



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Overkill in de implementatie van ATAD2: de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting**

Kleimann, R.V.; Bane, R.K.

### **Citation**

Kleimann, R. V., & Bane, R. K. (2023). Overkill in de implementatie van ATAD2: de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 2023(7488), 10-17.  
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3729640>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3729640>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Overkill in de implementatie van ATAD2: de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting

WFR 2023/199

De auteurs signaleren in deze bijdrage potentiële dubbele belastingheffing die zich kan voordoen door de Nederlandse implementatie van ATAD2 ten aanzien van buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen. Zij concluderen dat het onwaarschijnlijk lijkt dat deze dubbele belastingheffing kan worden opgelost door middel van wetsinterpretatie of richtlijnconforme interpretatie. De auteurs gaan verder in op eventuele verdragstoepassing en concluderen dat een wetswijziging op zijn plaats zou zijn.

## 1. Inleiding

In dit artikel beschrijven de auteurs mogelijke overkill die zich kan voordoen bij de toepassing van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 in de situatie waarin een buitenlands samenwerkingsverband dat een onderneming drijft voor Nederlandse doeleinden fiscaal transparant is, terwijl deze voor de fiscale doeleinden van de woonstaat van het samenwerkingsverband als belastingplichtige wordt beschouwd. Voorts bespreken de auteurs of er een oplossing voor deze overkill kan worden gevonden binnen de kaders van het (inter)nationale belastingrecht, de ATAD2-richtlijn en/of de OESO-rapporten inzake hybridemismatches.

De opbouw van dit artikel bestaat uit een beschrijving in paragraaf 2 van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969, de situatie die tot overkill kan leiden en de nationaalrechtelijke interpretatiemethoden. In paragraaf 3 zal worden ingegaan op de eventuele mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie. In paragraaf 4 zal worden ingegaan op de vraag of de geconstateerde overkill kan worden opgelost middels een beroep op een belastingverdrag. Hierbij zal onderscheid worden gemaakt tussen de situatie zonder belastingverdrag, de situatie met een belastingverdrag tussen Nederland en een andere EU-lidstaat en de situatie met een belastingverdrag tussen Nederland en een derde land. In paragraaf 5 concluderen de auteurs of de overkill opgelost kan worden zonder actie van de wetgever of de uitvoerende macht. Tot slot hebben de auteurs in paragraaf 6 een aanbeveling opgenomen.

1 Roland Kleimann is als belastingadviseur verbonden aan DLA Piper Nederland N.V. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

2 Rhys Bane is als belastingadviseur en advocaat verbonden aan DLA Piper Nederland N.V. en als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

## 2. Art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969

### 2.1 Achtergrond

Per 1 januari 2020 zijn in de Wet Vpb 1969 diverse bepalingen van kracht die zien op het tegengaan van hybridemismatches, door het ontnemen van het fiscale voordeel dat eruit voortvloeit.<sup>3</sup> Deze bepalingen zijn in de Nederlandse Wet Vpb 1969 geïmplementeerd naar aanleiding van de EU-richtlijn tegen hybridemismatches (de ATAD2-Richtlijn).<sup>4</sup>

Eén van de mismatches die wordt bestreden is de hybridemismatch die kan ontstaan door de zogenoemde 'buiten beschouwing blijvende vaste inrichting'. In dat geval is er vanuit Nederlands fiscaal perspectief sprake van een vaste inrichting in een andere staat, terwijl er vanuit het fiscale perspectief van die andere staat geen sprake is van een vaste inrichting.<sup>5</sup> Zonder maatregelen tegen een dergelijke structuur zou er sprake kunnen zijn van dubbele niet-heffing. De staat waar de (buiten beschouwing blijvende) vaste inrichting is gelegen zal, in beginsel, geen aanknopingspunt voor heffing waarnemen, terwijl Nederland een objectvrijstelling verleent op grond van art. 15e Wet Vpb 1969 voor de resultaten toerekenbaar aan de vanuit Nederlands fiscaal perspectief zichtbare vaste inrichting.

De objectvrijstelling kan toepassing vinden in zowel verdragssituaties als niet-verdragssituaties.<sup>6</sup> Hierbij vindt de vrijstelling niet alleen plaats op winst toerekenbaar aan een buitenlandse onderneming die als vaste inrichting kwalificeert, maar ook op winst toerekenbaar aan in die staat gelegen onroerend goed.<sup>7</sup>

Sinds 1 januari 2020 worden de hiervoor omschreven mismatches bestreden met een in art. 15e Wet Vpb 1969 toegevoegd artikellid. Art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 luidt als volgt:

“De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt geen toepassing indien sprake is van een

3 Art. 12aa tot en met art. 12ag Wet Vpb 1969 en art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969.

4 Richtlijn (EU) 2017/952 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164.

5 De definitie is opgenomen in art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 en luidt als volgt: “buiten beschouwing blijvende vaste inrichting: een vaste inrichting bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuus die niet als vaste inrichting wordt beschouwd bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuus die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen”.

6 Art. 15e lid 2 onderdelen a (verdragssituaties) en b (niet-verdragssituaties) Wet Vpb 1969.

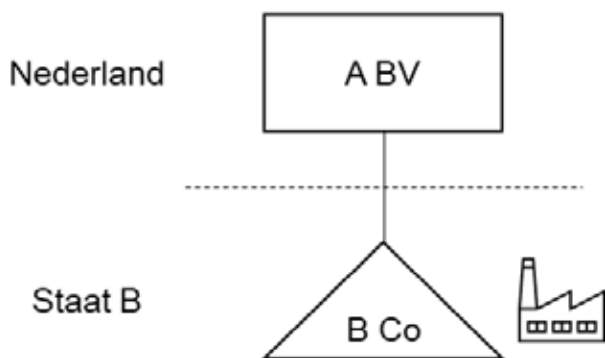
7 Art. 15e lid 2 Wet Vpb 1969.

buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b.”

Hierna schetsen de auteurs een hypothetisch voorbeeld, waarna zij ingaan op de uitwerking van het voorbeeld aan de hand van grammaticale, wetshistorische en teleologische interpretatiemethoden.

## 2.2 Hypothetisch voorbeeld

A BV, een in Nederland gevestigde besloten vennootschap, heeft een 100%-belang in B Co, een in staat B gevestigd lichaam. B Co drijft een onderneming in staat B. Staat B beschouwt B Co als fiscaal non-transparant en betreft de winsten van B Co in de heffing als binnenlands belastingplichtige. Nederland beschouwt B Co als fiscaal transparant en constateert op basis van nationaal recht, onder verwijzing naar het belastingverdrag voor zover van toepassing,<sup>8</sup> dat sprake is van een vaste inrichting.<sup>9</sup> Hieronder is het voorbeeld schematisch weergegeven:



### 2.2.1 Analyse: grammaticale interpretatie

Bij de grammaticale interpretatiemethode, staan de wetteksten van art. 15e lid 9 en art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 centraal. Op grond van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969, “[vindt de] objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten (...) geen toepassing indien sprake is van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b”.

De uitsluiting van de objectvrijstelling lijkt op basis van de wetteksten dus van toepassing te zijn als er sprake is van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969. Er worden verder geen eisen gesteld aan de situatie. Verder vloeit uit de wetteksten niet voort dat er sprake moet zijn van dubbele niet-heffing voordat art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 van toepassing is.

Art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 bevat de definitie van een ‘buiten beschouwing blijvende vaste inrichting’.

<sup>8</sup> Art. 15e lid 2 Wet Vpb 1969.

<sup>9</sup> In de praktijk zal het met name gaan om CV-achtige samenwerkingsverbanden waarbij een dergelijke situatie zich kan voordoen.

Hiervan is sprake als “een vaste inrichting bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuus [auteurs: Nederland] die niet als vaste inrichting wordt beschouwd bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuus die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen [auteurs: staat B]”.

Op het eerste gezicht lijkt deze wetteksten ook duidelijk te zijn: als Nederland een vaste inrichting constateert, maar staat B niet, dan is er sprake van een ‘buiten beschouwing blijvende vaste inrichting’. Het gevolg van deze constatering is dat art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 van toepassing is, doordat aan de enige voorwaarde voor toepassing van dat artikellid is voldaan: er is sprake van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de zin van art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969.

De vraag rijst vervolgens of er nog enige interpretatieruimte is ten aanzien van het begrip ‘vaste inrichting’, zodat kan worden betoogd dat een in de heffing betrokken lichaam ook als ‘vaste inrichting’ kan worden beschouwd. Deze interpretatie moet dan af te leiden zijn uit de wet,<sup>10</sup> wetsgeschiedenis<sup>11</sup> of, bij gebrek aan andere aanwijzingen, het spraakgebruik.<sup>12</sup>

Omdat het gaat om een ‘vaste inrichting krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuus die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen’, is het moeilijk om uit de Nederlandse wetteksten af te leiden wat de reikwijdte van het begrip ‘vaste inrichting’ is in deze context. Oftewel, op basis van een grammaticale interpretatie lijkt het perspectief van staat B leidend, zonder ruimte voor het Nederlandse vaste-inrichtingbegrip in art. 3 lid 4 Wet Vpb 1969. Daarnaast is vanuit Nederlands perspectief een vaste inrichting iets anders dan een binnenlands belastingplichtig lichaam.<sup>13</sup> In zoverre pleit dit niet voor een ruime lezing van art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969, op grond waarvan een onderworpen lichaam ook moet worden beschouwd als een ‘vaste inrichting’.

In de wetsgeschiedenis zijn er enkele verwijzingen naar het begrip ‘vaste inrichting’ zoals deze is opgenomen in belas-

<sup>10</sup> HR 24 december 2021, nr. 20/03886, ECLI:NL:HR:2021:1846, V-N 2022/2.16.

<sup>11</sup> HR 21 mei 2021, nr. 19/02508, ECLI:NL:HR:2021:751, BNB 2021/108 (of steun voor een bepaalde interpretatie in de wetsgeschiedenis: HR 4 oktober 2019, nr. 18/04241, ECLI:NL:HR:2019:1517, BNB 2019/188).

<sup>12</sup> HR 17 september 2021, nr. 19/03081, ECLI:NL:HR:2021:1305, BNB 2022/2.

<sup>13</sup> Binnenlands belastingplichtige lichamen zijn immers op grond van art. 2 Wet Vpb 1969 onderworpen aan de vennootschapsbelasting, waarbij de objectieve belastingplicht wordt bepaald door hoofdstuk 2 Wet Vpb 1969. De vaste inrichting is één van de gronden voor het constateren van buitenlandse belastingplicht op grond van art. 3 Wet Vpb 1969, waarbij slechts het Nederlands inkomen, zoals bepaald aan de hand van hoofdstuk 3 Wet Vpb 1969, aan Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen.

tingverdragen.<sup>14</sup> Ook deze werpen geen ander licht op de interpretatie van art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969, nu ook belastingverdragen gestoeld op het OESO-modelverdrag een onderscheid maken tussen binnenlandse belastingplicht enerzijds en buitenlandse belastingplicht anderzijds.<sup>15</sup>

Daarnaast bevat de parlementaire geschiedenis bij de implementatie van de ATAD2-richtlijn een verwijzing naar het uitleggen van het vaste-inrichtingbegrip conform het ‘fiscale spraakgebruik’, waarbij de feitelijke vaststelling door een andere staat van een vaste inrichting maakt dat sprake is van een vaste inrichting.<sup>16</sup> De vraag of het lichaam in de omgekeerde situatie in Nederland een vaste inrichting zou hebben is niet van belang.<sup>17</sup>

Een zuiver grammaticale interpretatie pleit dan ook niet voor een dusdanig ruime interpretatie van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 dat ook belastingplichtige lichamen onder het begrip ‘vaste inrichting’ vallen.

Op basis van de grammaticale interpretatie, zou in het omschreven voorbeeld sprake zijn van dubbele belastingheffing.<sup>18</sup> Staat B betreft immers het inkomen van B Co in de heffing, terwijl door de werking van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 Nederland geen objectvrijstelling verleent. Het betreft geen theoretisch probleem; er zijn tal van buitenlandse samenwerkingsverbanden die vanuit Nederlands perspectief als transparant worden aangemerkt, maar vanuit buitenlands perspectief als niet-transparant worden gezien.<sup>19</sup>

## 2.2.2 Analyse: wetshistorische interpretatie

In de wetsgeschiedenis zijn er aanknopingspunten te vinden over doel en strekking van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969. Zo blijkt uit de wetsgeschiedenis dat het doel van dit artikelid is om dubbele niet-heffing te voorkomen (onderstreping door auteurs):

“In genoemd artikel 15e, negende lid, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten niet wordt toegepast met betrekking tot een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b. Door de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten niet toe te passen op buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen wordt voorkomen dat een buiten beschouwing blijven-

de vaste inrichting in relatie met Nederland leidt tot inkomen waarover zowel in Nederland als in de andere staat (waarin naar Nederlandse opvatting de vaste inrichting is gelegen) niet wordt geheven.”<sup>20</sup>

Daarnaast is er tijdens de parlementaire behandeling signaleerd dat bij fictieve vaste inrichtingen, zoals bij in het buitenland gelegen vastgoed, de Nederlandse kwalificatie kan resulteren in dubbele heffing. De Staatssecretaris van Financiën heeft op dit punt opgemerkt dat zou worden bezien of nadere regelgeving gewenst is, mocht een dergelijke situatie problemen opleveren in de praktijk (onderstreping door auteurs):

“De NOB vraagt of een beroep kan worden gedaan op de hardheidsclausule in de situatie dat Nederland in het buitenland gelegen vastgoed aanmerkt als een vaste inrichting, terwijl de staat waarin dit vastgoed is gelegen dit niet doet maar het inkomen behaald uit of met dit vastgoed wel belast met winstbelasting. In die situatie zou sprake kunnen zijn van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting, als gevolg waarvan mogelijk de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten niet van toepassing is. Zoals eerder aangegeven, is het niet waarschijnlijk dat Nederland op basis van de eigen wetgeving een vaste inrichting constateert enkel op basis van in het buitenland gelegen vastgoed, terwijl de andere staat dat niet doet. Mocht die situatie zich toch voordoen, dan is de hardheidsclausule niet het meest geëigende middel om voor deze situaties beleid te ontwikkelen. Indien er signalen komen dat deze situatie zich in de praktijk toch voordoet, zal worden bezien of nadere regelgeving gewenst is.”<sup>21</sup>

Opgemerkt kan worden dat het louter houden van in het buitenland gelegen vastgoed normaliter niet als vaste inrichting zal kwalificeren onder de vaste-inrichtingdefinitie in de door Nederland gesloten belastingverdragen.<sup>22</sup> Echter, (huuropbrengsten uit) schepen, luchtvaartuigen en dergelijke worden in sommige jurisdicties als (inkomsten uit) onroerende zaken aangemerkt, terwijl op basis van het belastingverdrag een vaste inrichting meer voor de hand zou kunnen liggen. Een vergelijkbare opmerking kan worden gemaakt voor natuurlijke rijkdommen zoals oliebronnen of steengroeven.

In niet-verdragssituaties kan wel sprake zijn van buitenlands vastgoed gehouden door een Nederlandse entiteit, waarbij het vastgoed aldaar is onderworpen aan een winstbelasting maar niet kwalificeert als een vaste inrichting.

14 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 16 en *Kamerstukken II 2019/20*, 35 241, nr. 7, p. 12.

15 De hoofdregel en de uitzondering zijn vervat in art. 7 lid 1 OESO-modelverdrag. Art. 5 OESO-modelverdrag bevat een zelfstandige definitie van een vaste inrichting.

16 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 46.

17 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 46.

18 Zie voor richtlijnconforme interpretatie paragraaf 3 voor verdragstoepassing paragraaf 4.

19 Zie o.a. de lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden bij het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519.

20 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 74-75.

21 *Kamerstukken I 2019/20*, 35 241, nr. C, p. 17-18.

22 In overeenstemming met de vaste-inrichtingdefinitie in art. 5 OESO-modelverdrag en de inkomsten uit onroerende zaken in art. 6 OESO-modelverdrag.

Een vergelijkbare uitlating stond in de Nota naar aanleiding van het Verslag: *“Het is echter niet waarschijnlijk dat Nederland op basis van de eigen wetgeving een vaste inrichting constateert enkel op basis van in het buitenland gelegen vastgoed, terwijl het andere land dat niet doet. Daarom ziet het kabinet geen aanleiding voor een aanpassing van het voorgestelde artikel 15e, negende lid, Wet Vpb 1969 1969.”*<sup>23</sup>

De hiervoor genoemde en geciteerde passages uit de wetgeschiedenis erkennen dat er in de praktijk mogelijke dubbele heffing kan optreden, met name voor wat betreft fictieve vaste inrichtingen, alhoewel dergelijke uitkomsten onwaarschijnlijk werden geacht. De wetgeschiedenis levert geen aanknopingspunten voor een potentiële oplossing. Integendeel, volgens de Staatssecretaris van Financiën is wellicht nadere regelgeving gewenst om dubbele heffing op te lossen. De wetgeschiedenis levert dan ook geen aanknopingspunten op om tot een andere interpretatie te komen dan de interpretatie middels de grammaticale interpretatiemethode.

### 2.2.3 Analyse: teleologische interpretatie

Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking is het doel van de wet om *“belastingontwijking door gebruik te maken van kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels (zogenoemde hybridemismatches) tussen zowel de lidstaten van de Europese Unie (EU) onderling als tussen de EU-lidstaten en derde landen te bestrijden”*.<sup>24</sup>

In het bijzonder gaat het om het bestrijden van situaties waarin *“een belastingvoordeel wordt behaald door gebruik te maken van de verschillen tussen vennootschapsbelastingstelsels; meer in het bijzonder door gebruik te maken van verschillen in de fiscale behandeling (kwalificatie) van lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen (...) waarbij [de] verschillen tussen vennootschapsbelastingstelsels kunnen leiden tot een situatie dat 1) een vergoeding of betaling aftrekbaar is, maar de corresponderende opbrengst nergens wordt belast, of 2) dat één en dezelfde vergoeding of betaling meerdere malen aftrekbaar is”*.<sup>25</sup>

Het feit dat de regels alleen van toepassing zouden moeten zijn als er sprake is van een hybridemismatch, volgt uit het opnemen van de zogenoemde ‘oorsprongseis’. Op grond van de oorsprongseis zijn de maatregelen tegen hybridemismatches alleen van toepassing als een belastingvoordeel haar oorsprong vindt in een hybridemismatch.<sup>26</sup> De oorsprongseis geldt niet ten aanzien van situaties

waarbij dubbele aftrek de uitkomst is, aldus het Besluit Hybridemismatches.<sup>27,28</sup>

Art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 vormt de Nederlandse implementatie van een uitzondering op de algemene regels opgenomen in de ATAD2-richtlijn. De algemene regel is neergelegd in art. 9 lid 2 ATAD2-richtlijn en art. 12aa lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969. Op grond van deze bepalingen zou normaliter de primaire regel zijn om de aftrek te weigeren ten aanzien van betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing.<sup>29</sup> De secundaire regel zou zijn om de betaling in de heffing te betrekken.<sup>30</sup> Art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn en art. 15e lid 9 in combinatie met art. 12aa lid 6 Wet Vpb 1969 draait dit echter voor de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting om. De hoofdregel is dat de staat van het hoofdhuis de betaling in de heffing moet betrekken, de uitzondering is een aftrekbeperking. Waar art. 12aa lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969 wél de oorsprongseis tot uitdrukking brengt,<sup>31</sup> doet art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 dit niet.

Hoewel gesteld kan worden dat art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 gezien het doel en de strekking niet van toepassing zou moeten zijn op het hiervoor geschetste voorbeeld (er is namelijk geen dubbele niet-heffing), is het wellicht lastig om op basis van de teleologische interpretatiemethode de vrij duidelijke tekst van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 zo te interpreteren dat deze niet van toepassing zou moeten zijn op het geschetste voorbeeld. Doel en strekking kunnen immers slechts een beslissende factor zijn indien de woorden van de wet voor meerdere uitleg vatbaar zijn.<sup>32</sup>

## 3. Richtlijnconforme interpretatie

### 3.1 Algemene opmerkingen

Op basis van een zuiver nationaalrechtelijke interpretatie lijkt het moeilijk te zijn om te bepleiten dat art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 niet van toepassing zou moeten zijn op het in par. 2.2 opgenomen hypothetische voorbeeld. Omdat de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingont-

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35 241, nr. 7, p. 42-43.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 241, nr. 3, p. 2.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 241, nr. 3, p. 3-4.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 241, nr. 3, p. 6.

<sup>27</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 oktober 2022, nr. 2022-23956, *Stcrt.* 2020, 29035, par. 2.

<sup>28</sup> Ter volledigheid kan worden genoemd dat op basis van *Kamerstukken II 2019/20*, 35 241, nr. 7, p. 36 niet uitdrukkelijk is gezegd dat de oorsprongseis niet geldt voor situaties die resulteren in dubbele aftrek. Wellicht lag hierbij de gedachte ten grondslag dat dubbele aftrek alleen kan ontstaan in het geval van hybridemismatches.

<sup>29</sup> Art. 9 lid 2 onderdeel a ATAD-richtlijn.

<sup>30</sup> Art. 9 lid 2 onderdeel b ATAD-richtlijn. Dit zou overigens in de praktijk onduidelijkheid kunnen opleveren. Immers, wie moet de betaling dan in de heffing betrekken? De staat van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting of de staat van het hoofdhuis?

<sup>31</sup> “[V]ergoedingen of betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing.” (Onderstreping aangebracht door auteurs).

<sup>32</sup> Zie bijv. HR 7 oktober 2005, nr. 40 988, *BNB* 2006/63.

wijking de Nederlandse implementatie van de ATAD2-richtlijn vormt, kan nog gedacht worden aan een beroep op richtlijnconforme interpretatie, mocht de richtlijn een andersluidende interpretatie voorstaan.

De corresponderende richtlijnbevestiging is echter identiek aan art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969:

“To the extent that a hybrid mismatch involves disregarded permanent establishment income which is not subject to tax in the Member State in which the taxpayer is resident for tax purposes, that Member State shall require the taxpayer to include the income that would otherwise be attributed to the disregarded permanent establishment. This applies unless the Member State is required to exempt the income under a double taxation treaty entered into by the Member State with a third country.”<sup>33</sup>

In zoverre lijkt een direct beroep op de richtlijn<sup>34</sup> uitgesloten. Wél zou richtlijnconforme interpretatie open moeten staan, mocht de ATAD2-richtlijn zo moeten worden geïnterpreteerd dat art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn geen toepassing moet vinden in situaties zoals die omschreven in par. 2.2.

### 3.2 Interpretatie van de ATAD2-richtlijn

De ATAD-richtlijn is een minimumstandaard binnen de EU.<sup>35</sup> Dit betekent dat behoudens uitdrukkelijk in de ATAD2-richtlijn opgenomen uitzonderingen, EU-lidstaten hun nationale wetgeving minstens in overeenstemming met de ATAD2-richtlijn moesten brengen, maar in principe ook vrij waren om de wetgeving strenger vorm te geven dan de ATAD2-richtlijn. Hierbij geldt wel dat de nationaalrechtelijke implementatie in overeenstemming moet zijn met het primaire Unierecht.

Voor de interpretatie van de ATAD2-richtlijn verwijst de richtlijn in de preambule zelf naar de OESO-rapporten inzake hybridemismatches.<sup>36</sup> Het Nederlandse wetsvoorstel verwijst daarnaast ook naar het (toen nog) discussiedocument gepubliceerd door de OESO dat specifiek ziet op de bestrijding van hybridemismatches met vaste inrichtingen.<sup>37</sup>

Het BEPS-Action 2-rapport bevat geen inzichten in de toepassing van de hybridemismatchregels voor zover die zien op hybridemismatches met vaste inrichtingen. Het in 2017 verschenen *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport gaat hier wel op in.

Aanbeveling 2.2 van het *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport (par. 56 en 57) gaat specifiek in op de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. In par. 2 van het rapport valt bijvoorbeeld te lezen dat het rapport ziet op (onderstreping door auteurs aangebracht) “*disregarded branch structures where the branch does not give rise to a permanent establishment (PE) or other taxable presence in the branch jurisdiction*”. Het laatste stukje van die zin impliceert dat de aanbevelingen ten aanzien van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting geen toepassing zouden moeten vinden als sprake is van belastingplicht in de staat van de vaste inrichting.

Ook de inleiding van hoofdstuk 2 over de *branch payee mismatch rule* kent een andere omschrijving dan die is neergelegd in art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn: “*A disregarded branch is a branch that is treated as giving rise to a taxable presence under the laws of the residence jurisdiction (and thus is eligible for an exemption from income) but is not treated as giving rise to a taxable presence under the laws of the branch jurisdiction.*” Het begrip ‘a taxable presence’ lijkt een stuk ruimer te zijn dan het erkennen van een vaste inrichting. Dit zou voor het in par. 2.2 omschreven voorbeeld een argument kunnen zijn dat art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 niet van toepassing zou moeten zijn. De verwijzing naar “*taxable presence*” ondersteunt dat de opname van betalingen in de (belastbare) grondslag in beginsel voldoende zou moeten zijn om niet als buiten beschouwing blijvende vaste inrichting te kwalificeren.

Het rapport bevat voorts in par. 4 tot en met 7 een voorbeeld van een structuur met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting en verwijst voor de analyse mede naar de aanbevelingen ten aanzien van de omgekeerde hybride in het *BEPS Action 2 Final Report* uit 2015. Ten aanzien van de aanbevelingen die zien op de omgekeerde hybride, geldt dat het *BEPS Action 2 Final Report* laat zien dat de oorsprongseis van toepassing is op dergelijke hybride-mismatches.<sup>38</sup>

De vraag die aldus rijst is of deze aanvullende interpretatiebron, waar de preambule van de ATAD2-richtlijn niet uitdrukkelijk naar verwijst en waarbij de nationaalrechtelijke implementatie verwijst naar de in 2016 verschenen conceptversie van het rapport, kan worden gebruikt om de ATAD2-richtlijn te interpreteren. Mocht die vraag bevestigend worden beantwoord, dan is de vervolgvraag of deze aanvullende interpretatiebron resulteert in een andere interpretatie van art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn dan de grammaticale interpretatie.

Net als bij de teleologische interpretatie naar nationaal recht (par. 2.2.3), lijkt het moeilijk om middels een inter-

<sup>33</sup> Art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn. Dit geldt ook voor de Nederlandse taalversie.

<sup>34</sup> Onder omstandigheden mogelijk als het nationale recht niet in overeenstemming is met het Unierecht. Zie HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), ECLI:EU:C:2007:408, par. 42.

<sup>35</sup> Art. 3 ATAD2-richtlijn.

<sup>36</sup> ATAD2-richtlijn, par. 28 van de preambule.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 2. Het betreft het *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport.

<sup>38</sup> Zie voorbeeld 4.1, opgenomen op p. 299-301 van het *BEPS Action 2 Final Report*. In het bijzonder bevestigen par. 5 en 6 dat de oorsprongseis van toepassing is.

pretatiemethode of middels het gebruik van aanvullende interpretatiebronnen het begrip ‘vaste inrichting’ anders te interpreteren dan hoe deze termen uit moeten worden gelegd op basis van het (inter)nationale belastingrecht. Hoewel de ATAD2-richtlijn gezien deze uitkomst mogelijk in strijd is met het evenredigheidsbeginsel doordat zij verder gaat dan noodzakelijk om haar doel te verwezenlijken, lijkt de richtlijn moeilijk anders dan grammaticaal te interpreteren op dit punt en daarmee ligt ook richtlijnconforme interpretatie niet voor de hand, nu dit waarschijnlijk niet zal resulteren in een andersluidende conclusie.

#### 4. Toepassing van belastingverdragen

Nu de overkill die zich voordoet door de toepassing van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 in het in par. 2.2 geschetste voorbeeld niet lijkt op te lossen middels (richtlijnconforme) interpretatie van de wetsbepaling, zou wellicht gedacht kunnen worden aan een beroep op een belastingverdrag om deze overkill weg te nemen.

##### 4.1 Situatie zonder belastingverdrag

Zonder belastingverdrag is logischerwijs geen beroep op een belastingverdrag mogelijk. In dat geval zal een situatie waarbij er sprake is van overkill niet worden opgelost door middel van een belastingverdrag. Wél zou gedacht kunnen worden aan een verzoek tot toepassing van de hardheidsclausule<sup>39</sup> door de Belastingdienst.<sup>40</sup>

##### 4.2 Belastingverdrag tussen Nederland en een andere EU-lidstaat

Bij belastingverdragen gesloten tussen Nederland en een andere EU-lidstaat lijkt het erop dat de Staatssecretaris van Financiën van mening is dat het belastingverdrag in de weg staat bij het effectueren van de Nederlandse implementatie van ATAD2.<sup>41</sup> De EU lijkt hier een andersluidend standpunt over in te nemen, volgt uit de laatste volzin van art. 9 lid 5 ATAD-richtlijn, welke als volgt luidt: “*This applies unless the Member State is required to exempt the income under a double taxation treaty entered into by the Member State with a third country.*” Wie gelijk heeft op dit punt, is voor discussie

vatbaar.<sup>42</sup> Echter, recent kon in de kabinetsreactie op de aanbevelingen van de Commissie doorstroomvennootschappen worden gelezen dat er bij een belastingverdrag tussen lidstaten geen conflicten worden verwacht over de toepassing van EU-richtlijnen, aangezien beide hebben ingestemd met dergelijke EU-richtlijnen.<sup>43</sup>

Uitgaande van het standpunt dat lijkt te zijn ingenomen door de Staatssecretaris van Financiën bij de Nederlandse implementatie van ATAD2, zou een belastingverdrag gesloten tussen Nederland en een andere EU-lidstaat aan de toepassing van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 in de weg kunnen staan. De hierna opgenomen overwegingen over verdragstoepassing bij belastingverdragen tussen Nederland en derde landen geldt los van bovenstaande discussie ook ten aanzien van intra-EU-belastingverdragen.

##### 4.3 Belastingverdrag tussen Nederland en een derde land

Vanwege de werking van art. 93 en 94 Grondwet, op grond waarvan belastingverdragen boven de nationale wet gaan, kan een belastingverdrag tussen Nederland en een derde land in de weg staan aan de toepassing van de nationale belastingwet (bijvoorbeeld art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969).<sup>44</sup>

Hoe dit uitwerkt in het in par. 2.2 geschetste voorbeeld, hangt af van het specifieke belastingverdrag. Een belangrijk onderscheid dat moet worden gemaakt is dan dat tussen belastingverdragen met een zogenoemde ‘*hybrid entity clause*’<sup>45</sup> en belastingverdragen zonder een dergelijke bepaling.

Bij een belastingverdrag met een *hybrid entity clause* zal op basis van het belastingverdrag kunnen worden betoogd dat het ondernemingswinstartikel (art. 7 OESO-modelverdrag) moet worden toegepast en dat in het in par. 2.2 geschetste voorbeeld Nederland op grond van het belastingverdrag een vrijstelling moet verlenen.

Zonder een *hybrid entity clause* ligt dit wellicht anders. Nederland heeft immers in het verleden een voorbehoud gemaakt op het OESO-commentaar voor zover het ziet op de oplossing uit het Partnership Report van de OESO waarbij de bronstaat de classificatie van het partnership door

39 Art. 63 AWR voorziet in de bevoegdheid van de Minister om voor bepaalde gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard. Dit betreft een (zeer) subjectieve beoordeling maar het is niet onredelijk om te verwachten dat materieel dubbele belastingheffing hieraan voldoet.

40 Ter volledigheid kan worden opgemerkt dat dergelijke verzoeken dienen te worden gericht aan het Ministerie van Financiën, Team Brieven en Beleidsbesluiten.

41 Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 17 en recenter par. 2.3 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, welke allebei geen onderscheid maken tussen intra-EU-belastingverdragen en belastingverdragen met derde landen.

42 Zie voor een uitgebreid onderzoek naar het effect van richtlijnen op de interpretatie en toepassing van belastingverdragen: T.M. Vergouwen, *The effect of directives within the area of direct taxation on the interpretation and application of tax treaties*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2023. In par. 10.1 trekt Vergouwen de conclusie dat het voor discussie vatbaar is wie op dit punt gelijk heeft.

43 Kamerbrief met kabinetsreactie op de aanbevelingen van de Commissie doorstroomvennootschappen d.d. 8 februari 2023, p. 12.

44 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, par. 2.3.

45 Zie bijvoorbeeld art. 22 lid 3 Belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

de woonstaat volgt.<sup>46</sup> Dit voorbehoud is naar aanleiding van de aanpassing van het OESO-modelverdrag door de inclusie van een *hybrid entity clause* in art. 1 lid 2 OESO-modelverdrag in 2017 ingetrokken. Echter, omdat de introductie van art. 1 lid 2 OESO-modelverdrag een wijziging van het OESO-modelverdrag betrof, lijkt de beperkt dynamische interpretatiemethode in de weg te kunnen staan aan het interpreteren van oudere belastingverdragen zonder *hybrid entity clause* in lijn met de uitkomsten van het OESO Partnership Report.<sup>47</sup>

Er zal, gezien het voorgaande, in beginsel een *mismatch* zijn in hoe Nederland en de bronstaat het belastingverdrag toepassen. Nederland zal het standpunt (kunnen) innemen dat er op grond van het belastingverdrag sprake is van een vaste inrichting (uitzondering op de in art. 7 lid 1 OESO-modelverdrag opgenomen hoofdregel dat winst slechts belastbaar is in de woonstaat), terwijl de staat van de vaste inrichting het standpunt zal innemen dat er sprake is van een onderneming van een Verdragsluitende Staat (hoofdregel).

Hoewel een belastingplichtige in geval van een belastingverdrag met *hybrid entity clause* het standpunt zou kunnen innemen dat de voorkomingsbepaling van het relevante belastingverdrag een vrijstelling voorschrijft, is de praktische uitwerking van een dergelijke stelling in wet noch beleid geregeld en kan het verschillen van verdrag tot verdrag. Immers, sommige verdragen verwijzen voor de voorkomingstechniek naar het nationale recht<sup>48</sup> en sommige verdragen kennen een eigen berekening.<sup>49</sup>

Daarnaast zou het ontbreken van een *hybrid entity clause* tot het volgende verschil kunnen leiden: het heffingsrecht van de woonstaat van een onderneming van een Verdragsluitende Staat is in beginsel onbeperkt. Het heffingsrecht van de staat waarin een vaste inrichting is gelegen van een inwoner van de andere Verdragsluitende Staat is beperkt tot het inkomen toerekenbaar aan die vaste inrichting, voor het overige ligt het heffingsrecht in de staat van het hoofdhuis. In het geschetste voorbeeld zou het verschil zijn dat mét een *hybrid entity clause*, staat B het exclusieve heffingsrecht heeft over B Co (behoudens voor zover B Co een vaste inrichting zou hebben in Nederland), terwijl

zonder *hybrid entity clause* staat B slechts een beperkt heffingsrecht heeft over B Co (vanuit Nederlands perspectief), namelijk voor zover de winsten toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting. Dit lijkt een onwenselijke situatie waarin materieel gelijke gevallen verschillend kunnen worden behandeld.

## 5. Conclusies

Art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 lijkt significante overkill te hebben. Naast dat de bepaling problemen kan opleveren ten aanzien van fictieve vaste inrichtingen, wat al is onderkend tijdens de parlementaire behandeling, kan de werking van de bepaling ook problemen veroorzaken in situaties waar een buitenlandse rechtsvorm regulier belast is, maar waar Nederland deze rechtsvorm als fiscaal transparant beschouwt.

Deze overkill die zich voordoet bij een grammaticale interpretatie van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 lijkt moeilijk weg te nemen middels andere interpretatiemethoden zoals de wetshistorische interpretatiemethode of de teleologische interpretatiemethode, mede omdat de tekst weinig ruimte lijkt te bieden voor andersluidende interpretaties. Art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 is praktisch gelijklopend aan het corresponderende artikel in de ATAD2-richtlijn (art. 9 lid 5). De richtlijn kent daarom hetzelfde gebrek als de nationale wet.

Het *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport, dat is verschenen na publicatie van de ATAD2-richtlijn, lijkt dit probleem op te lossen doordat de regel minder beperkend is opgeschreven dan in de ATAD2-richtlijn. Het anderszins in de heffing betrekken (anders dan als vaste inrichting) lijkt op grond van dit rapport voldoende te zijn om buiten de regel te vallen. Voorts verwijst het rapport naar de voorbeelden die zien op de omgekeerde hybride, opgenomen in het *BEPS Action 2 Final Report* en bevestigt het dat de oorsprongseis ook zou moeten gelden ten aanzien van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting.

Om dezelfde reden als waarom het naar nationaal recht problematisch is om art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 anders te interpreteren dan op basis van de grammaticale interpretatie, is het problematisch om art. 9 lid 5 ATAD2-richtlijn te interpreteren conform het *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport: de tekst lijkt die ruimte niet te bieden.

Belastingplichtigen die worden geconfronteerd met deze overkill die voortvloeit uit de toepassing van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 kunnen waarschijnlijk slechts met een beroep op een belastingverdrag deze overkill voorkomen. Daarbij rijst bij verdragen zonder *hybrid entity clause* de vraag hoe een dergelijk beroep praktisch uitwerkt. Een

46 Zie F.P.G. Pötgens in C. van Raad, G.T.W. Janssen & F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 4.1.2.B.c.

47 Zie Hof Amsterdam 22 december 2020, nr. 18/00688 en 18/00689, ECLI:NL:GHAMS:2020:3634, r.o. 5.6.7. en T.M. Vergouwen & F.P.G. Pötgens, 'De status van het OESO-Commentaar volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad (deel 1)', *WFR* 2022/72, par. 4.

48 Bij toepassing van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 eindigen belastingplichtigen in een oneindige spiraal, waarbij het belastingverdrag naar de nationale wet verwijst en het nationale recht effectief naar het verdrag verwijst (doordat de objectvrijstelling niet van toepassing is).

49 Het gaat dan doorgaans om een belastingvrijstelling en niet om een objectvrijstelling.

verzoek tot het starten van een onderling-overlegprocedure tussen de bevoegde autoriteiten van beide verdragsstaten, onder verwijzing naar het doel van voorkoming van dubbele belasting genoemd in de preambule van het belastingverdrag, biedt dan mogelijk een oplossing.<sup>50</sup>

Bij situaties zonder een belastingverdrag, lijkt de enige mogelijkheid te zijn om een verzoek om de toepassing van de hardheidsclausule in te dienen bij de Belastingdienst.

Deze veelheid aan mogelijke uitkomsten, waarbij verschillende staten potentieel ook verschillend tegen verdrags-toepassing aankijken is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Belastingplichtigen zullen moeten nagaan of een beroep op een belastingverdrag mogelijk is en, zo ja, hoe dit dan in relatie tot een specifiek land praktisch uitwerkt. Daarbij zullen dergelijke complexe situaties veel van de uitvoeringscapaciteit vragen van de Belastingdienst.

## 6. Aanbevelingen

De Nederlandse implementatie van de ATAD2-richtlijn kent meer overkill. Zo was er meer dan twee jaar lang sprake van overkill ten aanzien van bepaalde cost-plussituaties, welke middels het Besluit Hybridemismatches uiteindelijk voor bepaalde situaties is opgelost. Het Besluit Hybridemismatches beschrijft via enkele voorbeelden onder welke omstandigheden sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen in cost-plussituaties.<sup>51</sup> Het is vervolgens aan de belastingplichtige om de overeenkomst tussen een casuspositie en de voorbeelden aannemelijk te maken.<sup>52</sup> Ook art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 kent overkill ten aanzien van fictieve vaste inrichtingen en ten aanzien van buitenlandse lichamen die aldaar belastingplichtig zijn, maar die Nederland als fiscaal transparant beschouwt.

Een passende oplossing voor deze overkill is een wijziging van de werking van art. 15e lid 9 Wet Vpb 1969 om deze in lijn te brengen met de aanbevelingen van de OESO in het *BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*-rapport. Concreet kan dit door de definitie van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting, opgenomen in art. 12ac lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 als volgt te wijzigen (onderstreepte tekst door de auteurs toegevoegd):

“een vaste inrichting bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuus die niet als vaste inrichting wordt beschouwd bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuus die vaste inrichting beschouwt

als te zijn gelegen en waar het inkomen van de vaste inrichting bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuus niet anderszins wordt betrokken in de grondslag van een naar de winst geheven belasting bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuus die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen.”

Hierbij zou ‘niet anderszins wordt betrokken’ nauw moeten worden geïnterpreteerd. Bronbelastingen of slechts een gedeeltelijke opname in de belastbare grondslag valt dan buiten de definitie.

Deze nationaalrechtelijke oplossing zou recht moeten doen aan alle situaties (zowel verdragssituaties als niet-verdragssituaties) zonder additionele mogelijkheden te creëren om misbruik te kunnen maken van hybridemismatches. Een minder ingrijpende oplossing zou zijn om een goedkeurende regeling op te nemen in het Besluit Hybridemismatches.

Beide voornoemde oplossingen lijken ook niet in strijd te zijn met de ATAD2-richtlijn. De Europese Commissie heeft immers al eens bevestigd dat de ATAD2-richtlijn er slechts toe strekt om dubbele aftrek of een aftrek zonder betrekking in de heffing te neutraliseren, waarbij dubbele heffing in strijd is met doel en strekking van de ATAD2-richtlijn.<sup>53</sup>

50 Sommige jurisdicties hebben voorbehouden gemaakt op onderling-overlegprocedures waardoor dit niet per definitie een oplossing biedt.

51 Voorbeeld II en voorbeeld III in het Besluit Hybridemismatches.

52 Een voorbeeld waarin het Besluit Hybridemismatches mogelijk geen oplossing biedt is wanneer de verrekenprijsmethode geen cost-plus is maar een andere methode. Ondanks dat dergelijke situaties materieel vergelijkbaar zijn.

53 Zie bijvoorbeeld *V-N 2023/6.5* waarin wordt verwezen naar de brief van de Europese Commissie Directoraat-generaal Belastingen en douane-unie d.d. 11 juni 2020 in respons op de vragen gesteld door het Ministerie van Buitenlandse Zaken inzake de overkill ten aanzien van bepaalde cost-plussituaties. Een volledige bespreking van EU-recht valt buiten de reikwijdte van dit artikel.