35241, nr. C (MvA).

Kamerstukken I 2019/20, 35241, nr. E (NV I).

Kamerstukken I 2019/20, 35241, nr. H.

Kamerstukken I 2020/21, 35573, nr. A.

Kamerstukken II 1988/89, 21287, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2 (Zicht op wetgeving).

Kamerstukken II 1994/95, 24141, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2000/01, 27475, nr. 2 (Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie).

Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2015/16, 32013, nr. 121.

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

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

Kamerstukken II 2016/17, 34566, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3 (MvT).

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

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

Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 8.

Kamerstukken II 2020/21, 35573, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2020/21, 35573, nr. 6 (NV II).

Beleidsstukken van de Europese Unie

COM(2011)681 def.

Commissiedocument 681 van 2011, laatste definitieve versie.

COM(2012)351 def.

Commissiedocument 351 van 2012, laatste definitieve versie.

COM(2012)722 def.

Commissiedocument 722 van 2012, laatste definitieve versie.

COM(2012)8806 def.

Commissiedocument 8806 van 2012, laatste definitieve versie.

COM(2015)302 def.

Commissiedocument 302 van 2015, laatste definitieve versie.

COM(2016)23 def.

Commissiedocument 23 van 2016, laatste definitieve versie.

COM(2016)26 def.

Commissiedocument 26 van 2016, laatste definitieve versie.

COM(2016)451 def.

Commissiedocument 451 van 2016, laatste definitieve versie.

COM(2016)683 def.

Commissiedocument 683 van 2016, laatste definitieve versie.

COM(2016)687 def.

Commissiedocument 687 van 2016, laatste definitieve versie.

DG G 2B 16100/14 AS/FC/mpd 1, FISC 216 ECOFIN 1105.

Document 16100 van Directoraat-Generaal DG G 2B van 2014, AS/FC/mpd 1, onderwerp FISC 216, ECOFIN 1105.

DG G 2B 14544/15 ADD 1 AR/mpd 1, LIMITE FISC 171.

Document 14544 van Directoraat-Generaal DG G 2B van 2015, AR/mpd 1, LIMITE, onderwerp FISC 171.

DG G 2B 15150/15 AS/AR/mpd 1, FISC 185 ECOFIN 965.

Document 15150 van Directoraat-Generaal DG G 2B van 2015, AS/AR/mpd 1, onderwerp FISC 185, ECOFIN 965.

DG G 2B 10538/1/16 REV 1 AR/df 1, FISC 109.

Document 10538, eerste versie van Directoraat-Generaal DG G 2B van 2016, REV 1 AR/df 1, onderwerp FISC 109.

ECOMP.2.B 5814/4/18 REV 4 AR/df 1, FISC 44 ECOFIN 75.

Document 5814/4 van ECOMP.2.B (Tax Policy, Customs Union and Export Credits) van 2018, REV 4 AR/df 1, onderwerp FISC 44 ECOFIN 75.

Persmededeling 910/15/EU.

Persmededeling 910/15 van de Europese Unie van 8 december 2015. Conclusies van de Raad over vennootschapsbelasting - grondslaguitholling en winstverschuiving.

Resolutie 2015/2010(INL).

Resolutie 2015/2010(INL) 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 (*PbEU* 2017, C 399/74).

Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators 2016.

Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Taxation papers. Working paper n. 61 - 2015. Final report), Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities 2016.

SWD(2016)6 def.

Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie 6 van 2016, laatste definitieve versie.

Stukken van de OESO

OESO 1999.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Parijs: OESO 1999.

OESO 2011.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Tackling Aggressive Fiscal planning through Improved Transparency and Disclosure*, Parijs: OESO 2011.

OESO 2012.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, Parijs: OESO 2012.

OESO 2013a.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OESO 2013.

OESO 2013b.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OESO 2013.

OESO 2014.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Neutralizing the effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2: 2014 Deliverable, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2014.

OESO 2015a.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Explanatory Statement - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2015.

OESO 2015b.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Neutralizing the effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2: 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2015.

OESO 2015c.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Executive Summaries - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2015.

OESO 2015d.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments - Action 4: 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2015.

OESO 2016.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Public Discussion Draft. BEPS Action 2 - Branch Mismatch Structures*, Parijs: OESO 2016.

OESO 2017.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OESO 2017.

OESO 2020a.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Progress report July 2019 - July 2020*, Parijs: OESO 2020.

OESO 2020b.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation - Report on the Pillar One Blueprint, Inclusive Framework on BEPS*, Parijs: OESO 2020.

OESO 2020c.

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation - Report on the Pillar Two Blueprint, Inclusive Framework on BEPS*, Parijs: OESO 2020.

OESO Forum on Tax Administration 2006.

OESO Forum on Tax Administration, *Third meeting of the OECD Forum on Tax Administration - 14-15 September 2006. Seoul Declaration*, Seoul: OESO 2006.

Nieuwsartikelen**Alecci & Gallego, ICIJ 7 november 2017.**

S. Alecci & C.S. Gallego, 'Paradise Papers: The world reacts to Ross, Queen, global revelations. Political leaders and tax-justice advocates are raising new calls for legislative reforms and official inquiries in the wake of of the Paradise Papers', *ICIJ* 7 november 2017.

Dekker, *Volkscrant* 23 juni 2020.

W. Dekker, 'Krijgen deze keer alleen 'goede' bedrijven steun?', *Volkscrant* 23 juni 2020.

Fitzgibbon & Hallman, *ICIJ* 6 april 2020.

W. Fitzgibbon & B. Hallman, 'What is a tax haven? Offshore finance, explained. Four years after Panama Papers, why ICIJ continues to report on tax havens, and those who exploit them', *ICIJ* 6 april 2020.

Fitzgibbon e.a., *ICIJ* 20 september 2016.

W. Fitzgibbon e.a., 'Former EU Official Among Politicians Named in New Leak of Offshore Files from the Bahamas. Former top EU official among the politicians and others named in leak revealing 175,000 offshore companies registered in the Bahamas', *ICIJ* 20 september 2016.

Godfrey, *Tax-News* 3 juli 2020.

M. Godfrey, 'US Withdraws From International Digital Tax Talks', *Tax-News* 3 juli 2020.

Hensen, *NRC* 23 april 2020.

C. Hensen, 'Eerst belasting ontwijken en dan om steun vragen? Niet in Denemarken', *NRC* 23 april 2020.

Menasse, *De Groene Amsterdammer* 5 juni 2013.

R. Menasse, 'De crisis brengt Europa verder', *De Groene Amsterdammer* 5 juni 2013.

Muller, *Taxlive* 27 oktober 2015.

M. Muller, 'Implementatie Moeder-dochterrichtlijn: Wordt de onzakelijke lening populair?', *Taxlive* 27 oktober 2015.

Ryle e.a., *ICIJ* 2 april 2013.

G. Ryle e.a., 'Secret Files Expose Offshore's Global Impact. Dozens of journalists sifted through millions of leaked records to produce ICIJ's investigation into offshore secrecy', *ICIJ* 2 april 2013.

Wilson-Chapman, Cucho & Fitzgibbon, *ICIJ* 3 april 2019.

A. Wilson-Chapman, A. Cucho & W. Fitzgibbon, 'What happened after the Panama Papers? The unprecedented investigation into the rogue offshore industry was published on April 3, 2016. Here's what happened next', *ICIJ* 3 april 2019.

Zafra e.a., *ICIJ* 8 februari 2015.

M. Zafra e.a., 'Layers of Privacy on Swiss Bank Accounts', *ICIJ* 8 februari 2015.

Overige bronnen

'Betekenis 'betalen'', <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/betalen#.YHLmOS2QkdU>.

'Betekenis 'effect'', <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/effect#.YH0chy2QkdU>.

'Overview of Entity Classification Regulations (a/k/a Check-the-Box)', https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/ore_c_19_02_01.pdf.

R.P.C.W.M. Brandsma, 'Betreft: Reactie op consultatiedocument implementatie ATAD2', <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2/reactie/f5dfcc11-73cf-426f-aaf6-3c48926d4f6c> 9 december 2018.

Brief van de Minister van Financiën van het Ministerie van Financiën van de Verenigde Staten, Washington D.C. van 3 december 2019.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 23 november 1999, C-149/96 (*Portugal/Raad*).

HvJ EG 19 september 2000, C-177 en 181/99 (*Ampafrance en Sanofi*), V-N 2000/48.19.

HvJ EG 24 november 2005, C-136/04 (*Deutsches Milch-Kontor*).

HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), V-N 2006/13.20.

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, m.nt. P.J. Wattel.

HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services BVBA & Co/Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*), FED 2008/35.

HvJ EU 8 juni 2010, C-58/08 (*Vodafone Ltd*).

HvJ EU 1 april 2014, C-80/12 (*Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*).

HvJ EU 7 februari 2018, C-643/16 (*American Express*).

Hoge Raad

HR 18 oktober 1950, ECLI:NL:HR:1950:82, BNB B 8843.

HR 10 juni 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY4125, BNB 1953/204, m.nt. H.J. Hellema.

HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9546, BNB 1982/268, m.nt. A. Nooteboom.

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

HR 4 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2410, BNB 1998/128, m.nt. P.H.J. Essers.

HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX2034 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2006/288, m.nt. D. Juch.

HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104, m.nt. A.H.M. Daniels (*Oliemaatschappijarrest/Kaspische Zee-arrest*).

HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, m.nt. P.G.H. Albert (*Onzakelijke leningarrest*).

HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292, *BNB* 2012/12, m.nt. J.A.R. van Eijnden.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert. (*onzakelijkeleningsarresten*).

HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, *BNB* 2012/127, m.nt. C.J. Hummel.

HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261, m.nt. R.J. de Vries.

HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8247, *BNB* 2013/20, m.nt. C.J. Hummel.

HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, *BNB* 2014/80, m.nt. R.J. de Vries.

HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224, *NFR* 2014/738, m.nt. C.L. van Lindonk.

Gerechtshof

Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4707, *V-N* 2017/7.13.