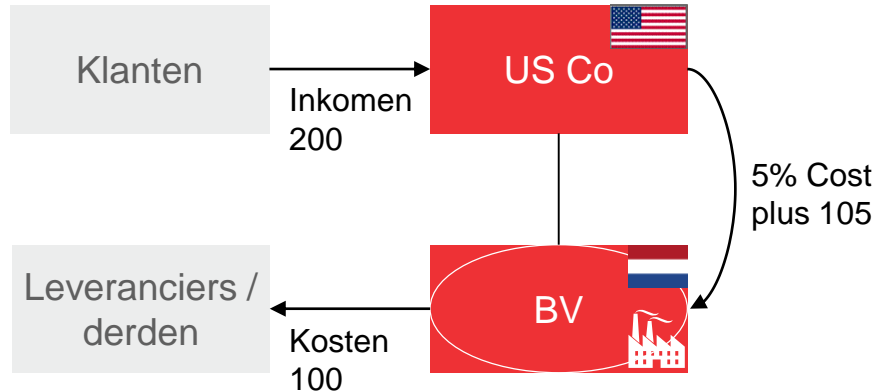


**Interpretatievraagstukken  
rond “dubbel in aanmerking  
genomen inkomen” /  
”betrekking in de heffing” bij  
NL werkmaatschappij**

# 1. Transparante BV vanuit US perspectief



O.a. Ierland (Section 835B) ziet wel ruimte in de Richtlijn (zie brief Amcham)

Beschouwd inkomen voor 100 als dubbel in aanmerking genomen inkomen

UK (Section 259IC en 259ID) ziet ook dubbel in aanmerking genomen inkomen

Is Financiën bereid om de UK / IER-oplossing over te nemen?

## Feiten

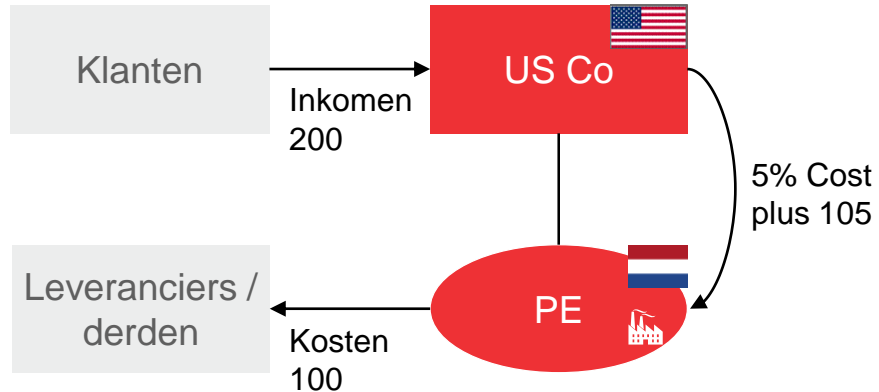
- BV verricht fabricage voor US Co en krijgt een at arm's length vergoeding (Cost plus 5%)
- BV is transparant for US Tax
- Cost plus inkomen van BV niet in aanmerking genomen bij US Co

## Impact ATAD 2

- Dubbele aftrek (art. 12aa, lid 1, onderdeel g).
- Geen dubbel in aanmerking genomen inkomen, aldus de wetgever (MvA, vergaderjaar I, 2019-2020, 35.241, 15-17 en NnaV, vergaderjaar I, 2019-2020, 35.241,E, p. 12-13)

**ATAD 2: Resultaat is 100 niet aftrekbaar**

## 2. Nederlandse vaste inrichting



### Overview

- Vaste inrichting vanuit NL en US perspectief (geen mismatch)
- Vaste inrichting krijgt at arm's length beloning van 5
- US Co wordt belast voor 200-100 en geeft credit tzv 5

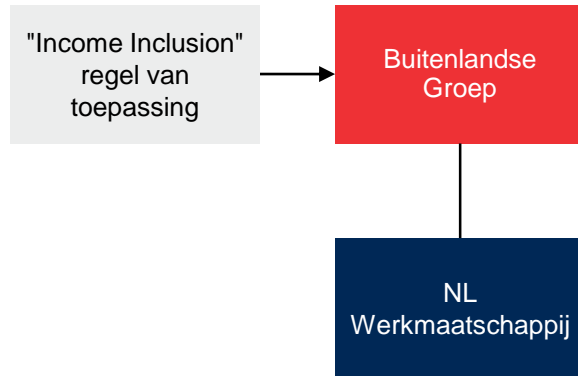
### Analyse ATAD 2: Twee varianten

1. Separate entity approach: Service fee 105 > dubbele aftrek, geen dubbel in aanmerking genomen inkomen > 100 niet aftrekbaar?
2. Hoofdhuis / vi-benadering: Vaste inrichting krijgt 105 inkomen van klanten direct toegerekend > Dubbele aftrek, maar ook dubbel in aanmerking genomen inkomen.

**ATAD 2: Geen beperking**

# 3. "Income Inclusion" of CFC?

## Dubbele aftrek ex art. 12aa lid 1 sub g jo lid 3 Wet Vpb

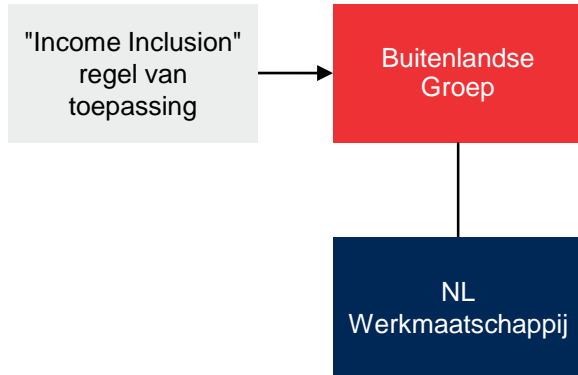


### Relevante "Income Inclusion" wetgeving

- Als onderdeel van het GLOBE voorstel van de OECD wordt er gewerkt aan een zogeheten "Income Inclusion" regel waarbij het inkomen van een dochtermaatschappij wordt opgenomen in de winst van de moedermaatschappij indien dit inkomen niet is onderworpen aan een minimum effectief tarief. De vraag is hoe dit dient te worden behandeld onder artikel 12aa, lid 1, sub g, jo lid 3 Wet Vpb. Een "Income Inclusion" is niet hetzelfde als een CFC regime, waarbij in de regel de volgende elementen van belang zijn: 1) **passief inkomen** dient te worden geïdentificeerd, waarbij er sprake is van 2) **onvoldoende ondernemingssubstantie**, dat 3) **niet of laag belast is** en in het jaar 4) **niet is uitgekeerd** door deze dochtermaatschappij. De elementen 1), 2) en 4) zijn niet relevant bij een "Income Inclusion".
- Als voorloper op dit voorstel kent de Verenigde Staten reeds sinds 2018 het zogenaamde GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income) regime. Dit regime houdt kort gezegd in dat Amerikaanse (corporate) aandeelhouders van buitenlandse (gecontroleerde) dochtermaatschappijen (verwarrend in deze opzet worden deze onder Amerikaanse maatstaven ook CFCs genoemd) het (GILTI) inkomen van deze dochtermaatschappijen direct in de Amerikaanse vennootschapsbelasting dienen te betrekken.
- Het GILTI inkomen wordt berekend door van het 'net tested income' (inkomen -/ - kosten) van de dochtermaatschappij een vast rendement (10%) op de vaste activa af te trekken. Dit GILTI bedrag wordt bij de Amerikaanse aandeelhouder in het bruto inkomen betrokken.
- Onder voorwaarden is er vervolgens bij het berekenen van de Amerikaanse nettowinst een (fictieve) aftrek beschikbaar van 50% van het GILTI inkomen van het jaar. Tevens is (onder voorwaarden) een verrekening toegestaan van de lokaal bij de dochtermaatschappij geheven winstbelasting (voor 80%).
- Er is in de regel geen heffing als gevolg van GILTI indien het effectieve tarief van de dochtermaatschappij - onder Amerikaanse maatstaven berekend - iets meer dan 13% bedraagt.

# 3. "Income Inclusion" of CFC?

## Dubbele aftrek ex art. 12aa lid 1 sub g jo lid 3 Wet Vpb



### Relevante Nederlandse wetgeving

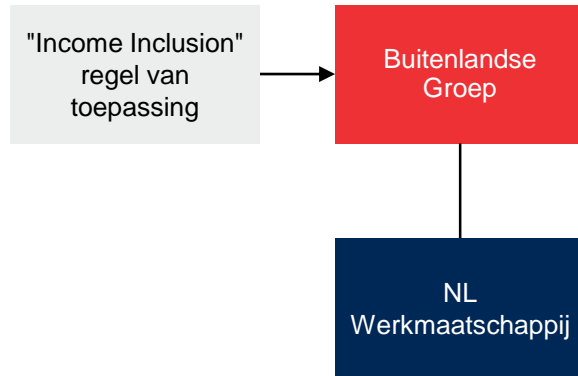
- Artikel 12aa, lid 1, sub g Wet Vpb beperkt de aftrek van vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen voor zover die leiden tot **een dubbele aftrek**.
- De term 'dubbele aftrek' wordt in artikel 12ac, lid 1, sub c Wet Vpb gedefinieerd als de situatie waarbij (...) **dezelfde** vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen **rechtens dan wel in feite direct of indirect** in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting bij (...) staat van de betaler (...) en een of meer andere staten.

### Relevante Nederlandse wetgeving (vervolg)

- Indien NL Werkmaatschappij (of NLCo) onder Amerikaanse maatstaven een GILTI dochter is van een Amerikaanse groep zou, gezien de ruime definitie van artikel 12aa, lid 1, sub g Wet Vpb, gesteld kunnen worden dat een vergoeding, betaling, last of verlies van NLCo zowel bij de berekening van de Nederlandse VPB-grondslag als bij de berekening van de Amerikaanse belastinggrondslag in aftrek kan worden gebracht.
- De Nederlandse wettelijke definitie van dubbele aftrek is (op het eerste oog) ruimer dan de definitie in de ATAD (artikel 2, lid 9 ATAD), waar de zinsnede rechtens dan wel in feite direct of indirect niet voorkomt.
- De aftrekbeperking als gevolg van dubbele aftrek is niet van toepassing indien dit kan worden afgezet tegen 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' (zie artikel 12aa, lid 3 Wet Vpb). Volgens de wettelijke definitie van artikel 12ac, lid 1, sub d is hiervan sprake als een inkomensbestanddeel in het geval van dubbele aftrek bij NLCo en Buitenlandse Groep 'in een naar de winst geheven belasting is betrokken'. Volgens de wetsgeschiedenis dien je voor de uitleg van dit begrip te rade te gaan bij het begrip 'betrekking in de heffing' conform artikel 12ac, lid 1, sub a Wet Vpb.

# 3. "Income Inclusion" of CFC?

## Dubbele aftrek ex art. 12aa lid 1 sub g jo lid 3 Wet Vpb

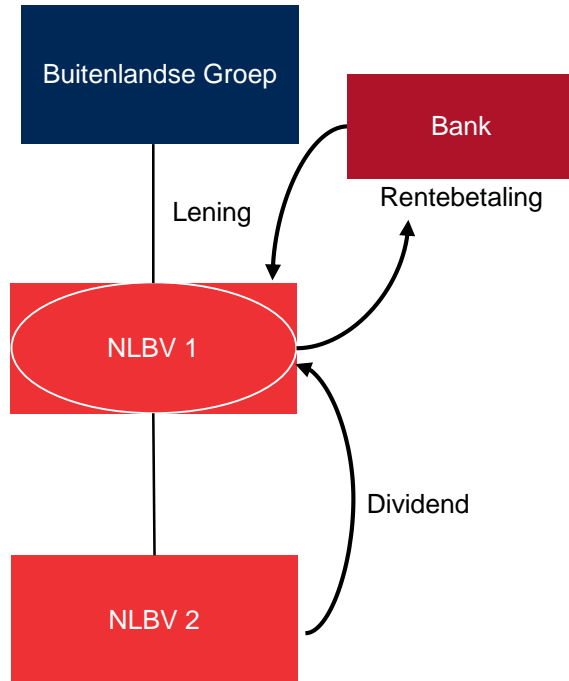


### Vragen

- Is er in casu mogelijk sprake van 'dubbele aftrek' of dient de GILTI voor deze term als een CFC heffing te worden behandeld? Indien de GILTI als een CFC heffing dient te worden behandeld (zie blz. 9 MvT), dan wordt het inkomen niet als zodanig in de heffing betrokken. Het saldo van de niet-uitgekeerde winstreserves wordt in essentie in een CFC regime alsnog belast (zie ook de Nederlandse versie: artikel 13ab, lid 2 Wet Vpb). Er kan dus geen sprake zijn van dubbele aftrek, omdat het aftrekbare element niet als zodanig wordt herkend in het saldo van de te belasten inkomsten (niet-uitgekeerde winstreserves).
- Indien de GILTI niet voor de definitie van 'dubbele aftrek' als CFC heffing dient te worden behandeld, maar als een situatie waarbij de kosten en inkomsten van NLCo integraal worden beoordeeld in het land van de aandeelhouder, dan geldt het volgende. Een CFC heffing geldt voor de definitie van 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' alleen als betrekking in de heffing indien de vergoeding of betaling als zodanig volledig tegen het (reguliere) statutaire tarief in de heffing is betrokken en met betrekking tot die vergoeding of betaling geen recht op verrekening van winstbelasting bestaat. Op verschillende punten voldoet het GILTI regime niet aan deze invulling. Dus alle kosten van NL werkmaatschappij zijn niet aftrekbaar.
- Overigens zal in het algemeen bij een CFC regime altijd sprake zijn verrekening van winstbelasting. Immers deze verrekening dient ter voorkoming van dubbele belasting.



# 4. Kwalificeert dividend als 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' ex art. 12ac lid 1 sub d Wet Vpb



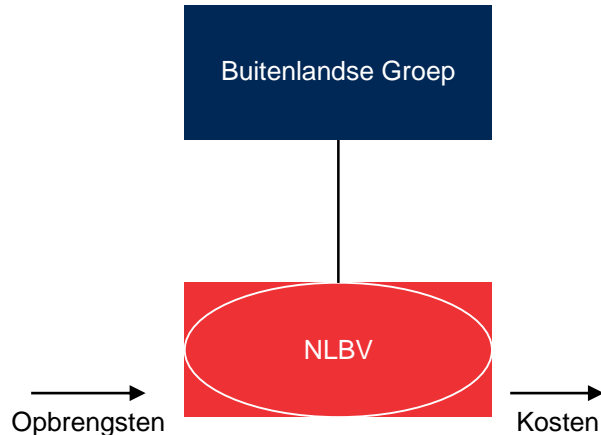
## Feiten en omstandigheden

- NLBV 1 is een hybride entiteit (transparent voor Buitenlandse Groep)
- NLBV 1 betaalt rente aan Bank
- NLBV 2 keert een dividend uit aan NLBV 1
- Is de rentebetaling aan Bank niet aftrekbaar op grond van artikel 12aa, lid 1 sub g Wet Vpb of kan deze worden afgezet tegen 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' conform artikel 12aa, lid 3 Wet Vpb?

## Dubbel in aanmerking genomen inkomen

- Volgens het Action 2- Final report zou het dividend als dubbel in aanmerking genomen inkomen moeten kwalificeren:
  - "Double taxation relief, such as a domestic dividend exemption granted by the payer jurisdiction or a 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." (par. 126 van het Action 2 – Final report).
  - "While a payment must generally be recognised as ordinary income under the laws of both jurisdictions before it can be treated as dual inclusion income, a payment that is treated as ordinary income in the parent jurisdiction should still qualify as dual inclusion income if the payment is subject to taxation relief in the payer jurisdiction in order to relieve the payment from economic double taxation." (par. 11 van example 6.3 van het Action 2 – Final report).
- Op basis van de parlementaire geschiedenis lijkt het dividend echter niet als dubbel in aanmerking genomen inkomen te kwalificeren.
  - "Dubbele belasting kan worden voorkomen met, in de basis, een vrijstellingsmethode of een verrekeningsmethode. Voor de vraag of sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen in dat kader moet worden beoordeeld of het inkomen feitelijk in beide staten in de heffing wordt betrokken." Kamerstukken II 2019–2020, 35 241, 7, p. 40.

# 5. Interpretatie van verrekening van winstbelasting bij 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' ex art. 12ac lid 1 sub d Wet Vpb



## Feiten en omstandigheden

- NLBV is een hybride entiteit (transparent voor Buitenlandse Groep).
- NLBV heeft 110 aan kosten en 100 aan opbrengsten.
- Is 110 of slechts 10 van de kosten niet-afteikbaar op grond van artikel 12aa, lid 1, sub g Wet Vpb?

## Dubbel in aanmerking genomen inkomen

- Aangezien NL HoldCo BV een verlies heeft zal in deze situatie in beginsel geen sprake zijn van verrekening van NL Vpb op het niveau van Buitenlandse Groep (vgl. Kamerstukken I, 2019–2020, 35 241, C, p. 15). Kan in deze situatie worden gesteld dat slechts 10 van de kosten dubbel in aftrek komen, omdat 100 van de kosten kunnen worden afgetrokken op een bedrag dat dubbel in aanmerking genomen inkomen is?
- Is dit anders indien er in de situatie dat er wel een positief resultaat is bij NLBV en er voor het saldo wel sprake is van verrekening van winstbelasting die ertoe leidt dat er geen sprake is van 'feitelijke heffing' zoals verwoordt in de parlementaire geschiedenis?





De leden van de fractie van de VVD beschrijven een tweetal casusposities, waarbij de problematiek rondom dubbel in aanmerking genomen inkomen speelt. Deze leden vragen bij beide casussen of er sprake is van een technisch gebrek in de wetgeving, hoe het kabinet dit gaat herstellen en of het kabinet bereid is een proportionele tegenbewijmaatregel toe te voegen aan het wetsvoorstel of bereid is in een schriftelijke toezegging te bevestigen dat dit gebrek gerepareerd gaat worden. In de eerste casus houdt een Amerikaanse moedervenootschap alle aandelen in een Nederlandse bv die in Nederland normaal belast is. De Nederlands bv is voor Amerikaanse maatstaven transparant (niet-zelfstandig belastingplichtig). Aangezien de Nederlandse bv in Nederland wel zelfstandig belastingplichtig (niet-transparant) is, is het een hybride lichaam. De Nederlandse bv heeft 100 aan kosten en 130 aan opbrengsten. Omdat de kosten zowel in Nederland als in de Verenigde Staten (VS) in aftrek komen (doordat de Nederlandse bv voor Amerikaanse belastingdoeleinden transparant is), is sprake van een dubbele aftrek. De hybridemismatchmaatregelen zijn echter in geval van een dubbele aftrek niet van toepassing voor zover er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Hiervoor dient te worden beoordeeld of de opbrengsten van 130 zowel in Nederland als in de VS in de heffing worden betrokken. Genoemde leden gaan er ten onrechte van uit dat in de beschreven casus geen sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen, omdat bij de Amerikaanse moedervenootschap een verrekening wordt toegestaan voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Deze verrekening is een methode ter voorkoming van dubbele belasting. De toepassing van regels ter voorkoming van dubbele belasting hoeft, anders dan deze leden kennelijk menen, er niet per definitie aan in de weg te staan dat sprake kan zijn van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Voor de vraag of sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen moet worden beoordeeld of de opbrengsten feitelijk in beide staten in de heffing worden betrokken. In de casus die deze leden omschrijven worden de opbrengsten van 130 zowel in Nederland als de VS in de grondslag opgenomen. In Nederland worden de opbrengsten van 130 in de grondslag opgenomen. De vervolgvraag is hoe de VS voorkoming van dubbele belasting geeft voor de opbrengsten. In de omschreven casus wordt verrekening gegeven voor de belasting die ziet op 30 (de winst van de Nederlandse bv) waardoor dus wel degelijk sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Uit deze verwerking volgt dus dat in de geschetste casus sprake is van een gewenste uitwerking van ATAD2 en niet van een technisch gebrek. In het geval dat de VS (in deze casus) of een andere staat een verrekeningsmethode zou hanteren waardoor het inkomen feitelijk niet in de VS (of de andere staat) in de heffing wordt betrokken is geen sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Ook dat is een gewenste uitwerking van ATAD2.



**Interpretatievraagstuk  
“samenwerkende groep”  
beleggingsfondsen**

## 6. Samenwerkende groep volgens ATAD2

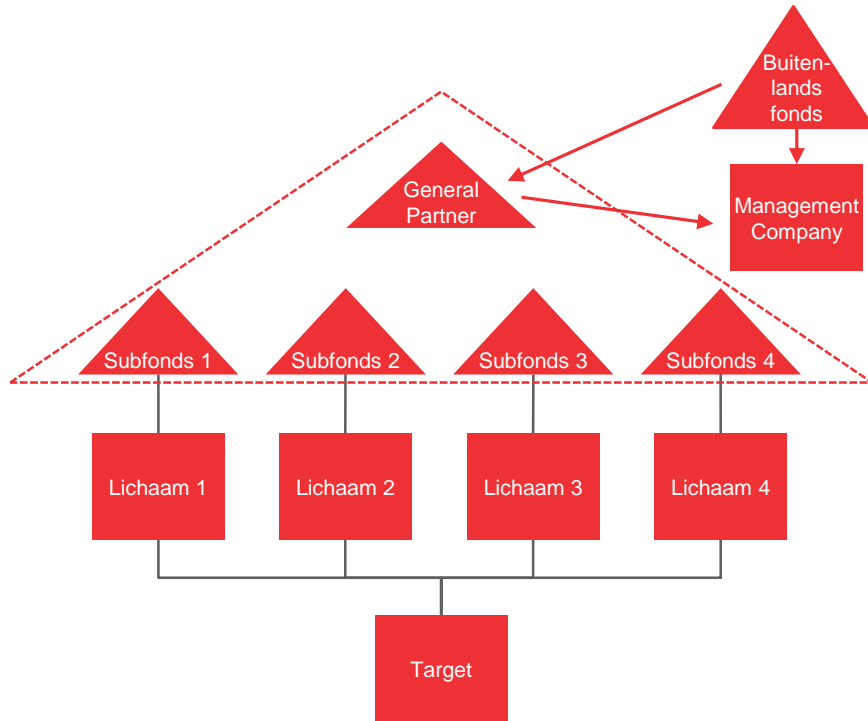
### Effective control (Directive, preamble 13):

"Mismatches that, in particular, result from the hybrid nature of entities should be addressed only where one of the associated enterprises has, at a minimum, **effective control over the other associated enterprises**.

Consequently, in those cases, it should be required that an associated enterprise be held by, or hold, the taxpayer or another associated enterprise through a participation in terms of voting rights, capital ownership or entitlement to received profits of **50 per cent or more**.

The ownership, or rights of persons who are **acting together**, should be aggregated for the purposes of applying this requirement."

## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



Figuur 1

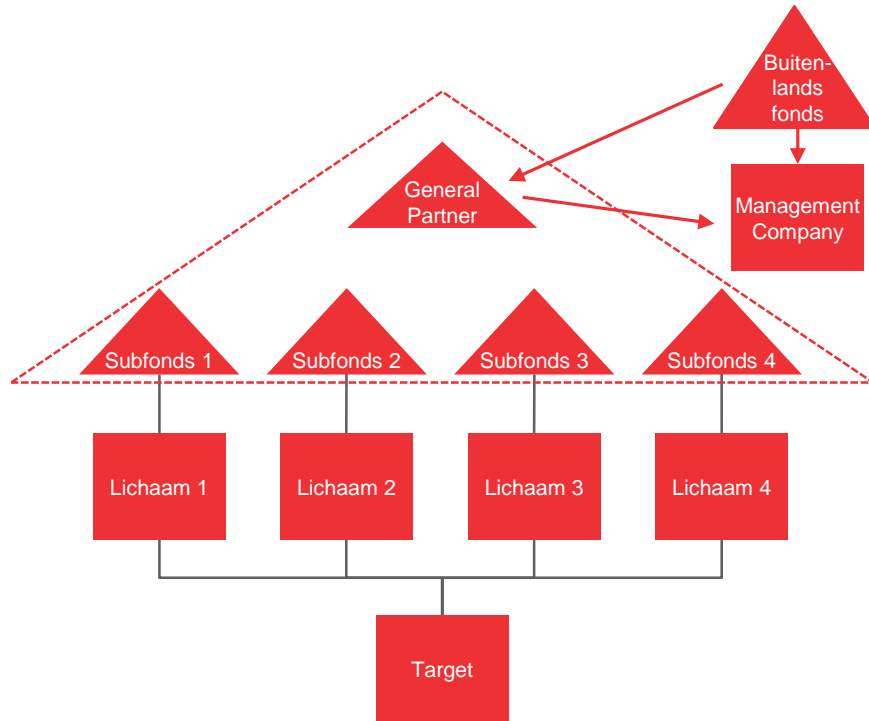
Kamerstukken II 2018/2019, 35 241, nr 3, p. 67

"Het gaat hierbij om een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet Vpb 1969. Of sprake is van een samenwerkende groep is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval."

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-58:

"In de onderstaande figuur is bij wijze van illustratie een voorbeeld van een dergelijke samenwerkende groep opgenomen waarbij de investering in een over te nemen vennootschap via vier aparte subfondsen is vormgegeven."

## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



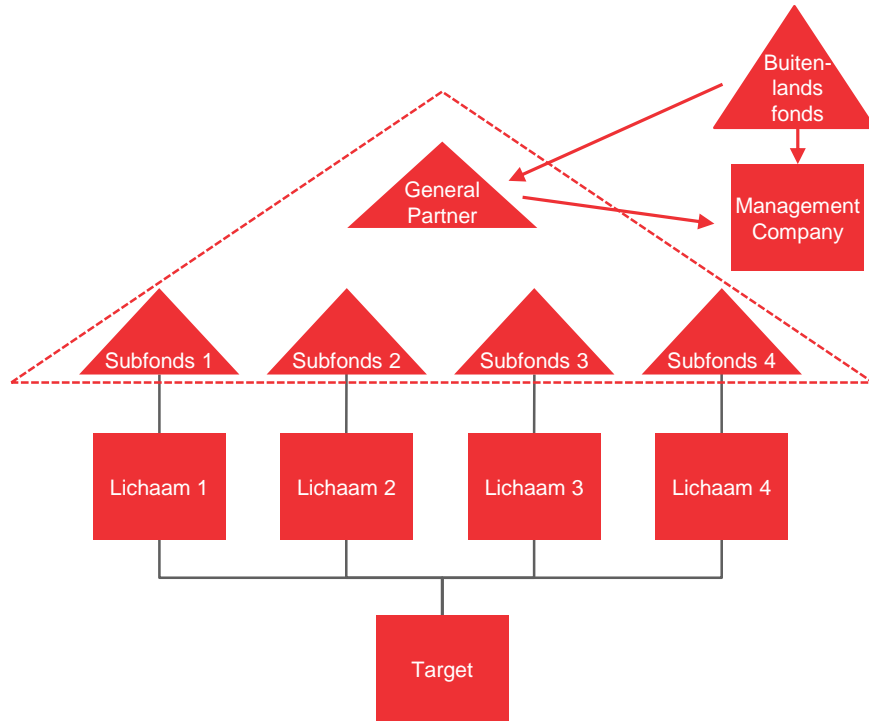
Figuur 1

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-58:

"Indien de lichamen (in het voorbeeld 1 de lichamen tot en met 4) – of in voorkomende gevallen de achterliggende investeerders – als samenwerkende groep verbonden zijn met de overnemende vennootschap, leidt dat er overigens niet per definitie toe dat deze lichamen ook voor andere investeringen een samenwerkende groep vormen. **Er dient per investering te worden beoordeeld of sprake is van een samenwerkende groep.**

Voor de beoordeling of er bij de onmiddellijke of middellijke aandeelhouders (in het voorbeeld de lichamen 1 tot en met 4 of in voorkomende gevallen de achterliggende partijen) sprake is van een samenwerkende groep spelen verschillende factoren een rol."

## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



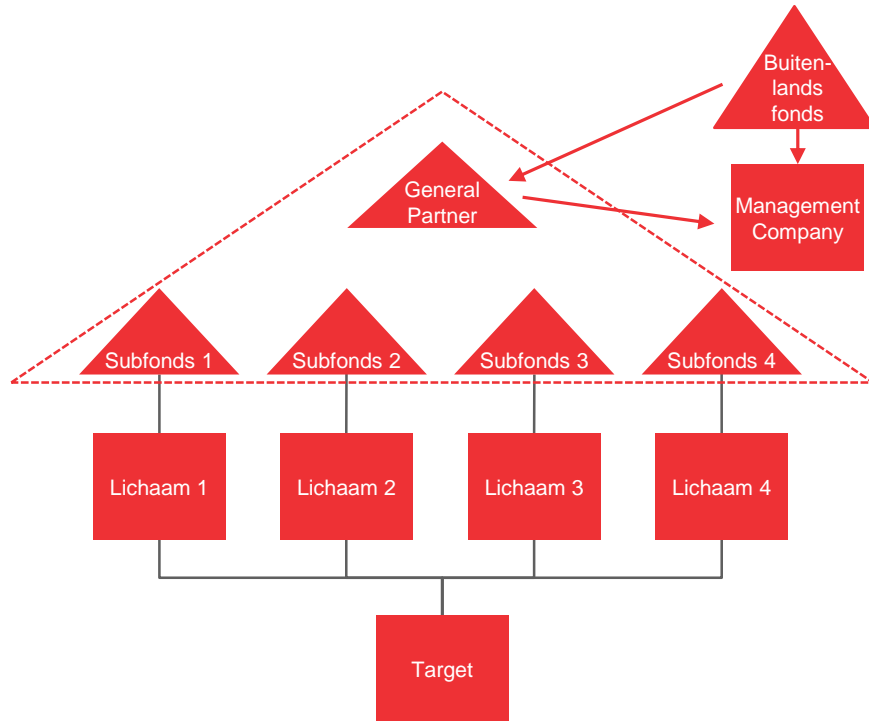
Figuur 1

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-58:

"Van een samenwerkende groep zal in ieder geval sprake zijn indien de materiële zeggenschap over de – vormgeving van de – investering en het gezamenlijke belang in de overgenomen vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon (zoals in het voorbeeld de general partner die het fonds beheert) en elke aandeelhouder onder min of meer vergelijkbare voorwaarden en in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en (risicovolle) leningen verschafft. Er is voor de achterliggende participanten (in het voorbeeld lichamen 1 tot en met 4), sprake van een gezamenlijke en parallelle investering in de target onder regie van de general partner van het fonds."



## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



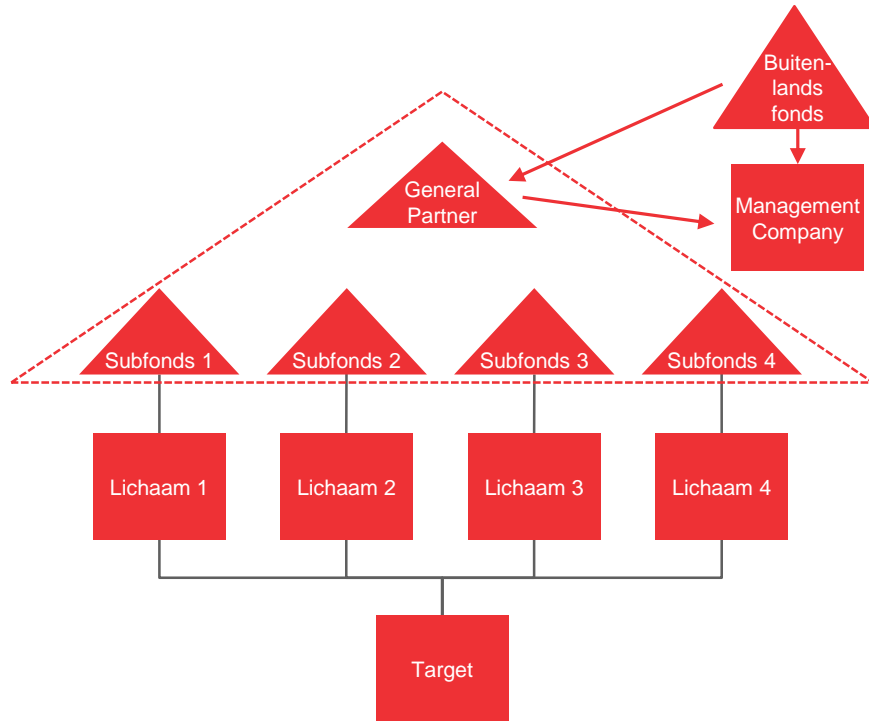
Figuur 1

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-58:

"Het is daarbij in het algemeen voor de parallel investerende lichamen of subfondsen niet toegestaan tussentijds hun belang te verminderen of uit de investering te stappen. Dat benadrukt dat sprake is van samenwerking. In een dergelijk geval is er dus sprake van één gecoördineerde investering onder de regie van een general partner van het fonds, waarbij de general partner feitelijk of materieel onder andere de mix bepaalt van aandelenkapitaal en aandeelhoudersleningen en waarbij de rentelasten ter zake van de aandeelhoudersleningen direct of indirect ten laste komen van de overnemende vennootschap en de target."



## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



Figuur 1

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55-58:

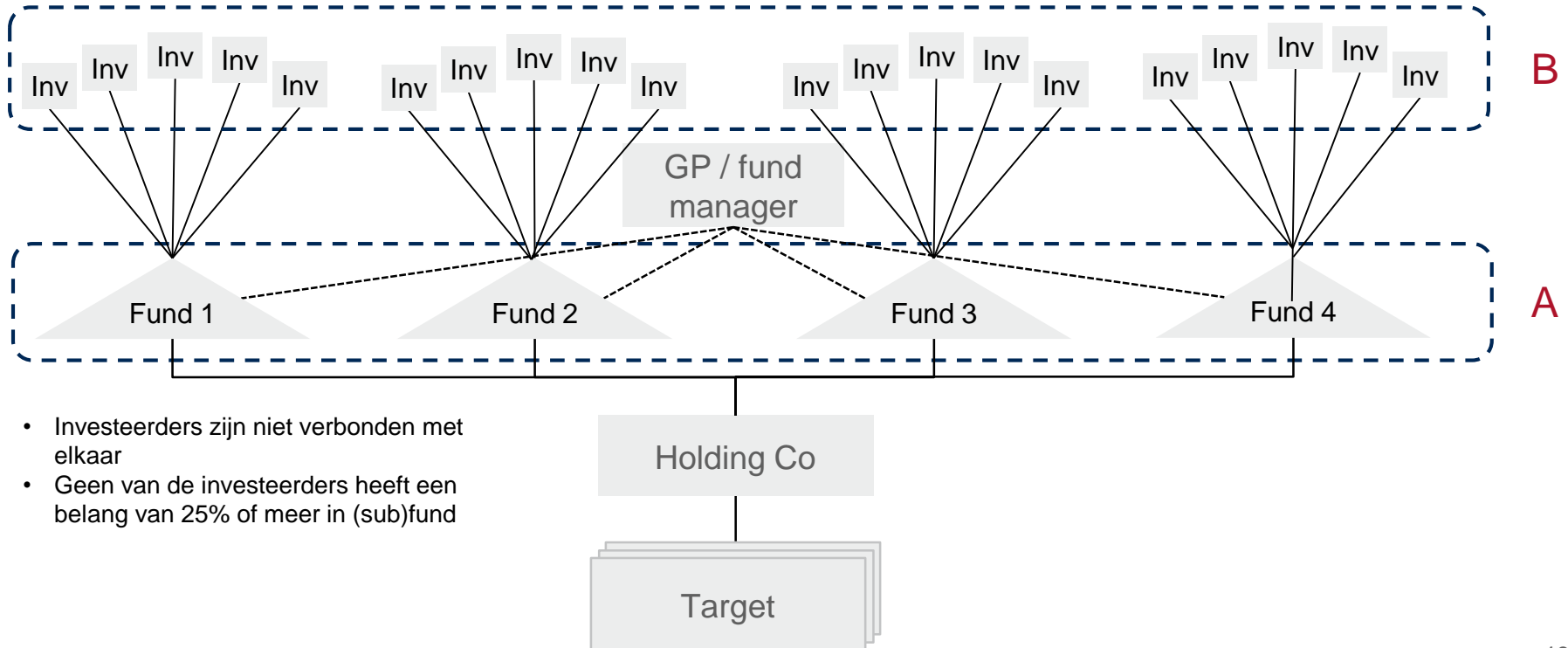
"Voor het constateren of al dan niet sprake is van een samenwerkende groep is in meer algemene zin met name relevant of de investering in de overgenomen vennootschap en de daarbij behorende vormgeving van de financiering gecoördineerd plaatsvindt. Coördinatie ten aanzien van de vormgeving van de investering en de financiering zal veelal zijn af te leiden uit het geheel aan overeenkomsten waarin partijen de onderlinge afspraken over de investering en financiering hebben vastgelegd. Een element hiervan is dat de betrokken deelnemers zich niet zomaar eenzijdig kunnen terugtrekken of hun positie kunnen wijzigen."

## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c

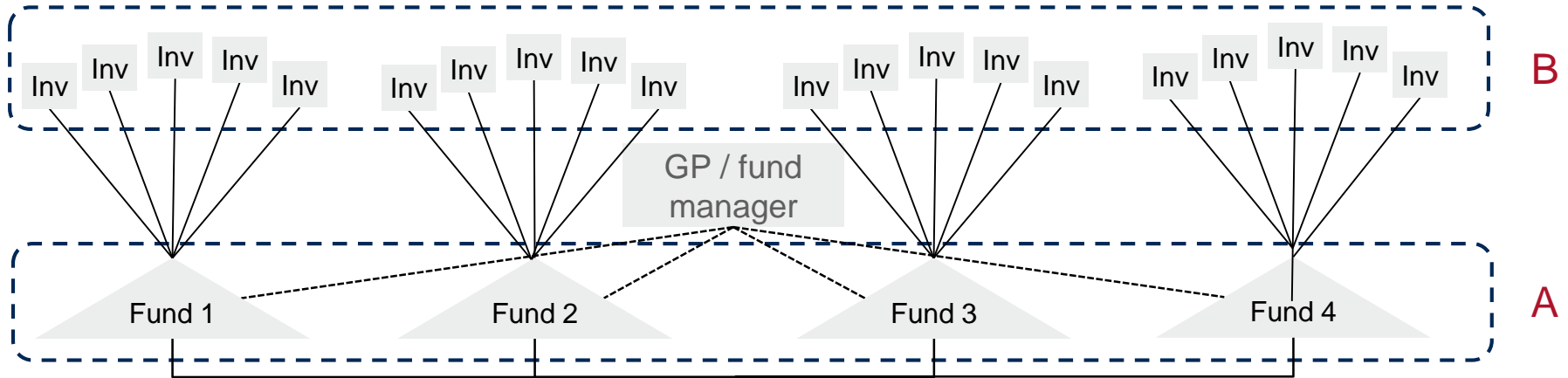
### Samenvatting wetsgeschiedenis "samenwerkende groep" 10a Vpb:

- De samenwerking moet er uit bestaan dat één (rechts)persoon de materiële vormgeving van de transactie bepaalt.
- De samenwerking dient onder andere te zien op de mix waarin eigen vermogen en aandeelhoudersleningen worden verstrekt.
- Of er sprake is van een samenwerkende groep dient per investering te worden bepaald.
- Het feit dat betrokken deelnemers zich niet zomaar eenzijdig kunnen terugtrekken of hun positie kunnen wijzigen is een aanwijzing voor coördinatie.

## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



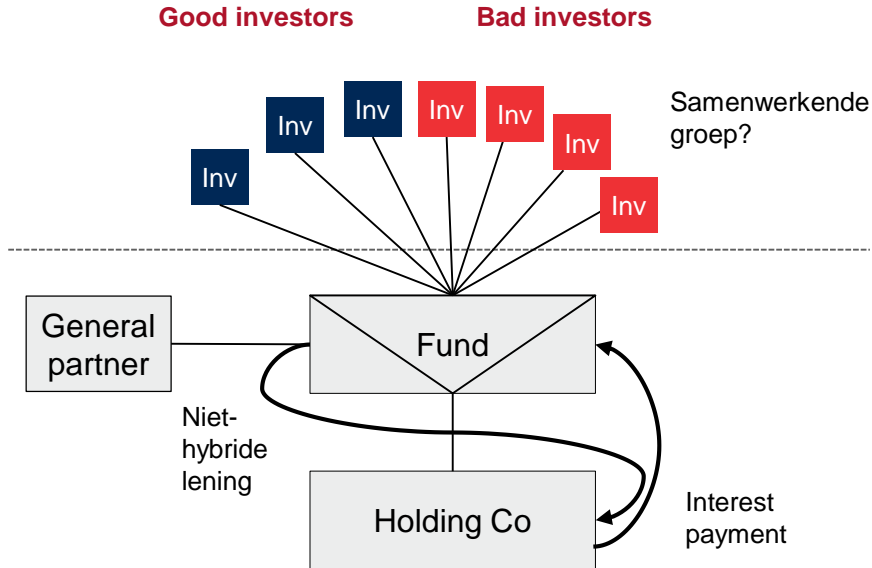
## 6. Samenwerkende groep volgens Artikel 12ac, tweede lid onderdeel c



A is een samenwerkende groep indien de investeringen van Fund 1 t/m 4 in Platform Co zijn gecoördineerd door de gezamenlijke GP en er afspraken zijn gemaakt over wijze van financiering van Bidco (voorbeeld Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 3, p. 55-58).

B is geen samenwerkende groep want de investeringen van Investors in Funds zijn niet gecoördineerd (door de gezamenlijke GP), waardoor op niveau B niet wordt samengewerkt. Er is geen zodanige regie van de GP over de vormgeving van de investeringen van de Investors in de Funds dat deze de (hybride) kwalificatie van de Funds kan bepalen. Er is dan geen verband tussen de regie van de GP en de mismatch.

# 7. Samenwerkende groep

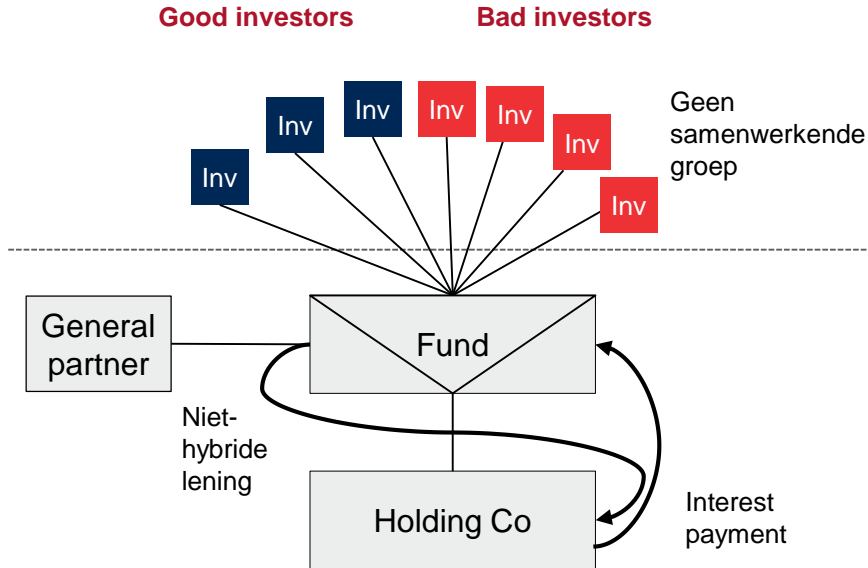


Betaling aan een hybride lichaam  
(artikel 12aa, lid 1 onderdeel b  
Wet Vpb):

- Fund is transparant in land van vestiging
- "Bad Investors" zien Fund als niet-transparant.
- Renteaftrek Platform Co wordt geweigerd indien en voor zover Bad Investors gelieerd zijn aan Fund en Platform Co.
- Geen van de Investors heeft een belang van 25% of meer.

Vormen de Investors een samenwerkende groep? 20

# 7. Samenwerkende groep



## Analyse samenwerkende groep:

Analoge toepassing van het begrip samenwerkende groep uit artikel 10a Wet Vpb zou betekenen dat er geen sprake is van een samenwerkende groep indien de general partner de vormgeving van de investering van de Investor in Fund die resulteert in de hybride mismatch niet kan bepalen.

## Zie ook BEPS 2, Example 11.2 punt 6:

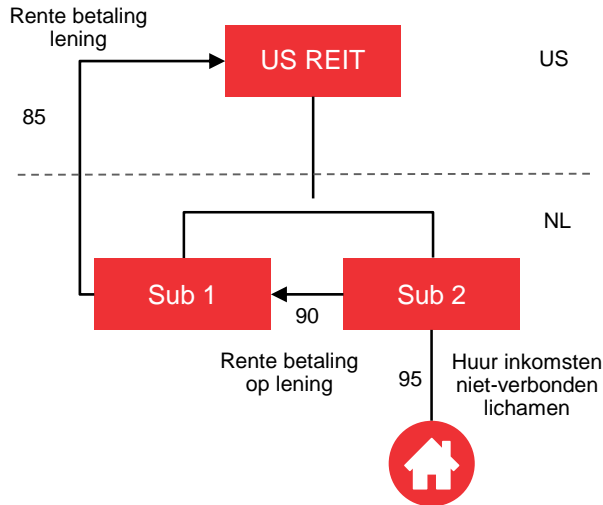
"In this case where the ownership or control of the shares in A Co are managed by the partnership **and where that management or control has a connection with the arrangement that has given rise to the mismatch** (because both the equity interest and the financial instrument are held by the same person) each partner will be treated as holding the shares of the other partners under the acting together test"



**Interpretatievraagstukken  
rond buitenlandse  
vastgoedfondsen**



# 8. US Real Estate Investment Trust regime



## Relevante Amerikaanse wetgeving

- Volgens de US REIT regels worden de vermogensbestanddelen van (zowel binnenlandse als buitenlandse) dochtervennootschappen van een US REIT aangemerkt als vermogensbestanddelen van de US REIT zelf. De tekst van Section 856(i) IRC luidt:
  - In general;*

*For purposes of this title—*

    - A corporation which is a qualified REIT subsidiary shall not be treated as a separate corporation, and*
    - all assets, liabilities, and items of income, deduction, and credit of a qualified REIT subsidiary shall be treated as assets, liabilities, and such items (as the case may be) of the real estate investment trust.*
  - Qualified REIT subsidiary*

*For purposes of this subsection, the term "qualified REIT subsidiary" means any corporation if 100 percent of the stock of such corporation is held by the real estate investment trust. Such term shall not include a taxable REIT subsidiary.*

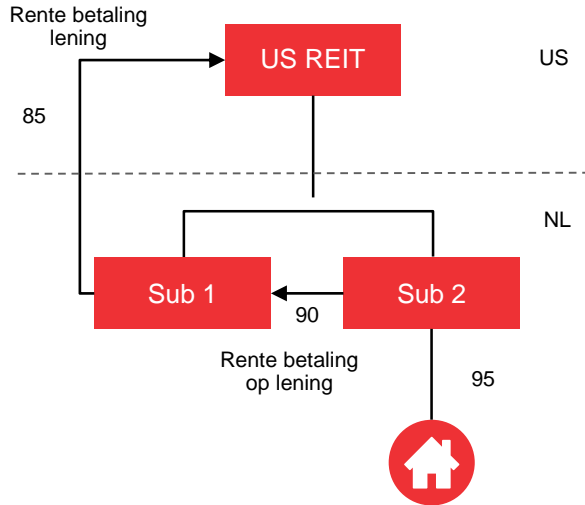
Deze wetsfictie:

- kan de facto worden beschouwd als een consolidatie;
- is van toepassing op iedere US REIT; en
- geldt ongeacht de kwalificatie van de dochtervennootschap o.b.v. de "Check-the-box" regels.

Slechts in een beperkt aantal gevallen kan een US REIT een dochtervennootschap aanmerken als een "taxable REIT subsidiary".

De vermogensbestanddelen, inkomsten en kosten van zowel Sub 1 en Sub 2 worden o.g.v. het US REIT regime "geconsolideerd" op het niveau van de US REIT.

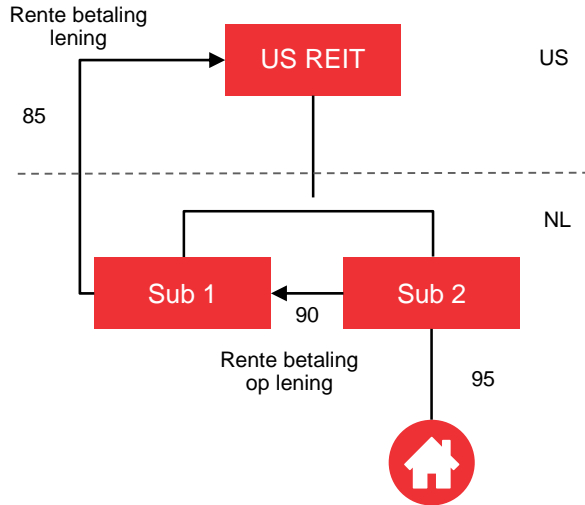
# 8. US Real Estate Investment Trust regime



## Relevante Nederlandse Wetgeving

- In de parlementaire behandeling wordt duidelijk aangegeven dat anti-hybride mismatch regels niet bedoeld zijn om mismatches aan te pakken die hun oorsprong hebben in andere factoren dan een hybride element. (Kamerstukken II, 2018/2019, 35241, nr. 3 pag. 6)
- O.g.v. het US REIT regime dienen in feite de vermogensbestanddelen, inkomsten en kosten van dochtervennootschappen te worden geconsolideerd op het niveau van de US REIT. Deze consolidatie is vergelijkbaar met de consolidatie zoals voorgeschreven onder het Nederlandse fiscale eenheidsregime (artikel 15, lid 1 Wet VPB):
- *'(...) wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. (...)'*
- Het "niet betrekken in de heffing" van de rente betaling (85) door Sub 1 bij de US REIT vindt in feite niet zijn oorsprong in het hybride karakter van Sub 1 / Sub 2 maar in de consolidatie verplichting o.b.v. de US REIT regels. Hierdoor zou niet moeten worden voldaan aan de oorsprongseis

# 9. "Betrekking in de heffing" US REIT



## Relevante Amerikaanse wetgeving

- Sub 1 en Sub 2 zijn beiden aan te merken als "Qualified REI Subsidiary". De 95 huurinkomsten van Sub 2 worden op basis van het US REIT regime betrokken in de belastbare grondslag van de US REIT.
- Het belastbare inkomen van een US REIT wordt conform de gangbare regels vastgesteld (Sec. 857 (b) IRC). Om voor het US REIT regime te kwalificeren dient een REIT in beginsel jaarlijks 90% van haar belastbare inkomen aan haar participanten uit te keren (Sec. 857 IRC).
- De dividendbetalingen zijn in principe fiscaal aftrekbaar op het niveau van de US REIT en belast op het niveau van haar participanten.

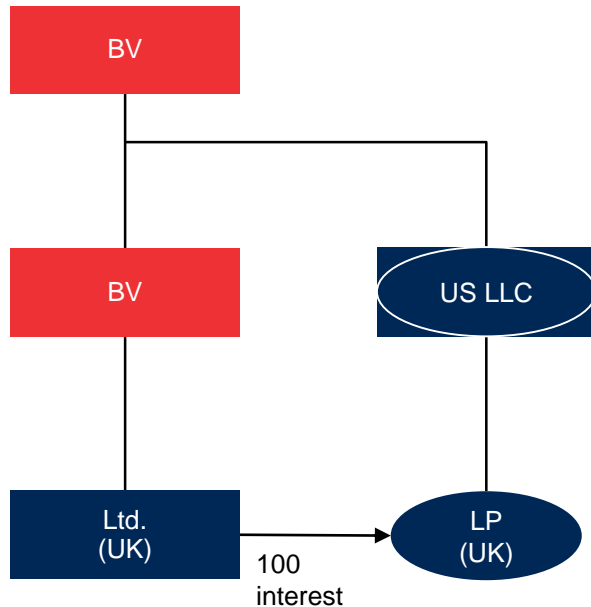
## Relevante Nederlandse wetgeving

- O.b.v. art. 12aa, lid 3 Wet VPB zijn de aftrekbeperkingen van het 1<sup>ste</sup> lid niet van toepassing voor zover de aftrek 'in mindering komt op een bedrag dat dubbel in aanmerking genomen inkomen is'.
- De 95 huurinkomsten worden zowel in NL als in de VS in de heffing betrokken. Op het niveau van de US REIT wordt belastingheffing op de netto-inkomsten verminderd met de vereiste aftrekbare dividenduitkeringen.
- De 95 huurinkomsten toegerekend aan de US REIT zijn derhalve aan te merken als "dubbel in aanmerking genomen inkomen" (art. 12ac lid 1 (d) Wet VPB). Kamerstukken II 2019/2020, 35241, nr. 7 pag. 43.
- Praktisch zal het nagenoeg onmogelijk zijn om de kwalificatie van Sub 1 en Sub 2 als "Qualified REIT Subsidiary" te wijzigen.
- Zodoende zal het vaak niet mogelijk zijn om de 90 rente betaling van Sub 2 aan Sub 1 te laten kwalificeren als 'dubbel in aanmerking genomen inkomen'.
- Dit kan in de praktijk tot dubbele heffing leiden. Met een meer economische invulling van het begrip 'aftrek in mindering komend op dubbel in aanmerking genomen inkomen' (art. 12aa lid 3 Wet VPB) in de uitvoeringspraktijk zou dit probleem verholpen kunnen worden. Deze interpretatie lijkt tevens in lijn met doel en strekking van de richtlijn te zijn.



# Samenloop met Nederlandse deelnemingsvrijstelling

# 10. Onvoorziene samenloop met deelnemingsvrijstelling



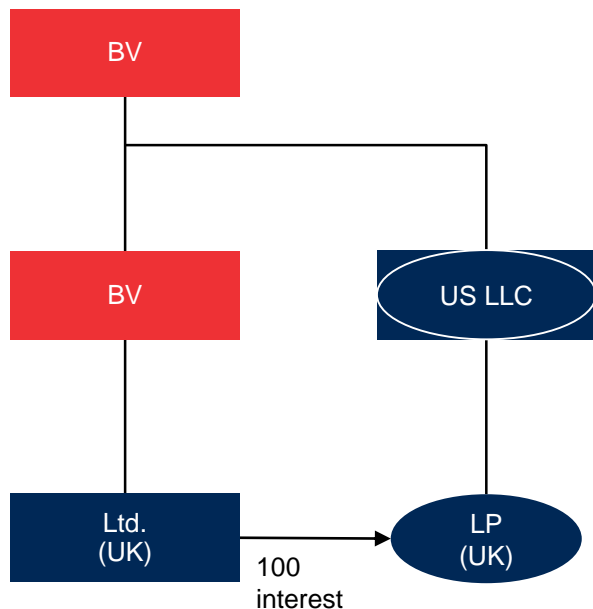
## Achtergrond Nederlandse wetgeving

- De deelnemingsvrijstelling beoogt economisch dubbele belastingheffing binnen een concern te voorkomen. Bij de dochtermaatschappij (deelneming) belaste winsten worden door de werking van de deelnemingsvrijstelling niet nogmaals belast bij de moedermaatschappij.
- De deelnemingsvrijstelling is echter niet van toepassing op beleggingsdeelnemingen, niet zijnde kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Als kwalificerende beleggingsdeelneming - waarop de deelnemingsvrijstelling wél van toepassing is - heeft te gelden de deelneming die in voldoende mate is onderworpen aan een belasting naar de winst ("onderworpenheidstoets") of de deelneming die slaagt voor de bezittingentoets (art. 13, lid 11, onderdelen a en b, Wet Vpb).
- In zowel de onderworpenheidstoets als de bezittingentoets is de mate van onderworpenheid van het lichaam dan wel de bezitting van het lichaam relevant. Er is sprake van voldoende onderworpenheid indien het lichaam of de bezitting resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst.

## Casus

- Ltd., fiscaal inwoner van het VK, betaalt rente aan LP, een transparante entiteit naar VK recht. LP wordt gehouden door een US LLC. US LLC is niet onderworpen aan belasting in de VS (transparant naar VS maatstaven). US LLC is niet-transparant naar NL maatstaven.
- Ltd. trekt de rente op de lening - op grond van haar lokale ATAD2 wetgeving (primaire regel) - niet af. Deze wordt immers niet onderworpen aan belasting op niveau LP en US LLC als gevolg van een hybride mismatch.

# 10. Onvoorziene samenloop met deelnemingsvrijstelling



## Casus (vervolg)

- Hoewel de betaalde rente door het weigeren van de aftrek op niveau Ltd. de facto onderworpen is aan het reguliere (hoge) tarief in de VK, kwalificeert US LLC als laagbelaste beleggingsdeelneming voor de deelnemingsvrijstelling. Immers, de rente wordt niet op het niveau LP en US LLC belast, maar op het niveau van Ltd.
- Nota bene:
  - als LP geen LP was geweest, maar een Limited, dan zouden de rente-inkomsten en de rente-uitgaven effectief tegen elkaar kunnen worden afgezet in de VK groep relief. Daarvoor is tegemoetkomend beleid in het besluit deelnemingsvrijstelling, als gevolg waarvan de VS LLC (via haar belang in de Limited) niet als laagbelast zou kwalificeren.
  - Als de VK in plaats van rente-aftrekweigering op grond van de primaire regel, de LP in de heffing zou betrekken op grond van de ATAD2 secundaire regel, dan zou de US LLC (via haar belang in de LP) niet als laagbelast kwalificeren.
- De uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling zou in casu leiden tot economisch dubbele belastingheffing, precies hetgeen de deelnemingsvrijstelling primaire beoogd te voorkomen. Het lijkt ons dat - aangezien de oplossing hem hier zou zitten in de (nationaalrechtelijke) toepassing van de deelnemingsvrijstelling en niet ATAD2, dit zonder EU rechtelijk bezwaar in Nederland gecorrigeerd kan worden. Economisch is er immers geen sprake van laagbelastheid.

## Vraagstelling

- Kan bevestigd worden dat voor de vraag of een lichaam onderworpen is aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing in de zin van art. 13, lid 11, onderdeel a, Wet Vpb, en voor de vraag of bezittingen van een lichaam laagbelast zijn in de zin van art. 13, lid 11, onderdeel b, Wet Vpb, mede de belasting in aanmerking mag worden genomen die *de facto* wordt geheven over de betaalde rente, als gevolg van de ATAD 2 regels in het VK?

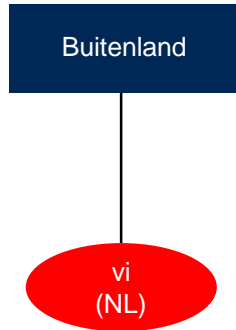




# Dubbele aftrek en inhaalregeling



# 11. Inconsistentie MvT en NnavV ?



## Casus

- NL vi heeft in 2020 aftrekbare kosten die in 2020 ook in buitenland aftrekbaar zijn
- Buitenland kent inhaalregeling

## Vraagstelling

- Is sprake van dubbele aftrek?
  - MvT blz. 20 en 21 zegt: nee, want het feit dat buitenland inhaalregeling heeft, leidt er toe dat de aftrek daar niet definitief is.
  - NnavV blz. 44 en 45 zegt: ja, maar indien in later jaar winst in de vaste inrichting wordt behaald die in het buitenland vanwege de inhaalregeling niet wordt vrijgesteld, alsnog op dat moment aftrek in Nederland vanwege art. 12af.



**Questions**