



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. de heer S. Weeber
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 24 september 2019

**Betreft: NOB-commentaar wetsvoorstel Wet implementatie tweede EU-richtlijn
antibelastingontwijking (35 241)**

Geachte leden van de Commissie,

De Orde heeft met belangstelling kennisgenomen van het bovengenoemde wetsvoorstel. De Orde is verheugd dat haar eerdere commentaar en input in de gesprekken met Financiën is meegenomen in dit wetsvoorstel, ook al zijn lang niet alle vragen beantwoord. De Orde heeft in dit commentaar, naast nieuwe vragen, ook enkele vragen uit het eerdere commentaar opgenomen.

De Orde complimenteert de wetgever met de gestructureerde wijze waarop de implementatie is vormgegeven. Desondanks levert het wetsvoorstel vele vragen op. Niet in de laatste plaats wordt dat veroorzaakt doordat de linking-rules het noodzakelijk maken om ook de buitenlandse fiscale wetgeving te analyseren om een antwoord te geven op vragen over toepassing van de voorgestelde wijzigingen in de Nederlandse wet op de vennootschapsbelasting 1969. Als gevolg hiervan zijn de vragen dan ook vaak geïllustreerd met voorbeelden (al dan niet met verwijzing naar het OESO-rapport BEPS-action 2) en daarbij het verzoek om duidelijkheid te geven. Dit resulteert naar de mening van de Orde hopelijk in antwoorden waar de praktijk, zowel belastingadviseurs als belastinginspecteurs, het meeste houvast aan hebben. De Orde benadrukt dat de voorbeelden geen daadwerkelijke cliënt casussen zijn.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

1

1. Hoofdpunten commentaar

De Orde meent dat:

- De wetteksten zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de tekst van Richtlijn;
- De oorsprongseis duidelijker tot uitdrukking moet komen in de wetteksten;
- Artikel 12ag Wet Vpb 1969 primair geschrapt moet worden en subsidiair beperkt zou moeten worden tot een beperkte set objectieve gegevens. Ook dient extra aandacht te komen voor de rechtsbescherming van belastingplichtigen.

2. Technisch commentaar

Algemeen

1. Aangezien de doelstelling van de Richtlijn is het voorkomen van mismatches tussen de fiscale stelsels van lidstaten en derde landen, doet de Orde de suggestie om, waar mogelijk, de wettekst zoveel mogelijk aan te laten sluiten bij die van de Richtlijn. Dit om te voorkomen dat de wetgeving op zichzelf leidt tot nieuwe onvoorziene mismatches in fiscale regelgeving. De Orde merkt op dat de Richtlijn en de corresponderende Nederlandse wettekst dusdanig complex is dat de onvoorziene negatieve effecten van niet-Richtlijnconforme interpretatie lastig zijn te overzien. Een wettekst die niet overeenkomt met de wetgeving van andere lidstaten zal naar alle waarschijnlijkheid leiden tot onnodige additionele administratieve lasten bij bedrijven en overkill. De Orde zal in zijn commentaar daarom zoveel mogelijk aandringen op een Richtlijnconforme wettekst en interpretatie.
2. De Orde verzoekt de staatssecretaris in navolging van de redactie van Vakstudie-Nieuws (V-N 2019/39.3, blz. 11) in te gaan op de relevantie van het OESO-rapport uit 2017 inzake branch mismatch arrangements (dat pas na aanneming van de richtlijn is gepubliceerd) voor de uitleg van het voorliggende wetsvoorstel.
3. De Orde leest in de Memorie van Toelichting op blz. 17 dat, als Nederland het inkomen van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting op grond van de nationale wet in de heffing zou kunnen betrekken, dat Nederland dat heffingsrecht niet kan uitoefenen als een belastingverdrag zich daartegen verzet. Er wordt daarbij geen onderscheid gemaakt naar verdragen met derde landen en met EU-lidstaten. De Orde meent dat dat in overeenstemming is met punt 11 van de preambule ATAD 2. Artikel 9 lid 5 ATAD 2 spreekt evenwel slechts over verdragen met derde landen. De Orde vraagt te bevestigen dat Nederland ook haar heffingsrecht niet kan uitoefenen indien een belastingverdrag met een andere lidstaat zich daartegen verzet. De Orde verzoekt de staatssecretaris hier nader op in te gaan.

4. In het Nader rapport inzake het voorstel van wet voor de Wet Implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking wordt opgemerkt dat een aanpassing van het Nederlandse kwalificatiebeleid niet mogelijk is omdat een dergelijke aanpassing niet zou voortvloeien uit de richtlijn. De Orde merkt in dat kader op dat de wetgever wel degelijk de bevoegdheid heeft om flankerend aan dit wetsvoorstel (wetgevende) maatregelen te nemen die zien op de kwalificatie van rechtsvormen. De staatssecretaris verwelkomt reacties naar aanleiding van het wetsvoorstel ten aanzien van het kwalificatiebesluit. Mede daarom brengt de Orde de volgende situatie onder de aandacht. Een Nederlandse investeerder houdt participaties in een Europees samenwerkingsverband (fonds). Dit samenwerkingsverband is fiscaal transparant in de lidstaat van vestiging, echter zal op grond van het Nederlandse kwalificatiebeleid doorgaans kwalificeren als niet transparant voor Nederlandse fiscale doeleinden. Door de implementatie van ATAD 2 in de wetgeving van Europese lidstaten kan de Nederlandse investeerder een hybride mismatch veroorzaken. Rentebetalingen vanuit een lidstaat aan het samenwerkingsverband kunnen geraakt worden door de aftrekbeperking. Nederlandse (institutionele) beleggers zullen mogelijk minder welkom zijn in de betreffende fondsen, dan wel zullen deze investeerders geconfronteerd worden met additionele lasten. Immers de verwachting is gerechtvaardigd dat de extra fiscale lasten binnen de fondsstructuur zullen worden verhaald op de investeerders die ze veroorzaken (in dit geval de Nederlandse institutionele beleggers). Het belang van dit probleem wordt vergroot naarmate de investeerders in het fonds als een samenwerkende groep worden aangemerkt (zie in dit verband ook punten 13 en 14 hierna).

Omgekeerde hybride

Artikel I, onderdeel A en B Wetsvoorstel; Artikelen 2 en 9 Wet Vpb 1969

5. Anders dan uit het consultatievoorstel leek te volgen, wordt thans voorgesteld dat een lichaam dat wordt aangemerkt als een omgekeerde hybride entiteit integraal binnenlands belastingplichtig wordt onder aftrek van het aandeel in de winst dat toerekenbaar is aan de participanten die zijn gevestigd in een staat die de omgekeerde hybride entiteit ook als transparant beschouwen. In de MvT wordt hierover opgemerkt dat hier aansluiting is gezocht bij de systematiek die ook geldt voor de open commanditaire vennootschap. De Orde vraagt zich af hoe zich dit verhoudt tot HR 7 juli 1982, BNB 1982/268 waarin de Hoge Raad heeft beslist dat de belastingplicht van een open commanditaire vennootschap zich alleen uitstrekt tot het deel van de winst dat toekomt aan de commanditaire vennoten. De Orde verzoekt de staatssecretaris te bevestigen dat voornoemd arrest van de Hoge Raad ook na invoering van het wetsvoorstel leidend blijft voor de fiscale behandeling van de open commanditaire vennootschap maar niet van toepassing is op de omgekeerde hybride omdat laatstgenoemde integraal belastingplichtig is.
6. Gegeven de integrale belastingplicht van een omgekeerde hybride entiteit, verzoekt de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat de omgekeerde hybride entiteit vanuit

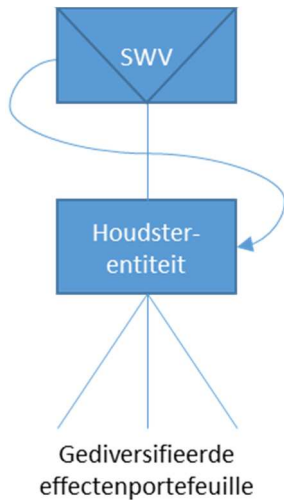
Nederlandse optiek wordt beschouwd als inwoner van Nederland voor de toepassing van (Nederlandse) belastingverdragen en dat zij desgewenst een woonplaatsverklaring kan verkrijgen.

7. Voor het aanmerken van een lichaam als omgekeerde hybride entiteit wordt thans in het voorgestelde artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 aangesloten bij de stemrechten, kapitaalbelangen of winstrechten in dat lichaam in die zin dat ten minste 50 procent van de stemrechten, kapitaalbelangen of winstrechten wordt gehouden door een of meer gelieerde participanten die zijn gevestigd in een staat die het lichaam als niet transparant beschouwt. In het tweede deel van die bepaling komt vervolgens tot uitdrukking dat als voorwaarde geldt dat de winst van het lichaam voor Nederlandse belastingdoelen zonder toepassing van het twaalfde lid toerekenbaar is aan de participanten. Het is de Orde niet geheel duidelijk of het daarbij ook nog van belang is dat ten minste 50 procent van de winst toerekenbaar is aan voornoemde *gelieerde* participanten. Indien dat de bedoeling is stelt de Orde voor dat uitdrukkelijker in de wet tot uitdrukking te laten komen en de tekst als volgt aan te passen: *‘(...) en de winst van dat lichaam voor Nederlandse belastingdoeleinden zonder toepassing van deze bepaling toerekenbaar is aan de participanten waarbij ten minste 50% van de winst van dat lichaam toerekenbaar is aan voornoemde houders van de stemrechten, kapitaalbelangen, onderscheidenlijk winstrechten in dat lichaam.’*
8. Zou het vorenstaande anders zijn, dan kan er naar de mening van de Orde sprake zijn van overkill, juist omdat een hybride mismatch de facto alleen ontstaat bij een kwalificatieverschil tussen de vestigings- of oprichtingsstaat van het samenwerkingsverband en de vestigingsstaat van de winstgerechtigde participant. In een situatie waarin een of meer gelieerde entiteiten weliswaar meer dan 50 procent van de stemrechten bezitten maar juist de niet-gelieerde participanten gerechtigd zijn tot de winst (stemgerechtigdheid en winstgerechtigdheid lopen dus uit elkaar), zal er zonder de hiervoor genoemde toevoeging in de voorgestelde definitie desondanks sprake zijn van een omgekeerde hybride entiteit die in beginsel integraal belastingplichtig is. Indien dan vervolgens op grond van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 uitsluitend een aftrek kan worden geclaimd voor het gedeelte van de winst dat bij participanten in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken, zal geen aftrek kunnen worden geclaimd voor de winst die uiteindelijk toekomt aan niet-gelieerde participanten die de omgekeerde hybride entiteit als niet transparant kwalificeren, terwijl in de situatie dat het stemrecht zou toekomen aan de participanten naar rato van hun winstgerechtigdheid geen sprake zou zijn geweest van een omgekeerde hybride entiteit en daarmee ook niet van integrale belastingplicht.
9. Indien een lichaam als gevolg van inwerkingtreding van het gewijzigde artikel 2 Wet Vpb 1969 dan wel op enig moment daarna wordt aangemerkt als omgekeerde hybride en de

binnenlandse belastingplicht van dat lichaam daardoor een aanvang neemt, vraagt de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat de omgekeerde hybride een step-up krijgt van de fiscale boekwaarden voor Nederlandse belastingdoeleinden.

10. Daarnaast vraagt de Orde zich af wat rechtens is indien de binnenlandse belastingplicht van een omgekeerde hybride wordt beëindigd in de volgende situatie. Op enig moment wordt niet meer voldaan aan de definitie van een omgekeerde hybride entiteit in de zin van artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 doordat een gelieerde participant die de omgekeerde hybride als non transparant beschouwt, zijn belang verkleint ten gunste van een niet gelieerde participant of een participant die de entiteit als transparant beschouwt, waardoor niet langer aan het 50%-criterium wordt voldaan. De Orde vraagt zich af of dit leidt tot een eindafrekening bij de omgekeerde hybride entiteit onder aftrek van het aandeel van die eindafrekening dat toerekenbaar is aan de participanten die zijn gevestigd in een staat waar de winst van de omgekeerde hybride entiteit bij die participanten is belast.
11. Tijdens het (voort)bestaan van de belastingplicht als omgekeerd hybride kan de gerechtigdheid van de participanten die de entiteit als transparant zien wijzigen, zowel opwaarts als neerwaarts. Als voorbeeld noemt de Orde een situatie waarin een omgekeerde hybride entiteit voor 20 procent (winstgerechtigdheid) wordt gehouden door een participant die de entiteit als transparant ziet. Op enig moment breidt die participant haar belang uit tot 40 procent. Dit leidt tot een uitbreiding van het aftrekrecht van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969. De Orde vraagt zich af of bij de toepassing van deze aftrek nog rekening dient te worden gehouden met winsten die weliswaar worden gerealiseerd in de periode na genoemde wijziging in de winstgerechtigdheid maar afkomstig zijn uit de periode waarin een groter deel van de winstgerechtigdheid lag bij participanten waarvoor geen aftrekrecht bestaat. In dit kader wil de Orde erop wijzen dat uiteraard ook de omgekeerde situatie zich kan voordien, te weten de situatie waarin juist de participanten waarvoor geen aftrekrecht bestaat hun belang (winstgerechtigdheid) uitbreiden. Kan de staatssecretaris aangeven of voor dit soort situaties bij de toepassing van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 een vorm van compartimentering dient te worden toegepast en dus de aftrek dient te worden gecorrigeerd (zowel positief als negatief, afhankelijk van de situatie) met een deel van de winst afkomstig uit een periode waarin een andere verdeling van de winstgerechtigdheid van toepassing was tussen de participanten die de entiteit als transparant en non transparant zien?
12. De Orde vraagt zich af hoe het begrip ‘*effect*’ in het voorgestelde artikel 2 lid 13 Wet Vpb 1969 dient te worden uitgelegd. Kan voor het begrip worden aangesloten bij artikel 1:1 Wft? De Orde verzoekt daarnaast toe te lichten hoe de begrippen ‘*ruime verspreiding*’ en ‘*gediversifieerde effectenportefeuille*’ dienen te worden uitgelegd. Kan hier ook sprake van zijn indien de gediversifieerde effectenportefeuille door tussenkomst van een

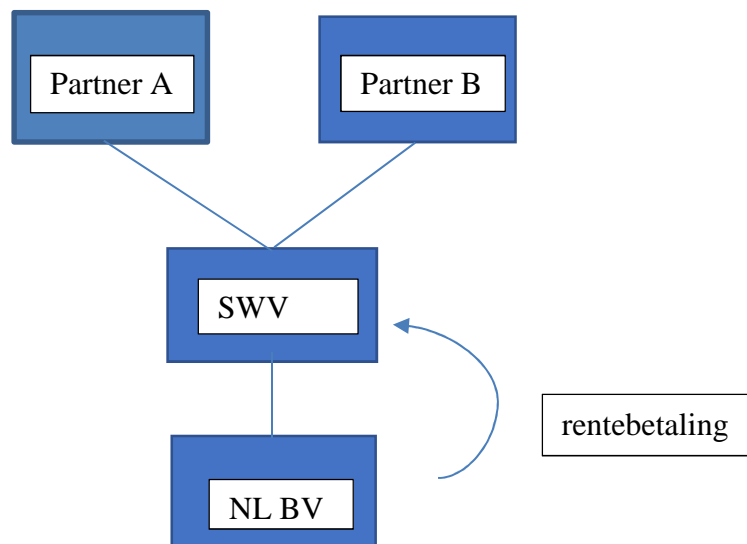
houdsterentiteit (bijvoorbeeld een BV) wordt gehouden, zoals afgebeeld in onderstaand voorbeeld?



Vergoedingen of betalingen aan een hybride lichaam

Artikel I, onderdeel C Wetsvoorstel; artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969

13. Gelet op het volgende voorbeeld vraagt de Orde zich af wat voor de toepassing van artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt bedoeld met de ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam (op basis van artikel 12aa lid 2 Wet Vpb 1969).

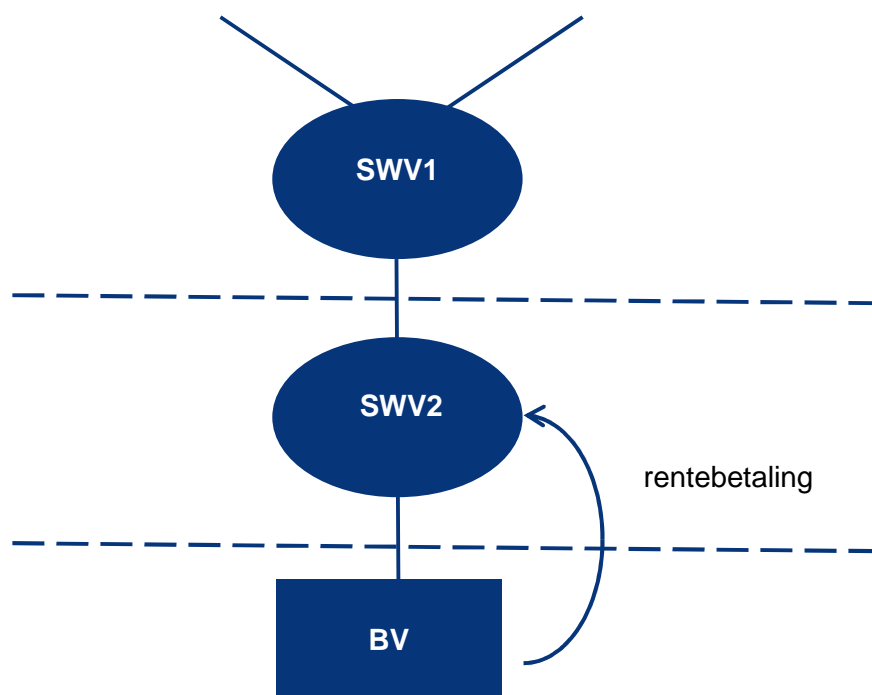


Het SWV wordt in de vestigingsstaat van het SWV als transparant aangemerkt. Het SWV wordt door Partner A, gevestigd in staat A, als niet-transparant gekwalificeerd en door Partner B, gevestigd in staat B, wordt het SWV als transparant gekwalificeerd. NL BV betaalt rente aan SWV. Artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 is dus mogelijk alleen

van toepassing ten aanzien van Partner A nu er alleen sprake is van een kwalificatieverschil tussen de vestigingsstaat van het SWV en de vestigingsstaat van Partner A. De Orde vraagt zich in bovenstaande casus af welke partijen in het kader van artikel 12aa lid 2 Wet Vpb 1969 gelieerd moeten zijn met NL BV. In dit verband komt het de Orde logisch voor dat, afgezien van een gestructureerde regeling, in overeenstemming met de aanbevelingen van BEPS 2, gelieerdheid dient te bestaan zowel tussen NL BV en het SWV als tussen NL BV en Partner A. De Orde verzoekt de staatssecretaris deze zienswijze te bevestigen.

Indien naar de mening van de staatssecretaris in bovenstaand voorbeeld toch alleen de gelieerdheid tussen Nederland en het SWV al voldoende is voor het toepassen van artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 zou dit betekenen dat in een situatie waar het SWV een beleggingsfonds is waarin door een Nederlandse investeerder wordt geparticipeerd een aftrek in Nederland al wordt geweigerd indien, zoals veelal het geval zal zijn, het beleggingsfonds in de vestigingsstaat als transparant kwalificeert terwijl het beleggingsfonds vanuit Nederlandse optiek, zoals dat ten gevolge van de Nederlandse kwalificatieregels ook veelal het geval zal zijn, als entiteit wordt aangemerkt. Dit kan naar de mening van de Orde niet de bedoeling zijn van de voorgestelde regeling, zeker niet indien geen sprake is van gelieerdheid tussen de Nederlandse belastingplichtige en de Nederlandse participant in het SWV.

14. In het verlengde van vorenstaande vraagt de Orde nog aandacht voor de volgende situatie. Een soortgelijke structuur als hiervoor beschreven doet zich voor bij beleggingsfondsen, waarbij het beleggingsfonds gestructureerd is als een SWV. In het SWV wordt deelgenomen door een veelheid aan participanten (beleggers). In dit kader vraagt de Orde te bevestigen dat het enkele feit dat deze beleggers als participant deelnemen in het SWV dat is geïnitieerd en/of wordt beheerd door één beheerder op zichzelf nog niet meebrengt dat de participanten in het SWV als een samenwerkende groep worden aangemerkt. In de visie van de Orde kan in deze situatie slechts sprake zijn van een samenwerkende groep als de investeerders onderling afspraken hebben gemaakt over de uitoefening van hun zeggenschap in het beleggingsfonds op een zodanige wijze dat zij de activiteiten van het beleggingsfonds gezamenlijk kunnen bepalen. De Orde verzoekt de staatssecretaris dit te bevestigen.
15. De Orde verzoekt om in de MvT een nadere invulling te geven aan het in artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 gehanteerde begrip ‘lichaam (...) dat een *participatie* heeft in het hybride lichaam’. Ziet het begrip ‘participatie’ uitsluitend op een directe participatie of ook op een indirecte participatie? Te denken valt aan de volgende situatie:



SWV1 houdt een belang in SWV2. Beiden SWVs worden voor Nederlandse belastingdoeleinden als niet-transparante entiteiten aangemerkt. BV doet een betaling aan SWV2. De staten van vestiging van beiden SWVs kwalificeren beiden SWVs als transparante entiteiten. Er is derhalve geen verschil in toerekening van BV's betaling aan SWV2 in SWV2's staat van vestiging en de staat van vestiging van haar participant (te weten SWV1). De Orde verzoekt de staatssecretaris de toepassing van artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 in deze casus te verduidelijken.

Vergoedingen of betalingen door een hybride lichaam

Artikel I, onderdeel B; artikel 12aa lid 1 onderdeel e Wet op de Vpb 1969

16. De Orde merkt op dat in het kader van de in de MvT aangehaalde oorsprongseis de aftrek zonder betrekking in de heffing het gevolg moet zijn van de hybride mismatch. In tegenstelling tot de wettekst van de 12aa lid 1 onderdelen a, b en c Wet Vpb 1969 komt dit niet tot uitdrukking in de wettekst van onderdelen d en e van dit artikellid. De Orde stelt voor de wettekst als volgt te verduidelijken:

- 'd. vergoedingen of betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg van het buiten beschouwing blijven van de vaste inrichting.*
- e. vergoedingen of betalingen door een hybride lichaam voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing doordat de vergoedingen of betalingen bij of*

krachtens de wet van de staat van de ontvanger buiten beschouwing blijven als gevolg van het verschil in kwalificatie van het hybride lichaam bij of krachtens de wetgeving van Nederland en de staat van de ontvanger;'.

Vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen voor zover die leiden tot een dubbele aftrek
Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969

17. Artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969 (de dubbele aftrek) vereist volgens de letterlijke tekst van de wet niet dat er sprake is van een dubbele aftrek als gevolg van een hybride mismatch. Gelet op de oorsprongseis zoals geformuleerd op pag. 6 van de MvT zou dit naar de mening van de Orde ook moeten gelden voor situaties van dubbele aftrek mede gelet op de definitie van artikel 12ac lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969. Hierbij kan worden gedacht aan de volgende situatie. Indien het netto-inkomen van een BV tevens als CFC inkomen bij een buitenlandse entiteit in aanmerking wordt genomen, zou gesteld kunnen worden dat de kosten die bij BV in aftrek worden gebracht tevens (indirect) in aftrek worden gebracht in een andere staat. Het voorgaande kan eveneens een rol spelen indien een in het buitenland gevestigd lichaam in Nederland een vaste inrichting heeft en alhier verliezen lijdt. Indien in het land van vestiging van het buitenlandse hoofdhuis vaste inrichtingsverliezen aftrekbaar zijn met toepassing van een inhaalregeling (zoals in Nederland het geval was voor de invoering van de objectvrijstelling), is sprake van een dubbele aftrek van verliezen. De Orde verzoekt om bevestiging dat in dergelijke gevallen deze verliezen niet in Nederland van aftrek worden uitgesloten op grond van artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969. Artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969 zou niet van toepassing moeten zijn indien er door andere oorzaken - dan een hybride mismatch - sprake is van een dubbele aftrek. De Orde stelt daarom voor de wettekst als volgt te verduidelijken:

'g. vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen voor zover die leiden tot een dubbele aftrek als gevolg van een hybride mismatch.'

18. De Orde verwijst naar voorbeeld 3 in onderdeel 4.1.3 van de MvT. In dit voorbeeld participeert A Co, gevestigd in Staat A, in SWV, gevestigd in Staat B. SWV heeft een lening aangetrokken van een bank en betaalt rente aan de bank. Staat B beschouwt SWV als niet-transparant en als in Staat B gevestigd. De rente is aftrekbaar in Staat B. Staat A beschouwt SWV als transparant en betreft het resultaat van SWV bij A Co in de heffing. Dit betekent dat de rente ook op niveau van A Co aftrekbaar is. In dit voorbeeld is er effectief sprake van een dubbele aftrek (net als in voorbeeld 8 in onderdeel 4.3.4 van de MvT).

Bovenstaand voorbeeld vermeldt niet waarvoor het geleende geld door SWV aangewend. Stel dat SWV het gehele bedrag met een zakelijke rentemarge (maar anderszins onder

gelijke condities) doorleent aan A Co. Op het niveau van SWV staat tegenover de aftrek van de rente betaald aan de bank (stel: 100) een hoger bedrag aan rente ontvangen van A Co (stel: 105). A Co brengt de rente betaald aan SWV niet in aftrek, omdat Staat A SWV als transparant beschouwt. Zodoende heeft SWV effectief een netto rente-inkomen van 5 in Staat B en geniet A Co een aftrek van 100 in Staat A. Er is aldus effectief geen sprake van een dubbele aftrek of anderszins van een fiscaal voordeel voor SWV of A Co. De Orde vraagt de Staatssecretaris te bevestigen dat in dit geval geen sprake is van ‘dubbele aftrek’ in de zin van artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969.

De Orde benadrukt dat een andere lezing die tot gevolg zou hebben dat de rente niet aftrekbaar zou zijn op het niveau van SWV, tot gevolg zou hebben dat SWV en A Co gezamenlijk effectief geen aftrek genieten ten aanzien van de rentelast betaald aan de bank. SWV zou namelijk een belastbaar inkomen hebben van 105 in Staat B en A Co een aftrek van 100 in Staat A. Gezamenlijk zou derhalve een positief belastbaar inkomen van 5 moeten worden gerapporteerd, terwijl de groep als geheel een rentelast van 100 verschuldigd is. In plaats van een aftrek van 100 op groepsniveau, zouden SWV en Lichaam X gezamenlijk juist belasting verschuldigd zijn over een positief inkomen van 5. Zoals valt af te leiden uit de Richtlijn (overweging 12 van de preambule) en het BEPS-action 2 rapport (paragraaf 200), dient enige correctie te leiden tot een proportionele uitkomst en niet tot (economische) dubbele heffing. De Orde vraagt de Staatssecretaris te bevestigen dat deze uitkomst door één van bovenstaande lezingen wordt voorkomen.

19. Eenzelfde problematiek doet zich voor in de volgende situatie. Een moedervernootschap in Staat A houdt de aandelen in een Nederlandse dochtervernootschap. De Nederlandse dochtervernootschap is vanuit het perspectief van Staat A transparant. De Nederlandse dochtervernootschap verricht R&D-activiteiten ten behoeve van de moedervernootschap in Staat A. Zij wordt daarvoor beloond op cost-plus basis, stel 5 procent. Indien de Nederlandse dochtervernootschap 100 kosten maakt, krijgt zij 105 van haar moedervernootschap. Nederland belast 5. In Staat A wordt 100 ten laste van de winst gebracht; de betaling van 105 is vanuit Staat A non-existent. Gesteld zou kunnen worden dat de 100 kosten tweemaal in aanmerking worden genomen. De Orde meent echter dat in dit geval de 100 kosten als een transitorische post zouden moeten worden beschouwd, waardoor geen sprake is van een dubbele aftrek als bedoeld in artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969. De Orde vraagt dit te bevestigen, omdat andere economische dubbele heffing ontstaat.
20. Gezien het belang voor de praktijk, vraagt de Orde om een uitwerking bij de volgende samenloop. Een rentelast is in jaar 1 in aftrek geweigerd. In jaar 2 wordt alsnog aftrek toegestaan op grond van artikel 12af Wet Vpb 1969 (dubbel in aanmerking genomen inkomen in een later jaar, zie ook het voorbeeld op pagina 83 van de MvT bij het wetsvoorstel). De Orde vraagt in welk jaar getoetst dient te worden of de rente mogelijk

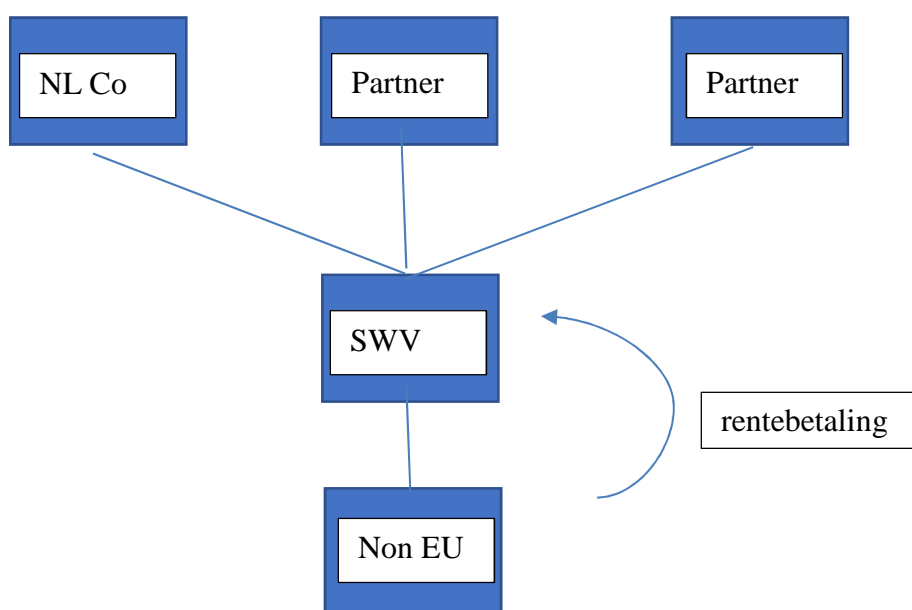
op basis van artikel 15b Wet Vpb 1969 (de EBITDA-renteaftrekbeperking) niet in aftrek gebracht kan worden? Is dit in jaar 1, het jaar waarin de rente is verschuldigd en/of is dit jaar 2, het jaar dat de aftrek effectief plaatsvindt? De Orde verzoekt de samenloop tussen artikel 15b en artikel 12af Wet Vpb 1969 door middel van een voorbeeld uit te werken.

Staat van de ontvanger

Artikel I, onderdeel C (artikel 12ab, lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

21. Gelet op de volgende voorbeelden vraagt de Orde zich af of en in hoeverre Nederland voor de toepassing van artikel 12ab als staat van de ontvanger wordt aangemerkt.

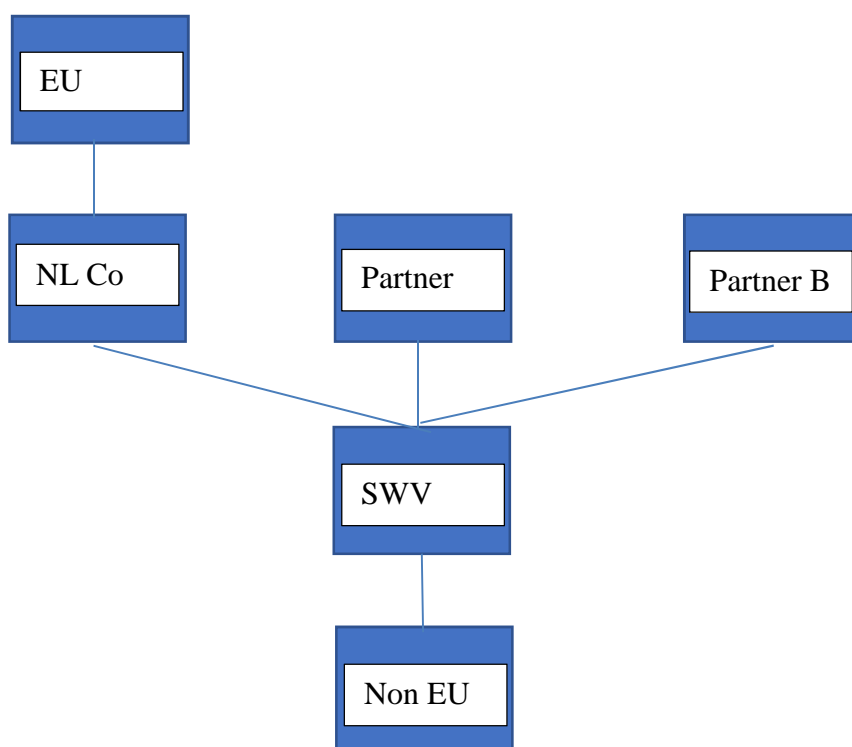
Voorbeeld A



SWV wordt in de vestigingsstaat van het SWV als transparant aangemerkt. Het SWV wordt door zowel NL Co (gevestigd in Nederland) als Partner A, gevestigd in staat A, als niet-transparant gekwalificeerd en door Partner B, gevestigd in staat B, wordt het SWV als transparant gekwalificeerd. Gelet op kwalificatiemismatch tussen Nederland/staat A en de staat van het SWV, is het SWV op basis van de definitie van artikel 12ac lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969 een hybride lichaam. Non EU betaalt rente aan het SWV. Nederland en staat A pakken de betaling aan het SWV niet op waardoor artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 in zoverre van toepassing zou zijn geweest indien Nederland de staat van de betaler zou zijn geweest. Ervan uitgaande dat Non EU geen bepaling kent vergelijkbaar met artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 zal de secundaire regel van artikel 12ab Wet Vpb 1969 van toepassing zijn indien Nederland als staat van de ontvanger wordt aangemerkt. Uit artikel 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 volgt dat de staat van de ontvanger is de staat waarin de vergoedingen of betalingen worden ontvangen of worden

beschouwd als te zijn ontvangen bij of krachtens de wet van enige andere staat. De Orde leidt uit de toelichting af dat deze term een ruime strekking heeft. Hoewel Nederland zichzelf niet beschouwt als de staat van de ontvanger, beschouwt de staat van het SWV Nederland juist wel als de staat van de ontvanger. De Orde gaat er daarom vanuit dat Nederland in bovenstaand voorbeeld inderdaad kwalificeert als staat van de ontvanger. Het is de Orde echter niet duidelijk voor welk deel Nederland als staat van de ontvanger wordt aangemerkt, juist gegeven het feit dat in de omgekeerde situatie, te weten de situatie waarin Nederland de staat van de betaler zou zijn, artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 zich uitstrekt tot de betalingen die toekomen aan alle participanten die het SWV als non transparant beschouwen (uitgaande van gelieerdheid of een gestructureerde regeling). Het komt de Orde echter voor dat bij toepassing van de secundaire regel Nederland uitsluitend voor haar aandeel in het SWV het rentebestanddeel dient op te pakken. De Orde verzoekt de staatssecretaris deze zienswijze te bevestigen en de tekst van de wet dienovereenkomstig aan te passen door toevoeging van de zin: *‘Indien de vergoedingen of betalingen worden gedaan aan of door een hybride lichaam, kan Nederland uitsluitend voor haar aandeel in het hybride lichaam als staat van de ontvanger worden aangemerkt.’*

Voorbeeld B



SWV wordt in de vestigingsstaat van het SWV als transparant aangemerkt. Het SWV wordt door zowel NL Co (gevestigd in Nederland) als Partner A, gevestigd in staat A, als niet-transparant gekwalificeerd en door EU Parent en Partner B, gevestigd in staat B, wordt

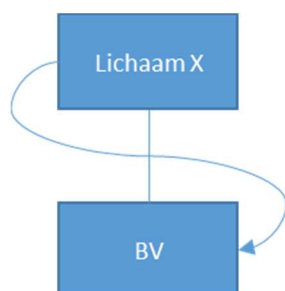
het SWV als transparant gekwalificeerd. Gelet op kwalificatiemismatch tussen Nederland/staat A en de staat van het SWV, is het SWV op basis van de definitie van artikel 12ac lid 1 onderdeel g Wet Vpb 1969 een hybride lichaam. Non EU betaalt rente aan het SWV. Evenals in het voorgaande voorbeeld pakken Nederland en staat A de betaling aan het SWV niet op waardoor artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 in zoverre van toepassing zou zijn geweest indien Nederland de staat van de betaler zou zijn geweest. Ervan uitgaande dat Non EU geen bepaling kent vergelijkbaar met artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 zal de secundaire regel van artikel 12ab Wet Vpb 1969 van toepassing zijn indien Nederland als staat van de ontvanger wordt aangemerkt. In de geschetste situatie beschouwt Nederland (en staat A) zichzelf niet als de staat van de ontvanger. Anders dan in het voorgaande voorbeeld beschouwt de staat van het SWV Nederland ook niet als staat van de ontvanger (disregarded entity) maar de staat van EU Parent. De staat van EU Parent daarentegen ziet, gegeven de transparante kwalificatie van het SWV door EU Parent, juist Nederland als de staat van de ontvanger. Ervan uitgaande dat ook de staat van EU Parent een bepaling vergelijkbaar met artikel 12ab Wet Vpb 1969 in haar wetgeving heeft opgenomen, is het de Orde niet duidelijk welke staat in dit voorbeeld de secundaire regel dient toe te passen ten aanzien van de rentestroom die indirect aan Nederland en de EU Parent toekomt nu de betaling door beide staten wordt beschouwd te zijn ontvangen krachtens de wet van enige andere staat. Het komt de Orde logisch voor dat in een dergelijke situatie de staat van de ontvanger wordt bepaald door de partijen waar de hybride mismatch ontstaat, dat wil zeggen in casu de staat van het SWV en Nederland. Dit betekent dat EU Parent de secundaire regel dient toe te passen. De Orde verzoekt de staatssecretaris hier nader op in te gaan.

Definities

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969

22. De Orde leest in de MvT dat van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ slechts sprake is indien de niet-heffing het gevolg is van een hybride mismatch (oorsprongeis). De Orde wijst in dit kader op een voorbeeld van aftrek zonder betrekking in de heffing waarbij niet aan de oorsprongeis wordt voldaan.

Voorbeeld C



De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Lichaam X heeft een lening verstrekt aan een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij (BV). BV doet een rentebetaling aan Lichaam X uit hoofde van deze lening. Volgens de wetgeving van Nederland en staat X kwalificeert de betaling als rente en kwalificeren BV en Lichaam X als niet-transparant. De Orde concludeert dat geen sprake is van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ in elk van de volgende situaties, daar er niet is voldaan aan de oorsprongseis:

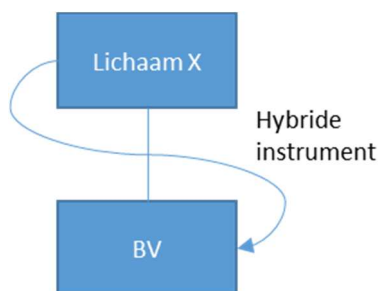
- 1) Lichaam X is subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het land van vestiging (bijvoorbeeld een pensioenfonds).
- 2) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie met een offshore regime waardoor de rente-inkomsten niet tot de grondslag behoren.
- 3) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie dat geen vennootschapsbelasting heft.

De Orde stelt voor de oorsprongseis in de wettekst van artikel 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 op te nemen door middel van de volgende aanpassing:

‘a. af trek zonder betrekking in de heffing: de situatie waarbij zonder toepassing van de artikelen 12aa of 12ab vergoedingen of betalingen rechtens dan wel in feite direct of indirect in af trek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting en waarbij die vergoedingen of betalingen niet in een naar de winst geheven belasting worden betrokken in de staat waarin die vergoedingen of betalingen worden ontvangen of worden beschouwd als te zijn ontvangen bij of krachtens de wet van enige andere staat (staat van de ontvanger) als gevolg van een hybride mismatch, waarbij vergoedingen of betalingen uit hoofde van een financieel instrument niet worden beschouwd als te zijn betrokken in een naar de winst geheven belasting voor zover een lichaam met betrekking tot die vergoedingen, onderscheidenlijk betalingen, vanwege de wijze waarop die vergoedingen, onderscheidenlijk betalingen, bij of krachtens de wet in de staat van de ontvanger worden gekwalificeerd in aanmerking komt voor een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening of teruggave van belasting die geen verrekening, onderscheidenlijk teruggave, is van bronbelastingen.’

Daarnaast vraagt de Orde aandacht voor een drietal voorbeelden waarin naar de mening van de Orde geen sprake is van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ omdat niet is voldaan aan de oorsprongseis.

Voorbeeld D



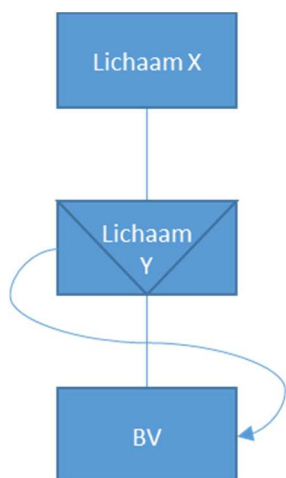
Zie voorbeeld C, echter volgens de wetgeving van staat X kwalificeert de betaling als een dividenduitkering. Bij dit voorbeeld onderscheidt de Orde wederom een drietal scenario's:

- 1) Lichaam X is subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het land van vestiging (bijvoorbeeld een pensioenfonds).
- 2) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie met een offshore regime waardoor de inkomsten niet tot de grondslag behoren.
- 3) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie dat geen vennootschapsbelasting heft.

In alle bovenstaande gevallen wordt de betaling feitelijk niet in de heffing betrokken. Ook is sprake van een hybride financieel instrument. De betaling was echter ook niet in de heffing betrokken als het instrument geen hybride karakter had gehad. Ten aanzien van scenario 1 verwijst de Orde naar Example 1.5 van het BEPS 2 rapport. Hieruit valt af te leiden dat scenario 1 volgens de OESO wel leidt tot een hybride mismatch omdat ook geen sprake was geweest van heffing bij het ontvangende lichaam indien het lichaam aan het reguliere winstbelastingregime onderworpen was geweest. De Orde merkt op dat de Richtlijn vereist dat de wetgeving proportioneel wordt toegepast en niet verder gaat dan noodzakelijk om het doel te bereiken, zoals in overeenstemming met het primaire Unierecht (zie onder andere overwegingen 12 en 27 van de Preambule). Omdat de betaling ook niet in de heffing was betrokken als de mismatch zich niet had voorgedaan, is de Orde van mening dat er in dit geval niet voldaan is aan de oorsprongseis zoals beschreven in de toelichting op het wetsvoorstel. De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat geen sprake is van *'aftrek zonder betrekking in de heffing'*.

Ten aanzien van scenario 2 en scenario 3 verwijst de Orde naar Example 1.7 respectievelijk Example 1.6 van BEPS 2, waarin wordt vastgesteld dat deze situaties niet leiden tot een hybride mismatch. De Orde verzoekt ook voor deze situaties te bevestigen dat geen sprake is van *'aftrek zonder betrekking in de heffing'* omdat niet is voldaan aan de oorsprongseis.

Voorbeeld E



Zie voorbeeld C, echter houdt Lichaam X het belang in BV middels een samenwerkingsverband gevestigd in staat Y (Lichaam Y). De lening is door Lichaam Y verstrekt. Lichaam Y kwalificeert als non-transparant volgens de wetgeving van land X, echter als transparant volgens de wetgeving van land Y. In dit kader onderscheidt de Orde wederom een drietal scenario's:

- 1) Lichaam X is subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het land van vestiging (bijvoorbeeld een Nederlands pensioenfonds).
- 2) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie met een offshore regime waardoor de inkomsten effectief niet tot de grondslag behoren.
- 3) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie dat geen vennootschapsbelasting heft.

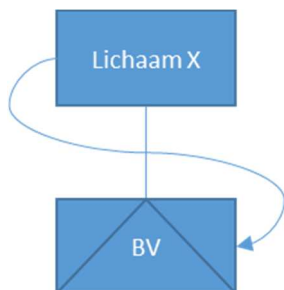
In alle bovenstaande gevallen wordt de betaling niet feitelijk in de heffing betrokken. Ook is sprake van een betaling aan een hybride entiteit (Lichaam Y). De betaling was echter ook niet in de heffing betrokken als Lichaam Y geen onderdeel had uitgemaakt van de structuur (vergelijk voorbeeld C) of als Lichaam Y fiscaal transparant was geweest naar de wetgeving van staat X (in zulk geval zou zich geen hybride mismatch voordoen). De Orde verwijst naar Example 4.1 van het BEPS 2 rapport, waarin expliciet wordt opgemerkt dat een dergelijke situatie geen hybride mismatch oplevert. Daarnaast verwijst de Orde naar overweging 18 van de Preambule van de Richtlijn, waarin tevens wordt bevestigd dat dergelijke situaties niet leiden tot een hybride mismatch. Dit omdat de niet-heffing zijn oorsprong vindt in de vrijgestelde status van de ontvanger, en niet in de mismatch.¹ De

¹ (18) ... De definitie van hybridemismatch dient slechts van toepassing te zijn als de mismatch het gevolg is van verschillen in de regels betreffende de toerekening van betalingen krachtens de wetgeving van de twee rechtsgebieden, en een betaling dient geen aanleiding te geven tot een hybridemismatch als hoe dan ook een hybridemismatch was ontstaan als gevolg van de belastingvrije status van de ontvanger uit hoofde van de wetgeving van een rechtsgebied van de ontvanger.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Orde verzoekt voor deze situaties te bevestigen dat geen sprake is van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ omdat niet is voldaan aan de oorsprongseis.

Voorbeeld F



Zie voorbeeld C, echter volgens de wetgeving van staat X kwalificeert BV als transparant. In dit kader onderscheidt de Orde een tweetal scenario's:

- 1) Lichaam X is subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het land van vestiging (bijvoorbeeld een pensioenfonds).
- 2) Lichaam X is gevestigd in een jurisdictie met een offshore regime waardoor de inkomsten effectief niet tot de grondslag behoren.

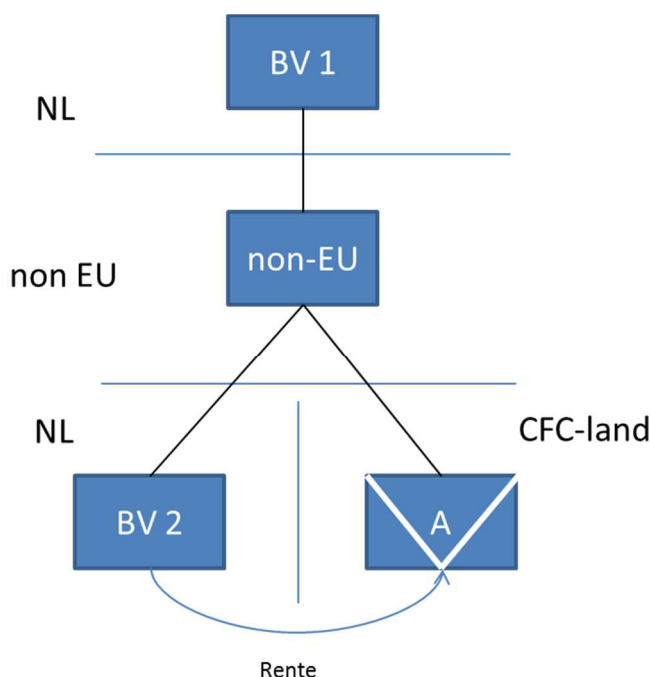
In beide gevallen wordt de betaling niet feitelijk in de heffing betrokken. Ook is sprake van een betaling door een hybride entiteit (BV). De betaling was echter ook niet in de heffing betrokken als de hybride mismatch zich niet had voorgedaan (zie ook het commentaar bij voorgaande voorbeelden). De Orde verwijst in dit kader naar overweging 20 van de Preambule van de Richtlijn, waarin wordt gesteld dat dergelijke situaties niet leiden tot een hybride mismatch. Dit omdat de niet-heffing zijn oorsprong vindt in de vrijgestelde status van de ontvanger, en niet in de mismatch.² De Orde verzoekt voor deze situaties te bevestigen dat geen sprake is van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’ omdat niet is voldaan aan de oorsprongseis.

23. In verband met het voorgaande vraagt de Orde ook aandacht voor de positie van real estate investment trusts (‘REITs’), dit zijn lichamen die direct of indirect investeren in onroerende zaken en zijn onderworpen aan een speciaal regime welk regime voorziet in een vrijstelling, dan wel een 0%-tarief, dan wel een aftrek van uitgekeerde dividenden. Het effect van deze regimes is dat effectief geen winstbelasting is verschuldigd op het niveau van het lichaam (zie ook het arrest van het HvJ Wereldhave (C-448/15)). De Orde verzoekt de staatssecretaris te bevestigen dat in de situaties als hierboven beschreven (voorbeelden C t/m F) een REIT voor de vraag of sprake is van ‘*af trek zonder betrekking in de heffing*’

² (20) ... Zoals het geval is voor andere mismatches door hybride entiteiten en bijkantoren die aanleiding geven tot resultaten van aftrek zonder betrekking in de heffing, is er geen sprake van een hybridemismatch als de ontvanger krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger vrijgesteld is van belastingen.

hetzelfde dient te worden behandeld als een subjectief vrijgesteld lichaam (scenario 1 in ieder voorbeeld).

24. De Orde wil graag benadrukken dat de vereisten om een CFC-heffing aan te merken als ‘een betrekking in de heffing’ zeer streng zijn en in bepaalde situaties tot een onredelijke uitkomst kan leiden. Ter illustratie wordt hieronder een voorbeeld geschetst van de gevolgen van ATAD 2 in combinatie met de Nederlandse CFC Regeling:



Situatie:

A wordt als een transparante entiteit aangemerkt voor doeleinden van de belastingwetgeving in het CFC-land.

A wordt als een niet transparante entiteit gezien vanuit NL fiscaal perspectief.

A wordt tevens als een niet transparante entiteit gezien vanuit non-EU fiscaal perspectief.

A ontvangt passieve inkomsten, welke vanwege de Nederlandse CFC-regeling in de Nederlands Vpb heffing worden betrokken. Doordat de Nederlandse CFC heffing voorziet in een credit voor de in CFC-land betaalde winstbelasting, zou de Nederlandse CFC heffing op grond van de opmerkingen in de MvT (pagina 59 / 60) m.b.t. de inkomsten van A niet als ‘betrekking in de heffing’ kunnen worden aangemerkt. Het gevolg zou zijn dat BV 2 een betaling doet een hybride lichaam die resulteert in aftrek zonder betrekking in de heffing. Hierdoor zou de betaling op het niveau van BV 2 niet aftrekbaar zijn terwijl over deze inkomsten o.b.v. de Nederlandse CFC-wetgeving op het niveau van BV 1 wel vennootschapsbelasting wordt geheven.

Met het bovenstaande voorbeeld wil de Orde benadrukken dat de huidige regelgeving m.b.t. het begrip ‘*betrekking in de heffing*’ onevenwichtig kan uitwerken. De Orde vraagt of de wetgever de invulling van het begrip ‘*betrekking in de heffing*’ wil herzien.

25. Op basis van het huidige concept wordt een vergoeding of betaling die op basis van een CFC-regime in de heffing wordt betrokken uitsluitend als ‘betrokken in de heffing’ beschouwd indien deze vergoeding of betaling als zodanig volledig tegen het reguliere statutaire tarief in de heffing is betrokken en er met betrekking tot die vergoeding of betaling geen recht op verrekening van winstbelasting bestaat (pagina 59-60 van de MvT). De Orde is van mening dat (gelijk aan vergoedingen die rechtstreeks bij de ontvanger in de heffing worden betrokken) een voor zover-benadering in dit verband meer op zijn plaats is. Zo zou naar de mening van de Orde bij een regime dat een grondslagvermindering kent ten minste dat gedeelte van het inkomen dat op basis van de desbetreffende CFC-wetgeving wel in de heffing wordt betrokken ook voor doeleinden van artikel 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 als ‘*betrokken in de heffing*’ moeten worden beschouwd. De Orde verzoekt het concept op dit punt te herzien. De Orde wil hierbij benadrukken dat het BEPS 2 rapport ruimte biedt voor een dergelijke voor zover-benadering.

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969

26. De Orde vraagt aandacht voor de situatie van een vaste inrichting die op grond van de belastingwetgeving in de staat waar de vaste inrichting is gelegen wel als vaste inrichting wordt beschouwd, maar niet is onderworpen aan een belasting naar de winst. Gelet op de oorsprongseis verzoekt de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat deze situatie niet onder het begrip ‘*buiten beschouwing blijvende vaste inrichting*’ zoals bedoeld in artikel 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 valt.

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ac lid 1 onderdeel a en c Wet Vpb 1969

27. De termen ‘*af trek*’ en ‘*dubbele af trek*’ worden gedefinieerd in artikel 12ac lid 1 onderdelen a en c Wet Vpb 1969. Er is sprake van een af trek als kosten kunnen ‘*worden afgezet tegen inkomen dat in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken*’. De Orde verzoekt om toe te lichten of er sprake is van een af trek in de zin van deze bepalingen indien kosten in het buitenland weliswaar aftrekbaar zijn maar van de af trek geen effectief gebruik kan worden gemaakt als het gevolg van ontbrekende winst aldaar. Dit betreft het thema ‘*stranded losses*’ en ATAD2 (evenals BEPS2) biedt de mogelijkheid om voor dergelijke stranded losses uitzonderingen op te nemen (zie ook Recitals 19 en 20 bij ATAD2: ‘*only a hybrid mismatch as far as interest is offset against income that is not dual inclusion income*’).

28. Indien een vergoeding of betaling door de belastingplichtige als vooruitbetaling geactiveerd wordt en de daarmee gepaard gaande inkomsten al in een eerder jaar bij de ontvanger zijn belast, dan behoort het onderhavige wetsvoorstel volgens de Orde geen toepassing te vinden wanneer deze betaling op een later tijdstip in aftrek wordt gebracht. Om enige onduidelijkheid hieromtrent te voorkomen stelt de Orde voor om expliciet in artikel 12ac lid 3 Wet Vpb 1969 een bepaling op te nemen waarin wordt aangegeven dat een op een eerder tijdstip plaatsgevonden ‘*betrekking in de heffing*’ ook voor de toepassing van artikel 12aa lid 1 Wet Vpb 1969 wordt beschouwd in de heffing te zijn betrokken.

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ac lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969

29. De Orde vraagt zich af wat moet worden verstaan onder een gestructureerde regeling. De Orde verzoekt dit begrip door middel van criteria en enkele (aanvullende) voorbeelden toe te lichten. Mede gezien de gevolgen van een brede toepassing van het begrip gestructureerde regeling in combinatie met de administratieplicht van artikel 12ag Wet Vpb 1969 lijkt het de Orde redelijk dat dit begrip nader wordt toegelicht en geconcretiseerd (bij een te brede toepassing van het begrip zou praktisch iedere betaling tussen derde partijen onder deze administratieplicht vallen).

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ac lid 3 onderdeel d Wet Vpb 1969

30. In de MvT stelt de staatssecretaris dat, om te beoordelen of sprake is van ‘*dubbel in aanmerking genomen inkomen*’ moet worden beoordeeld of het inkomen in beide staten ‘*feitelijk in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken*’. De Orde verzoekt de staatssecretaris uit te leggen wat wordt bedoeld met feitelijke betrekking in de heffing. In dit kader merkt de Orde op dat de OESO expliciet vaststelt dat het aantonen van ‘*dubbel in aanmerking genomen inkomen*’ primair een juridische toets behelst (zie paragraaf 125 van het BEPS 2 rapport).³ De Richtlijn spreekt van het in rekening brengen ‘*bij de berekening van de belastbare winst*’. De Orde verzoekt te bevestigen dat de toepassing van een vrijstelling of verrekening voor buitenlandse belasting geen belemmering vormt voor deze toets. Het is immers voor zowel individuen als lichamen in veel staten (inclusief Nederland) mogelijk om buitenlandse belasting te verrekenen. Bij een verbod op verrekening zou de uitzondering voor ‘*dubbel in aanmerking genomen inkomen*’ in de meeste gevallen tot een dode letter verworden, hetgeen niet in lijn is met de bedoeling van de Richtlijn noch de bedoeling van BEPS 2 (zie in dit kader paragraaf 126 van het BEPS 2 rapport).⁴ Daarnaast verzoekt de Orde te bevestigen dat onderworpenheid aan een

³ 125. An item will be dual inclusion income if it is included in income under the laws of both the payer and payee jurisdictions. The identification of whether an item should be treated as dual inclusion income is primarily a legal question that requires an comparison of the treatment of the income under the laws of the payer and payee jurisdictions.

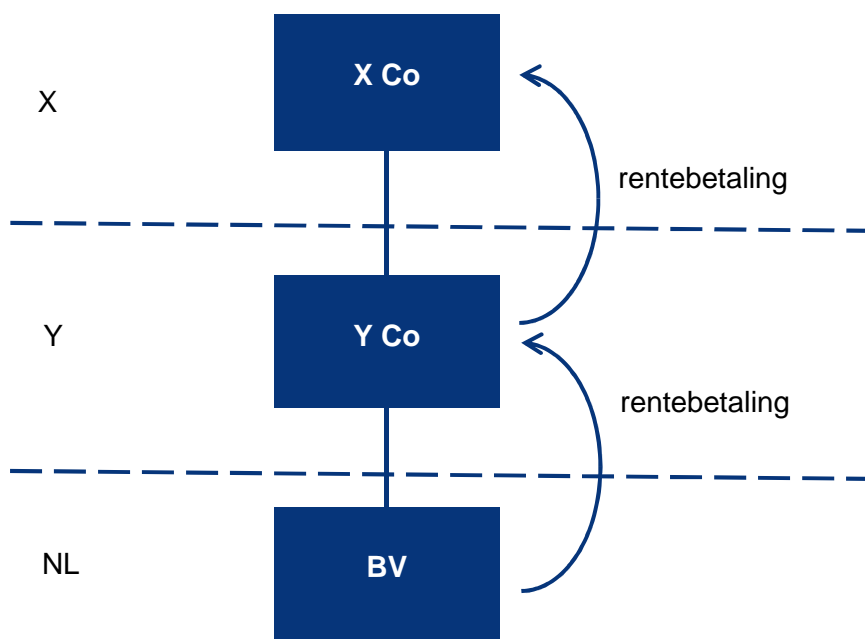
⁴ 126. Double taxation relief, such as a domestic dividend exemption granted by the payer jurisdiction or a

speciaal belastingregime geen belemmering vormt voor deze toets. Ook dit volgt naar de mening van de Orde uit paragraaf 126 van het BEPS 2 rapport.

Imported mismatches

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ad lid 1 Wet Vpb 1969

31. De Orde brengt de volgende situatie onder de aandacht. X Co gevestigd in staat X houdt de aandelen in Y Co gevestigd in Staat Y. Y Co houdt de aandelen in een Nederlandse BV. Y Co wordt in land X als transparant aangemerkt en in land Y als een niet transparant lichaam. Y Co is dus een hybride lichaam. BV betaalt rente aan Y Co. Y Co betaalt rente aan X Co. De rente betaald door Y Co aan X Co wordt in staat X niet in aanmerking genomen. Echter, de rente betaald door BV aan Y Co wordt in staat X wel in aanmerking genomen als gevolg van de transparantie van Y Co in staat X.



32. In bovenstaande situatie zou de renteaftrek op niveau van BV niet moeten worden beperkt op grond van artikel 12ad lid 1 Wet Vpb 1969 aangezien de rentebetaling van Y Co aan X Co (indien Y Co in Nederland gevestigd zou zijn) niet op grond van artikel 12aa lid 1

foreign tax credit granted by the payee jurisdiction should not prevent an item from being treated as dual inclusion income where the effect of such relief is simply to avoid subjecting the income to an additional layer of taxation in either jurisdiction.

onderdeel e Wet Vpb 1969 in aftrek zou worden beperkt door toepassing van de uitzondering zoals opgenomen in artikel 12aa lid 3 Wet Vpb 1969 (dubbel in aanmerking genomen inkomen). De Orde verzoekt bovenstaande uitwerking te bevestigen.

Objectvrijstelling

Artikel I, onderdeel E; artikel 15e lid 9 Wet Vpb 1969

33. De Orde merkt op dat artikel 15e lid 9 Wet Vpb 1969 (betalingen aan buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen) ook van toepassing is op betalingen verkregen van niet-gelieerde lichamen. Dit lijkt niet in lijn met de bepaling in artikel 2 lid 9 onder ‘voor toepassing van punt 9’ sub c van de ATAD 2-richtlijn. De Orde vraagt de reikwijdte van artikel 15e lid 9 Wet Vpb 1969 te beperken tot transacties tussen gelieerde lichamen.
34. De Orde vraagt aandacht voor de volgende situatie. Een Nederlandse belastingplichtige X heeft een vaste inrichting in staat A (niet Nederland). Staat A onderkent geen vaste inrichting van X maar onderwerpt de door Nederland aan de vaste inrichting toegerekende inkomsten wel aan een belasting naar de winst. Deze situatie zou zich kunnen voordoen, indien de door Nederland in aanmerking genomen vaste inrichting inkomsten verkrijgt uit in staat A gelegen onroerende zaken, welke inkomsten in staat A worden belast onder toepassing van artikel 6 OECD-modelverdrag zonder dat staat A een vaste inrichting van X in aanmerking neemt.

Ook Nederland betreft inkomsten uit onroerende zaken in de heffing ongeacht de vraag of naar Nederlandse fiscale maatstaven de onroerende zaken aan een vaste inrichting kunnen worden toegerekend. De Orde stelt voor de tekst van het voorgestelde Artikel 15e lid 9 Wet Vpb 1969 als volgt aan te passen:

‘9. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt geen toepassing indien sprake is van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b voor zover de krachtens de wet van het hoofdhuis in aanmerking genomen buitenlandse ondernemingswinsten niet zijn onderworpen aan een belasting naar de winst in de staat waarin de staat van het hoofdhuis die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen.’

Administratieverplichting

Artikel I, onderdeel C, Wetsvoorstel; artikel 12ag Wet Vpb 1969

35. In artikel 12ag Wet Vpb 1969 is een documentatieverplichting opgenomen voor belastingplichtigen. Uit de administratie moet blijken in hoeverre en op welke wijze afdeling 2.2a (Hybride mismatches) met betrekking tot een jaar van toepassing is ten aanzien van vergoedingen, betalingen, veronderstelde betalingen, lasten en verliezen.

Uit de MvT⁵ volgt dat dit inhoudt dat een belastingplichtige in zijn administratie gegevens opneemt waaruit blijkt dat afdeling 2.2a niet van toepassing is, en dat wanneer afdeling 2.2a wel van toepassing is, op welke wijze deze is toegepast. Dientengevolge zullen alle vergoedingen, betalingen, veronderstelde betalingen, lasten en verliezen dienen te worden gedocumenteerd. De Orde meent dat de administratieve lastendruk die hierdoor ontstaat niet in overeenstemming is met de aanbevelingen uit het BEPS 2 rapport.⁶

Bovendien kan bij onmogelijkheid om te voldoen aan de documentatieverplichting (bijvoorbeeld omdat een overwegende zeggenschapsrelatie ontbreekt in alle schakels die van belang zouden kunnen zijn voor de hybridemismatchbepalingen), dubbele belastingheffing optreden omdat belastingplichtige voor een onmogelijke bewijslast komt te staan. In dat geval wordt blijkens lid 2 de bewijslast immers omgekeerd en verzwaard. Dubbele belastingheffing past niet binnen de uitgangspunten van het BEPS-project van de OESO⁷, waarop de hybridemismatchbepalingen zijn geënt. De Orde acht het niet wenselijk dat dubbele belastingheffing optreedt. Zeker niet in situaties waarin het voor een goedwillende belastingplichtige onmogelijk is om aan de documentatieverplichting te voldoen.

Volgens de MvT⁸ kan aan de documentatieverplichting worden voldaan door onder andere *‘een beoordeling van de gebruikte financiële instrumenten, hybride entiteiten of vaste inrichtingen in de context van de relevante Nederlandse en buitenlandse wet- en regelgeving’* in de administratie op te nemen. De Orde meent dat dit in strijd komt met het fair play-arrest⁹. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest immers dat een belastingplichtige niet gehouden is om rapporten en andere geschriften aan de Belastingdienst te verstrekken voor zover zij tot doel hebben de fiscale positie van belastingplichtige te belichten.

Gelet op de grote administratieve last, de inbreuk op het fair play-beginsel en het reële gevaar van dubbele belastingheffing voor welwillende belastingplichtigen dat artikel 12ag Wet Vpb 1969 met zich meebrengt, dring de Orde er op aan artikel 12ag Wet Vpb 1969 uit het wetsvoorstel te schrappen.

36. Indien de regering van mening is dat artikel 12ag Wet Vpb 1969 dient te worden gehandhaafd, stelt de Orde voor om de documentatieverplichting te beperken tot een

⁵ Kamerstukken II 2019-2020, 35 241, nr. 3, p. 28.

⁶ Bijvoorbeeld OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, paragraaf 16 (p. 18-19) en paragraaf 300 en 302 (p. 99).

⁷ Bijvoorbeeld OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, paragraaf 15 (p. 18) en OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report*, Executive summary (p. 9): *‘efficient prevention of double taxation are critical to building an international tax system that supports economic growth and a resilient global economy.’*

⁸ Kamerstukken II 2019-2020, 35 241, nr. 3, p. 74.

⁹ Hoge Raad 23 september 2005, 38 810, ECLI:NL:HR:2005:AU3140.

limitatieve lijst met objectieve gegevens (e.g. concernschema, leningsovereenkomsten etc.) die dienen te worden opgenomen in de administratie. Door middel van een delegatiebevoegdheid kan hier bij ministeriële regeling invulling aan worden gegeven. In het kader van het onderzoek kan de inspecteur gebruik maken van artikel 47 AWR om nadere gegevens op te vragen die voor de belastingheffing (inclusief afdeling 2.2a) van belang kunnen zijn. Als voorbeeld wijst de Orde op de documentatieverplichting van artikel 8b lid 3 Wet Vpb 1969, in combinatie met de handvatten die in de OESO-richtlijnen¹⁰ worden geboden. Belastingplichtigen weten concreet welke gegevens zij in hun administratie dienen op te nemen. De inspecteur heeft daarmee vervolgens de benodigde gegevens om een onderzoek te starten, mocht daar aanleiding toe bestaan.

De Orde stelt in dit kader voor het in het wetsvoorstel opgenomen artikel 12ag lid 2 en 3 Wet Vpb 1969 te laten vervallen en artikel 12ag lid 1 Wet Vpb 1969 als volgt aan te passen:

‘1. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld omtrent de gegevens en bescheiden die een belastingplichtige in zijn administratie dient op te nemen met betrekking tot de toepassing van deze afdeling in enig jaar ten aanzien van een vergoeding, betaling, veronderstelde betaling, last of verlies.’

37. Indien de regering niet voornemens is om artikel 12ag Wet Vpb 1969 te schrappen, dan wel aan te passen conform voornoemde suggestie, vraagt de Orde aandacht voor de onderstaande punten met betrekking tot de nu voorliggende wettekst van artikel 12ag Wet Vpb 1969.
38. De Orde verzoekt te bevestigen dat met de term *‘blijkt’* in artikel 12ag lid 1 Wet Vpb 1969 wordt bedoeld op de reguliere bewijslast (aannemelijk maken) en verzoekt zo nodig de tekst *‘waaruit blijkt’* in artikel 12ag lid 1 Wet Vpb 1969 te vervangen door *‘die aannemelijk maken’*.
39. De hybridemismatchbepalingen kunnen van toepassing zijn in situaties waarin geen overwegende zeggenschap bestaat in of door de Nederlandse belastingplichtige. In deze situaties kan de Nederlandse belastingplichtige beperkt zijn in het verkrijgen van informatie, wanneer hij poogt aan de documentatieverplichting te voldoen. Kan worden aangegeven op welke wijze de belastingplichtige in deze situatie afdoende aan zijn documentatieverplichting kan voldoen?
40. Voor de toepassing van de hybridemismatchbepalingen in Nederland, is de fiscale behandeling in het buitenland van belang. Op het moment dat in Nederland de aangifte vennootschapsbelasting wordt ingediend, of zelfs de definitieve aanslag wordt vastgesteld,

¹⁰ OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Chapter V.

heeft de buitenlandse fiscale behandeling nog niet vast te staan. In gevallen waarin de buitenlandse fiscale behandeling onderwerp van een juridische procedure is aldaar, kan de aanslag- of navorderingstermijn in Nederland zelfs zijn verstreken. De Orde verzoekt toe te lichten hoe een belastingplichtige op juiste wijze aan zijn fiscale verplichtingen kan voldoen, wanneer de buitenlandse fiscale behandeling nog onduidelijk of zelfs onbekend is.

41. De Orde heeft kennisgenomen van de voorgestelde bewijslastverdeling op grond van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 en begrijpt deze als volgt:
- i. Eerst dient de inspecteur aannemelijk te maken dat er een vermoeden bestaat dat afdeling 2.2a van toepassing is;
 - ii. Indien de belastingplichtige voldoet aan de documentatieverplichting van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 gelden de reguliere regels van stelplicht en bewijslast voor belastingplichtige en inspecteur;
 - iii. Indien de inspecteur van mening is dat de belastingplichtige niet voldoet aan de documentatieverplichting van artikel 12ag lid 1 Wet Vpb 1969 (hetgeen feitelijk een aanvullende administratieverplichting is) dient hij een informatiebeschikking te nemen alvorens sprake kan zijn van omgekeerde (en verzwaarde) bewijslast voor belastingplichtige.
 - iv. Indien de informatiebeschikking in bezwaar of beroep niet in stand blijft, of indien belastingplichtige binnen de door de rechter gegeven termijn alsnog voldoet aan de documentatieverplichting van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 gelden de reguliere regels van stelplicht en bewijslast voor belastingplichtige en inspecteur.

De Orde vraagt of de regering bovenstaande lezing over de bewijslastverdeling kan bevestigen. Ten aanzien hiervan heeft de Orde verder nog de volgende opmerkingen.

Ad i

De tekst van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 suggereert dat de omkering van de bewijslast ten aanzien van de hybridemismatchbepalingen een discretionaire bevoegdheid van de inspecteur is. Waarbij van die bevoegdheid alleen gebruik kan worden gemaakt indien de inspecteur een vermoeden heeft dat afdeling 2.2a van toepassing is.

De Orde meent dat de inspecteur zich niet lichtvaardig op het standpunt mag stellen dat er een vermoeden is dat afdeling 2.2a van toepassing is, aangezien dit aanleiding kan geven tot dubbele belastingheffing. Kan in dit licht worden aangegeven hoe de inspecteur, gelet op het beginsel van deugdelijke motivering, dient te motiveren dat hij een gerechtvaardigd vermoeden heeft dat afdeling 2.2a van toepassing is?

Ad ii

In de MvT¹¹ wordt aangegeven dat de systematiek bij de documentatieverplichting deels overeenkomt met de bewijslastverdeling zoals die geldt zonder artikel 12ag Wet Vpb 1969. De Orde verzoekt concreet aan te geven op welke punten de systematiek van de documentatieverplichting wel en niet afwijkt van de bewijslastverdeling zonder artikel 12ag Wet Vpb 1969.

Ad iii en iv

Onder de vigerende regels geldt dat omkering en verzwaring van de bewijslast de gehele (navorderings)aanslag raakt.¹² De tekst van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 suggereert echter dat de omkering van de bewijslast alleen geldt ten aanzien van de hybridemismatchbepalingen. De Orde verzoekt te verduidelijken wat de reikwijdte is van de omkering van de bewijslast op grond van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969.

In de MvT¹³ wordt opgemerkt dat met de in artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 voorziene omkering en verzwaring van de bewijslast beoogd is alleen die belastingplichtigen te treffen die bewust niet (volledig) aan hun documentatieverplichting voldoen. Uit de tekst van artikel 12ag lid 2 Wet Vpb 1969 volgt die beperking echter niet. De Orde verzoekt dan ook om de wettekst op dit punt in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever te brengen.

42. In artikel 12ag lid 3 Wet Vpb 1969 is opgenomen dat bij ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld voor de toepassing van artikel 12ag lid 1 Wet Vpb 1969. Aangezien deze regeling van belang zal zijn voor de invulling van de documentatieverplichting, verzoekt de Orde deze regeling al in concept te publiceren, zodat hier zo nodig inhoudelijke opmerkingen bij kunnen worden gemaakt in het wetgevingsproces.

¹¹ Kamerstukken II 2019-2020, 35 241, nr. 3, p. 74.

¹² O.a. Kamerstukken II, 2009-2010, 30 645, nr. 15, pag. 2

¹³ Kamerstukken II 2019-2020, 35 241, nr. 3, p. 29-30.

3. Tot slot

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten. Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen