



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
mr. R.F. Berck
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 16 februari 2016

Betreft: Commentaar op het Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwikkingsrichtlijn).

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) pleegt niet te reageren op voorstellen van de Europese Commissie op belastingterrein. In dit geval heeft de Orde ervoor gekozen dit toch te doen, omdat de Orde bezorgd is over de gevolgen voor Nederland als de op 28 januari 2016 voorgestelde anti-belastingontwikkingsrichtlijn (hierna: de Concept Richtlijn) in zijn huidige vorm wordt aangenomen.

Zoals hieronder en in de bijlage in details uiteen wordt gezet, bevat de Concept Richtlijn maatregelen die, als deze worden geïmplementeerd, een ernstige inbreuk vormen op de fiscale soevereiniteit van Nederland en wezenlijke veranderingen in het Nederlandse belastingstelsel veroorzaken. Daarbij wordt langjarig evenwichtig en uitgekristalliseerd fiscaal beleid van de Nederlandse regering, zowel in het kader van de positie van het reële Nederlandse bedrijfsleven als in het kader van het investeringsklimaat, op materiele wijze aangetast. Op een aantal kernpunten van het Nederlandse fiscale beleid geeft Nederland zijn fiscale soevereiniteit definitief prijs. De Orde meent dat als het politieke besluit genomen wordt om dit inderdaad te doen, het op goede gronden genomen dient te worden en na zorgvuldige afweging van de gevolgen voor het Nederlandse investeringsklimaat in het algemeen en het reële Nederlandse bedrijfsleven in het bijzonder.

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

1

Deze brief bevat een appreciatie van de Concept Richtlijn als geheel en een appreciatie per concrete maatregel, vooral gericht op de gevolgen voor Nederland. Het gaat hierbij om een samenvatting van een meer technische analyse die in de bijlage bij deze brief is opgenomen.

1. Appreciatie van de Concept Richtlijn als geheel

De Orde heeft er begrip voor en is er voorstander van dat OESO-maatregelen ter bestrijding van misbruik in internationale structuren in wetgeving (*hard law*) worden omgezet, mits:

- a. er inderdaad sprake is van het bestrijden van vorenbedoeld misbruik en de maatregelen niet verder gaan dan nodig is (geen overkill);
- b. er binnen de G20/OESO consensus over bestaat dat deze moeten worden omgezet in wetgeving (ter voorkoming van een nadelige concurrentiepositie ten opzichte van niet-EU-lidstaten);
- c. binnen de Europese Unie dit op een zo uniform mogelijke wijze (“geharmoniseerd”) gebeurt (als er inderdaad sprake is van te bestrijden misbruik, is het moeilijk in te zien waarom landen beleidsvrijheid zouden moeten houden; verschillende implementatie leidt tot lasten voor het bedrijfsleven);
- d. rekening houdend met het voorkomen van internationaal dubbele belasting, bijvoorbeeld omdat het ene land iets wel misbruik vindt, maar het andere land niet, waardoor een winstcomponent in beide landen belast wordt (dubbele belasting);
- e. na zeer zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen en de impact daarvan;
- f. op een wijze die op langere termijn juridisch houdbaar is; en
- g. daar waar een maatregel onbedoelde overkill *kan* hebben met een voldoende overgangstermijn om niet-misbruikgevallen die toch getroffen worden, aan te kunnen passen.

De inhoud van de Concept Richtlijn voldoet echter op zeer veel punten niet aan de hiervóór geformuleerde uitgangspunten, namelijk:

- a. De Commissie onderbouwt de Concept Richtlijn met de noodzaak om misbruik te bestrijden. De Concept Richtlijn bevat echter enerzijds overkill, maar – veel belangrijker – gaat anderzijds op belangrijke punten veel verder dan het primair bestrijden van misbruik. Voorbeelden hiervan zijn:
 - De voorgestelde generieke renteaftrekmaatregel voor zover het externe rente betreft van niet-internationaal opererende groepen of individuele bedrijven als er geen sprake is van kunstmatige toerekening van externe rente aan lidstaten;
 - Het toepassen van de switch-over clause en de CFC-maatregel op buitenlandse activiteiten die niet kunstmatig zijn, geen mobiel inkomen betreffen en over hoge substance beschikken (bijvoorbeeld echte operationele activiteiten).
- b. Op een aantal punten wordt wetgeving voorgesteld, terwijl de OESO slechts aanbevelingen doet die landen helemaal niet zo vergaand binden. Zo zijn de OESO- aanbevelingen voor de belastingheffing van Controlled Foreign Companies (“CFC”) op te vatten als slechts een suggestie (“guidance based on best practices”). Ook voor wat betreft de invoering van een generieke renteaftrekbeperking geldt dat allesbehalve sprake is van een “minimum standaard” waaraan de G20/OESO zich zou hebben gecommitteerd. Verder gaan dan de OESO hard voorschrijft heeft negatieve gevolgen voor de concurrentiepositie van de

Europese Unie als geheel, en daarmee indirect van Nederland, versus derde (G20/OESO) landen die zulks niet doen en bemoeilijkt het bedrijfsleven dat zowel binnen de EU als daarbuiten zaken doet.

- c. De Concept Richtlijn laat vergaande beleidsruimte aan individuele lidstaten ten aanzien van de GAAR-maatregel en ten aanzien van overige maatregelen die als anti-misbruik maatregel worden aangeduid. Voorbeelden: het ebitdapercentage van de generieke renteaftrekbepanking, de vraag of wel of niet aan belastingplichtigen een groepsescape wordt geboden en de vraag of wordt voorzien in een verrekening van onderliggende winstbelasting in het kader van de switch-over en CFC. Dit heeft tot gevolg dat er geen level playing field ontstaat op die gebieden en er mogelijk een race-naar-het minst-streng-belastingregime op anti-misbruik gebied ontstaat. Het gebruik van het belastingtarief van de lidstaat van de belastingbetaler als benchmark voor een aantal maatregelen heeft tot gevolg dat de race-to-the-bottom op tariefgebied verder versterkt zal worden.
- d. Als sommige landen inderdaad anders gaan implementeren dan andere landen, dan wel bijvoorbeeld de GAAR-maatregel in de praktijk anders gaan toepassen dan andere landen, ontstaat er mogelijk ongewenste internationaal dubbele belastingheffing. De Concept Richtlijn heeft daar geen aandacht voor. Op zijn minst zou, uitgaande van de interne marktgedachte, overwogen moeten worden om die dubbele belasting weg te nemen, door corresponderende correcties in de andere lidstaat, of door de Arbitrageconventie nieuw -en nu effectief- leven in te blazen. De opname van een GAAR-maatregel in de EU-Moederdochterrichtlijn per 1 januari 2016 heeft laten zien dat er de facto maximaal 28 verschillende GAARs in Europa zijn ontstaan met grote rechtsonzekerheid voor het bedrijfsleven tot gevolg¹.
- e. Het ontbreekt de Orde aan zicht op de vraag of er voldoende serieus met stakeholders gesproken is over de impact van de concrete voorstellen die nu in de Concept Richtlijn worden opgesomd. De Europese Commissie verwijst naar algemene discussies in OESO-verband. Daar zijn veel van de nu op tafel liggende voorstellen echter niet concreet en in samenhang besproken. Verder ontbreekt een effectbeoordeling (impact analyse) van het voorstel zoals in beginsel voorgeschreven bij voorstellen van de zijde van de Europese Commissie.
- f. Ook de verenigbaarheid met Europees recht en ander recht van hogere orde lijkt niet getoetst, althans daar blijkt onvoldoende van in de stukken. De maatregelen waarbij investeringen in derde landen fiscaal anders worden behandeld dan investeringen in andere lidstaten moeten ook getoetst worden aan de verenigbaarheid met de vrijheid van kapitaalverkeer en de proportionaliteit als daarop een inbreuk gemaakt wordt (met name relevant bij overkill en bij maatregelen die als misbruikbestrijding voorgesteld worden terwijl ze daar niet primair op gericht zijn). De Orde merkt op dat het Duitse Bundesfinanzhof op 10 februari 2016 zijn besluit bekend heeft gemaakt om de Duitse *Zinsschranke* – grotendeels het model waarop het voorstel voor de algemene renteaftrekbepanking is gebaseerd – voor te leggen aan het Bundesverfassungsgericht, omdat het meent dat deze maatregel, wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel, in strijd is met

¹ De Orde verwijst naar het rapport van de CFE van 15 februari 2016 ‘GAAR Survey’ – zie <http://www.cfe-eutax.org/node/5129>

de Duitse Grondwet. Hieruit blijkt dat juridische onhoudbaarheid geen theoretisch risico is.

- g. De Concept Richtlijn bevat geen overgangsrecht waarbij bestaande structuren een termijn wordt gegund om de structuur aan te passen. Bij harde anti-misbruikmaatregelen is dat logisch en acceptabel. Bij overkill en maatregelen die niet primair misbruik bestrijden is dat niet logisch en acceptabel. Van de OESO-aanbevelingen maakt de mogelijkheid deel uit om de algemene renteaftrekbeperking van toepassing te doen laten zijn op nieuw aangegane externe leningen (zoals bankleningen) en reeds bestaande externe leningen geheel uit te zonderen.

2. Appreciatie per concrete maatregel

Hieronder geeft de Orde haar appreciatie per concrete maatregel, in het algemeen, maar vooral vanuit de impact op Nederland bezien.

2.1. Generieke renteaftrekbeperking

Nederland heeft door de jaren heen een imposant arsenaal aan maatregelen op het gebied van beperking van renteaftrek in zijn wetgeving geïmplementeerd, die primair ten doel hebben dat alleen een zakelijke rente in aftrek kan worden gebracht in reële situaties. Zo kan in misbruik-situaties in groepsstructuren, de rente niet in aftrek komen, zelfs in gevallen waarin de desbetreffende groepslening is opgenomen ter financiering van een overigens zakelijke transactie. Bovendien kan de rente in het geval van een met van derden ingeleend vreemd vermogen gefinancierde overname slechts beperkt in aftrek worden gebracht, voor zover die overname wordt geacht excessief met vreemd vermogen te zijn gefinancierd. Daarnaast heeft zich een rijk palet aan jurisprudentie op dit gebied ontwikkeld, op basis waarvan bijvoorbeeld bepaalde leningen fiscaal als eigen vermogen kwalificeren (zodat geen rente aftrek mogelijk is) of als onzakelijke leningen (zodat slechts beperkt rente aftrek mogelijk is). Nederland heeft zo in de afgelopen decennia bewust een andere koers gevaren dan de koers die nu in de Concept Richtlijn wordt voorgesteld. Door in te stemmen met de Concept Richtlijn geeft Nederland zijn fiscale soevereiniteit op dit gebied prijs om per direct een totaal andere richting in te slaan. De Orde is van mening dat Nederland niet met een dergelijke ingrijpende koerswijziging zou moeten instemmen, zonder alle voor- en nadelen van de nu voorgestelde maatregel zorgvuldig te overwegen.

De voorgestelde renteaftrekmaatregel is een aanbeveling in het G20/OESO project met als status ‘*common approach*’. De EU gaat door de vertaling naar ‘*hard law*’ veel verder dan de OESO aanbeveelt. Inhoudelijk gaat de maatregel bovendien veel verder dan noodzakelijk is voor het bestrijden van misbruik. Het misbruik dat de EU zou moeten bestrijden op dit punt betreft grensoverschrijdende structuren waarbij kunstmatig groepsinterne rentestromen worden gecreëerd of waarbij externe rente kunstmatig, in een internationale groep, wordt gealloceerd aan de lidstaten met het hoogste tarief. De voorgestelde maatregel treft echter alle bedrijven, ongeacht of zij internationaal of slechts lokaal opereren en ook reële externe rente die nodig is voor de financiering van een lokale investering of operatie, waarbij geen sprake is van een kunstmatige allocatie aan een lidstaat.

De MKB-franchise van (netto) € 1 miljoen helpt getroffen ondernemingen, maar is niet hoog genoeg om onbedoelde effecten te voorkomen. In deze context merkt de Orde op dat Duitsland vanaf 2008 vanwege de geconstateerde impact op het reële bedrijfsleven in de recessie een franchise van € 3 miljoen hanteert en de maatregel niet toepast op bedrijven die geen onderdeel van een groep zijn ('*Stand-alone-Klausel*').

Voorbeelden van lokale bedrijven in Nederland die door deze maatregel onevenredig getroffen kunnen worden zijn: leasebedrijven, grote vastgoed en infrastructurele projecten (PPS-projecten en consortia die autowegen, kunstwerken, windmolenparken, et cetera tot stand brengen) die buiten groepsverband opereren (als stand-alone bedrijf).

Ook relatief grote overnames in de Nederlandse markt die grotendeels extern gefinancierd zijn (met bankleningen, obligatieleningen) zonder kunstmatige overallocatie aan Nederland al dan niet in groepsverband kunnen materieel getroffen worden.

Bij implementatie in Nederland verwacht de Orde complexe problemen in combinatie met het fiscale eenheidsregime en de implicaties van het Groupe Steria arrest.

Overigens beperkt de huidige tekst mogelijk de Nederlandse nationale maatregelen tegen doorstroommaatschappijen².

Als deze maatregel toch ingevoerd zou worden, beveelt de Orde aan dat opnieuw kritisch gekeken wordt naar het steeds complexer wordende pakket van renteaftrekbepenkingsregels en dat daarin zo mogelijk sterk gesneden wordt teneinde een simpeler en evenwichtiger stelsel van renteaftrekbepeningen te bereiken.

2.2. Exit tax

Het Hof van Justitie EU acht in haar jurisprudentie de eis van zekerheidsstelling niet proportioneel, als bijstand bij invordering kan worden verleend door de lidstaat waarnaar de exit plaatsvindt onder de geldende EU Bijstandsrichtlijn.

In essentie bevat de Nederlandse wetgeving al bepalingen die min of meer overeenkomen met de voorgestelde maatregel.

Een uitzondering betreft het overbrengen van activa van een Nederlands hoofdkantoor naar een vaste inrichting in het buitenland. Het ontgaat de Orde waarom deze maatregel nodig is als de belastingclaim in de hoofdkantoor staat behouden blijft, wat hier per definitie het geval is. Dan is er geen (risico op) misbruik terwijl de voorgestelde maatregel de vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer wel zou beperken.

2.3. Switch-over clause

Al sinds 1918 kent Nederland een deelnemingsvrijstelling op grond waarvan winst die door een buitenlandse dochter in het buitenland wordt behaald, niet meer (volledig) bij de Nederlandse moedermaatschappij wordt belast. Door de jaren heen is de deelnemingsvrijstelling op veel gebieden aangepast. Die wijzigingen waren soms gericht op het verruimen van de vrijstelling. Vaak ook op het tegengaan van mogelijkheden tot misbruik. Dit heeft geleid tot een gebalanceerde

² Artikel 4, lid 1, Concept Richtlijn schrijft verplicht voor dat rentekosten aftrekbaar zijn van rentebaten en artikel 8c Wet Vpb 1969 is daarmee mogelijk in strijd.

deelnemingsvrijstelling met een toegespitste anti-misbruik maatregel, waarbij de onderworpenheid van de dochtermaatschappij alleen relevant is bij passieve activiteiten (beleggingen en mobiel kapitaal), die in de praktijk goed werkt. Actieve buitenlandse deelnemingen worden daardoor niet geraakt. De in de Concept Richtlijn voorgestelde maatregel bevat een ongenueanceerde uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op basis van een minimum statutair tarief van de dochtervennootschap en is daarmee in strijd met het Nederlandse systeem waarin de vrijstelling alleen in misbruikgevallen niet van toepassing is. Nederland zou daarom niet moeten instemmen met dit voorstel.

Het voorstel ontzegt bovendien in feite derde landen het recht op fiscale soevereiniteit, omdat alle activiteiten (misbruik en geen misbruik) over één kam worden geschoren en bij een te laag tarief een bewust door een derde land gegeven legitiem belastingvoordeel, wordt teruggenomen in de EU-lidstaat van de aandeelhouder.

Geraakt worden alle vormen van tax holidays en lage of verlaagde wettelijke tarieven die de regering van een derde land bewust in het leven roept om buitenlandse investeringen aan te trekken (zowel legitieme ontwikkelingszones in niet-ontwikkelingslanden, als alle fiscale faciliteiten in de vorm van lagere tarieven die ontwikkelingslanden geven). Vreemd genoeg worden fiscale faciliteiten gegeven in de vorm van een verlaagde belastingbasis niet door deze maatregel geraakt (maar, afhankelijk van het type activiteit, wel door de CFC-maatregel). Dit geeft aan dat deze maatregelen niet logisch op elkaar zijn afgestemd.

De maatregel is, ten slotte, (ten aanzien van ondubbelzinnig actieve ondernemingen) geheel in strijd met het internationaal aanvaarde principe dat winstbelasting geheven dient te worden daar waar de activiteiten plaatsvinden.

Indien de Concept Richtlijn wordt ingevoerd, worden Nederlandse ondernemingen die zaken doen in landen met een laag statutair tarief op achterstand gezet in hun concurrentiepositie met het lokale bedrijfsleven. Voorbeelden hiervan zijn Nederlandse ondernemingen met bijvoorbeeld baggerwerkzaamheden in het Midden-Oosten, waar vaak geen winstbelasting geheven wordt, maar ook Nederlandse ondernemingen die fabrieken opzetten in lagelonenlanden onder een lokaal tax holiday regime.

Ook met de Nederlandse innovatiebox vergelijkbare buitenlandse regimes (buitenlandse R&D-faciliteiten) die vorm gegeven zijn middels een lager belastingtarief worden als misbruik aangemerkt (terwijl vormgeving middels een lagere belastingbasis kennelijk geen misbruik is). Deze maatregel versterkt de race-to-the-bottom op tariefgebied. Hoe lager het tarief in de vestigingsstaat van de aandeelhouder, des te meer profijt getrokken kan worden van lagere tarieven buiten de EU.

2.4. CFC-maatregel

De Nederlandse vennootschapsbelasting kent al een CFC-maatregel, zij het dat de categorieën activiteiten waarvoor deze maatregel nu wordt voorgesteld veel breder zijn en ook activiteiten omvat die naar Nederlandse opvatting actief genoeg zijn om vrijstelling voor te verlenen. Nederland heeft in het verleden bewust de keuze gemaakt voor een beperktere CFC-maatregel. Het is de Orde niet bekend dat er misbruik van de Nederlandse CFC-maatregel zou worden gemaakt. Hierover is ook geen jurisprudentie ontstaan. Het is dan ook onduidelijk waarom een uitgebreidere CFC-maatregel nodig zou zijn, terwijl de voorgestelde maatregel Nederlandse concerns met actieve ondernemingsactiviteiten treft, die in het huidige Nederlandse systeem onder de deelnemingsvrijstelling zijn vrijgesteld, zoals echte verzekerings- en bancaire activiteiten en echte groepsinterne dienstverlening, maar ook actieve groepsfinancieringsactiviteiten. De Orde brengt in herinnering dat deze laatste vrijstelling expliciet in het leven geroepen is ter compensatie van het wegvallen van de concernfinancieringsfaciliteit voor grotere Nederlandse concerns als gevolg van een actie van de Europese Commissie daartegen.

Bovendien geldt ook hier dat de maatregel geheel in strijd komt met het internationaal aanvaarde principe dat winstbelasting geheven dient te worden daar waar de (reële) activiteiten plaatsvinden

2.5. GAAR maatregel

Deze maatregel acht de Orde een voorbeeld van een maatregel waarvan gezegd zal worden, “dat niemand hier tegen kan zijn”. Toch kunnen bij deze maatregel reële kanttekeningen worden geplaatst.

In de Nederlandse context ziet de Orde het leerstuk van *fraus legis* als een waarschijnlijke invulling van de voorgestelde maatregel. Mogelijk moet dit leerstuk gecodificeerd worden. De Orde verwacht op dit punt dan ook geen wezenlijke verandering in Nederlandse binnenlandse situaties. Dit is echter anders in situaties van vermeend grensoverschrijdend misbruik. De definitie van misbruik is zodanig algemeen en niet ingekaderd dat verschillende implementatie of interpretatie zeer waarschijnlijk is. De Orde verwijst naar de ervaringen met de implementatie van de anti-misbruikmaatregel in de EU-Moederdochterrichtlijn (hierboven vermeld). Het beginsel van een interne markt brengt, naar de Orde meent, met zich dat Nederlandse bedrijven die aangevallen worden op de buitenlandse component van vermeend misbruik, maar in Nederland normaal belast worden, moeten kunnen rekenen op redelijke bescherming tegen internationaal dubbele belastingheffing die zo kan ontstaan. Dit geldt natuurlijk ook omgekeerd voor bedrijven uit andere lidstaten waarvan de Nederlandse belastingdienst een deel van een grensoverschrijdende transactie aanmerkt als misbruik. Volgens het Nederlandse leerstuk van *fraus legis* wordt een transactie in zijn geheel genegeerd. Dat zou betekenen dat als een andere lidstaat een transactie negeert, de Nederlandse fiscus de lokale component van een grensoverschrijdende transactie op gelijke wijze zou moeten negeren (corresponderende aanpassing). Bij grensoverschrijdende situaties geeft de Concept Richtlijn daar echter geen zekerheid over. Het gevolg zal vaak internationaal dubbele belastingheffing zijn.

De bestaande Arbitrageconventie (als deze al van toepassing wordt geacht te zijn in situaties waarbij een land meent dat sprake van misbruik is) werkt in de praktijk niet goed en effectief. Dit is al jaren algemeen bekend, maar er worden geen effectieve maatregelen getroffen.

2.6. Hybrid mismatches

Het is op zich terecht dat de Europese Commissie maatregelen voorstelt op dit terrein, aangezien effectieve maatregelen alleen internationaal gecoördineerd genomen kunnen worden. De maatregel wijkt echter wezenlijk af van wat in OESO-verband is voorgesteld en leidt derhalve tot

- discoördinatie met derde landen die wel OESO-conform opereren met alle gevolgen van dien voor het Europese (en dus ook Nederlandse) bedrijfsleven dat ook buiten de EU werkzaam is, en
- andere uitkomsten dan de aanbevelingen van de OESO.

3. Inhoudelijke conclusies

Op basis van het voorgaande kunnen de volgende inhoudelijke conclusies worden geformuleerd.

- a. De Concept Richtlijn mist een evenwichtige en gebalanceerde aanpak ten aanzien van:
 - de relaties met derde landen;
 - geharmoniseerde aanpak van misbruik waar dat terecht is;
 - voorkoming van overkill en oplossingen voor onterechte internationaal dubbele belastingheffing veroorzaakt door de maatregelen;
 - de gevolgen voor het bedrijfsleven dat geen gebruik maakt van agressieve belastingstructuren;
 - juridische houdbaarheid op langere termijn;
 - overgangsrecht voor niet-misbruiksituaties.
- b. De Orde concludeert dat de Concept Richtlijn in de huidige vorm niet dient te worden geaccepteerd door Nederland, omdat hiermee op een groot aantal punten een wezenlijke inbreuk gemaakt wordt op het na vele jaren uitgekristalliseerde fiscaal beleid. Als Nederland akkoord gaat met het opgeven van zijn fiscale soevereiniteit en een aantal kroonjuwelen van het Nederlandse fiscale beleid prijsgeeft, heeft dat potentieel onomkeerbare en grote nadelige consequenties voor specifieke onderdelen van het Nederlandse bedrijfsleven en het Investeringsklimaat in Nederland in het algemeen. Zou Nederland, om politieke redenen, toch akkoord gaan, dan dienen bij de implementatie alsnog die keuzes te worden gemaakt die het *bona fide* bedrijfsleven zo min mogelijk schade berokkenen.
- c. Bij aanpassing van de Concept Richtlijn zou Nederland, zo meent de Orde, moeten inzetten op maatregelen die misbruik in de kern aanpakken, gericht op passief en mobiel inkomen, kunstmatige structurering (bijvoorbeeld met groepsinterne rente- en royaltystructuren), maar actieve, operationele structuren (inclusief actieve groepsfinancieringsstructuren en *bona fide* houdsteractiviteiten) met substance in het buitenland niet rakend. Een generieke rentemaatregel die ook extern betaalde rente van niet-internationale groepsstructuren treft, zou Nederland niet moeten accepteren.
- d. De Orde heeft grote problemen met:
 - de generieke renteaftrekbeperking in haar geheel en in het bijzonder met het ontbreken van een standalone uitzondering, een veel ruimere franchise en overgangsrecht voor niet-misbruik situaties,
 - de gehele switch-overbepaling,
 - de exit tax maatregel voor zover het betreft de overbrenging van activa naar een vaste inrichting van een hoofdhuis en voor zover er zekerheid gesteld moet worden

voor de belasting in gevallen waarin er bijstand bij invordering beschikbaar is voor de exit lidstaat,

- de CFC-maatregel voor zover de categorieën activiteiten ook echt actieve operationele activiteiten (inclusief actieve groepsfinancieringsactiviteiten) en houdsteractiviteiten betreffen (alles wat niet passief of mobiel inkomen betreft),
- de vaagheid van het misbruikbegrip in de GAAR bepaling en het ontbreken van concrete maatregelen tegen onterechte dubbele internationale belastingheffing, en
- de niet-OESO conforme vormgeving van de hybrid mismatch maatregel.

4. Hoe nu verder: Objectieve en zorgvuldige beoordeling vereist

De Orde bespeurt dat door het stempel ‘misbruikbestrijding’ dat op de Concept Richtlijn gedrukt is een sfeer wordt geschapen waarin het moeilijk is om publiekelijk tegen de voorstellen te zijn. De Orde roept desalniettemin op, mede in het belang van het reële Nederlandse bedrijfsleven en het investeringsklimaat, de voorstellen objectief en inhoudelijk te beoordelen, waarbij het belang van misbruikbestrijding op een zakelijke en evenwichtige wijze wordt afgewogen tegen de negatieve impact op het reële Nederlandse bedrijfsleven en het investeringsklimaat.

De Orde wijst erop dat naar haar oordeel het grote risico bestaat van een verschillend belang tussen de verantwoordelijkheid van het Nederlandse EU-voorzitterschap enerzijds en de Nederlandse regering als bewaker van de belangen van de Nederlandse economie anderzijds. De Orde roept op om bij het debat over deze Concept Richtlijn goed te onderscheiden vanuit welk belang punten worden opgebracht, zodat het debat op zuivere wijze gevoerd wordt.

Het Nederlandse fiscale beleid, met name de ‘kroonjuwelen’ daarbinnen, is gedurende een periode van vele tientallen jaren weloverwogen tot stand gekomen, toegespitst op de belangen van Nederland. Het zou niet getuigen van zorgvuldig overheidsbeleid als Nederland deze Concept Richtlijn, gezien bovenstaande opmerkingen, ‘bij het kruisje’ ondertekent.

De Orde beveelt aan dat er een zorgvuldige impact analyse gemaakt wordt voor Nederland, zoals andere kleinere lidstaten inmiddels ook hebben aangekondigd.

De Orde maakt zich in het algemeen zorgen over het voorgestane tempo van besluitvorming in Nederland over het fiscale klimaat post BEPS. Het is belangrijk om zich daarbij te realiseren dat andere landen – Engeland, Ierland, Luxemburg – al veel eerder goed nagedacht hebben over de toekomst van hun fiscale systeem en het vestigingsklimaat in een post-BEPS-wereld. Mede daarom vindt de Orde het onverstandig dat nog tijdens het Nederlandse EU-voorzitterschap gestreefd wordt naar een politiek akkoord over de Concept Richtlijn. Hetzelfde geldt voor een generieke anti-misbruikmaatregel in de EU-Rente en Royalty Richtlijn.

Voorstellen ter uitvoering van de Motie Neppéus over de verbetering van het vestigingsklimaat die pas in september 2016 verschijnen kunnen onmogelijk ten volle repareren wat door een ongewijzigde acceptatie van de Concept Richtlijn teniet zou worden gedaan. De samenhang van de kabinetsappreciatie van de Concept Richtlijn met de Motie Neppéus zou, zo meent de Orde, daarom eveneens nu onderwerp van debat dienen te zijn.

De Orde heeft zich altijd als constructieve partner opgesteld in de discussie over internationale fiscaliteit en stelt doorlopend haar kennis ter beschikking op dit onderwerp. Daarom heeft de Kerngroep Nederland Investeringsland van de Orde nu ook het initiatief genomen tot het formuleren van een voorstel ter invulling van de Motie Neppéus. Dit gebeurt in nauw overleg met diverse vertegenwoordigers van het (internationale) bedrijfsleven in Nederland. Een voorstel waarbij het, indachtig de visie achter BEPS, aantrekkelijk moet zijn om mensen, activa, vennootschappen en winst zoveel mogelijk op dezelfde plek te brengen: in Nederland. En daarmee een voorstel waarbij ervoor wordt gezorgd dat Nederland ook in fiscaal opzicht aantrekkelijk blijft voor het reële bedrijfsleven in Nederland en voor buitenlandse investeerders in Nederland, met behoud en uitbreiding van werkgelegenheid in Nederland. Aan de uitwerking van dit plan wordt nu gewerkt. De Orde hoopt binnenkort meer details over deze Road Map met u te kunnen delen.

5. Algemeen Overleg 2 maart 2016

De Orde verzoekt u met dit commentaar rekening te houden bij het Algemeen Overleg van uw Commissie met de staatssecretaris van Financiën dat gepland staat voor 2 maart 2016. De Orde begrijpt dat voor dit Algemeen Overleg het kabinet met een appreciatie van het voorstel komt.

De Orde is uiteraard gaarne bereid dit commentaar nader toe te lichten.

Een kopie van deze brief is heden gezonden aan de Minister-President, de Minister van Economische Zaken en de Minister en Staatssecretaris van Financiën.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,



mr. M.V. Lambooy
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

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)

1. Inleiding en samenvatting van de belangrijkste conclusies

De Orde heeft met zorg kennisgenomen van de op 28 januari 2016 door de Europese Commissie voorgestelde Concept Richtlijn, die deel uitmaakt van een pakket maatregelen waarin de Europese Commissie zich toelegt op een aantal belangrijke nieuwe ontwikkelingen en beleidsprioriteiten op het gebied van de vennootschapsbelasting. Uit de voorlopige agenda van de Ecofin-vergadering blijkt dat mogelijk al onder het Nederlandse EU-voorzitterschap een politiek akkoord wordt bereikt over een anti-belastingontwijkingsrichtlijn. De inwerkingtreding zou dan, zo dunkt de Orde, al met ingang van 1 januari 2018 een feit kunnen zijn. Eerdere inwerkingtreding zou, zo meent de Orde, niet reëel zijn, maar ook tegen de gerechtvaardigde belangen van het bedrijfsleven ingaan om bestaande niet-misbruikstructuren aan te kunnen passen bij gebreke van afdoende overgangsmaatregelen.

De Orde heeft er begrip voor en is er voorstander van dat OESO-maatregelen ter bestrijding van echt misbruik in internationale structuren in wetgeving ('*hard law*') worden omgezet, mits dit op een evenwichtige en zorgvuldige wijze gebeurt. De Orde meent dat de Concept Richtlijn niet aan deze voorwaarden voldoet. Dit wordt in de begeleidende brief en in deze bijlage nader toegelicht. Dit levert serieuze gevaren op voor het Europese en Nederlandse investeringsklimaat en met name voor het bedrijfsleven dat zich niet bezighoudt met agressieve belastingstructuren.

De Orde roept de Nederlandse regering daarom op om bij de (politieke) afweging om al dan niet akkoord te gaan met dit voorstel, alsmede bij de fiscaaltechnische uitwerking van de Concept Richtlijn uitdrukkelijk rekening te houden met de volgende punten.

- a. De Orde vreest een aantasting van het vestigingsklimaat van de lidstaten van de Europese Unie in het algemeen, en die van Nederland in het bijzonder.
- b. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling is een fiscaal-beleidsmatige keuze voor het stelsel van kapitaalimportneutraliteit. Dit stelsel verdient de voorkeur voor relatief kleine, open economieën, zoals Nederland. De deelnemingsvrijstelling wordt daarom vaak betiteld als 'kroonjuweel'. De voorgestelde Concept Richtlijn dwingt Nederland volstrekt ten onrechte zijn sinds 1918 bestaande deelnemingsvrijstelling op belangrijke punten op te geven. De voorgestelde omschakeling (op onderdelen) van de deelnemingsvrijstelling naar een verrekeningsstelsel treft Nederland als klein land met een open economie harder dan grote(re) Europese lidstaten. De Orde verwacht dat veel hoofdkantoren van Europese en niet-Europese multinationals zullen besluiten Nederland te verlaten.
- c. Indien de Concept Richtlijn wordt aangenomen door de Europese Raad, geeft Nederland haar soevereiniteit op het gebied van de vennootschapsbelasting grotendeels weg. De voorstellen betreffen immers de kernleerstukken van de vennootschapsbelasting. De

voorgeschreven wijzigingen in de vennootschapsbelasting zijn effectief onomkeerbaar. Afgezien van een mogelijk uittreden van Nederland uit de Europese Unie, zijn aanpassingen in de vennootschapsbelasting betreffende deze kernleerstukken alleen nog mogelijk indien alle EU-Lidstaten daarmee unaniem instemmen. Belastingheffing raakt de kern van de soevereine rechtstaat en het onomkeerbaar weggeven daarvan, laat staan op basis van overhaaste, opportunistische (omdat Nederland thans voorzitter van de Europese Raad is) besluitvorming, is reeds om die reden onverstandig. De Orde verwijst in dit verband naar de waarschuwing van professor Essers in 2014 in de Eerste Kamer: “Hoezeer het begrijpelijk is dat de machtigste economieën ter wereld het niet meer accepteren dat hun belastingmiddelen wegvloeien naar belastingparadijzen en dat hun eigen belastinggrondslagen worden uitgehold, neemt dit niet weg dat de democratische legitimatie van de G20, de OECD en de EU in meer of mindere mate beperkt is. Daardoor dreigt er een situatie te ontstaan waarin de burgers en de nationale parlementen buitenspel komen te staan bij deze ontwikkelingen. (...) Ik constateer de paradox dat de fiscale autonomie die de lidstaten van de EU zo krampachtig hebben willen verdedigen met het argument van het democratisch tekort van de EU, nu net verloren dreigt te gaan vanwege het democratisch tekort in de mondiale fiscale beleidsbepaling, waaronder het BEPS-project.”

- d. De voorgestelde Concept Richtlijn staat op diverse onderdelen op gespannen voet met de fundamentele vrijheden van het EU-werkingsverdrag. De Orde vraagt zich af of de Juridische Dienst van de Europese Commissie een toets heeft uitgevoerd ten aanzien van de verenigbaarheid met de verdragsvrijheden en roept, indien dat niet het geval is, het Nederlandse voorzitterschap op om ervoor te zorgen dat deze toets alsnog wordt uitgevoerd. Ook pleit de Orde voor openbaarmaking van de uitkomsten van een dergelijke toets, zelfs als die slechts een mondelinge vorm heeft (en dus in de vorm van notulen beschikbaar is). Naar de mening van de Orde zou ervan moeten worden afgezien om regels in te voeren die een grote kans hebben door het Hof van Justitie EU in strijd te worden verklaard met de verkeersvrijheden.
- e. De bovenstaande punten knellen volgens de Orde des te meer nu de Europese Commissie géén effectbeoordeling heeft opgesteld waarin de gevolgen voor de economieën van de lidstaten alsmede de budgettaire gevolgen zijn doorgerekend. De Orde vraagt het Nederlandse voorzitterschap erop aan te dringen dat een dergelijke effectbeoordeling alsnog door de Europese Commissie wordt uitgevoerd. Het zou de Orde niet verbazen als de effectbeoordeling laat zien dat de Concept Richtlijn nadelig uitpakt voor Europa, en voor Nederland in het bijzonder.
- f. De Concept Richtlijn kent geen overgangsbepalingen. Dit is – afhankelijk uiteraard van de datum van eventuele inwerkingtreding – een gemis omdat ondernemingen ruim, zeker één tot twee jaar, de tijd moeten krijgen zich in te stellen op de nieuwe situatie. Dit geldt in ieder geval voor zover het niet-misbruikssituaties betreft, waar ondernemingen getroffen kunnen worden door overkill of door maatregelen die primair geen anti-misbruikarakter hebben.

2. Artikelsgewijs commentaar³

2.1 De voorgestelde generieke renteaftrekbepanking (artikel 4)

1. De Orde constateert dat de Concept Richtlijn een renteaftrekbepanking kent die is gestoeld op de aanbevelingen van de OESO. Kort gezegd komt de voorgestelde maatregel erop neer dat een lidstaat slechts de aftrek van rente mag toestaan tot maximaal een bedrag ter grootte van 30% van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (Ebitda) dan wel tot een bedrag van € 1 miljoen (MKB-franchise), al naargelang welk bedrag het hoogste uitvalt. De renteaftrekbepanking maakt geen onderscheid tussen groepsrente en externe rente (zoals bankrente). Vooral het feit dat in de nieuwe systematiek ook bankrente kan worden getroffen door een generieke aftrekbepanking heeft grote consequenties voor het bedrijfsleven. De Orde pleit dan ook voor een optimale benutting door de EU van de OESO-aanbevelingen om de regeling acceptabeler te maken, zoals een uitzondering voor de financiering van infrastructurele projecten, zoals windmolenparken, en ruimharig overgangsrecht (zie ook hierna).
2. De Orde spreekt haar waardering uit voor de saldobenadering op grond waarvan de renteaftrekbepanking pas van toepassing is, nadat de rentekosten zijn afgezet tegen de rentebaten (en overige inkomsten uit financiële activa). Op deze wijze wordt een groep in elk geval niet door de voorgestelde renteaftrekbepanking belemmerd om centraal in te lenen van een derde partij om vervolgens de middelen door te lenen binnen de groep. De Orde constateert overigens een potentieel technisch conflict tussen artikel 4, lid 1, Concept Richtlijn en artikel 8c Wet Vpb 1969, waardoor de Nederlandse nationale maatregelen tegen doorstroomfinancieringsmaatschappijen mogelijk worden aangetast.
3. Ook kan de Orde het voorstel waarderen een franchise van € 1 miljoen toe te passen. De Orde merkt echter op dat Duitsland, in het kader van anti-recessie maatregelen, sinds 2008 eerst tijdelijk, maar nu definitief, de franchise heeft opgetrokken tot € 3 miljoen om daarmee de meest negatieve effecten van de maatregel te verzachten. De Orde geeft derhalve in overweging om de franchise op een hoger bedrag vast te stellen dan de Concept Richtlijn doet.
4. De voorgestelde renteaftrekbepanking kent diverse “kan”-bepalingen die EU-lidstaten niet verplicht zijn te implementeren, maar die daarvoor op vrijwillige basis kunnen kiezen. In combinatie met de aan de Concept Richtlijn ten grondslag liggende minimumbenadering meent de Orde dat een consistente implementatie in de EU van de voorgestelde renteaftrekbepanking bepaald niet is gewaarborgd. Dat heeft zeer nadelige gevolgen voor het bedrijfsleven. Zo dwarsboomt een versplinterde Europese implementatie bij voorbaat de adoptie van financieringsstructuren door het bedrijfsleven waarbij de verdeling van de totale externe financieringslast in overeenstemming wordt gebracht met de economische activiteiten. Het risico dreigt bovendien dat een groep zijn totale externe financieringslast

³ Alle genoemde artikelen verwijzen naar de Concept Richtlijn, tenzij anders vermeld.

niet “kwijt” kan en dat externe rentekosten (deels) niet aftrekbaar zijn. De Orde pleit in dit verband voor de volgende wijzingen van de Concept Richtlijn:

- Fixatie van het Ebitda-percentage op 30% zodat in elk geval geen neerwaartse bijstelling door EU-lidstaten is toegestaan;
- Een automatische doorschuifmogelijkheid van onbenutte Ebitda-ruimte naar volgende jaren (artikel 4, lid 4). Onder de voorgestelde regeling lijkt een EU-lidstaat ervoor te kunnen kiezen om deze doorschuifmogelijkheid te onthouden aan een belastingplichtige, terwijl die van eminent belang is om de klappen op te vangen van het procyclische effect dat uitgaat van de voorgestelde renteaftrekbeperking; en
- De groepstoets (artikel 4, lid 3) dient door elke EU-lidstaat te worden geïmplementeerd en niet slechts als een lidstaat daarvoor kiest. Op grond van de groepstoets kan een belastingplichtige alsnog alle rentekosten aftrekken als hij aantoont dat hij niet zwaarder met vreemd vermogen is gefinancierd dan de groep.

5. Van het finale OESO BEPS-rapport over de aftrek van rente maken aanbevelingen deel uit die de regeling acceptabeler maken voor het bedrijfsleven. De Orde betreurt het dat die aanbevelingen niet zijn overgenomen in de Concept Richtlijn. Naar de mening van de Orde zou Europa deze aanbevelingen juist moeten opvolgen. De Orde roept de regering op zich hiervoor uitdrukkelijk in te spannen. Het gaat daarbij om de volgende aanbevelingen:

- De OESO-aanbeveling om de renteaftrekbeperking pas van toepassing te laten zijn in situaties waarin sprake is van een groep. De renteaftrekbeperking in de Concept Richtlijn treft naar de mening van de Orde ten onrechte óók standalone vennootschappen. De Orde merkt op dat Duitsland om deze reden de *Stand-Alone-Klausel* in zijn wetgeving heeft opgenomen. Een uitzondering voor het niet grensoverschrijdende bedrijfsleven is waarschijnlijk Europeesrechtelijk gevoeliger. De Orde beveelt derhalve aan dat Nederland aandringt op een dergelijke *Stand-Alone-Klausel* in de Concept Richtlijn.
- De OESO-aanbeveling om de renteaftrekbeperking niet toe te passen op vennootschappen waarin projecten met een publiek belang zijn ondergebracht, zoals infrastructurele investeringen (PPS-projecten, autowegen, kunstwerken, windmolenparken, grote bouwprojecten et cetera). Dergelijke projecten plegen te worden gefinancierd met relatief veel vreemd extern vermogen en het is de Orde niet bekend dat hierbij op grote schaal sprake zou zijn van misbruik, gezien het publieke belang en de publieke controle op dergelijke projecten.
- De OESO-aanbeveling om de groepstoets – net als de vaste regel – te baseren op de Ebitda, waarbij een belastingplichtige rente kan aftrekken tot het aan hem toerekenbare bedrag van de totale externe groepsfinancieringslast aan de hand van zijn aandeel in de groeps-Ebitda. De Concept Richtlijn bevat daarentegen een op Duitse en Finse leest geschoeide groepstest aan de hand van balanswaarden. Deze balanstest kent een alles-of-niets-benadering op grond waarvan een belastingplichtige blijft gevrijwaard van de vaste 30%-regel als hij aantoont niet zwaarder te zijn gefinancierd dan de groep. Volgens de Orde zou in de EU niet voor de Duits/Finse benadering moeten worden gekozen

omdat die voor veel bedrijven leidt tot een “strengere uitkomst”.⁴ Bovendien verdient het volgens de Orde aanbeveling om in de Concept Richtlijn de OESO-aanbeveling op te volgen om de te verdelen externe groepsfinancieringslast in het kader van een Ebitda-groepstest te verhogen met 10%.⁵ Implementatie van een dergelijke 10%-verhoging reduceert naar de mening van de Orde het risico dat een groep zijn totale externe financieringslast niet kan aftrekken.

6. Het is de Orde opgevallen dat de Concept Richtlijn niet voorziet in overgangsrecht, terwijl de OESO de verwachting heeft uitgesproken dat aan belastingplichtigen een redelijke periode wordt gegund om hun financieringsstructuur aan te passen vóórdat de renteaftrekbeperving van toepassing wordt.⁶ Bovendien maakt van de OESO-aanbevelingen de mogelijkheid deel uit om op het moment van de inwerkingtreding bestaande externe geldleningen voor een bepaalde periode of zelfs voor altijd uit te sluiten. De Orde roept de Nederlandse regering op om de andere EU-lidstaten ervan te overtuigen dat ruimhartig overgangsrecht nodig is bij de implementatie van een Europese renteaftrekbeperving. Vaak zal sprake zijn van diverse (langlopende) financieringsovereenkomsten met verschillende partijen en het kost tijd om de financieringsstructuur in overeenstemming te brengen met de nieuwe regels. Het niet invoeren van ruimhartig overgangsrecht kan naar de mening van de Orde slechts gerechtvaardigd worden in situaties waarbij sprake is van ondubbelzinnig misbruik.
7. De Orde roept in herinnering dat Nederland in het recente verleden de invoering van een generieke renteaftrekbeperving die aanknoopt bij de Ebitda heeft afgewezen omdat die procyclisch werkt en een moeilijk voorspelbaar karakter heeft.⁷ De verhoging van de franchise in Duitsland als gevolg van de recessie in 2008 lijkt een goede aanwijzing dat deze zorg terecht was. De Orde vraagt zich af welke nieuwe argumenten er zijn om nu wel akkoord te gaan met een Ebitda-regeling? Indien Nederland in EU-verband alsnog akkoord gaat met een generieke renteaftrekbeperving die aanknoopt bij de Ebitda, wijst de Orde reeds op deze plaats op de volgende prangende vraagstukken die onvermijdelijk zullen opkomen.
 - Op de eerste plaats wordt Nederland voor de vraag gesteld wat de invoering van de generieke renteaftrekbeperving betekent voor het stelsel van specifieke renteaftrekbepervingen. Een ingrijpende opschoning van dit stelsel acht de Orde noodzakelijk. Het huidige stelsel is al zeer complex, niet uit te leggen aan niet-fiscalisten, bevat dubbele maatregelen tegen hetzelfde misbruik en is slecht voor het investeringsklimaat. Naast de generieke aftrekbeperving, begrijpt de Orde dat de regering overweegt de renteaftrekbeperving van artikel 15ad Wet Vpb 1969 aan te scherpen, ter

⁴ Ook de OESO onderkent dat, zie par. 118 van het finale rapport inzake actiepoint 4 (Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Payments).

⁵ Zie par. 138 van het finale rapport inzake actiepoint 4 (Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Payments).

⁶ Zie par. 194 van het finale rapport inzake actiepoint 4 (Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Payments).

⁷ Zie de Sinterklaasbrief van 5 december 2009, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 369, nr. 9.

bestrijding van te agressieve financiering door private equity partijen. De renteaftrekproblematiek wordt daardoor nog complexer.

- Een tweede vraag is hoe de in een vaste inrichting (binnen of buiten de Europese Unie) gerealiseerde Ebitda dient te worden meegenomen in de Ebitda-regeling, mede ook (voor wat betreft vaste inrichtingen in de EU) in het licht van het arrest Hof van Justitie EU van 4 juli 2013, C-350/11 (Argenta Spaarbank NV).
- Ten slotte wijst de Orde op een problematische samenloop van de voorgestelde generieke renteaftrekbeperking met het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Als de vaste 30%-regel op de Ebitda van de fiscale eenheid wordt toegepast lijken de verkeersvrijheden met zich te brengen dat óók de Ebitda van een buitenlandse dochter mee dient te tellen (zie het recente arrest Hof van Justitie EU van 2 september 2015, C-368/14 (Groupe Steria)). Als de fiscale eenheid niet als “belastingplichtige” wordt aangemerkt in de zin van de generieke renteaftrekmaatregel ontstaat in sommige situaties een onwerkbaar situatie binnen fiscale eenheden.

8. Het is de Orde onduidelijk wat de precieze betekenis is van het voorgestelde artikel 4, lid 3, onderdeel e. Gaat het hierbij om de vraag of de groep heeft geleend van gelieerde ondernemingen buiten de groep, of gaat het om de vraag of de belastingplichtige heeft geleend van gelieerde ondernemingen (binnen of buiten de groep). De tekst dient de bedoeling (beter) tot uitdrukking te brengen.

2.2 De voorgestelde “exit tax”-bepaling (artikel 5)

1. Naar de mening van de Orde is, met name, bij de overdracht van een vermogensbestanddeel naar een vaste inrichting in een derde land, er geen reden om geen uitstel van heffing toe te staan. Dit is ook de bestaande systematiek in de Nederlandse regelgeving.
2. De Orde pleit ervoor dat bij de overdracht van vermogensbestanddelen naar een vaste inrichting buiten (maar ook binnen) de Europese Unie, het Nederlandse systeem zoals dat is ontwikkeld in het Hopperzuiger-arrest wordt gehandhaafd. Naar de mening van de Orde is dit een systeem op basis waarvan geen misbruik mogelijk is en leidt het tot een reële uitgestelde heffing over stille reserves die in overgedragen vermogensbestanddelen besloten liggen.
3. Uit artikel 5, lid 3, lijkt te kunnen worden opgemaakt dat bij uitstel van invordering rente in rekening kan worden gebracht. Naar de mening van de Orde zou uitstel van invordering zonder rente moeten geschieden. Het in rekening brengen van rente maakt het uitstel van invordering van de exit tax in de praktijk tot een dode letter, omdat de rentekosten immers belemmerend werken. De Orde beveelt dan ook aan dat juist een verbod op het in rekening brengen van invorderingsrente wordt opgenomen in de bepaling waarvan de lidstaten niet mogen afwijken.
4. Gelet op de richtlijn inzake de bijstand bij het invorderen van belastingschulden, ziet de Orde er weinig reden toe lidstaten toe te staan zekerheden te eisen. Het Hof van Justitie EU vindt

dit, door de mogelijkheid die lidstaten hebben om bijstand bij invordering te verlangen, niet proportioneel. Dezelfde redenering zou ook gelden ten opzichte van derde landen, voor zover deze partij zijn bij het Multilaterale Bijstandsverdrag en een effectieve samenwerking hebben op het punt van de bijstand bij invordering met de desbetreffende “exit” lidstaat.

2.3 De voorgestelde “switch-over”-bepaling en regeling betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (artikelen 6, 8 en 9)

2.3.1 Switch-over en CFC (algemeen)

1. Alhoewel Nederland de afgelopen jaren veel terrein heeft moeten prijsgeven aan omringende landen zoals het Verenigd Koninkrijk, Ierland en ook Zwitserland waar het de fiscale concurrentiekracht betreft, is het model van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling nog altijd ‘de’ internationale maatstaf. De Nederlandse keuze om winst uit operationele (“echte”) activiteiten vrij te stellen, en winsten uit passieve activiteiten (“beleggingen”) te belasten tenzij onderworpen aan een effectief tarief van 10%, zonder verdere houdstertermijnen enzovoorts, is voor veel internationale investeerders nog altijd een belangrijke fiscale reden om zich in Nederland te vestigen.
2. Indien de deelnemingsvrijstelling, waarmee Nederland zich internationaal onderscheidt, door toedoen van de switch-over clause verwordt tot een generieke regel dan vervalt het huidige comparatieve voordeel. Nederland zal zich dan (nog weer) minder kunnen onderscheiden ten opzichte van de concurrente landen: alle met een lager winstbelastingtarief, en alsdan met een overigens vergelijkbare deelnemingsvrijstelling. Denk hierbij aan Ierland en het Verenigd Koninkrijk.
3. De voorgestelde regelingen zullen ertoe leiden dat (bijvoorbeeld) Franse, Duitse en Italiaanse multinationals hun Nederlandse houdstermaatschappijen zullen ontbinden, en de activiteiten terug zullen brengen naar het thuisland. De voordelen van Nederland ten opzichte van het lokale regime aldaar zijn immers door de switch-over clause en de CFC-regels geneutraliseerd. Dit moge vanuit Frankrijk, Duitsland en Italië dan wel een gunstige ontwikkeling zijn, voor de positie van Nederland is dit nadelig.
4. In het verlengde van het voorgaande wijst de Orde erop dat de staatssecretaris van Financiën in zijn brief van 5 oktober 2015 schrijft dat “het van groot belang is dat Nederland ook in de toekomst een aantrekkelijke vestigingsplaats blijft voor hoofdkantoren en (buitenlandse) bedrijven met reële economische activiteiten”. De deelnemingsvrijstelling wordt daarbij gezien als een van de kroonjuwelen. De voorgestelde switch-overbepaling en CFC-bepaling perken echter de werking van de deelnemingsvrijstelling/objectvrijstelling in volstrekt legitieme structuren in. Zonder deelnemingsvrijstelling/objectvrijstelling in de huidige vorm tezamen met de te verwachten administratieve lasten verliest Nederland zijn aantrekkelijke positie als vestigingsland binnen en buiten Europa. Het is niet voor niets dat het Verenigd Koninkrijk haar CFC-regels voor een groot gedeelte heeft afgeschaft en een vorm van

houdsterregime met vrijstelling heeft geïntroduceerd, juist om een aantrekkelijker vestigingsklimaat te creëren.

5. De Orde wijst erop dat Nederland op deze wijze zijn aantrekkingskracht als “investeringshub” verliest. Helemaal zal de CFC-regeling ertoe leiden dat Nederland lager belaste buitenlandse winst reeds op voorhand belast, dus ongeacht of deze winst daadwerkelijk uitgekeerd wordt. Geen buitenlandse investeerder zal zijn internationale investeringen nog via Nederland laten lopen. Dat heeft in eerste instantie direct grote gevolgen voor de werkgelegenheid in de Nederlandse financiële dienstverleningsindustrie en in tweede instantie voor de algemene werkgelegenheid. Een investeerder die niet meer naar Nederland komt, vestigt hier ook geen distributiecentrum, datawarehouse of regionaal hoofdkantoor van een e-commerce business.
6. De Orde waarschuwt er verder voor dat de voorgestelde maatregelen specifiek de Nederlandse multinationals met een interne actieve bank en treasury functie in het buitenland benadelen. Het toestaan hiervan was indertijd bewust beleid van de Nederlandse regering als compensatie voor het wegvallen van de Nederlandse faciliteit voor de groepsfinancieringsmaatschappij nadat deze door de Europese Commissie verboden werd.
7. Het risico is groot dat niet-Europese investeerders, bijvoorbeeld uit China, Korea, Japan en de Verenigde Staten, überhaupt niet meer dan noodzakelijk in de Europese Unie zullen investeren— zij vestigen hun regionale hoofdkantoren nu nabij de Europese Unie: in Zwitserland, of Dubai (en weldra London wellicht) en opereren voortaan op minimale basis in de Europese Unie.
8. De ervaringen in de Verenigde Staten, die een creditsysteem (conform switch-over) en CFC regels kennen, laten zien dat ondernemingen om die reden vertrekken naar landen met betere fiscale regimes (door middel van ‘inversies’). Aangezien de in de Concept Richtlijn voorgestelde regeling nog ongunstiger lijkt te zijn dan de - door flankerende bepalingen omgeven - Amerikaanse regeling, lijkt het dan ook geen twijfel dat de nieuwe EU-regels voor diverse bedrijven een reden zullen zijn om hun hoofdkantoor naar buiten de Europese Unie te verplaatsen.

2.3.2 De switch-overbepaling (specifiek)

1. De introductie van een switch-overbepaling kan niet worden gerechtvaardigd met het argument dat een dergelijke bepaling misbruik bestrijdt dat alleen supranationaal kan worden aangepakt. Er is immers geen sprake van een mismatch tussen belastingstelsels die een fiscale leemte creëert. Maar nog los daarvan vraagt de Orde zich af wat het misbruik is indien een onderneming die is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, een deelneming/vaste inrichting aanhoudt in een derde land, welke deelneming een volstrekt niet kunstmatige, operationele onderneming drijft. Een voorbeeld is het uitvoeren van baggerwerkzaamheden door een Nederlands bedrijf in de Golfregio. De Orde vraagt zich af wat rechtvaardigt dat Nederland 25% belasting mag heffen over deze activiteiten als de desbetreffende Golfstaat

de activiteiten niet belast. Het is naar de mening van de Orde evident dat dit Nederlandse bedrijven op achterstand zet ten opzichte van bedrijven die zijn gevestigd in landen die geen switch-overbepaling kennen.

2. In dit verband wijst de Orde erop dat de doelstelling van de Concept Richtlijn is – blijkens de toelichting– winsten te belasten daar waar ze worden gemaakt. Een switch-overbepaling is in strijd met dit beginsel omdat het (zoals onder meer uit het bovenstaande voorbeeld blijkt) voorschrijft dat een lidstaat van de Europese Unie winsten belast die buiten de Europese Unie worden behaald. Een voorbeeld is een Nederlandse multinational die overal ter wereld, dus ook in laag belaste landen lokaal een actieve onderneming heeft. Nederland zal dan effectief belasting gaan heffen over die *lokale ondernemingen, terwijl die winst uiteraard niet in Nederland wordt behaald.*
3. De Orde wijst voorts nog op een ander onwenselijk effect. De switch-overbepaling leidt ertoe dat de EU-Lidstaten belastingvoordelen (in de vorm van lage statutaire tarieven) die ontwikkelingslanden aan ondernemingen wensen te geven om de lokale economie te stimuleren, worden wegbelast. Hierdoor doorkruist de Europese Unie het fiscale beleid van ontwikkelingslanden, zulks ten gunste van de schatkist van de EU-Lidstaten. Stel bijvoorbeeld dat een Afrikaans land, om de economie te stimuleren, het belastingtarief verlaagt naar 8%. Indien door een Nederlandse onderneming in dat Afrikaanse land wordt geïnvesteerd, zullen de activiteiten aldaar dan tegen het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief worden belast. Het voordeel dat het Afrikaanse land wil geven ter stimulering van zijn economie, wordt door Nederland dan volledig wegbelast. Door de koppeling met het statutaire tarief van de lidstaat waar de belastingplichtige gevestigd is, betekent dit overigens dat een Engelse vennootschap daar op enig moment (als het Engelse tarief voldoende laag is) wel kan investeren met behoud van de vrijstelling in Engeland. Dit effect veroorzaakt dan een oneerlijke concurrentiepositie als gevolg van een anti-misbruikmaatregel en versterkt de race-to-the-bottom op tariefgebied.
4. De Orde acht het van groot belang te verhelderen dat de credit die op basis van de switch-over dient te worden gegeven, zich uitstrekt tot door de belastingplichtige verschuldigde bronbelasting alsmede – in deelnemingsituaties – tot van de deelneming geheven winstbelasting. In dit verband vraagt de Orde zich wel af hoe de omvang van de credit van onderliggende winstbelasting wordt vastgesteld indien de gegevens niet voorhanden zijn, hetgeen bij minderheidsdeelnemingen goed denkbaar is. De Orde stelt daarom voor om de onderliggende winstbelasting bij fictie vast te stellen op 40% van het statutaire tarief in het land van de aandeelhouder, in ieder geval in duidelijke niet-misbruiksituaties.
5. In de tekst van de Concept Richtlijn dient duidelijk tot uitdrukking te worden gebracht hoe moet worden omgegaan met, bijvoorbeeld, een tijdelijke belastingvrijstelling (tax holiday) in een land dat een regulier hoog vennootschapsbelastingtarief heeft. Is dit al dan niet relevant voor de vraag of aan de test op basis van het statutaire tarief wordt voldaan? Voorts neemt de Orde aan dat een lokale deelnemingsvrijstelling, of de toepasbaarheid van een offshore regime, geen invloed heeft op de – voor de switch-overbepaling belangrijke – test

die aansluit bij het statutaire tarief. De tekst van de Concept Richtlijn of de toelichting hierop zou meer duidelijkheid moeten geven. Als dit niet beoogd is, is het vreemd dat een grondslagverlaging met een hoog tarief geen probleem oplevert maar een laag tarief op een normale grondslag wel. Hier ontbreekt een logische aansluiting met de CFC-bepaling, waar de toets het effectieve belastingtarief is.

6. Het is – gelet op de klaarblijkelijke doelstelling van de switch-overbepaling, namelijk het voorkomen dat laag belast inkomen ‘belastingvrij’ de Europese Unie kan binnenkomen – naar de mening van de Orde onterecht dat de credit (naar het lijkt) wordt beperkt tot de belasting op het niveau van de rechtstreekse deelneming. Immers, bij de vraag of inkomen laag belast is, dient niet alleen naar de laatste schakel in de structuur, voordat het inkomen de Europese Unie binnenkomt, te worden gekeken.
7. In het verlengde daarvan – en meer algemeen gesteld – merkt de Orde op dat de switch-overbepaling leidt tot internationaal dubbele belastingheffing indien een laag belaste deelneming op haar beurt weer deelnemingen in hoog belaste landen houdt. Hoewel de door de directe deelneming gehouden groep dan effectief aan een hoog tarief zal zijn onderworpen, is de switch-overbepaling toch van toepassing en wordt geen credit gegeven voor de op het niveau van de kleindochtermaatschappijen geheven belasting. Los van de principiële bezwaren die de Orde tegen de ruime switch-overbepaling heeft (zie hierboven), acht de Orde het bezwaarlijk dat de credit dermate beperkt is.
8. De Orde wijst erop dat, omdat bij de 40%-toets wordt aangehaakt bij (40% van) het statutaire tarief van de EU-Lidstaat waar de belastingplichtige is gevestigd, dit leidt tot een nadeel voor ondernemingen in lidstaten waar een relatief hoog tarief geldt. Zo zullen Nederlandse vennootschappen met buitenlandse deelnemingen de switch-over al moeten toepassen bij een lokaal statutair tarief van 10% of lager, terwijl Ierse vennootschappen met buitenlandse deelnemingen de switch-over pas hoeven toe te passen bij een lokaal statutair tarief van 5% of lager. Nederland zit met zijn vennootschapsbelastingtarief in de Europese middenmoot en Nederlandse ondernemingen staan daarmee op achterstand ten opzichte van ondernemingen in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Dit versterkt dus het race-to-the-bottom effect als landen hierop gaan reageren.
9. De Orde vraagt zich af hoe de de switch-overregeling zich verhoudt tot door Nederland met EU-lidstaten en met derde landen afgesloten belastingverdragen en tot door Nederland met EU-lidstaten en met derde landen nog af te sluiten (of te heronderhandelen) belastingverdragen. Het is van belang dat voordat Nederland überhaupt instemt met de Concept Richtlijn, vast komt te staan dat het Nederlandse uitgangspunt dat belastingverdragen van hogere orde zijn dan de nationale wetgeving, blijft gelden en dat dit niet anders is als de nationale wetgeving als gevolg van een EU-richtlijn moet worden aangepast. Een voorbeeld is de situatie waarin een Nederlandse onderneming activiteiten heeft in een laag belast buitenland, welke winst Nederland niet mag belasten op grond van een met dat buitenland afgesloten belastingverdrag. Naar de mening van de Orde mag het niet zo zijn dat Nederland op grond van de Concept Richtlijn (indien deze wordt

aangenomen) die buitenlandse winst – in weerwil van het belastingverdrag – toch moet belasten. Dat zou treaty override zijn en Nederland is daar altijd tegenstander van geweest.

10. De switch-overbepaling zou in ieder geval niet moeten gelden voor buitenlandse onroerende zaken en (overige) niet-mobiele (dus actieve operationele werkzaamheden met reële substance) activiteiten. Alsdan is sprake van een louter op economische gronden gebaseerde keuze om activa/activiteiten aan te houden in het desbetreffende buitenland. Ook wordt dan het uitgangspunt gerespecteerd dat winsten daar belast moeten worden waar de reële activiteiten plaatsvinden.

2.3.3 CFC-regeling (artikelen 8 en 9)

1. De Orde is van mening dat dividendinkomen en inkomen ten gevolge van de verkoop van aandelen, ten onrechte als ‘besmet’ inkomen wordt beschouwd (artikel 8, lid 1, onderdeel c, sub (iii)). Dit betekent dat vennootschappen die operationele activiteiten uitvoeren en daarnaast deelnemingen houden als CFC-vennootschap worden aangemerkt, ook als die deelnemingen zelf alleen operationele activiteiten uitvoeren. Naar de mening van de Orde is dit onbegrijpelijk. Een voorbeeld is de situatie waarin een Nederlandse vennootschap een belang heeft in een vennootschap in een ander land, dat een hoog statutair tarief heeft. Deze vennootschap heeft grote operationele activiteiten en houdt voorts deelnemingen. Vanwege het feit dat dat andere land ruimere renteaftrekmogelijkheden biedt dan Nederland, is het effectieve tarief laag. Indien in een jaar uit de deelnemingen grote dividenden worden ontvangen, is dit lichaam een CFC-lichaam. Naar de mening van de Orde is dit niet terecht, daar duidelijk geen sprake is van een misbruikssituatie.
2. Naar de mening van de Orde zal deze CFC-regeling grote administratieve lasten met zich brengen. De buitenlandse belastinggrondslag zal namelijk moeten worden herrekend naar de Nederlandse belastinggrondslag om het effectieve tarief te bepalen.
3. Een ander ongewenst gevolg van het opnemen van dividendinkomen en inkomen ten gevolge van de verkoop van aandelen, als ‘besmet’ inkomen, is dat het effect kan optreden dat een deelneming in het ene jaar wel en in het andere jaar niet als CFC wordt aangemerkt. Dit leidt onder meer tot enorme administratieve lasten, bijvoorbeeld om bij te houden uit welk jaar een onder de switch-overbepaling vallend dividend afkomstig is – is dat uit een CFC-jaar of uit een niet CFC-jaar? Dit zal tot compartimenteringsvraagstukken gaan leiden. De Concept Richtlijn bevat hier geen duidelijke regels over.
4. De Orde vraagt zich af waarom ten tijde van het in de grondslag betrekken van buitenlands inkomen geen credit wordt gegeven voor de onderliggende winstbelasting? Die credit wordt nu pas gegeven op het moment van uitkering van winst/verkoop van aandelen (onder de switch-over clause). Een voorbeeld van het nadeel van de regeling is de situatie dat een Nederlandse vennootschap de aandelen houdt in een buitenlandse CFC-vennootschap die 8% belasting betaalt. Over de winst van die buitenlandse onderneming is dan effectief 33% belasting verschuldigd. Dit leidt tot een belangrijk cash-flownadeel.

5. Daarbij komt dat de CFC-regeling en de switch-overbepaling, naar de mening van de Orde, niet goed op elkaar zijn afgestemd. Zo kan het voorkomen dat een deelneming wel onder de CFC-bepaling valt, maar niet onder de switch-overbepaling. Dat is het geval indien het statutaire tarief in het land waar de deelneming is gevestigd relatief hoog is (hoger dan 40% van het tarief in de EU-lidstaat waar de aandeelhouder is gevestigd), terwijl het effectieve tarief relatief laag is (vanwege grondslagafwijkingen). Het probleem is dan, dat er geen credit wordt gegeven onder de switch-overbepaling en de CFC-regels, zoals hierboven opgemerkt, geen eigen creditregels kennen.
6. De Orde stelt voor dat wordt verduidelijkt wat wordt bedoeld met het inkomen dat in het land van de aandeelhouder op basis van het arm's length beginsel in aanmerking wordt genomen (in het kader van CFC-regels bij kunstmatige EU-deelnemingen). Waarom wordt dit separaat geregeld, daar dit immers rechtstreeks uit het arm's length beginsel lijkt voort te vloeien? Wat is dan het verschil tussen kunstmatige en niet-kunstmatige constructies?
7. In de tekst van de Concept Richtlijn zal moeten worden verduidelijkt dat CFC-inkomen slechts in één EU-lidstaat kan worden opgepikt. Indien een Nederlandse vennootschap de aandelen in een Engelse vennootschap houdt die op haar beurt de aandelen in een laag belaste vennootschap in een derde land houdt, is die laag belaste vennootschap voor zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk een CFC-vennootschap. Naar de mening van de Orde mag het niet de bedoeling zijn dat zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk dan de winst van die CFC-vennootschap mogen belasten. Het inkomen zal naar de mening van de Orde alleen in het Verenigd Koninkrijk moeten kunnen worden opgepikt. Dit kan worden verduidelijkt door in artikel 9, lid 2, voorafgaande aan het woord 'entitlement' het woord 'direct' op te nemen.
8. Artikel 8, paragraaf 1, onderdeel a, geeft aan dat het 50%-criterium wordt bepaald aan de hand van het bezit van de belastingplichtige zelf ('the taxpayer by itself'), of samen met verbonden ondernemingen ('or together with its associated enterprises') zoals gedefinieerd volgens de nationale vennootschapsbelasting van een land ('as defined under the applicable corporate tax system'). De Orde vraagt zich af waarom de lidstaten zoveel ruimte wordt gelaten om het 50%-criterium zelf in te vullen. De lidstaten wordt een keuze gelaten om het 50%-criterium al dan niet samen met verbonden ondernemingen in te vullen en bovendien mogen de lidstaten de verbonden ondernemingen zelf definiëren. Dit leidt tot vele verschillende mogelijkheden en toepassingen van de CFC-regel. Mocht de CFC-regel worden gehandhaafd, dan pleit de Orde voor een eenduidigere definiëring zodat binnen de EU een consistentere systeem ontstaat.

2.4 Algemene antimisbruikbepaling (GAAR) (artikel 7)

1. De Orde zou graag zien dat de term ‘essential purpose’ wordt toegelicht, mede in het licht van de GAAR in de Moederdochterrichtlijn, het antimisbruikconcept dat wordt toegepast in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de toepassing van het leerstuk van fraus legis in het Nederlandse belastingrecht.
2. Meer in het bijzonder vraagt de Orde zich af hoe de voorgestelde GAAR in de Concept Richtlijn afwijkt van het Nederlandse leerstuk van fraus legis. Daarnaast komt de vraag op of de voorgestelde GAAR makkelijker of moeilijker toepasbaar is dan fraus legis. Indien de GAAR moeilijker toepasbaar is dan fraus legis, is de regering dan voornemens om het concept van fraus legis ‘af te schaffen’ door middel van een wettelijke bepaling? De Orde zou prefereren dat het in de Nederlandse rechtsorde uitgekristalliseerde leerstuk van fraus legis wordt gehandhaafd. Ziet de regering de mogelijkheid om dit te bestempelen als voldoende implementatie van de GAAR of is codificering vereist?
3. Graag verneemt de Orde in hoeverre het begrip ‘misbruik’ al nader is uitgekristalliseerd. Zoals de staatssecretaris van Financiën heeft toegezegd in zijn brief van 4 december 2014 (AFP/2014/1087) zal tijdens de periode van het Nederlandse EU-voorzitterschap de interpretatie van het misbruikbegrip uit de Moederdochterrichtlijn op de agenda worden geplaatst. In hoeverre is hier al actie op ondernomen en wat is de status hiervan? De Orde heeft inmiddels de indruk dat de per 1 januari 2016 in werking getreden anti-misbruikregel in de 28 lidstaten op 28 verschillende manieren is geïmplementeerd. De Orde roept op tot onderzoek en bezinning voordat op dezelfde wijze dit misbruikbegrip elders in Europese regelgeving wordt ingevoerd.
4. Naar de mening van de Orde moet worden voorzien in een regeling die dubbele heffing opheft als gevolg van het van toepassing zijn van de antimisbruikbepaling. Het kan immers zo zijn dat een land op basis van de antimisbruikbepaling andere fiscale gevolgen verbindt aan een feitenpatroon dan een andere lidstaat. In binnenlandse verhoudingen betekent het toepassen van fraus legis dat een transactie als geheel wordt genegeerd. Dit zou, bij een perfect opererende interne markt, ook het effect dienen te zijn als een grensoverschrijdende transactie binnen de EU onder de GAAR genegeerd wordt. De huidige tekst laat toe, zo meent de Orde, dat slechts een deel van de transactie (in de ene lidstaat) wordt genegeerd, terwijl de fiscale gevolgen van het andere deel van de transactie in de andere lidstaat onaangetast blijven. Hierdoor kan internationaal dubbele belasting ontstaan.
5. Door het gebruik van vage begrippen en onvoldoende inkadering van het misbruikbegrip met voorbeelden en toelichtingen, ontstaat het gevaar dat lidstaten de GAAR gaan gebruiken voor andere doeleinden dan hard misbruik (bijvoorbeeld om grotere delen van de winst van multinationals te belasten). Een Europese oplossing dient dan ook echt Europees uit te werken. Dit vereist dat de andere betrokken lidstaten eveneens overtuigd zijn van het misbruikarakter. Dit verhoogt de drempel tegen oneigenlijk gebruik van de GAAR door lidstaten.

6. Opheffing zou dienen te geschieden ofwel door een verplichting van een corresponderende correctie in de andere lidstaat (beide landen passen dan de GAAR toe en negeren beide de gewraakte transactie, ook als dit betekent dat een winstelement daardoor niet belast wordt in het ene land omdat het in het andere land al belast wordt door toepassing van de GAAR).
7. Als hier geen maatregel voor wordt opgenomen in de Concept Richtlijn of twee of meer lidstaten van mening verschillen over de vraag of sprake is van misbruik dient een procedure opengesteld te worden om dat geschil (voor zover leidend tot dubbele belasting) op te lossen. Daarvoor bestaat de Arbitrageconventie. Deze leidt echter een slapend bestaan en is in de praktijk niet heel effectief gebleken. Nu de Concept Richtlijn op diverse terreinen de mogelijkheid van dubbele belastingheffing vergroot, meent de Orde dat de Europese Commissie, flankerend aan de invoering van de Concept Richtlijn, ook aandacht zou dienen te besteden aan het effectiever maken van de Arbitrageconventie.

2.5 De voorgestelde regeling voor hybride mismatches (artikel 10)

1. Het voorgestelde artikel 10 voorziet kort gezegd in een regeling voor het geval waarin twee EU-lidstaten een verschillende fiscale kwalificatie geven aan een entiteit met als gevolg dat een betaling in twee EU-lidstaten aftrekbaar is, dan wel aftrekbaar is in een EU-lidstaat zonder een corresponderende heffing in de andere EU-lidstaat. Voorts voorziet artikel 10 in een regeling voor het geval de ene EU-lidstaat een activiteit als een vaste inrichting aanmerkt en de andere EU-lidstaat niet. Als sluitstuk kent het voorgestelde artikel 10 een regeling voor het geval waarin twee EU-lidstaten een verschillende kwalificatie geven aan een financieel instrument.
2. Het bestaan van hybride mismatches tussen EU-belastingstelsels is volgens de Orde bij uitstek een aangelegenheid die in EU-verband moet worden opgelost. Een lidstaat kan dat niet alleen. Dat is ook de portee van de OESO-aanbevelingen op dit terrein.⁸ De Orde wijst erop dat de EU-lidstaten recent met elkaar richtsnoeroplossingen zijn overeengekomen voor diverse hybride mismatches onder de vlag van de EU-Gedragscodegroep inzake de belastingheffing van ondernemingen (Code of Conduct for Business Taxation).⁹ Deze richtsnoeren zijn een vorm van Europese pseudowetgeving waaraan de EU-lidstaten zich politiek hebben gecommitteerd. De Orde vraagt zich af of de inzet van de Nederlandse regering nog steeds inhoudt dat zij een Europese “hard law”-oplossing steunt via een regeling in de Concept Richtlijn en de richtsnoeren het liefst daarvoor ziet worden ingewisseld?
3. Het valt de Orde op dat de door de Europese Commissie voorgestelde regeling ter oplossing van hybride mismatches flagrant afwijkt van de OESO-aanbevelingen. De OESO-aanbevelingen komen neer op zogenoemde “linking rules” die in het geval van een hybride

⁸ Zie het finale rapport inzake actiepunten 4 (Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements), OESO, 2015.

⁹ Het betreft richtsnoeren ter oplossing van zogenoemde “hybrid entity mismatches” tussen twee of meer EU-lidstaten en richtsnoeren ter oplossing van mismatches als gevolg van het feit dat de ene EU-lidstaat een activiteit aanmerkt als een vaste inrichting en een andere EU-lidstaat niet (“hybrid permanent establishment mismatches”). Zie het verslag van de Gedragscodegroep over het twee halfjaar van 2014, nr. 16553/1/14, Fisc 225, Ecofin 1166 en het verslag van de Gedragscodegroep over het eerste halfjaar van 2015, nr. 9620/15, Fisc 60, Ecofin 443.

mismatch een aftrekpost schrappen of juist een ontvangen betaling in de heffing betrekken. De door de Europese Commissie voorgestelde regeling gaat veel verder en komt neer op een volledige wederzijdse erkenning van de fiscale kwalificatie van een entiteit, vaste inrichting of financieel instrument. Daarbij is steeds de bronstaat van de betaling leidend. Het is de Orde onduidelijk waarom voor een dergelijke vergaande ingreep in de nationale vennootschapsbelastingstelsels wordt gekozen. Het soevereine recht van een EU-lidstaat om te bepalen welke entiteiten zelfstandig belastingplichtig zijn voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt daardoor vergaand aangetast. De door de Europese Commissie voorgestelde volledige herkwalificatie van hybride entiteiten heeft ontegenzeggelijk ook uitstralingseffecten naar de inkomstenbelastingstelsels van de EU-lidstaten. Grijpt de Europese Commissie soms naar dit verstrekkende middel omdat zij bevreesd is dat de OESO-methodiek op bezwaren stuit in de EU, bijvoorbeeld bezwaren in verband met de verkeersvrijheden?

4. De Orde wijst erop dat de gekozen oplossingsrichting ook tot andere uitkomsten leidt dan de aanbevelingen van de OESO. In dit verband geeft de Orde het volgende voorbeeld dat is ontleend aan het finale rapport inzake Actiepunt 2.¹⁰

Voorbeeld

Vennootschap A, gevestigd in lidstaat A, houdt alle aandelen in hybride entiteit B, gevestigd in lidstaat B. Vanuit lidstaat A's optiek is hybride entiteit B fiscaal transparant en vanuit lidstaat B's optiek fiscaal non-transparant. Als vennootschap A een geldlening verstrekt aan hybride entiteit B leidt dat tot aftrek van de rentebetaling in lidstaat B zonder dat er heffing tegenover staat in lidstaat A. De renteaftrek op het niveau van hybride entiteit B wordt vervolgens in lidstaat B gebruikt om af te zetten tegen de winst van een overigens in lidstaat B gevestigde groepsvennootschap (bijvoorbeeld via een consolidatieregime of regeling voor verliesoverdracht binnen de groep).

De primaire oplossing van de OESO is dat lidstaat B de aftrek van de rentebetaling dient te weigeren. Deze neutralisering komt de Orde logisch voor. Onder het voorgestelde artikel 10 van Concept Richtlijn dient lidstaat A echter de non-transparante kwalificatie die lidstaat B geeft aan de hybride entiteit volledig over te nemen. Het gevolg daarvan is dat de rentebetaling ook in lidstaat A zichtbaar wordt zodat lidstaat A tot heffing over de rentebate zal overgaan. Een uitkomst derhalve die haaks staat op de OESO-aanbevelingen.

5. De Orde wijst erop dat als in het bovenstaande voorbeeld voor lidstaat A Nederland wordt gelezen en er overigens (dus naast vennootschap A) een natuurlijke persoon in de hybride entiteit participeert, deze natuurlijke persoon waarschijnlijk een aanmerkelijk belang zal moeten krijgen in de hybride entiteit (box 2 van de inkomstenbelasting). Het behoeft naar de mening van de Orde geen betoog dat als gevolg hiervan praktisch onuitvoerbare situaties zullen ontstaan.

¹⁰ Het betreft voorbeeld 3.1 inzake een zogenoemde "disregarded hybrid payment".

6. De Orde roept de Nederlandse regering op om zich ervoor in te spannen dat de door de Europese Commissie voorgestelde “anti-hybride mismatchregels” door de EU-lidstaten nog eens goed worden doordacht. De Orde geeft daarbij in overweging om in elk geval de reikwijdte van eventuele Europese “anti-hybride mismatchregels” te beperken op een OESO-conforme wijze. Dat betekent concreet:
- Regels die de fiscale mismatches beogen te neutraliseren in relatie tot *hybride entiteiten* zich dienen te beperken tot mismatches in *groepsverband*. De OESO verstaat onder groep een belang van 50% of meer.
 - Regels die de fiscale mismatches beogen te neutraliseren in relatie tot *financiële instrumenten* zich dienen te beperken tot mismatches in *gelieerde verhoudingen*. De OESO verstaat onder gelieerde verhoudingen een belang van 25% of meer.