

Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2013/7026, blz. 1426-1434

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden
j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

MAATREGELLEN TEGEN DUBBELE NIET-BELASTING DOOR MISMATCHES

Mr. dr. J. Vleggeert

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de dubbele niet-belasting die kan worden bereikt door gebruik te maken van zogenoemde “hybrid mismatch arrangements”. In het Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting¹ (“het Action Plan on BEPS”) wijst de OESO op de ongewenste effecten van deze dubbele niet-belasting: “there is a reduction of the overall tax paid by all parties involved as a whole, which harms competition, economic efficiency, transparency and fairness.”² Onder het kopje “Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements” geeft de OESO dan ook aan dat zij aanbevelingen wil ontwikkelen voor nationale regels die de effecten van hybride instrumenten en hybride entiteiten neutraliseren. De OESO onderscheidt in Actie 2 van het Action Plan on BEPS drie categorieën regels die ik achtereenvolgens behandel. In de eerste plaats noemt de OESO nationale regels die voorkomen dat betalingen die aftrekbaar zijn voor de betaler worden vrijgesteld of genegeerd³ bij de ontvanger (paragraaf 2). Vervolgens stelt de OESO nationale regels aan de orde die de aftrek weigeren van een betaling die wordt vrijgesteld bij de ontvanger⁴ (paragraaf 3). Ten slotte focust de OESO op nationale bepalingen die de aftrek weigeren van een betaling die ook aftrekbaar is in een andere jurisdictie (paragraaf 4).

Deze bijdrage heeft het karakter van een verkenning die wordt geschreven vanuit een Nederlands perspectief. Dat betekent dat ik mij in elke paragraaf zal afvragen welke maatregelen Nederland zou kunnen treffen om de effecten van de betreffende hybrid mismatch arrangements langs de lijnen van het Action Plan on BEPS te neutraliseren. Ook zal ik een eerste inschatting geven van de verhouding van dergelijke regels tot het Europese recht en de non-discriminatie bepaling in de belastingverdragen. In paragraaf 5 besteed ik kort aandacht aan de mogelijke onderlinge samenloop van Nederlandse regels tegen hybrid mismatches en de samenloop met regels met een vergelijkbare strekking van een ander land. In paragraaf 6 vat ik mijn bevindingen samen.

Ik zoom met andere woorden in op één aspect van het BEPS-project. De lezer die zich in alle facetten van dit project wil verdiepen, verwijs ik naar de literatuur die hierover is verschenen.⁵ Voor een analyse van de internationale ontwikkelingen van de laatste jaren op het vlak van

¹ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

² Action Plan on BEPS, blz. 15.

³ De OESO gebruikt de term “non-recognition”.

⁴ De OESO spreekt van “a payment that is not includible in income by the recipient (and is not subject to taxation under controlled foreign company (CFC) or similar rules).

⁵ Zie A.C.G.A.C. de Graaf, Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen, *MBB* 2013/01; P. Kavelaars, De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking (I) en (II), *NTFRB* 2013-19 en *NTFRB* 2013-24 en S. van Weeghel en F. Emmerink, Global Developments and Trends in International Anti-Avoidance, *Bulletin* August 2013.

hybrid mismatch arrangements verwijs ik naar recent gepubliceerde artikelen van Fibbe⁶ en De Graaf.⁷ Ik zal alleen aan deze ontwikkelingen refereren voor zover zij voor mijn verkenning relevant zijn.

2. Geen vrijstelling of “non-recognition” voor betalingen die aftrekbaar zijn voor de betaler⁸

2.1. Geen vrijstelling voor betalingen die aftrekbaar zijn voor de betaler

2.1.1. Voorstel voor aanpassing van de deelnemingsvrijstelling

Wanneer een in Nederland gevestigde moedervenootschap een deelnemerschapslening verstrekt aan een in het buitenland gevestigde vennootschap waarin zij een deelneming heeft, is de rente vrijgesteld op grond van art. 13, lid 1 jo. lid 4, onderdeel b, Vpb. ‘69. Deze bepaling stelt, anders dan haar voorganger, niet de eis dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de betaalde vergoeding niet in aftrek komt op de winst van dat lichaam. De deelnemingsvrijstelling kan dus ook van toepassing zijn als de rente op een deelnemerschapslening bij de buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen.⁹ Voor 2007 werd aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de vergoeding op een hybride lening wel de voorwaarde gesteld dat de vergoeding bij de in het buitenland gevestigde debiteur niet in aftrek was gekomen. Met deze eis werd beoogd te voorkomen dat belastingplichtigen konden inspelen op internationale kwalificatieverschillen.¹⁰ De wetgever wilde namelijk voorkomen dat de vergoeding in Nederland tengevolge van de deelnemingsvrijstelling niet belastbaar zou zijn, terwijl zij in het andere land aftrekbaar was.¹¹ De bepaling had daarmee het karakter van een specifieke antimisbruikregeling.¹² Met ingang van 2007 wordt de voorwaarde dat de vergoeding bij de in het buitenland gevestigde debiteur niet in aftrek is gekomen niet langer gesteld. Staatssecretaris De Jager motiveerde deze wijziging destijds met de opmerking dat de aftrek van de vergoeding leidt tot grondslaguitholling in dat andere land: “Wij belasten die betreffende activiteiten [JV: de rente op een deelnemerschapslening] zoals wij vinden dat ze moeten worden belast. (...) Dat een ander land een andere kwalificatie kiest en zegt: dit is rente en dus aftrekbaar, is aan dit andere land. Ik wil geen belastinginspecteur voor de wereld hoeven te zijn.”¹³ Deze motivering deugt echter niet. Nederland behandelt aftrekbare rente op een deelnemerschapslening juist niet op een manier die in overeenstemming is met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Deze doelstelling is door de Hoge Raad als volgt verwoord: “In binnenlandse verhoudingen voorkomt de deelnemingsvrijstelling dubbele belasting in een en dezelfde staat, terwijl in het geval van een buitenlandse dochtervenootschap door de deelnemingsvrijstelling dubbele belasting, geheven door verschillende staten wordt voorkomen.”¹⁴ Bij de behandeling van de Wet werken aan winst heeft de minister daaraan toegevoegd dat deelnemingsvrijstelling

⁶ G. K. Fibbe, OESO en Europese Commissie op oorlogspad tegen hybride structuren, in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen, *‘k Moet eerlijk zeggen (Van Arendonkbundel)*, blz. 55-66, Sdu Den Haag 2013.

⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements, in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen, *‘k Moet eerlijk zeggen (Van Arendonkbundel)*, blz. 67-77, Sdu Den Haag 2013.

⁸ Deze paragraaf is deels ontleend aan J. Vleggeert, *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografie nr. 132, Deventer Kluwer 2009.

⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 89.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 28.

¹¹ *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b, p.11.

¹² *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b, p. 9.

¹³ *Handelingen II*, 2007-2008, 57, blz. 4049. Zie ook *Kamerstukken I*. 2005/06, 30 572, C, p. 19.

¹⁴ HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257c*.

kapitaalimportneutraliteit beoogt: “Door de vrijstelling kunnen actieve dochtermaatschappijen van in Nederland gevestigde moeders in buitenlandse markten fiscaal gezien op gelijke voet concurreren met lokale ondernemingen.”¹⁵ Wanneer de rente op een deelnemerschapslening aftrekbaar is voor de buitenlandse debiteur kan echter geen sprake zijn van dubbele belastingheffing over de rente. Bovendien zorgt de dubbele niet-belasting van de rente ervoor dat in Nederland gevestigde moeders juist beter af zijn dan lokale ondernemingen. De vrijstelling van aftrekbaar rente op een deelnemerschapslening is dus niet te rechtvaardigen vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling.¹⁶ Dat geldt evenzeer voor aftrekbaar dividend op (preferente) aandelen.¹⁷ Ik stel daarom voor om aan het eerste lid van art. 13 Vpb ‘69 de volgende volzin toe te voegen: “De vergoeding voor de verstrekking van vermogen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een deelneming heeft behoort slechts tot de voordelen uit hoofde van een deelneming indien en voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de vergoeding bij de belastingheffing over de winst van die vennootschap buiten aanmerking blijft.”

2.1.2. *Verhouding tot de moederdochterrichtlijn*¹⁸

In het Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking¹⁹ gaat de Commissie onder het kopje “Incongruenties aanpakken en antimisbruikbepalingen versterken” in op mismatches die het gevolg zijn van hybride leningen: “In diepgaande discussies met de lidstaten is gebleken dat een wetgevingswijziging van de moederdochterrichtlijn noodzakelijk zal zijn om voor een specifieke situatie een oplossing waarover overeenstemming bestaat, te realiseren. De wijziging moet voorkomen dat de toepassing van de richtlijn onbedoeld in de weg staat aan een effectief optreden tegen dubbele niet-heffing op het gebied van hybride lening structuren.” Aangezien de moederdochterrichtlijn geen betrekking heeft op de aftrekbaarheid van de rente bij de debiteur volgt uit dit actiepunt dat de Commissie mismatches als gevolg van hybride leningen wil aanpakken op het niveau van de moedermaatschappij/crediteur. Dat is ook de oplossing waarover binnen de Gedragscodegroep²⁰ overeenstemming is bereikt: “in as far as payments under a hybrid loan arrangement are qualified as a tax deductible expense for the debtor in the arrangement, Member States shall not exempt such payments as profit distributions under a participation exemption”.²¹

Het actieplan van de commissie roept de vraag op waarom een wijziging van de moederdochterrichtlijn noodzakelijk is om te bereiken dat aftrekbaar rente op een hybride lening kan worden belast bij de moedermaatschappij/crediteur.²² Art. 4 van de

¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 10, p. 6. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 15.

¹⁶ De vraag of sprake kan zijn van verboden staatssteun blijft hier buiten beschouwing.

¹⁷ Zoals in de casus die aan de orde is in de conclusie van 9 januari 2013 van A-G Wattel, nr. 12/03540.

¹⁸ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 345 van 29.12.2011, blz. 8).

¹⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Brussel, 6.12.2012, COM(2012) 722 final.

²⁰ Pb C2, 6.1.1998, p. 2.

²¹ Zie noot 17 van Hybrid mismatch arrangements, tax policy and compliance issues (“OECD report on hybrid mismatch arrangements”), OECD March 2012. Zie over deze noot De Graaf (2013B), blz. 71/72.

²² Zie in dit kader European Commission, Stakeholders’ Consultation, Amendment of the Parent-Subsidiary Directive to ensure that the application of the Directive does not inadvertently prevent effective action against double non-taxation in the area of hybrid loan structures, Discussion Paper 12 April 2013, opgenomen in K. van Raad, *Materials on International and EU Tax Law* - edition 2013-2014, Vol. 1, p. 1903-1911. In dit stuk zijn twee opties opgenomen om de moederdochterrichtlijn te wijzigen. Zie hierover M. Nouwen, *The Gathering Momentum of International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax*

moederdochterrichtlijn verplicht Nederland om de rente op een deelnemerschapslening vrij te stellen als de rente is te beschouwen als uitgekeerde winst (mits aan de overige voorwaarden van deze bepaling is voldaan). Het is daarom nodig om na te gaan of sprake is van uitgekeerde winst in de zin van de moederdochterrichtlijn als de rente op een deelnemerschapslening bij de debiteur in aftrek is gekomen.

De term “uitgekeerde winst” wordt in de moederdochterrichtlijn niet gedefinieerd. Het Hof van Justitie EU zal deze term daarom zelf autonoom en op een eenvormige wijze moeten uitleggen. Bij de interpretatie van de richtlijn kent het Hof van Justitie EU betekenis toe aan het doel van de richtlijn.²³ Uit punt 3 van de preambule bij de moederdochterrichtlijn blijkt dat de richtlijn ertoe strekt de dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele heffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren.

Wanneer het hof de betekenis wil achterhalen van de vele rechtstermen die in het geschreven unierecht voorkomen, kan verder rechtsvergelijking een inspiratiebron vormen.²⁴ Ten aanzien van de term “dividenden”, is met name de definitie die wordt gegeven in art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag van belang. De meeste lidstaten van de EU zijn immers lid van de OESO. In het kader van het OESO-modelverdrag hebben zij al eens gepoogd om tot een gemeenschappelijke definitie van de term “dividenden” te komen. Het hof heeft in zijn jurisprudentie meermaals de waarde van het OESO-modelverdrag benadrukt.²⁵ Bovendien kent het Hof van Justitie EU betekenis toe aan het commentaar bij het OESO-modelverdrag.²⁶ Bij de interpretatie van de term ‘dividenden’ kan het Hof van Justitie EU daarom naar mijn mening niet voorbijgaan aan de definitie die in art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag aan deze uitdrukking wordt gegeven.

Het derde onderdeel van de definitie van de term dividend in art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag heeft betrekking op andere vennootschappelijke rechten die door de wetgeving van de staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is, op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen. Het commentaar geeft een duidelijk criterium om te beslissen of een lening een vennootschappelijk recht is als bedoeld in art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag. Daarvan is sprake als de aflossing van de lening grotendeels afhankelijk is van het succes van de onderneming van de debiteur.²⁷

De inkomsten uit een vennootschappelijk recht worden ingevolge art. 10, lid 3, OESO modelverdrag alleen als dividend aangemerkt wanneer zij door de wetgeving van de bronstaat op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen. Wanneer de interpretatie van de term ‘dividenden’ voor de toepassing van art. 4 van de moederdochterrichtlijn wordt gebaseerd op art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag dan wordt met de wetgeving van de bronstaat de vennootschapsbelasting bedoeld. Het antwoord op de vraag

Competition: The State of Play of Recent Work of the OECD and European Union, *European Taxation* 2013/10, par. 3.2.3.2.

²³ Zie ten aanzien van de moederdochterrichtlijn bijvoorbeeld HvJ EU 17 oktober 1996, zaken C-283/94, C-291/94 en C-292/94 (Denkavit International, VITIC Amsterdam en Voormeer), r.o. 22

²⁴ Zie Kapteyn in Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie van de Europese gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 347 (zesde druk).

²⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), r.o. 45 en 46.

²⁶ Zie HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly), r.o. 31 en HvJ EU 23 februari 2006, zaak C-513/03 (Van Hilten), r. o. 48.

²⁷ Punt 25 van het commentaar op art. 10 OESO Modelverdrag.

wanneer de rente op een deelnemerschapslening als uitgekeerde winst is te beschouwen, is in dat geval dus mede afhankelijk van de wetgeving van de staat van de debiteur.²⁸ Het begrip ‘uitgekeerde winst’ wordt dan in zoverre niet autonoom geïnterpreteerd. Deze inbreuk op de autonome uitleg van het gemeenschapsrecht wordt gerechtvaardigd door de ratio van de moederdochterrichtlijn. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de lidstaat van de crediteur een vrijstelling moet verlenen voor rente die in de lidstaat van de debiteur in aftrek is gekomen.

Ik kom daarom tot de conclusie dat het niet nodig is om de moederdochterrichtlijn te wijzigen om te bereiken dat de rente op een hybride lening kan worden belast bij de moedermaatschappij/crediteur. Bovendien vind ik dat deze conclusie evenzeer verdedigbaar is ten aanzien van aftrekbaar dividend op (preferente) aandelen.²⁹

2.1.3. Verhouding tot de vrijheden

In deze paragraaf is aan de orde hoe de voorgestelde aanpassing van de deelnemingsvrijstelling zich verhoudt tot art 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VwEU”), de vrijheid van vestiging, en art 63 VwEU, de vrijheid van kapitaalverkeer. De verschillende behandeling die kan optreden naar gelang de debiteur van de deelnemerschapslening is gevestigd in Nederland dan wel in een andere staat vloeit voort uit verschillen tussen de wettelijke regelingen van beide staten. Er is geen sprake van een ongerechtvaardigde belemmering omdat het geval waarin een belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling toepast op rente op een deelnemerschapslening terwijl die rente bij de buitenlandse debiteur aftrekbaar is, niet vergelijkbaar is met de binnenlandse situatie.³⁰

2.2. Geen “non-recognition” voor betalingen die aftrekbaar zijn voor de betaler

2.2.1. Voorstel voor aanpassing van de vennootschapsbelasting

Ik stel voor om mismatches als gevolg van non-recognition van elders aftrekbare betalingen te beëindigen door de volgende bepaling in de Vpb. ‘69 op te nemen: “Rente, royalties en andere uitgaven die zonder toepassing van dit artikel niet in aanmerking komen bij het bepalen van de winst behoren tot de winst indien deze uitgaven door een lichaam waarmee de belastingplichtige is gelieerd in de zin van artikel 8b bij het bepalen van de winst in aftrek zijn gebracht voor de toepassing van de belastingheffing naar de winst waaraan dat lichaam is onderworpen.” Deze bepaling laat zich toelichten aan de hand van een voorbeeld waarin een Nederlandse moedermaatschappij een fiscale eenheid vormt met een Nederlandse dochtermaatschappij die participeert in een Duitse GmbH & Co KG die naar Nederlandse

²⁸ Anders B.J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Deventer 2012, blz. 633. Zie ook J. Bundgaard, Classification and treatment of hybrid financial instruments and income derived therefrom under EU corporate tax directives - part 1, part 2, *European Taxation*, 2010/10, blz. 442-456 en *European Taxation* 2010/11, blz. 490-500.

²⁹ Ten aanzien van aftrekbaar dividend op (preferente) aandelen berust deze conclusie louter op de strekking van de moederdochter richtlijn. De rechtsvergelijkende interpretatie biedt hier geen steun. Dividend op (preferente) aandelen is immers te beschouwen als inkomsten uit aandelen in de zin van art. 10, lid 3, OESO modelverdrag.

³⁰ Vergelijk HvJ EU 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen), r.o. 34: “Op basis van deze regeling kan de situatie van de in Finland onbepaald belastingplichtigen stellig verschillen naar gelang van de plaats waar zij hun kapitaal beleggen. Dat is met name het geval wanneer de belastingregeling van de lidstaat waarin de beleggingen plaatsvinden, het gevaar voor dubbele belasting op in de vorm van dividenden uitgekeerde winsten van vennootschappen reeds uitsluit door bijvoorbeeld enkel de niet uitgekeerde winsten van de betrokken vennootschap aan vennootschapsbelasting te onderwerpen.”

maatstaven als een niet-transparante entiteit en naar Duitse maatstaven als een transparante entiteit wordt behandeld. De moedervenootschap heeft een lening verstrekt aan de dochtervenootschap. De rente op deze lening komt voor de toepassing van de Nederlandse vennootschapsbelasting als gevolg van de fiscale eenheid niet in aanmerking. Voor Duitse fiscale doeleinden wordt de lening toegerekend aan de GmbH & Co KG. De rente is daarom aftrekbaar voor de toepassing van de Duitse vennootschapsbelasting.³¹ Op grond van de voorgestelde bepaling behoort de rente op de lening dan tot de winst van de fiscale eenheid.

2.2.2. *Verhouding tot de vrijheden*

In deze paragraaf wordt beoordeeld of de voorgestelde maatregel in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Om deze vraag te beantwoorden, is het nodig om de doelstelling van de maatregel te achterhalen. In wezen is de maatregel een uitwerking van het principe van de zogenoemde “international equity”. In de woorden van Douma houdt dit principe in dat “the worldwide tax base [should] be fairly shared between States.”³² Dit principe is in het door Douma ontwikkelde model “capable as serving as a limit to the principle of EU free movement”.³³ Ik meen dat uit het principe dat de wereldwijde belastinggrondslag eerlijk moet worden verdeeld tussen de staten voortvloeit dat winst één keer wordt belast: niet meer maar ook niet minder. In dat kader beoogt de voorgestelde maatregel de dubbele niet-belasting van rente, royalties en andere uitgaven te voorkomen. In het licht van deze doelstelling is een belastingplichtige die rente, royalties en andere betalingen ontvangt van een buitenlandse tegenpartij die deze vergoedingen in aftrek kan brengen niet vergelijkbaar met een belastingplichtige die deze vergoedingen ontvangt van een Nederlandse tegenpartij die geen recht heeft op aftrek. Om deze reden is geen sprake van een ongerechtvaardigde belemmering.

3. Geen aftrek voor betalingen die niet worden belast bij de ontvanger

3.1. Voorstel voor een nieuwe aftrekbeperking

De Vpb. '69 kent thans geen algemene aftrekbeperking voor betalingen die niet worden belast bij de ontvanger. In art. 10b Vpb. '69 is echter wel een specifieke maatregel opgenomen die zich richt tegen de aftrek van de rente en de negatieve waardemutaties bij langlopende renteloze leningen of langlopende leningen met een zeer lage rente die zijn verstrekt door een gelieerde crediteur. Deze bepaling richt zich tegen internationale mismatches.³⁴ Ook uit art. 13l, lid 6, Vpb. '69 spreekt de wens om in bepaalde gevallen mismatches tegen te gaan. Zo ziet de onderdeel b van het zesde lid volgens de staatssecretaris “op gevallen waarin een keten van financieringshandelingen als uitkomst heeft dat de financieringsrente van een uitbreidingsinvestering niet alleen bij de belastingplichtige, maar ook bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt afgetrokken zonder dat de corresponderende vergoeding bij de ontvanger daarvan (adequaat) wordt belast”.³⁵ Het tegengaan van mismatches speelt verder een rol bij de toepassing van art. 10a Vpb. '69. Aan de zakelijkheidstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel a, wordt namelijk niet voldaan als sprake is van een zogenoemde onzakelijke omleiding. Volgens het recente besluit “Toepassing van

³¹ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 37/38.

³² S. Douma, *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD Doctoral Series Vol. 21, 2011 IBFD Amsterdam, p. 105.

³³ Douma, p. 105.

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3 (MvT), blz. 50

³⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3 (MvT), blz. 34/35.

artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969” kan hierbij worden gedacht aan “het creëren van een mismatch door gebruik te maken van het verschil in fiscale kwalificatie van een rechtsvorm (hybride rechtsvormen: transparant/niet-transparant) dan wel financieringsvorm (hybride financieringsvormen: vreemd vermogen/eigen vermogen).”³⁶ Uit deze opsomming komt het beeld naar voren dat de Nederlandse fiscus steeds actiever wordt op het vlak van de beperkingen van de renteaftrek in gevallen waarin mismatches aan de orde zijn.

Hoe anders is de situatie ten aanzien van royalties. De belastingontwijker die Nederland wil gebruiken om de belastingdruk op royalties te reduceren kan hier “very competitive tax rulings”³⁷ sluiten. Het zou daarbij bijvoorbeeld kunnen gaan om tax rulings die betrekking hebben op zogenoemde CV-BV structuren.³⁸ Maar het is ook denkbaar dat het informeel kapitaalrulings betreft. In beide gevallen wordt ingespeeld op mismatches tussen het Nederlandse fiscale rechtssysteem en dat van een ander land. Dat is opmerkelijk. Als het gaat om renteaftrek is de Nederlandse fiscus steeds meer gekant tegen mismatches maar waar het royalties betreft werkt de fiscus door rulings af te geven actief mee aan belastingbesparende constructies waarin gebruik wordt gemaakt van mismatches.

Ik stel voor om deze inconsistente benadering van mismatches te beëindigen door de volgende bepaling in de Vpb. ‘69 op te nemen “Rente, royalties en andere uitgaven die door een belastingplichtige worden betaald aan een lichaam waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b komen bij het bepalen van de winst niet in aftrek indien en voorzover deze inkomensbestanddelen voor de toepassing van de belastingheffing naar de winst waaraan dat lichaam is onderworpen niet behoren tot de winst van dat lichaam.” Ik licht deze bepaling toe aan de hand drie categorieën kwalificatieverschillen die ik ontleen aan de brief van de staatssecretaris over belastingheffing van internationale ondernemingen.³⁹

In de eerste plaats kan de bepaling van toepassing zijn bij een verschillende kwalificatie van belastbare entiteiten. Zo is in de CV-BV structuur de CV transparant naar Nederlandse maatstaven maar niet-transparant naar Amerikaans recht.⁴⁰ Een betaling van royalties door de BV aan de CV wordt naar Nederlandse maatstaven gezien als een betaling aan de Amerikaanse commanditaire vennoot in de CV. Deze betaling is naar huidig recht aftrekbaar terwijl Nederland de CV, die geen onderneming uitoefent, niet in de heffing kan betrekken. De Verenigde Staten zien de CV als niet-transparant en beschouwen de royalties om die reden niet als winst van de Amerikaanse commanditaire vennoot. Op grond van de voorgestelde bepaling komen de royalties dan niet in aftrek bij de BV.

Een ander voorbeeld van verschillende kwalificatie van belastbare entiteiten is de situatie waarin een Amerikaanse moedervenootschap een lening heeft verstrekt aan haar Nederlandse dochtervenootschap. De rente die de Nederlandse vennootschap is verschuldigd aan de Amerikaanse moeder, wordt in Amerika niet belast omdat de Nederlandse

³⁶ Punt 4.2.3. van het Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, BNB2013/136.

³⁷ Zo blijkt uit de verklaring van de global CFO van Starbucks Troy Alstead tijdens een hearing voor de UK Parliament's Public Accounts Committee Zie <http://leidenlawblog.nl/articles/how-the-dutch-help-starbucks-avoid-taxes> voor de relevante passage uit de hearing.

³⁸ Zie Besluit van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M, BNB 2005/280.

³⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2013/25U, VN 2013/7.8, blz. 36.

⁴⁰ Zie M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens, Zembla-uitzending ‘Nederland belastingparadijs’ nader beschouwd, *MBB* 2011/02 par. 3.3.4. en par. 4.3.2. Zij gebruiken de uitdrukking “spaarpot-op-zee-structuur” voor de CV-BV structuur.

vennootschap vanwege een zogenoemde check-the-box-election in Amerika als transparant wordt beschouwd.⁴¹ De voorgestelde bepaling verhindert dan de aftrek van de rente.

In de tweede plaats kan de bepaling een rol spelen bij een verschillende kwalificatie van contracten. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een Nederlandse vennootschap rente betaalt aan een gelieerde buitenlandse crediteur en de rente daar niet wordt belast omdat de schuldvordering wordt beschouwd als eigen vermogen, terwijl Nederland de geldverstrekking beschouwt als vreemd vermogen. De voorgestelde bepaling staat dan in de weg aan de aftrek van de rente.

Een verschillende kwalificatie van contracten is ook aan de orde bij de zogenoemde hybrid transfers. Die doen zich bijvoorbeeld voor “if two companies enter into a sale and repurchase agreement over the shares of a special purpose vehicle (SPV) and one country treats the transaction as a sale and repurchase of the SPV shares while the other country treats the transaction as a loan secured through the SPV shares”.⁴² De betaling van rente door de laatstgenoemde aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen entiteit aan de eerstgenoemde entiteit is dan op grond van de voorgestelde bepaling niet aftrekbaar mits beide vennootschappen gelieerd zijn. Aangezien hybrid transfers ook voorkomen tussen ongelieerde vennootschappen is het aan te raden om het toepassingsbereik van de voorgestelde bepaling tot dergelijke situaties uit te breiden.

In de derde plaats is de voorgestelde bepaling van belang bij een verschillende kwalificatie van belastbare feiten. De staatssecretaris geeft in zijn brief over de belastingheffing van internationale ondernemingen het voorbeeld van de situatie waarin het ene land uitgaat van de werkelijk betaalde bedragen terwijl het andere land zich baseert op de waarde in het economische verkeer. Men denke aan gevallen waarin de Nederlandse debiteur rente imputeert op een lening op grond van het arm's lenght beginsel terwijl dat bij de buitenlandse gelieerde crediteur niet gebeurt. Dergelijke situaties kunnen thans onder art. 10b vallen. Deze bepaling kan vervallen aangezien de geïmputeerde rente op grond van de voorgestelde bepaling niet aftrekbaar zal zijn. Onder het bereik van de voorgestelde bepaling vallen ook situaties waarin een Nederlands belastingplichtige aan wie immateriële activa ter beschikking zijn gesteld royalties imputeert terwijl dat bij de verbonden terbeschikkingsteller niet gebeurt (dit zijn situaties waarvoor thans informeel kapitaalrulings afgegeven zouden worden).

Van een verschillende kwalificatie van belastbare feiten is blijkens de brief van de staatssecretaris ook sprake als het ene land bij vertrek van een activum niet afrekent terwijl het land van ontvangst wel een step-up over deze waarde geeft waarover afgeschreven mag worden. Ook voor dit soort gevallen zouden thans informeel kapitaalrulings worden afgegeven. Nederland is dan het land van ontvangst dat toestaat dat de belastingplichtige immateriële activa op de waarde in het economische verkeer waardeert en daarover afschrijft. Om deze mismatch aan te pakken is het nodig het toepassingsbereik van de voorgestelde bepaling uit te breiden met afschrijvingen.

3.2. Verhouding tot de vrijheden

⁴¹ Dit voorbeeld is ontleend aan Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting) onderdeel 2.4.15.D.c.

⁴² Hybrid mismatch arrangements, tax policy and compliance issues (“OECD report on hybrid mismatch arrangements”), OECD March 2012, punt 17.

Het gaat hier om de vraag of de voorgestelde aftrekbeperking die beoogt om de dubbele niet-belasting van rente, royalties en andere betalingen te voorkomen, in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer.⁴³ De verschillende behandeling die zich kan voordoen naar gelang de ontvanger van de rente, royalties respectievelijk andere betalingen is gevestigd in Nederland dan wel in een andere staat vloeit voort uit verschillen tussen de wettelijke regelingen van beide staten. Er is geen sprake van een ongerechtvaardigde belemmering omdat de situatie van een belastingplichtige die rente, royalties en andere uitgaven betaalt aan een buitenlandse ontvanger die daarover niet wordt belast niet vergelijkbaar is met een belastingplichtige die deze vergoedingen betaalt aan een Nederlandse ontvanger die daarover wel wordt belast.⁴⁴

3.3. Verhouding tot de non-discriminatiebepaling in de belastingverdragen

In art. 24 OESO-modelverdrag is het non-discriminatiebeginsel neergelegd. Het vierde lid schrijft voor dat rente, royalty's en andere uitgaven door een onderneming van een lidstaat aan een niet-inwoner onder dezelfde voorwaarden aftrekbaar horen te zijn als zouden gelden wanneer deze betalingen waren gedaan aan een inwoner.⁴⁵ Ingevolge art. 31, lid 3, onderdeel c, Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht⁴⁶ dient bij de uitleg van art. 24, lid 4 OESO-modelverdrag rekening te worden gehouden met iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht. Op grond van een Europeesrechtelijke conforme interpretatie van de laatstgenoemde bepaling is een betaling aan een buitenlands lichaam dat aldaar niet wordt belast over rente, royalties en andere betalingen echter niet vergelijkbaar met een betaling aan een Nederlands lichaam dat wel over deze vergoedingen wordt belast. Naar mijn mening kan het vierde lid van de non-discriminatiebepaling daarom niet in de weg staan aan de voorgestelde aftrekbeperking. Wel pleit ik ervoor dat de OESO in het kader van het BEPS-project een lid aan de non-discriminatiebepaling toevoegt waarin wordt geëxpliciteerd dat de bepaling buiten toepassing blijft als de rente, royalties en andere uitgaven bij de ontvanger niet of laag worden belast.

4. Geen aftrek voor betalingen die ook aftrekbaar zijn in een andere jurisdictie

4.1. Voorstel voor een nieuwe aftrekbeperking

De Vpb '69 kent thans geen algemene aftrekbeperking voor betalingen die ook aftrekbaar zijn in een andere jurisdictie. In art. 131, lid 6, onderdeel a, Vpb. '69 is wel een specifieke aftrekbeperking opgenomen voor deelnemingsrente die ziet op gevallen waarin in feite de

⁴³ Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB L 157/49 van 26.6.2003) laat ik buiten beschouwing aangezien deze richtlijn geen betrekking heeft op deze problematiek.

⁴⁴ Vergelijk HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03 (Schempp), r.o. 35: "Anders dan Schempp stelt, is de betaling van een alimentatie aan een in Duitsland wonende ontvanger dus niet vergelijkbaar met de betaling van een dergelijke uitkering aan een in Oostenrijk wonende ontvanger. De ontvanger van deze uitkering is immers in deze twee gevallen onderworpen aan een verschillende fiscale regeling inzake de belastbaarheid ervan." Zie ook HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231/05 (Oy AA), r.o. 37: "Hoewel de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd, niet bevoegd is ten aanzien van de moedermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd en die in de eerste lidstaat niet belastingplichtig is, kan hij niettemin de aftrekbaarheid van de financiële intragroepsoverdracht van de belastbare inkomsten van de verrichter afhankelijk stellen van voorwaarden verband houdend met de wijze waarop deze overdracht in de andere lidstaat wordt behandeld."

⁴⁵ Zie over deze bepaling uitvoerig N. Bammens, *The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law*, Vol. 24 IBFD Doctoraal Series, IBFD, Amsterdam 2012, blz. 335-376.

⁴⁶ Trb. 1985, 79.

rente twee keer wordt afgetrokken.⁴⁷ Ik stel een nieuwe aftrekbeperking voor die is geënt op deze bepaling en die van toepassing is op alle uitgaven die twee keer in aftrek kunnen komen. Deze bepaling zou als volgt kunnen luiden: “Bij het bepalen van de in een jaar genoten winst komen niet in aftrek rente, royalties en andere uitgaven die naast de belastingplichtige door een met de belastingplichtige verbonden lichaam rechtens dan wel in feite in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting.” Deze bepaling kan bijvoorbeeld⁴⁸ van toepassing zijn als een buitenlandse moedermaatschappij lid is van een in Nederland gevestigde coöperatie die op haar beurt alle aandelen houdt in een Nederlandse dochtermaatschappij. De coöperatie betaalt rente op een lening van een bank. De coöperatie en de Nederlandse dochtermaatschappij gaan een fiscale eenheid aan. Naar buitenlandse maatstaven is de coöperatie transparant. Onder het huidige recht is de rente zowel aftrekbaar voor de fiscale eenheid als voor de buitenlandse moedermaatschappij. Op grond van de voorgestelde bepaling zou de rente niet meer in aftrek komen bij de fiscale eenheid.

4.2. Verhouding tot de vrijheden

Ook hier gaat het om de vraag of de voorgestelde aftrekbeperking in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. De nadeliger behandeling van de belastingplichtige die zich voordoet als de rente, royalties respectievelijk betalingen in aftrek komen in een andere jurisdictie bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam, vloeit voort uit verschillen tussen de wettelijke regelingen van beide staten. Er is geen sprake van een belemmering omdat het geval van een belastingplichtige die rente, royalties en andere uitgaven betaalt die in aftrek komen in een andere jurisdictie naar mijn mening niet vergelijkbaar is met de binnenlandse situatie. Aan deze conclusie is wel de randvoorwaarde verbonden dat de maatregel niet verdergaat dan nodig is om haar doelstelling - het voorkomen van dubbele aftrek door middel van mismatches tussen verschillende jurisdicties - te bereiken. Voor het geval waarin de coöperatie uit het hierboven gegeven voorbeeld een deel van de lening zou beleggen, brengt dit mee dat de maatregel alleen van toepassing zou moeten zijn op het negatieve saldo van de rente en de beleggingsinkomsten.

5. Mogelijke onderlinge samenloop en samenloop met vergelijkbare regels van een ander land

Het niet ondenkbaar is dat in sommige gevallen (non-recognition bij de ontvanger) zowel de regels die een einde te maken aan de non-recognition van aftrekbare betalingen als de regels die de aftrek verhinderen van betalingen die niet worden belast bij de ontvanger van toepassing zijn. In dat geval zou de tweede categorie regels voorrang moeten krijgen.

De OESO wijst in Actie 2 van het Action Plan on BEPS op de mogelijke samenloop van regels tegen hybrid mismatches van het ene land met regels met een vergelijkbare strekking van het andere land. Coördinatie en een tiebreaker-regel kunnen hier uitkomst bieden. Wanneer Nederland zou besluiten om regels tegen hybrid mismatches in te voeren voordat de OESO met aanbevelingen komt, kan een tiebreaker-regel worden overwogen die inhoudt dat de buitenlandse regeling voorgaat. In dat geval is overgangsrecht voor bestaande gevallen niet nodig: belastingplichtigen die scherp aan de wind zeilen, doen dat voor eigen risico.

6. Samenvatting

⁴⁷ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, blz. 33.

⁴⁸ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, blz. 33/34.

In deze paragraaf zal ik op hoofdlijnen de vraag beantwoorden of maatregelen tegen hybrid mismatch arrangements zijn in te passen in de Nederlandse vennootschapsbelasting. De eerste categorie regels wil voorkomen dat betalingen die aftrekbaar zijn voor de betaler worden vrijgesteld of genegeerd bij de ontvanger. In dat kader is voorgesteld om de deelnemingsvrijstelling niet langer toe te passen op rente op een deelnemerschapslening en dividend op preferente aandelen die in een andere jurisdictie aftrekbaar zijn voor de betalende vennootschap. Deze regel is goed inpasbaar in de deelnemingsvrijstelling. Sterker nog: de vrijstelling van aftrekbare rente en aftrekbaar dividend die thans wordt verleend, is niet te rechtvaardigen vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Het is naar mijn mening niet nodig om de moederdochterrichtlijn te wijzigen om dit resultaat te bereiken. Aftrekbare rente en aftrekbaar dividend zijn namelijk niet te beschouwen als uitgekeerde winst voor de toepassing van art. 4 van deze richtlijn. Het is niet in overeenstemming met de ratio van de richtlijn dat de lidstaat van de moedermaatschappij vrijstelling zou moeten verlenen voor betalingen die in de lidstaat van de dochtermaatschappij in aftrek zijn gekomen. Verder is voorgesteld om een einde te maken aan de non-recognition van aftrekbare betalingen. Een dergelijke regeling zal, naar ik verwacht, veel aanleiding geven tot discussie omdat een bepaling met een vergelijkbare strekking niet eerder in de Vpb. '69 opgenomen is geweest.

De tweede categorie regels verhindert de aftrek van betalingen die niet worden belast bij de ontvanger. Een dergelijke regeling zou een einde maken aan de inconsistente wijze waarop thans in de vennootschapsbelasting wordt omgegaan met dergelijke mismatches. De regeling is dan ook inpasbaar in de vennootschapsbelasting. De regeling is verder naar mijn mening in overeenstemming met de vrijheden en de non-discriminatiebepaling in de belastingverdragen. Een belastingplichtige die rente, royalties en andere uitgaven betaalt aan een buitenlandse ontvanger die daarover niet wordt belast, is namelijk niet vergelijkbaar met een belastingplichtige die deze vergoedingen betaalt aan een Nederlandse ontvanger die daarover wel wordt belast.

De derde categorie regels maakt een einde aan de aftrek voor betalingen die ook aftrekbaar zijn in een andere jurisdictie. Een dergelijke regeling kan worden geënt op art. 131, lid 6, onderdeel a, Vpb. '69 en is ook inpasbaar in de vennootschapsbelasting. Wel moet de regeling zo worden vormgegeven dat zij niet verder gaat dan nodig is om haar doelstelling te bereiken.