

## **Artikel I**

De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt als volgt gewijzigd:

A

**Artikel 2** wordt als volgt gewijzigd:

1. Onder vernummering van het derde tot en met tiende lid tot vierde tot en met elfde lid wordt een lid ingevoegd, luidende:

3. Als binnenlandse belastingplichtigen zijn mede aan de belasting onderworpen lichamen die zijn opgericht, gevestigd of geregistreerd in Nederland indien sprake is van een omgekeerde hybride voor zover de winst die toerekenbaar is aan de participanten in die omgekeerde hybride niet in de heffing van Nederland of een andere staat wordt betrokken.

2. In het zesde lid (nieuw) wordt "onderdelen a, b, c en d," vervangen door "onderdelen a, b, c en d, en het derde lid".

3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

12. Een lichaam wordt aangemerkt als een omgekeerde hybride indien ten minste 50% van de participaties in dat lichaam wordt gehouden door een of meer aan dat lichaam gelieerde lichamen die zijn gevestigd in een staat die dat lichaam als een zelfstandige belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt en de winst van dat lichaam voor Nederlandse belastingdoeleinden toerekenbaar is aan de participanten in dat lichaam.

B

Na **artikel 12a** wordt een afdeling ingevoegd, luidende:

### ***Afdeling 2.2a Hybridemismatches***

#### **Artikel 12aa**

1. Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek:
  - a. vergoedingen of betalingen uit hoofde van een financieel instrument voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn als gevolg van verschillen in de kwalificatie van het instrument of de betalingen uit hoofde ervan;
  - b. vergoedingen of betalingen aan een hybride lichaam voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg van verschillen in de toerekening van die vergoedingen of betalingen aan dat lichaam bij of krachtens de wet van de staat naar wiens recht dat lichaam is opgericht of waarin dat lichaam is gevestigd of geregistreerd en bij of krachtens de wet van de staat naar wiens recht een lichaam is opgericht, of waarin een lichaam is gevestigd of geregistreerd, die een participatie heeft in het hybride lichaam

- of waarvan een natuurlijk persoon die een participatie heeft in dat lichaam fiscaal inwoner is;
- c. vergoedingen of betalingen aan een lichaam met een of meer vaste inrichtingen voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg van verschillen in de toerekening van die vergoedingen of betalingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting van dat lichaam of tussen twee of meer vaste inrichtingen van dat lichaam;
  - d. vergoedingen of betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing;
  - e. vergoedingen of betalingen door een hybride lichaam voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing doordat de vergoedingen of betalingen bij of krachtens de wet van de staat van de ontvanger buiten beschouwing blijven;
  - f. veronderstelde betalingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen voor zover die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing doordat die veronderstelde betalingen bij of krachtens de wet van de staat van de ontvanger buiten beschouwing blijven;
  - g. vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen voor zover die leiden tot een dubbele aftrek.
2. Het eerste lid is slechts van toepassing indien de aftrek zonder betrekking in de heffing of de dubbele aftrek ontstaat:
    - a. tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam;
    - b. tussen hoofdhuis en vaste inrichting;
    - c. tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam; of
    - d. uit hoofde van een gestructureerde regeling.
  3. Het eerste lid, onderdelen e, f en g, is niet van toepassing voor zover de aftrek in mindering komt op een bedrag dat dubbel in aanmerking genomen inkomen is.
  4. Indien Nederland staat van de betaler is, is het eerste lid, onderdeel g, niet van toepassing voor zover de aftrek van de vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen door een andere staat wordt geweigerd.
  5. Het eerste lid, onderdeel a, is slechts van toepassing voor zover bij of krachtens de wet van de staat van de ontvanger met betrekking tot de vergoedingen of betalingen geen vergelijkbare aanpassing wordt gemaakt als ingevolge artikel 13, zeventiende lid, zou worden gemaakt.

### **Artikel 12ab**

1. Bij het bepalen van de winst worden mede tot de winst gerekend vergoedingen, betalingen en veronderstelde betalingen als bedoeld in artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a, b, c, e en f, door een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam, tussen hoofdhuis en vaste inrichting, tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam of uit hoofde van een gestructureerde regeling mits bij of krachtens de wet van de staat van de betaler met betrekking tot die vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen geen vergelijkbare aanpassing als ingevolge artikel 12aa wordt gemaakt. Voor zover vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen ingevolge de eerste zin tot de winst worden gerekend, vinden ten aanzien van die vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen de deelnemingsvrijstelling, de deelnemingsverrekening en de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing.

2. Voor de toepassing van het eerste lid is artikel 12aa, derde lid, van overeenkomstige toepassing.
3. Het eerste lid is slechts van toepassing indien ten aanzien van de vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen, bedoeld in dat lid, Nederland als staat van de ontvanger wordt aangemerkt.

#### **Artikel 12ac**

1. Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:
  - a. aftrek zonder betrekking in de heffing: de situatie waarbij vergoedingen of betalingen rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting en waarbij die vergoedingen of betalingen niet in een naar de winst geheven belasting worden betrokken in de staat waarin die vergoedingen of betalingen worden ontvangen of worden beschouwd als te zijn ontvangen bij of krachtens de wet van enige andere staat (staat van de ontvanger), waarbij vergoedingen of betalingen uit hoofde van een financieel instrument niet worden beschouwd als betrokken in een naar de winst geheven belasting voor zover een lichaam met betrekking tot die vergoedingen of betalingen vanwege de wijze waarop die vergoedingen of betalingen bij of krachtens de wet in de staat van de ontvanger worden gekwalificeerd in aanmerking komt voor een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening of teruggave van belasting die geen verrekening is van bronbelastingen;
  - b. buiten beschouwing blijvende vaste inrichting: een vaste inrichting bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuis die niet als vaste inrichting wordt beschouwd bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuis die vaste inrichting beschouwt als te zijn gelegen;
  - c. dubbele aftrek: 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 of krachtens de wet van de staat waarin die vergoedingen of betalingen hun oorsprong vinden, die lasten zijn opgekomen of die verliezen zijn geleden (staat van de betaler) en bij of krachtens de wet van ten minste een andere staat;
  - d. dubbel in aanmerking genomen inkomen: een inkomensbestanddeel dat bij of krachtens de wetten van de staten waartussen een aftrek zonder betrekking in de heffing of een dubbele aftrek ontstaat in een naar de winst geheven belasting is betrokken;
  - e. financieel instrument: elk instrument dat leidt tot rendement op een geldlening of daarmee vergelijkbare overeenkomst of op eigen vermogen, alsmede een hybride overdracht;
  - f. gestructureerde regeling: een regeling die betrekking heeft op een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek en waarbij het belastingvoordeel daaruit in de voorwaarden van die regeling is ingeprijsd dan wel een regeling die zodanig is opgezet dat die resulteert in een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek, tenzij van de belastingplichtige of een aan hem gelieerd lichaam niet redelijkerwijs mag worden

- verwacht dat hij zich bewust is van dit resultaat en hij geen profijt trekt uit het belastingvoordeel dat daaruit voortvloeit;
- g. hybride lichaam: een lichaam of regeling die bij of krachtens de wet van een staat als een zelfstandige belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting wordt beschouwd waarvan de winst bij of krachtens de wet van een andere staat als de winst van een of meer andere lichamen of natuurlijke personen wordt beschouwd;
  - h. hybride overdracht: een overeenkomst voor het overdragen van een financieel instrument waarbij de onderliggende opbrengst van het overgedragen financiële instrument voor belastingdoeleinden van de betrokken staten wordt behandeld alsof deze is verkregen door meer dan een van de partijen bij die overeenkomst.
2. Voor de toepassing van deze afdeling wordt als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam aangemerkt:
- a. een gelieerd lichaam als bedoeld in artikel 13ab, achtste of negende lid;
  - b. een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige en dat samen met een of meer andere lichamen die met dat lichaam een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, vormen een belang als bedoeld in artikel 13ab, tiende lid, heeft in de belastingplichtige;
  - c. een lichaam waarin lichamen die deel uitmaken van een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, gezamenlijk een belang als bedoeld in artikel 13ab, tiende lid, hebben en die samenwerkende groep tevens een belang als bedoeld in artikel 13ab, tiende lid, heeft in belastingplichtige;
  - d. een lichaam dat tot dezelfde groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een soortgelijke buitenlandse regeling behoort als de belastingplichtige.
3. Voor de toepassing van artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, wordt een vergoeding of betaling beschouwd als betrokken in de heffing binnen een redelijke termijn indien:
- a. de vergoeding, onderscheidenlijk betaling, in de staat van de ontvanger in de heffing wordt betrokken van een naar de winst geheven belasting in het belastingtijdvak dat begint binnen twaalf maanden na het einde van het belastingtijdvak van de betaler waarin de aftrek in aanmerking is genomen; of
  - b. redelijkerwijs kan worden verwacht dat de vergoeding, onderscheidenlijk betaling, in de staat van de ontvanger in een toekomstig belastingtijdvak in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken en betalingsvoorwaarden gelden die door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

#### **Artikel 12ad**

1. Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek vergoedingen of betalingen voor zover die rechtens dan wel in feite direct of indirect door middel van een transactie of reeks transacties tussen aan de belastingplichtige gelieerde lichamen of in het kader van een gestructureerde regeling dienen ter financiering van aftrek van kosten waarop in Nederland artikel 12aa van toepassing zou zijn.
2. Het eerste lid is niet van toepassing voor zover in een van de bij de transactie of reeks transacties betrokken staten met betrekking tot de vergoedingen of betalingen een

vergelijkbare aanpassing wordt gemaakt als ingevolge het eerste lid of de artikelen 12aa of 12ab zou worden gemaakt.

#### **Artikel 12ae**

1. Indien een binnenlandse belastingplichtige tevens door een andere staat als fiscaal inwoner van die staat wordt aangemerkt, wordt geen aftrek van vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen toegestaan voor zover dit een aftrek betreft voor vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen die tevens wordt toegestaan door die andere staat en die aftrek niet wordt afgezet tegen dubbel in aanmerking genomen inkomen.
2. Indien de andere staat, bedoeld in het eerste lid, een lidstaat van de Europese Unie is, wordt de aftrek alleen geweigerd indien de binnenlandse belastingplichtige op grond van een met die lidstaat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting fiscaal inwoner is van die lidstaat.

#### **Artikel 12af**

Bij het bepalen van de winst komt een bedrag van dubbel in aanmerking genomen inkomen in aftrek voor zover in enig eerder jaar geen aftrek is toegestaan ten aanzien van vergoedingen, betalingen, veronderstelde betalingen, lasten of verliezen op grond van artikel 12aa, eerste lid, onderdelen e, f of g, of artikel 12ae dan wel voor zover op grond van artikel 12ab, eerste lid, vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen als bedoeld in artikel 12aa, eerste lid, onderdelen e of f, mede tot de winst zijn gerekend. Met de aftrek, bedoeld in de eerste zin, wordt ten aanzien van het dubbel in aanmerking genomen inkomen, bedoeld in de eerste zin, slechts eenmaal rekening gehouden.

C

In **artikel 15e** wordt, onder vernummering van het negende lid tot tiende lid, een lid ingevoegd, luidende:

9. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt geen toepassing indien sprake is van een buiten beschouwing blijvende inrichting als bedoeld in artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b.

#### **Artikel II**

Deze wet treedt in werking met ingang van 1 januari 2020 met dien verstande dat:

- a. artikel I, onderdelen B en C, voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2020;
- b. artikel I, onderdeel A, voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2022.

# MEMORIE VAN TOELICHTING

## Inhoudsopgave

- I. ALGEMEEN
  1. Aanleiding
  2. Inzet van dit kabinet
  3. Hybridemismatches – algemeen
  4. Structuren met een hybridemismatch
  5. Administratieve lasten / Gevolgen voor bedrijfsleven en burger
  6. Budgettaire gevolgen
  7. Uitvoeringsaspecten
  8. EU-aspecten
  9. Transponeringstabel
- II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

# I. Algemeen deel

## 1. Aanleiding

Dit wetsvoorstel dient ter implementatie van de opvolger van ATAD1: ATAD2. Of anders gezegd ter implementatie van de tweede antibelastingontwijkingsrichtlijn tot wijziging van de eerste antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD1<sup>1</sup>) wat betreft hybridemismatches met derde staten (ATAD2)<sup>2</sup>. Het wetsvoorstel beoogt belastingontwijking door gebruik te maken van hybridemismatches tussen zowel de EU-lidstaten onderling als tussen de EU-lidstaten en derde staten te bestrijden. De oorsprong van ATAD2 ligt in het project Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). In het kader van de bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving heeft de OESO op 5 oktober 2015 de definitieve actierapporten gepresenteerd van het BEPS-project. Actierapport 2 ziet op het neutraliseren van de effecten van hybridemismatches.<sup>3</sup> Vanuit het oogpunt van een snelle en gecoördineerde implementatie van de maatregelen ter bestrijding van belastingontwijking heeft de Europese Commissie (EC) in januari 2016 een voorstel gepresenteerd voor een richtlijn om bepaalde aanbevelingen van de OESO over BEPS in de Europese Unie (EU) toe te passen. Dit voorstel heeft geleid tot de in juli 2016 vastgestelde eerste antibelastingontwijkingsrichtlijn ATAD1, voluit de EU-richtlijn tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt. Het wetsvoorstel ter implementatie van ATAD1 is op 18 september 2018 bij de Tweede Kamer voor behandeling aanhangig gemaakt.<sup>4</sup>

ATAD1 bevatte ook maatregelen tegen belastingontwijking door gebruikmaking van structuren met hybridemismatches. Deze maatregelen hadden echter uitsluitend betrekking op een beperkt aantal structuren met hybridemismatches en waren bovendien alleen van toepassing op hybridemismatches ontstaan tussen de lidstaten van de EU. Bij de vaststelling van ATAD1 is daarom een verklaring van de Raad aangenomen waarin de EC werd opgeroepen om in oktober 2016 een voorstel in te dienen met regels om ook hybridemismatches met derde staten te bestrijden. Dit voorstel is in gewijzigde vorm op 29 mei 2017 aangenomen als richtlijn. In ATAD2 zijn de maatregelen ter bestrijding van hybridemismatches tussen de lidstaten van de EU integraal vervangen door maatregelen ter bestrijding van hybridemismatches tussen de lidstaten van de EU en tussen de lidstaten van de EU en derde staten. Bovendien is van de gelegenheid gebruik gemaakt om ATAD2 ten opzichte van ATAD1 zodanig uit te breiden dat meer typen hybridemismatches worden bestreden teneinde te voorkomen dat belastingplichtigen gebruikmaken van resterende lacunes om belasting te ontwijken. Vanwege deze uitbreiding is de implementatiedatum van ATAD2 een jaar later dan die van de maatregelen uit ATAD1. ATAD2 dient op 31 december 2019 geïmplementeerd te zijn en per 1 januari 2020 te worden toegepast. Per 1

---

<sup>1</sup> Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L 193/1). ATAD staat voor Anti-Tax Avoidance Directive.

<sup>2</sup> Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde staten (PbEU 2017, L 144/1).

<sup>3</sup> OESO, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35030.

januari 2019 geldt dus nog geen Europeesrechtelijke verplichting om te voorzien in regelgeving gericht tegen hybridemismatches. Voor één maatregel, de zogenaamde 'belastingplichtmaatregel', geldt dat deze op 31 december 2021 geïmplementeerd dient te zijn en per 1 januari 2022 toegepast moet worden. Deze maatregel is wel meegenomen in het wetsvoorstel (zie hierna paragraaf 4.7) en treedt later in werking.

## **2. Inzet van dit kabinet**

Het aanpakken van belastingontwijking en -ontduiking is een beleidsspeerpunt van dit kabinet. De inzet is om het beeld te kantelen dat Nederland het internationaal opererende bedrijven gemakkelijk zou maken belasting te ontwijken. Het onderhavige wetsvoorstel draagt bij aan dit streven. Om uitholling van de belastinggrondslag tegen te gaan worden maatregelen getroffen om te voorkomen dat belastingplichtigen gebruik kunnen maken van structuren waarbij door kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels (zogenoemde hybridemismatches) de belasting in Nederland of in een ander land wordt ontweken.

Implementatie van ATAD 2 betekent concreet dat in de Nederlandse wetgeving regels worden opgenomen om bij hybridemismatchstructuren deze fiscaal voordelige effecten te neutraliseren. De laatste jaren is vooral de zogenoemde cv/bv-structuur uitgegroeid tot hét symbool voor hybridemismatches. Met deze structuur hebben met name Amerikaanse concerns de belastingheffing over hun wereldwijde winsten over lange tijd kunnen uitstellen. Met de implementatie van ATAD2 zal onder meer de fiscale aantrekkelijkheid van de cv/bv-structuur worden beëindigd. Door middel van de onlangs in de Verenigde Staten (VS) aangenomen belastinghervorming hebben de VS zelf al een aantal prikkels voor de veel voorkomende cv/bv-structuur weggenomen en met de implementatie van ATAD2 treft Nederland ook de benodigde maatregelen. Voorts is het kabinet, gelet op de hiervoor genoemde beleidsinzet, voornemens om geen gebruik te maken van de uitzonderingen voor financiële handelaren en bepaalde financiële instrumenten<sup>5</sup> die ATAD2 biedt. Hierdoor worden de voordelen die worden behaald met hybridemismatches zoveel mogelijk gemitigeerd en belastingontwijking bestreden.

## **3. Hybridemismatches – algemeen**

### *Hybridemismatches*

ATAD2 schrijft regels voor om belastingontwijking door middel van hybridemismatches te bestrijden. Hybridemismatches zijn 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. De verschillen tussen vennootschapsbelastingstelsels kunnen er toe leiden 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. In dit wetsvoorstel wordt situatie 1 aangeduid als een 'aftrek zonder betrekking in de heffing' en situatie 2 als een 'dubbele aftrek'.

---

<sup>5</sup> Financiële instrumenten met elementen van conversie, bail-in of afschrijving, of financiële instrumenten die louter zijn uitgegeven om te voldoen aan de voor de bankensector geldende vereisten van verliesabsorptiecapaciteit.



### *Situatie 1: aftrek zonder betrekking in de heffing*

Het belastingvoordeel dat behaald kan worden met een 'aftrek zonder betrekking in de heffing' wordt als gevolg van ATAD2 in eerste instantie weggenomen door de aftrek van een vergoeding of betaling (die bij de ontvangende partij niet in de heffing wordt betrokken) te weigeren. Hiermee wordt bereikt dat een vergoeding of betaling die bij de ontvanger niet in de heffing wordt betrokken bij de betaler ook niet in aftrek kan worden gebracht. Dit wordt aangeduid als de 'primaire regel' waarmee de rangorde tussen de betrokken staten wordt geregeld.

Als de primaire regel niet wordt toegepast, bijvoorbeeld omdat de belastingplichtige die de vergoeding of betaling in aftrek wil brengen niet in een EU-lidstaat is gevestigd, dan geldt de zogenoemde secundaire regel. De secundaire regel houdt in dat de vergoeding of betaling bij de ontvanger in de heffing wordt betrokken, waarmee een situatie ontstaat waarin de aftrek weliswaar is toegestaan, maar de corresponderende opbrengst ook belast zijn.

### *Situatie 2: dubbele aftrek*

Bij een dubbele aftrek wordt op grond van de voorgestelde maatregelen één aftrek geweigerd. Ook in die situaties geldt zowel een primaire als een secundaire regel waarmee de rangorde tussen de betrokken staten wordt geregeld. Primair wordt de aftrek toegestaan in de staat die wordt aangemerkt als de staat van de betaler (en dus in de andere betrokken staat geweigerd). Als de andere betrokken staat echter de aftrek toch toestaat, weigert de staat van de betaler op grond van de secundaire regel alsnog de aftrek van de vergoeding of betaling.

### *Hoofregel: ATAD2 neutraliseert normaaliter de gevolgen van kwalificatieverschillen*

Het wetsvoorstel beoogt de voordelen van hybridemismatches te neutraliseren die worden veroorzaakt door de wisselwerking van verschillen in *belastingstelsels*. Bij de vaststelling of sprake is van een hybridemismatch, is de *fiscale* wet en regelgeving dus bepalend. EU-lidstaten blijven binnen de richtlijn vrij om hun eigen (fiscale) kwalificatie van lichamen en instrumenten te hanteren. Het onwenselijke gevolg van een verschil in kwalificatie wordt weggenomen (geneutraliseerd), waardoor de oorzaak van de hybridemismatch niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden aangepakt. De zogenoemde 'belastingplichtmaatregel' vormt hierop een uitzondering. Deze maatregel wordt toegelicht in paragraaf 4.7. Ook de maatregel met betrekking tot de zogenoemde 'buiten beschouwing blijvende vaste inrichting' kan worden gezien als een uitzondering. Deze maatregel wordt toegelicht in paragraaf 4.3.1.

### *Rangorde*

Dit wetsvoorstel strekt tot het neutraliseren van de gevolgen van hybridemismatches door middel van de toepassing van neutraliserende maatregelen: het weigeren van aftrek of het betrekken van inkomen in de heffing. Het is echter niet de bedoeling dat door de toepassing van de neutraliserende maatregelen dubbele belastingheffing ontstaat. ATAD2 probeert daarom de toepassing van de neutraliserende maatregelen (primaire en secundaire regels) te coördineren. ATAD2 schrijft voor dat in hybridemismatchsituaties in principe eerst de primaire regel dient te worden toegepast. Indien een staat dit niet doet, wordt de secundaire regel toegepast. Bij

hybridemismatchsituaties met andere EU-lidstaten zou ATAD2 daarom zo moeten uitwerken dat staten slechts de primaire regel toepassen. De secundaire regel wordt dan alleen toegepast bij hybridemismatches met derde staten. Naar verwachting zal Nederland in EU-situaties de secundaire regel dus niet hoeven toe te passen.

#### *Pro rata*

Om dubbele heffing te voorkomen zijn de neutraliserende maatregelen, de primaire en secundaire regel, daarnaast in beginsel slechts pro rata van toepassing. Dus een hybridemismatchmaatregel is slechts van toepassing voor zover een betaling of vergoeding leidt tot een hybridemismatch. Indien bijvoorbeeld een belastingplichtige een rentebetaling van 100 in aftrek brengt van een hybride financieel instrument en deze betaling bij een andere belastingplichtige voor 50 in de heffing wordt betrokken, dan heeft dat tot gevolg dat er op basis van de hybridemismatchmaatregelen 50 in aftrek wordt geweigerd. De aftrek wordt namelijk geweigerd voor zover er sprake is van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

#### *Objectivering*

Bij de beoordeling of er sprake is van een hybridemismatch doet niet ter zake of de belastingplichtige de intentie had om een hybridemismatch tot stand te brengen. Ook hybridemismatches waarvan het fiscaal voordeel niet door de belastingplichtige is beoogd, vallen onder het toepassingsbereik van ATAD2 en dit wetsvoorstel. Er is dus een objectieve toets om te bepalen of de neutraliserende maatregelen van toepassing zijn. De neutraliserende maatregelen uit dit wetsvoorstel zijn van toepassing als er een objectief vast te stellen verschil in de fiscale behandeling of fiscale kwalificatie van lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen in verschillende belastingstelsels is als gevolg waarvan een fiscaal voordeel ontstaat.

#### *Gelieerdheid of gestructureerde regeling*

De maatregelen uit ATAD2 zijn alleen van toepassing indien de hybridemismatch ontstaat in gelieerde verhoudingen of wanneer sprake is van een zogenoemde gestructureerde regeling. Voor invulling van de term gelieerdheid is ervoor gekozen om aan te sluiten bij de invulling die hieraan is gegeven in het wetsvoorstel dat dient ter implementatie van ATAD1. Dit betekent dat er sprake is van gelieerdheid bij een middellijk of onmiddellijk belang van 25 procent of meer. Dit is in lijn met de geest van ATAD2 en komt bovendien de consistentie en daarmee eenvoud in de vennootschapsbelasting ten goede.

Anders dan bij ATAD1 dienen de maatregelen uit ATAD2 ook te gelden wanneer weliswaar geen sprake is van gelieerdheid, maar wel van een gestructureerde regeling. Ook in ongelieerde verhoudingen kunnen hybridemismatches belastingvoordelen opleveren die als ongewenst zijn aangemerkt. Er is sprake van een gestructureerde regeling indien de voordelen die uit de hybridemismatch voortvloeien in de voorwaarden van de regeling zijn ingeprijsd of als de regeling zodanig is opgezet dat er een hybridemismatch uit voortvloeit. Er is echter geen sprake van een gestructureerde regeling indien van de belastingplichtige noch van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze zich bewust is van de hybridemismatch en zij geen profijt trekken uit het belastingvoordeel dat daaruit voortvloeit.

### *Oorsprongseis*

De maatregelen in ATAD2 en daarmee het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel zien op hybridemismatches die worden veroorzaakt door een verschil in de fiscale kwalificatie van lichamen, instrumenten, vaste inrichtingen of vestigingsplaatsen. De maatregelen zijn niet bedoeld om mismatches aan te pakken die hun oorsprong hebben in andere factoren dan een hybride element. Een voorbeeld hiervan is een situatie waarbij een in een andere staat gevestigd lichaam niet vennootschapsbelastingplichtig is, omdat het is vrijgesteld van een belastingheffing naar de winst of omdat het gevestigd is in een staat die geen vennootschapsbelasting kent. Een ander voorbeeld van een mismatch die niet voortkomt uit een hybride element is een mismatch die wordt veroorzaakt door een ander begrip van verrekenprijzen (het arm's-lengthbeginsel).<sup>6</sup> Dat neemt niet weg dat ook de mismatches die voortkomen uit verschillen in verrekenprijzen kunnen knellen met het oog op de door het kabinet beoogde aanpak van belastingontwijking. Om deze reden heb ik in mijn brief aanpak belastingontwijking en belastingontduiking<sup>7</sup> aangekondigd te gaan onderzoeken of de toepassing van het arm's-lengthbeginsel aanpassing behoeft.

### *Samenloop*

De hybridemismatchmaatregelen gaan deel uitmaken van de Nederlandse vennootschapsbelasting waarin reeds meerdere maatregelen, zoals renteaftrekbeperkingen, zijn opgenomen die grondslaguitholling bestrijden. Verschillende aftrekbeperkende bepalingen kunnen betrekking hebben op eenzelfde vergoeding of betaling. Een vergoeding of betaling kan echter slechts één keer in aftrek beperkt worden. Wel kunnen de verschillende bepalingen van de vennootschapsbelasting elkaar aanvullen. Als op basis van de hybridemismatchmaatregelen bijvoorbeeld de helft van een rentebetaling in aftrek wordt geweigerd, kan op de resterende aftrek nog wel een andere renteaftrekbeperking van toepassing zijn. Ook kan er een samenloop zijn van generieke en specifieke aftrekbeperkingen. Indien renteaftrek wordt geweigerd op basis van hybridemismatchmaatregelen, telt die renteaftrek niet meer mee voor de toepassing de earningstrippingmaatregel van de Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking.

## **4. Structuren met een hybridemismatch**

Hybridemismatchstructuren zijn complexe structuren die veel verschijningsvormen kennen. Daarom zijn de structuren in ATAD2 en dit wetsvoorstel onderverdeeld in verschillende typen hybridemismatches. Deze typen zijn hybridemismatches met:

- hybride lichamen,
- hybride financiële instrumenten,
- hybride vaste inrichtingen,
- hybride overdrachten,
- geïmporteerde hybridemismatches, en
- situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats.

---

<sup>6</sup> Zie ook: OESO, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015, pagina 33.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2017/18, 25087, nr. 188.

Hieronder worden de hybridemismatches per type beschreven en toegelicht wat ATAD2 ten aanzien van dat type hybridemismatch als maatregel voorschrijft, in hoeverre dat type hybridemismatch zich in relatie met Nederland voordoet en hoe Nederland de maatregelen uit ATAD2 implementeert. In de toelichting en de voorbeelden wordt ervan uitgegaan dat aan de eis van gelieerdheid is voldaan.

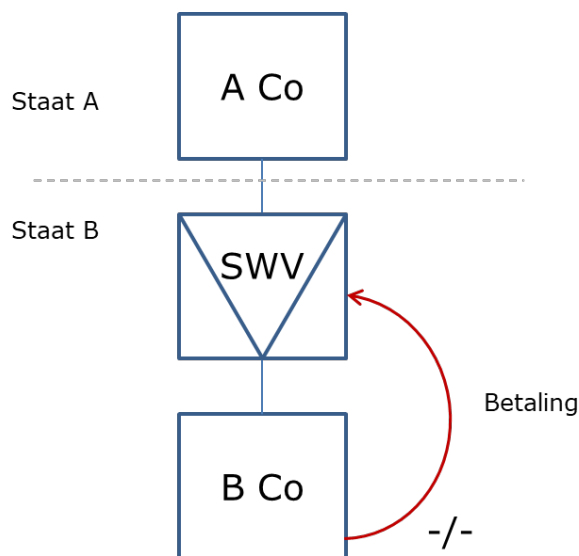
### 3.1 *Hybride lichamen*

Er is sprake van een hybride lichaam indien een lichaam krachtens de wetgeving van de ene staat als een zelfstandige belastingplichtige wordt beschouwd voor een naar de winst geheven belasting (niet-transparant), terwijl de winst krachtens de wetgeving van de andere staat als de winst van de participanten in dat lichaam wordt beschouwd (transparant). Er bestaat hier tussen staten een verschil in opvatting of bij het lichaam zelf of bij de participanten in het lichaam belastingheffing over de winst zou moeten plaatsvinden. Dit kan ertoe leiden dat geen van de betrokken staten de winst belast of twee staten aftrek van dezelfde betaling toestaan. De hybridemismatches met hybride lichamen zijn onder te verdelen in 3 hoofdtypen. Deze worden hieronder apart besproken.

#### 3.1.1 *Betaling aan hybride lichaam*

Een vergoeding of betaling aan een hybride lichaam kan leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing. De ene staat beschouwt de vergoedingen of betalingen dan als gedaan aan een lichaam gevestigd in de andere staat, terwijl die andere staat de vergoeding of betaling beschouwt als betaald aan de participanten in de eerstgenoemde staat. Beide staten zullen het inkomen niet in de heffing betrekken. Dit wordt hieronder aan de hand van een voorbeeld verduidelijkt.

##### **Voorbeeld 1**



In deze structuur houdt een vennootschap in Staat A (A Co) aandelen in een vennootschap in Staat B (B Co). De aandelen in B Co worden gehouden via een samenwerkingsverband (SWV). Staat B beschouwt SWV als transparant voor belastingdoeleinden. Staat B rekent de winst dus toe aan de participanten in SWV. De participant is in dit geval A Co die is gevestigd in Staat A. Voor belastingdoeleinden van Staat A is SWV niet-transparant. Staat A rekent de winst dus niet toe aan A Co, maar beschouwt dit als winst van SWV. SWV is niet in Staat A gevestigd en de winst van SWV wordt dus niet aldaar in de heffing betrokken. Als B Co een betaling doet aan SWV, leidt bovenstaande ertoe dat de betaling bij B Co wel aftrekbaar is, maar de opbrengst niet in de heffing wordt betrokken. Er sprake dan van een zogenoemde 'aftrek zonder betrekking in de heffing'.

Om de gevolgen van deze hybridemismatch te neutraliseren, schrijft ATAD2 voor dat in eerste instantie de aftrek moet worden geweigerd (de primaire regel). In het voorbeeld hierboven betekent dit dat Staat B de aftrek moet weigeren bij B Co. In het geval dat Staat B de primaire regel niet toepast (bijvoorbeeld omdat Staat B geen EU-lidstaat is en geen regels kent ter bestrijding van hybridemismatches), kent ATAD2 een secundaire regel. Deze schrijft voor dat Staat A de betaling in de heffing betreft. Voor dit type hybridemismatch staat ATAD2 toe om geen secundaire regel op te nemen.

#### *Implementatie in Nederland*

Het bekendste voorbeeld van een hybridemismatch voor de Nederlandse praktijk, de cv/bv-structuur, valt onder dit type hybridemismatch. Met deze structuur hebben met name Amerikaanse concerns de belastingheffing in de VS over winsten lange tijd kunnen uitstellen. Met de belastinghervormingen die per 1 januari 2018 zijn ingegaan in de VS hebben de VS zelf CFC-maatregelen geïntroduceerd<sup>8</sup> om dit belastinguitstel te beperken. Hiermee is de cv/bv-structuur fiscaal minder aantrekkelijk geworden. Desondanks blijft het mogelijk om ook na 1 januari 2018 een fiscaal voordeel te behalen met de cv/bv-structuur. Met de implementatie van ATAD2 treft Nederland daarom zelf ook de benodigde maatregelen tegen de cv/bv-structuur.

Om de voordelen van een hybridemismatch met een betaling aan een hybride lichaam te neutraliseren wordt (conform de rangorde van ATAD2) bij een Nederlands belastingplichtige de aftrek van een dergelijke vergoeding of betaling geweigerd. ATAD2 biedt een uitzondering om voor dit type hybridemismatch geen secundaire regel op te nemen. Het kabinet heeft ertoe besloten om desondanks ook voor dit type hybridemismatch een secundaire regel in te voeren. Onder deze regel zal Nederland, als de andere staat die betrokken is bij de hybridemismatch de aftrek niet weigert, de vergoeding of betaling in de heffing betrekken. Dit betekent dat als Nederland de positie inneemt van Staat A in bovenstaand voorbeeld (en de hybridemismatch niet wordt geneutraliseerd bij de onderliggende entiteit door de aftrek te weigeren, bijvoorbeeld omdat deze is gevestigd in een derde land), Nederland de vergoeding of betaling in de heffing betreft.

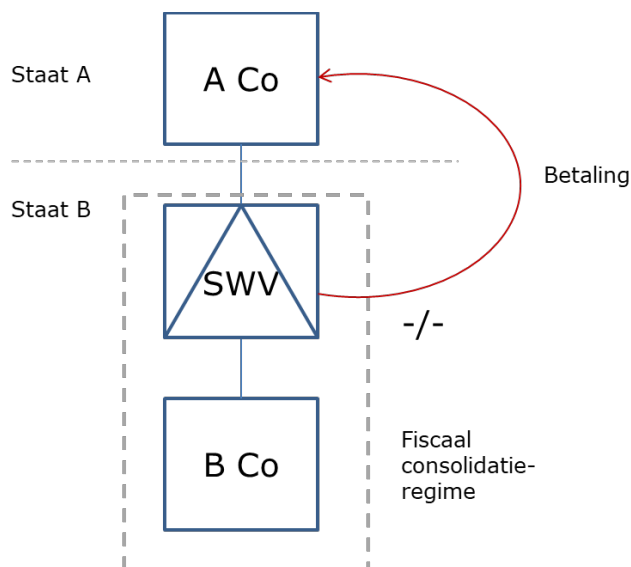
---

<sup>8</sup> Een CFC-maatregel is een maatregel gericht tegen het verschuiven van winsten naar buitenlandse laagbelaste gecontroleerde lichamen of vaste inrichtingen.

### 3.1.2 Betaling door een hybride lichaam

Een vergoeding of betaling door een hybride lichaam kan leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing. Indien een hybride lichaam een vergoeding of betaling verricht aan zijn participanten zal de staat waarin het hybride lichaam is gevestigd, indien die staat het lichaam als niet-transparant beschouwt, een aftrek toestaan. Indien de staat waar de participanten zijn gevestigd het hybride lichaam als transparant beschouwt, wordt de vergoeding of betaling in die staat niet in de heffing betrokken. De staat van de participanten beschouwt het betalende lichaam immers als transparant, wat fiscaal gezien in dat geval betekent dat de belastingplichtige een vergoeding of betaling verricht aan zichzelf. Vanuit het perspectief van de staat van de participanten is er dus geen vergoeding of betaling die in de heffing kan worden betrokken. In het onderstaande figuur is hiervan een voorbeeld gegeven.

#### Voorbeeld 2



Een vennootschap in Staat A (A Co) houdt aandelen in een vennootschap in Staat B (B Co). De aandelen in B Co worden gehouden via een samenwerkingsverband (SWV). SWV wordt voor belastingdoeleinden in Staat A als transparant beschouwd. In Staat B wordt SWV als niet-transparant beschouwd. Dit betekent dat Staat A de winst van SWV toerekent aan A Co. Gevolg hiervan is dat een betaling van SWV aan A Co in Staat A niet belast is (vanuit het perspectief van Staat A betreft het een betaling van A Co aan 'zichzelf', en dat is voor belastingdoeleinden niet zichtbaar), terwijl deze betaling in Staat B wel leidt tot een aftrek. Er is dus sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

Om de voordelen van de hybridemismatch te neutraliseren schrijft ATAD2 de primaire regel voor. In dit voorbeeld betekent dit dat Staat B de aftrek bij SWV dient te weigeren. In gevallen waarin Staat B de primaire regel niet toepast – dus de aftrek niet weigert – is de secundaire regel van toepassing. Bij toepassing van de secundaire regel zou Staat A in bovenstaand voorbeeld de vergoeding of betaling in de heffing moeten betrekken.

### *Dubbel in aanmerking genomen inkomen*

Indien er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen vervalt het voordeel van de structuur. In die gevallen zijn er geen hybridemismatchmaatregelen van toepassing, om dubbele belasting te voorkomen. Hoe het komt dat de toepassing van hybridemismatchmaatregelen in deze situatie zou kunnen leiden tot dubbele belasting, wordt uitgelegd in de artikelsgewijze toelichting.

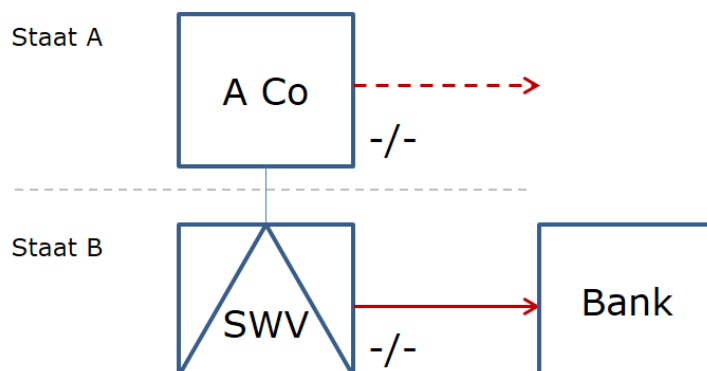
### *Implementatie in Nederland*

Het is vanuit de praktijk niet bekend of dit type hybridemismatch zich in een relatie met Nederland vaak voordoet. Dat wordt op dit moment ook niet geregistreerd, omdat dit voor de toepassing van de huidige wet niet relevant is. Nederland zal deze maatregel implementeren conform ATAD2. Oftewel als SWV in het voorbeeld hierboven in Nederland is gevestigd, zal de aftrek worden geweigerd. Ook hier wordt de secundaire regel geïmplementeerd, waardoor als Nederland in het voorbeeld de positie van Staat A inneemt, Nederland de vergoeding of betaling in de heffing betreft.

### 3.1.3 *Dubbele aftrek*

Het gebruik van een hybride lichaam kan ook leiden tot een 'dubbele aftrek'. Van een dubbele aftrek is sprake wanneer dezelfde vergoeding of betaling meer dan eenmaal in aftrek komt van een naar de winst geheven belasting. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als twee staten een vergoeding of betaling beschouwen als te zijn gedaan door een inwoner van hun staat. In het onderstaande figuur is hiervan een voorbeeld gegeven.

#### **Voorbeeld 3**



In dit voorbeeld participeert A Co, gevestigd in Staat A, in SWV, gevestigd in Staat B. SWV heeft een lening aangetrokken van een bank en betaalt daarvoor rente. Staat B beschouwt SWV als niet-transparant en als in Staat B gevestigd. De rente is derhalve aftrekbaar in Staat B. Staat A beschouwt SWV als transparant en betreft de winst van SWV bij A Co in de heffing. Dit betekent dat de rente ook op niveau van A Co aftrekbaar is. De rentebetaling aan de bank wordt hierdoor dubbel in aftrek toegestaan.

Ook bij situaties met een dubbele aftrek kent ATAD2 een primaire en een secundaire regel. Onder beide regels wordt de aftrek geweigerd zodat uiteindelijk de aftrek maar één keer wordt toegestaan. De rangorde bepaalt in welke staat dit in eerste instantie gebeurt. De primaire regel is dat de staat van de investeerder de aftrek weigert. De staat van de investeerder is in het voorbeeld Staat A. Indien die staat de aftrek niet weigert, geldt een secundaire regel die stelt dat de staat van de betaler, Staat B in het voorbeeld, de aftrek moet weigeren.

#### *Dubbel in aanmerking genomen inkomen*

Ook hier geldt dat in gevallen met dubbel in aanmerking genomen inkomen de hybridemismatchmaatregelen mogelijk niet van toepassing zijn. Toepassing van de hybridemismatchmaatregelen zou bij dubbel in aanmerking genomen inkomen namelijk kunnen leiden tot dubbele belasting. Hoe dat precies uitwerkt, wordt uitgelegd in de artikelsgewijze toelichting.

#### *Implementatie in Nederland*

Het is vanuit de praktijk niet bekend of dit type hybridemismatch zich in een relatie met Nederland vaak voordoet. Dat wordt op dit moment ook niet geregistreerd, omdat dit voor de toepassing van de huidige wet niet relevant is. Nederland implementeert hier conform ATAD2 en zal de aftrek weigeren in het geval van een dubbele aftrek. Om aan te sluiten bij de rangorde van de primaire en secundaire regel wordt geregeld dat indien Nederland de staat van de betaler is, oftewel de staat waar het hybride lichaam is gevestigd (de positie van Staat B in bovenstaande voorbeeld), de aftrek alleen wordt geweigerd indien de andere staat (de staat van de investeerder – Staat A) de aftrek toestaat.

### 3.2 *Hybride financiële instrumenten*

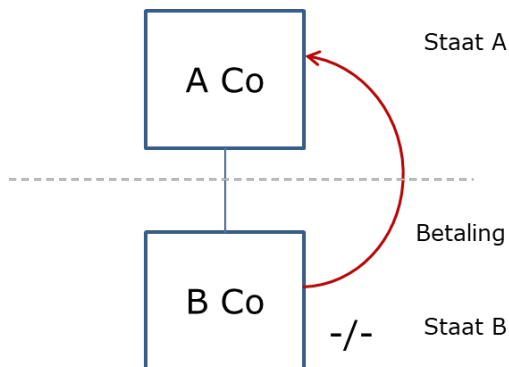
Een andere categorie hybridemismatches zijn mismatches met hybride financiële instrumenten. Een financieel instrument is ieder instrument dat leidt tot rendement op eigen vermogen of vreemd vermogen. De meest bekende financiële instrumenten zijn aandelen en leningen. Een financieel instrument wordt als hybride aangemerkt indien een staat de aftrek van een vergoeding of betaling uit hoofde van dat financiële instrument ten laste van de winst toestaat, terwijl de staat van de ontvanger van die vergoeding of betaling die corresponderende opbrengst niet, of niet binnen een redelijke termijn, in de heffing betreft en dit resultaat veroorzaakt wordt door een verschil in de fiscale kwalificatie van het instrument of de betaling uit hoofde ervan door de betrokken staten. Anders gezegd: als een rentebetaling wel aftrekbaar is in de ene staat, maar niet in de heffing wordt betrokken in de andere staat vanwege fiscale kwalificatieverschillen van het financiële instrument.

Tot de hybride financiële instrumenten behoort ook de zogenoemde hybride overdracht. Gezien de specifieke kenmerken van deze structuren wordt dit apart besproken in paragraaf 4.4.



Hieronder volgt een voorbeeld van een structuur met een hybride financieel instrument.

#### Voorbeeld 4



In dit voorbeeld is een instrument uitgegeven door B Co. Dit wordt voor belastingdoeleinden van Staat B beschouwd als een lening, waardoor de vergoeding (rente) in beginsel aftrekbaar is. Staat A beschouwt dit instrument als eigen vermogen en stelt de vergoeding hierover (die zij beschouwt als dividend) vrij. Dit is een hybridemismatch met een financieel instrument omdat er sprake is van (i) een aftrek zonder betrekking in de heffing, en (ii) deze uitkomst het gevolg is van een verschil in de kwalificatie van het instrument.

Deze situaties ontstaan als er een verschil bestaat in de fiscale kwalificatie door staten van een financieel instrument als eigen vermogen of vreemd vermogen, waardoor deze staten die vergoedingen verschillend behandelen. Vergoedingen op eigen vermogen, zoals dividenden, worden in deelnemingsverhoudingen bij de ontvangende partij doorgaans vrijgesteld. Dividenduitkeringen komen in de regel bij de uitkerende partij ook niet in aftrek van de winst. Vergoedingen op schulden, zoals rente, worden daarentegen doorgaans belast bij de ontvangende partij en zijn doorgaans aftrekbaar bij de betalende partij. In een situatie waarin de vergoeding op een financieel instrument in de staat van de betaler als vergoeding op vreemd vermogen wordt beschouwd (aftrekbaar van de winst), terwijl de vergoeding of betaling in de staat van de ontvanger als vergoeding op eigen vermogen wordt beschouwd (niet in de heffing betrokken), is sprake van een hybride financieel instrument.

Het kan voorkomen dat een vergoeding in de staat van de ontvanger niet op hetzelfde moment in de heffing wordt betrokken als het moment waarop de vergoeding of betaling in aftrek wordt toegestaan in de staat van de betaler. Er is dan nog niet direct sprake van een hybridemismatch met een financieel instrument. Indien de vergoeding of betaling binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken is de maatregel niet van toepassing. Om te bepalen of een vergoeding of betaling binnen een redelijke termijn in de heffing is betrokken, wordt allereerst gekeken of de vergoeding of betaling in de heffing wordt betrokken in een belastingtijdvak dat aanvangt binnen twaalf maanden na het aflopen van het belastingtijdvak waarin de vergoeding of betaling bij de betaler in aftrek wordt gebracht. Stel dat belastingplichtige een kalenderjaar hanteert als boekjaar en een betaling doet in 2019, terwijl de ontvanger een gebroken boekjaar hanteert startend op 1

juli, dan is de betaling in ieder geval binnen een redelijk termijn ontvangen indien deze bij de ontvanger in het boekjaar dat aanvangt op 1 juli 2020 in de heffing wordt betrokken.

Indien dit niet het geval is, dan kan alsnog sprake zijn van een redelijke termijn, als wordt voldaan aan de volgende twee voorwaarden. Ten eerste dient redelijkerwijs de verwachting te bestaan dat de vergoeding of betaling bij de ontvanger in een toekomstig belastingtijdvak in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Ten tweede dienen de betalingsvoorwaarden van het hybride instrument dusdanig te zijn dat deze (ook) door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Bij hybridemismatches met financiële instrumenten gelden de reguliere primaire en secundaire regel. Oftewel, de staat van de betaler (Staat B in bovenstaand voorbeeld) dient de aftrek te weigeren. Als die staat dat nalaat, bijvoorbeeld omdat het geen regels ter bestrijding van hybridemismatches kent, geldt de secundaire regel waaronder de betaling in de staat van de ontvanger (Staat A in bovenstaand voorbeeld) in de heffing moet worden betrokken.

#### *Implementatie in Nederland*

Om het gebruik van hybride financiële instrumenten te bestrijden is eerder in EU-verband de Moeder-dochterrichtlijn<sup>9</sup> (MD-Richtlijn) gewijzigd. De maatregel uit die richtlijn is per 1 januari 2016 geïmplementeerd in de Nederlandse wet en in werking getreden.<sup>10</sup> Door die aanpassing wordt de deelnemingsvrijstelling niet toegepast op voordelen indien deze rechtens dan wel in feite in de andere staat in aftrek kunnen worden gebracht van een naar de winst geheven belasting. Nederland heeft gekozen voor een wereldwijde implementatie van deze maatregel uit de MD-Richtlijn. Ingeval de vergoeding op financiële instrumenten in Nederland bij de ontvanger in de heffing wordt betrokken op basis van de maatregel uit de MD-Richtlijn, is in beginsel geen sprake meer van een hybride financieel instrument volgens de definitie van ATAD2. De vergoeding die in de andere staat aftrekbaar is, is in Nederland immers belast en er is dus geen sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing. De MD-richtlijn gaat dus voor op ATAD2. Dit betekent dat als Nederland de positie van Staat B inneemt in bovenstaand voorbeeld en Staat A in de EU gevestigd is, Staat A de betaling of vergoeding in de heffing dient te betrekken op basis van de MD-richtlijn. Nederland past dan geen hybridemismatchmaatregelen meer toe. Dezelfde systematiek geldt als een vergoeding of betaling in een derde land in de heffing wordt betrokken op grond van regels die vergelijkbaar zijn met de bepaling uit de MD-Richtlijn.

Als Staat A buiten de EU is gevestigd en de betaling of vergoeding niet in de heffing betreft, zal Nederland (Staat B) op basis van dit wetsvoorstel de primaire regel toepassen en de aftrek weigeren. Door de wereldwijde implementatie van de MD-richtlijn door Nederland zal de secundaire regel naar verwachting geen toepassing vinden. Omdat desondanks niet volledig is uit te sluiten dat er zich situaties voordoen die wel onder de regels van ATAD2 vallen en niet onder de MD-richtlijn, is er zekerheidshalve voor gekozen ook voor financiële instrumenten een secundaire regel

---

<sup>9</sup> Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2011, L 345).

<sup>10</sup> Stb. 2015, 543.

in te voeren. Dat betekent dat als Nederland de positie inneemt van Staat A in bovenstaand voorbeeld en niet de bepalingen uit de MD-Richtlijn toepast, Nederland de vergoeding of betaling op basis van de secundaire regel in de heffing moet betrekken.

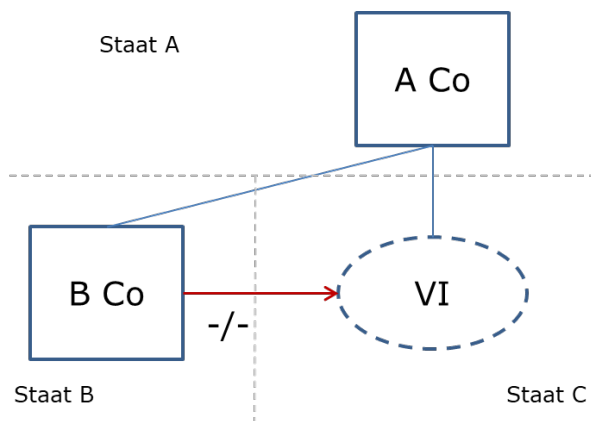
### 3.3 *Hybride vaste inrichtingen*

ATAD2 bestrijdt voorts belastingontwijking door het gebruik van hybride vaste inrichtingen. Er is sprake van een hybridemismatch bij een hybride vaste inrichting als er een verschil in opvatting tussen staten bestaat over de aanwezigheid en/of toerekening van winst aan bedrijfsactiviteiten in een staat. Van een vaste inrichting is in het algemeen sprake indien een lichaam, dat is gevestigd in de ene staat, activiteiten in een andere staat verricht die een zekere omvang en duurzaamheid hebben. In welke gevallen sprake is van een vaste richting wordt, indien er een belastingverdrag is afgesloten, bepaald in het belastingverdrag tussen Nederland en de betreffende staat. Indien er geen verdrag bestaat tussen Nederland en de andere staat regelt de Nederlandse nationale wet wanneer er sprake is van vaste inrichting. Ondanks dat verdragen regelen in welke situaties sprake is van een vaste inrichting en hoe de winst van de geconstateerde vaste inrichting moet worden gealloceerd, zijn er tussen staten (interpretatie)verschillen mogelijk. Doordat over het begrip 'vaste inrichting' alsmede over de vraag welke winsten daaraan moeten worden toegerekend verschillen van inzicht kunnen bestaan, kunnen er situaties ontstaan waarbij geen van de betrokken staten de winst in de heffing betreft, of dat beide (betrokken) staten een aftrek toestaan. ATAD2 onderkent vier verschillende situaties waarin hybride vaste inrichtingen kunnen leiden tot dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing. Deze worden hierna apart besproken.

#### 3.3.1 *Buiten beschouwing blijvende vaste inrichting*

Staten kunnen van opvatting verschillen of sprake is van een vaste inrichting of niet. Dit zijn situaties met een zogenoemde buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. Daarvan is sprake indien de staat van het hoofdhuis (hoofdhuisland; in het onderstaand voorbeeld Staat A) veronderstelt dat in een andere staat sprake is van een vaste inrichting (in het onderstaand voorbeeld Staat C). Tegelijkertijd veronderstelt de staat waar volgens het hoofdhuisland een vaste inrichting zou zijn dat er geen sprake is van een vaste inrichting. Dit kan leiden tot een uitkomst van aftrek zonder betrekking in de heffing. Hierna wordt dit aan de hand van een voorbeeld toegelicht.

### Voorbeeld 5



In dit voorbeeld heeft A Co, gevestigd in Staat A, een lening verstrekt aan B Co die is gevestigd in Staat B. B Co betaalt rente aan A Co. De rente is conform de regels in Staat B aftrekbaar. Deze lening en daarmee de betaling van B Co aan A Co wordt op basis van de belastingdoeleinden van Staat A aan de vaste inrichting toegerekend op basis van het belastingverdrag tussen Staat A en Staat C. De rente-opbrengsten worden daarom bij A Co vrijgesteld. Naar de belastingdoeleinden van Staat C is geen sprake van een vaste inrichting in Staat C. De rente-opbrengsten worden daarom niet in Staat C in de heffing betrokken. Nu de rente-opbrengsten dus effectief nergens belast worden, maar wel bij B Co in aftrek worden gebracht, is er sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

ATAD2 kent met betrekking tot de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting verschillende maatregelen, waaronder de regel dat in geval van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting de staat van het hoofdhuis het inkomen van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de heffing moet betrekken. Dit is een bijzondere maatregel. Daarnaast zijn de reguliere regels van ATAD2 van toepassing.

#### *Implementatie Nederland*

De afgelopen twee decennia pleit Nederland ervoor bij verdragsonderhandelingen om een zogenoemde zwarte-gatenbepaling op te nemen. Met deze bepaling wordt voorkomen dat winst door de staat van het hoofdhuis noch de staat van de vaste inrichting wordt belast. Hiermee worden situaties met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting reeds bestreden. In hoeverre de situaties verder voorkomen is onbekend.

Indien Nederland de staat van het hoofdhuis is, dus de positie inneemt van Staat A in bovenstaand voorbeeld, wordt het inkomen van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting effectief in Nederland in de heffing betrokken. De regel dat Nederland dit inkomen bij het hoofdhuis in de heffing betreft gaat vooraf aan de toepassing van de primaire en secundaire regel. Immers, als het inkomen van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de heffing wordt betrokken bij het hoofdhuis is er niet langer sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing. Deze rangorde is

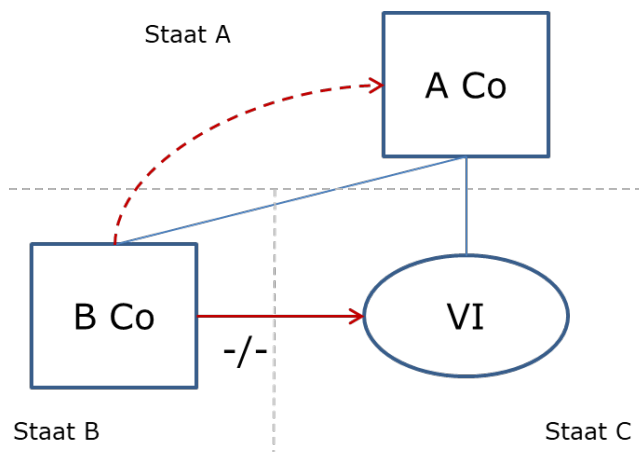
conform het OESO-rapport over hybridemismatches met vaste inrichtingen (*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*).<sup>11</sup>

Voorts implementeert Nederland de primaire regel conform ATAD2. Dat betekent dat indien Nederland in bovenstaand voorbeeld de positie inneemt van Staat B en Staat A de winst van de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting niet in de heffing betreft, Nederland de aftrek van de vergoeding of betaling zal weigeren. In deze systematiek is er geen aanleiding meer voor het opnemen van een secundaire regel.

### 3.3.2 Betaling aan een lichaam met een vaste inrichting

Een andere vorm van een hybridemismatch met een vaste inrichting is een vergoeding of betaling aan een lichaam met een vaste inrichting, waarbij een verschil in inzicht bestaat of de ontvangst van die vergoeding of betaling moet worden toegerekend aan het hoofdhuis of de vaste inrichting. Deze regel geldt ook indien er een verschil in inzicht bestaat aan welke vaste inrichting een vergoeding of betaling moet worden toegerekend, indien een lichaam meerdere vaste inrichtingen in verschillende staten heeft. Deze vorm lijkt op de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting, met dien verstande dat in dit geval de betrokken staten wel een vaste inrichting veronderstellen, maar er een verschil in opvatting bestaat aan welke staat een vergoeding of betaling moet worden toegerekend, en dus welke staat de vergoeding of betaling in de heffing zou moeten betrekken. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat geen van de betrokken staten de opbrengsten in de heffing betreft. Een voorbeeld hiervan is hieronder opgenomen.

#### Voorbeeld 6



In dit voorbeeld doet B Co een rentebetaling aan A Co. A Co heeft een vaste inrichting in Staat C en voor de belastingdoeleinden van Staat A wordt de rentebetaling toegerekend aan deze vaste inrichting. Staat C rekent de rentebetaling voor zijn belastingdoeleinden niet toe aan de vaste inrichting. Staat C beschouwt de rentebetaling dus als te zijn verricht aan het hoofdhuis. Uiteindelijk betreft dus geen van de twee staten de rentebetaling effectief in de heffing. Hier is overigens alleen sprake van indien Staat A een vrijstellingsmethode toepast. Bij een verrekeningsmethode wordt doorgaans op niveau van

<sup>11</sup> OESO, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, 2017.

Staat A wel bijgeheven. Staat B staat de aftrek bij B Co toe en er is dus – bij toepassing van de vrijstellingsmethode door Staat A - sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

In een situatie van een betaling aan een lichaam met een vaste inrichting is in ATAD2, in afwijking van de situatie met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting, alleen de reguliere primaire en secundaire regel opgenomen. In het geval dat zich een hybridemismatch voordoet in deze structuur dient dus eerst Staat B de aftrek te weigeren. Indien dat niet gebeurt, kan een secundaire regel worden toegepast. Deze is optioneel.

#### *Implementatie in Nederland*

Net als bij situaties met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting geldt dat de zwartegatenbepaling dergelijke hybridemismatches in verdragsverhoudingen reeds voorkomt. In hoeverre de situaties verder voorkomen is onbekend.

Dit wetsvoorstel is zo vormgegeven dat, indien Nederland de positie van Staat B inneemt in bovenstaand voorbeeld, de aftrek wordt geweigerd. Nederland implementeert voorts de optionele secundaire regel, die voorschrijft dat het inkomen in de heffing wordt betrokken bij de staat van de ontvanger indien Staat B niet optreedt.

#### *3.3.3 Veronderstelde betaling*

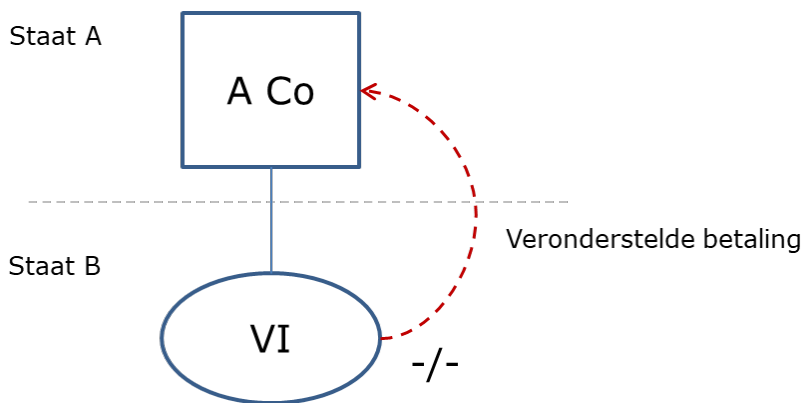
Een derde situatie van een hybridemismatch met een vaste inrichting kan ontstaan indien de staat waarin de vaste inrichting zich bevindt veronderstelde betalingen tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis in aanmerking neemt. Een veronderstelde betaling is een fictieve transactie die wordt verondersteld te zijn gedaan tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis of tussen twee vaste inrichtingen van dezelfde belastingplichtige. Deze transacties dienen om tot een juiste winsttoerekening aan vaste inrichtingen te komen. In het beleidsbesluit van 15 januari 2011 inzake winstallocatie vaste inrichtingen<sup>12</sup> - waarin uitleg is gegeven aan de in OESO-verband overeengekomen winstallocatietechniek<sup>13</sup> aangeduid als de Authorised OECD Approach – worden dergelijke fictieve transacties *dealings* genoemd. Hieronder wordt toegelicht wanneer er sprake is van een hybridemismatch met een veronderstelde betaling.

---

<sup>12</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M (Stcrt. 2011, 1375).

<sup>13</sup> OESO, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 2010.

### Voorbeeld 7



In dit voorbeeld constateren zowel Staat A als Staat B een vaste inrichting in Staat B. Staat B neemt een veronderstelde betaling in aanmerking als onderdeel van het winstallocatiemechanisme om tot een juiste winstbepaling van de vaste inrichting in Staat B te komen. Dit leidt tot een aftrek op het niveau van de vaste inrichting. Deze betaling vindt overigens niet daadwerkelijk plaats. Staat A neemt deze interne vergoeding niet in aanmerking. Er is dan sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

De maatregel is van toepassing indien een veronderstelde betaling in de ene staat in aanmerking wordt genomen, waardoor daar een aftrek ontstaat, en deze niet effectief in de heffing betrokken wordt in de andere staat. ATAD2 schrijft voor dat deze hybridemismatch wordt geneutraliseerd conform de gangbare rangorde voor situaties met een aftrek zonder betrekking in de heffing. Dat betekent dat het primair aan de staat van de betaler (de staat van de vaste inrichting: in het voorbeeld Staat B) is om de aftrek te weigeren. Indien de staat van de betaler de aftrek niet weigert, kan de staat van de ontvanger (de staat van het hoofdhuis: in het voorbeeld Staat A) de secundaire regel toepassen en de veronderstelde betaling in de heffing betrekken. Voor dit type hybridemismatch is de secundaire regel optioneel.

#### *Dubbel in aanmerking genomen inkomen*

Ook hier geldt dat in gevallen met dubbel in aanmerking genomen inkomen de hybridemismatchmaatregelen mogelijk niet van toepassing zijn. Toepassing van de hybridemismatchmaatregelen zou bij dubbel in aanmerking genomen inkomen namelijk kunnen leiden tot dubbele belasting. Hoe dat precies uitwerkt, wordt uitgelegd in de artikelsgewijze toelichting.

#### *Implementatie in Nederland*

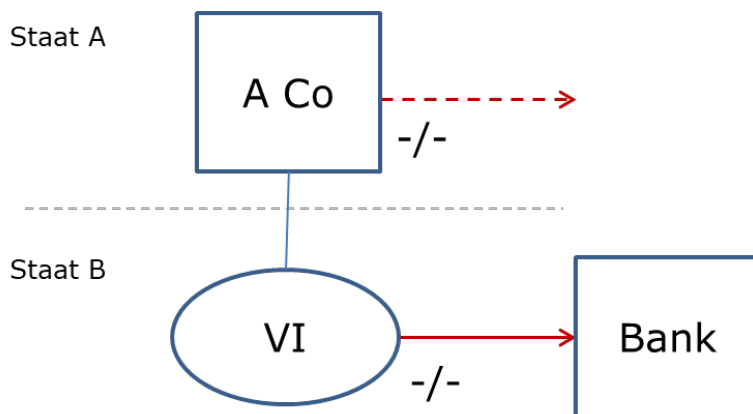
Bij het vaststellen van de winst van een vaste inrichting kan in Nederland gebruik worden gemaakt van veronderstelde betalingen. Hybridemismatches met een veronderstelde betaling kunnen zich derhalve voordoen in relatie met Nederland. Het is niet bekend in hoeverre dit zich ook daadwerkelijk voordoet.

Nederland zal zowel de primaire als de secundaire regel invoeren. Dit betekent dat Nederland in positie van Staat B in bovenstaand voorbeeld, de aftrek bij de vaste inrichting zal weigeren. Indien Nederland de positie van Staat A inneemt en Staat B de aftrek van een veronderstelde betaling toestaat, zal Nederland die betaling in de heffing betrekken.

#### 3.3.4 Dubbele aftrek

Net als dat het geval is bij hybride lichamen kan ook een situatie met een vaste inrichting leiden tot een dubbele aftrek. Bij een vaste inrichting doet dit zich voor als de staat van de vaste inrichting de kosten toerekent aan de vaste inrichting en de staat van het hoofdhuis de kosten niet, of niet volledig, toerekent aan de vaste inrichting. Hieronder wordt een voorbeeld gegeven.

##### Voorbeeld 8



In dit voorbeeld heeft A Co een vaste inrichting in Staat B. A Co trekt een lening aan van Bank (een niet gelieerde partij) en betaalt daarvoor rente aan Bank. Staat B rekent de lening volledig toe aan de vaste inrichting en staat de rente daar volledig in aftrek toe. Staat A rekent niet de volledige lening toe aan de vaste inrichting (bijvoorbeeld omdat die staat aan een vaste inrichting dezelfde verhouding eigen en vreemd vermogen toerekent als de onderneming als geheel heeft). Op deze wijze staat Staat A toe dat de last van het vreemd vermogen van de betreffende lening effectief ook invloed heeft op het daar te belasten bedrag. Hierdoor kan de betaling aan Bank (voor een deel) in twee staten een neerwaarts drukkend effect op de te betalen belasting hebben (de te betalen belasting is lager). Er is dan effectief sprake van een dubbele aftrek.

ATAD2 schrijft bij de aanpak van een dubbele aftrek bij vaste inrichtingen dezelfde regels voor als bij een dubbele aftrek bij hybride lichamen. Dit betekent dat de aftrek primair wordt toegestaan in de staat van de betaler (dat is de staat van de vaste inrichting: in het voorbeeld Staat B). De staat van de investeerder (dat is de staat van het hoofdhuis: in het voorbeeld Staat A) weigert dus primair de aftrek. Indien de staat van de investeerder de aftrek niet weigert, geldt de secundaire regel en dient de staat van de betaler (Staat B in het bovenstaande voorbeeld) de aftrek te weigeren.



### *Dubbel in aanmerking genomen inkomen*

Ook hier geldt dat in gevallen met dubbel in aanmerking genomen inkomen de hybridemismatchmaatregelen mogelijk niet van toepassing zijn. Toepassing van de hybridemismatchmaatregelen zou bij dubbel in aanmerking genomen inkomen namelijk kunnen leiden tot dubbele belasting. Hoe dat precies uitwerkt, wordt uitgelegd in de artikelsgewijze toelichting.

### *Implementatie in Nederland*

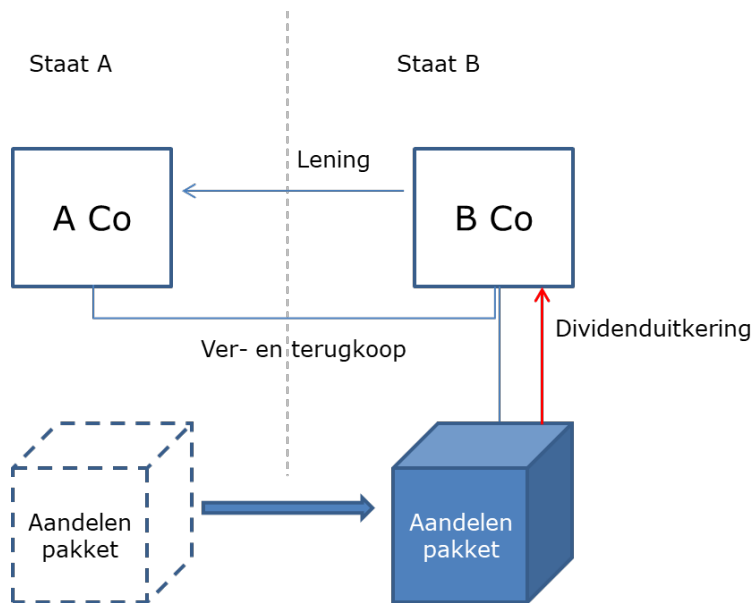
Staten kennen verschillende systemen om de winst aan vaste inrichtingen te alloceren. Het is bekend dat in relatie met Nederland met name de allocatie van rentekosten leidt tot het effectief tweemaal in aftrek brengen van (een deel van) deze kosten. Nederland implementeert hier conform ATAD2 en zal de aftrek weigeren in geval van een dubbele aftrek. Als Nederland de staat van de investeerder is, wordt de aftrek effectief geweigerd voor zover sprake is van een dubbele aftrek. Indien Nederland de staat van de betaler is en de staat van de investeerder de aftrek niet weigert, weigert Nederland de aftrek voor zover sprake is van een dubbele aftrek.

Om aan te sluiten bij de rangorde van de primaire en secundaire regel is geregeld dat indien Nederland de staat van de betaler is, oftewel de staat waar de vaste inrichting is gelegen, de aftrek alleen wordt geweigerd indien de staat van de investeerder geen hybridemismatchmaatregelen kent en dus de aftrek toestaat.

### *3.4 Hybride overdrachten*

ATAD2 verstaat onder financiële instrumenten mede een zogenoemde hybride overdracht. Hybride overdrachten worden behandeld als een type van (hybride) financiële instrumenten, omdat het overdrachten van financiële instrumenten zijn waarmee een fiscaal voordeel wordt behaald. Vanwege de specifieke kenmerken wordt deze hybridemismatch hier zelfstandig behandeld. Een hybride overdracht is elke regeling om een financieel instrument over te dragen waar, als gevolg van de economische karakteristieken van de transactie en de manier waarop deze is gestructureerd, de betrokken staten een verschil in fiscale behandeling hebben met betrekking tot wie de ontvanger is van de uitkeringen op het overgedragen instrument. Bij een hybride overdracht is vaak sprake van een samenstel van rechtshandelingen. Een dergelijk verschil in fiscale behandeling kan zich voordoen indien een financieel instrument wordt overgedragen met de verplichting om het kort daarna weer terug te kopen. De staat van de overdrager ziet in economische zin geen overdracht en dus fiscaal geen (verkoop)resultaat, terwijl de staat van de overnemer juridisch een levering (aankoop) vaststelt en dat fiscaal wel in aanmerking neemt. In deze situatie beschouwen beide staten het instrument als gehouden door een in hun staat gevestigd lichaam. Een voorbeeld van een hybride overdracht is hieronder opgenomen.

### Voorbeeld 9



A Co is in Staat A gevestigd en houder van een aandelenpakket. Eventuele dividenden op het aandelenpakket zijn vrijgesteld. B Co is gevestigd in Staat B. B Co verstrekt een lening aan A Co waarbij het aandelenpakket als zekerheid dient voor de lening. Om die reden draagt A Co het aandelenpakket juridisch over aan B Co. Omdat het feitelijk een onderpand betreft, zal het aandelenpakket aan het einde van de periode van de leenovereenkomst door A Co weer worden overgedragen tegen een vooraf overeengekomen prijs (vaak de waarde in economisch verkeer van het moment van de eerste overdracht). Daarbij spreken B Co en A Co tevens af dat dividenduitkeringen die tijdens de bezitsperiode van B Co vanuit het aandelenpakket worden gedaan, weliswaar door B Co worden ontvangen maar toebehoren aan A Co en daarom worden verrekend met de verschuldigde rentevergoedingen van A Co aan B Co. Volgens de fiscale wet- en regelgeving van Staat B bezit B Co het aandelenpakket en zijn dividenduitkeringen hieruit vrijgesteld op basis van een deelnemingsvrijstelling. De netto-ontvangsten die B Co ontvangt van A Co (rente -/- doorbetaald dividend) worden in Staat B belast. Volgens de fiscale wet- en regelgeving van Staat A is er echter sprake van een lening (uiteraard afhankelijk van de exacte voorwaarden van de transactie), en wordt de overdracht van het aandelenpakket buiten beschouwing gelaten. De volledige (bruto)rente is aftrekbaar in Staat A. In Staat A worden dividendontvangsten niet belast, omdat volgens belastingdoeleinden de overdracht van het aandelenpakket niet heeft plaatsgevonden en het dividend onder een deelnemingsvrijstelling valt. De rente die A Co verschuldigd is aan B Co komt volledig in aftrek, terwijl een deel daarvan verrekend wordt met de door B Co ontvangen dividenden. Dat betekent dat voor het gedeelte dat de rente wordt verrekend met de dividendontvangsten sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing.

Een hybride overdracht is een vorm van een hybridemismatch met een financieel instrument. Daarom gelden ook hier de reguliere primaire en secundaire regel. De staat van de betaler (Staat A in bovenstaand voorbeeld) moet dus de aftrek weigeren. Als die staat dat niet doet, geldt de secundaire regel waaronder de betaling in de staat van de ontvanger (Staat B in bovenstaand voorbeeld) in de heffing moet worden betrokken.

Omdat bij een hybrideoverdracht twee staten een aandelenpakket beschouwen als gehouden door een belastingplichtige in hun staat, kan het voorkomen dat een situatie ontstaat waarbij twee staten verrekening van bronbelasting op dezelfde betaling toestaan. Indien dit het geval is, schrijft ATAD2 voor dat de verrekening alleen mag worden verleend als de betaling ook in de heffing wordt betrokken.

#### *Implementatie in Nederland*

Hybride overdrachten kunnen zich in relatie met Nederland voordoen. De Belastingdienst is erop gericht deze hybride overdrachten te beperken. Op dit moment lijkt dit type hybridemismatch in een relatie met Nederland niet meer geregeld voor te komen.

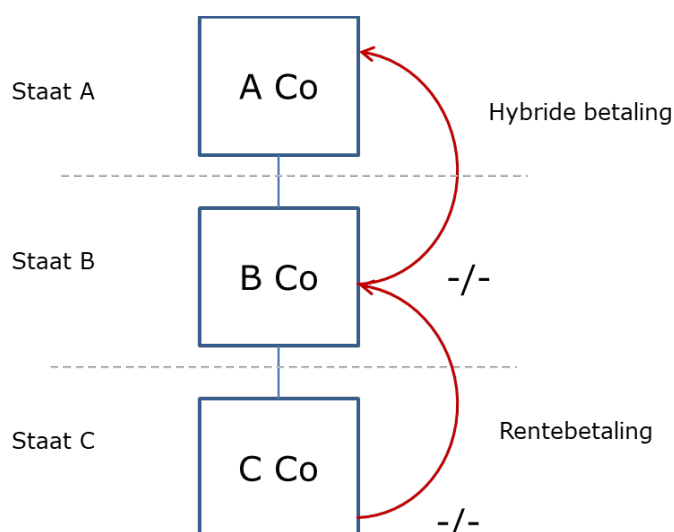
Nederland zal zowel de primaire als secundaire maatregel implementeren conform ATAD2. Indien Nederland de positie inneemt van Staat A zal de aftrek geweigerd worden. Als Nederland de positie inneemt van Staat B, en Staat A de aftrek toestaat, zal Nederland de betaling volledig in de heffing betrekken.

Ten aanzien van de regeling ter voorkoming van dubbele verrekening van bronbelasting zijn geen nadere maatregelen opgenomen, omdat Nederland op dit moment al geen verrekening toestaat indien de betaling niet in Nederland in de heffing wordt betrokken.

#### 3.5 *Geïmporteerde hybridemismatch*

Hybridemismatches kunnen zich ook voordoen tussen twee of meer staten die geen lid zijn van de EU. Deze derde staten hebben mogelijk geen regels om hybridemismatches te neutraliseren. Het kan daardoor voorkomen dat door middel van een reeks van transacties het fiscaal voordeel dat behaald wordt met een hybridemismatch tussen derde staten, wordt gebruikt om de grondslag in lidstaten van de EU uit te hollen. Er wordt bij dergelijke structuren gesproken van geïmporteerde hybridemismatches. Hieronder wordt dit aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd.

**Voorbeeld 10**



In bovenstaand voorbeeld is tussen de lichamen in A Co en B Co (in Staat A en Staat B) een hybride financieel instrument uitgegeven. Staat A en Staat B zijn beide geen lid van de EU. Er is in Staat B een aftrek, zonder dat er in Staat A betrekking in de heffing plaatsvindt en dit is het gevolg van een verschil in de kwalificatie van het instrument. Tussen B Co en C Co is een niet-hybride lening afgesloten, dus met betrekking tot deze lening bestaat geen kwalificatieverschil tussen de betrokken staten (Staat B en Staat C). C Co betaalt daarover rente aan B Co. Deze is in beginsel aftrekbaar. Die rente wordt weliswaar bij B Co in de heffing betrokken, maar de rente wordt doorbetaald aan A Co op het hybride instrument. Hierdoor ontstaat een situatie dat er in Staat C een aftrek plaatsvindt zonder dat deze uiteindelijk in de heffing wordt betrokken. In dit voorbeeld is er sprake van een geïmporteerde hybridemismatch, omdat de betaling van C Co dient ter financiering van de aftrekbare betaling (van B Co aan A Co) die aanleiding geeft tot een hybridemismatch door middel van een (reeks van) transactie(s).

Ook geïmporteerde mismatches vallen onder de reikwijdte van ATAD2. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat de EU-brede implementatie van ATAD2 leidt tot een verschuiving van hybridemismatches naar jurisdicties buiten de EU, waarbij de materiële gevolgen (belastingvermindering) nog steeds in de EU neerslaan. Van een geïmporteerde hybridemismatch is sprake indien een aftrekbaar vergoeding of betaling verricht door belastingplichtige direct of indirect dient ter financiering van aftrekbaar kosten die aanleiding geven tot een hybridemismatch door middel van (een reeks van) transacties. Indien sprake is van een geïmporteerde hybridemismatch wordt de aftrek van de betaling geweigerd. Bij geïmporteerde hybridemismatches is geen secundaire regel van toepassing.

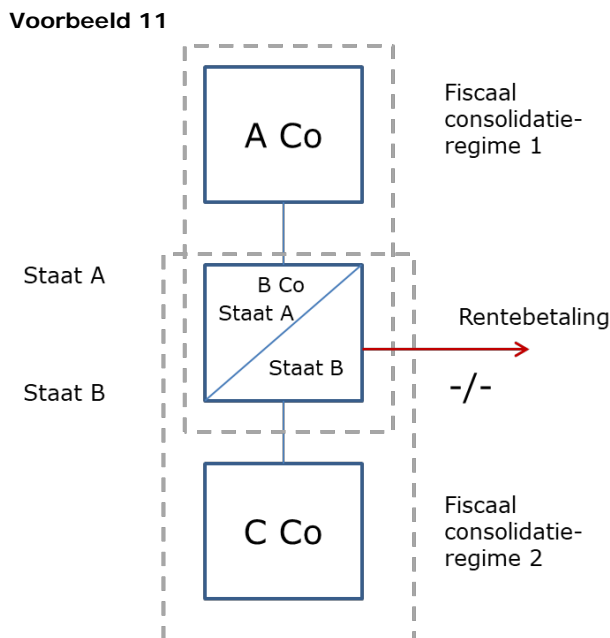
#### *Implementatie in Nederland*

Het is mogelijk dat op dit moment vergoedingen of betalingen van een Nederlandse belastingplichtige indirect dienen ter financiering van een hybridemismatch. Omdat dit zich buiten Nederland afspeelt en op dit moment niet relevant is voor de Nederlandse belastingheffing, is niet bekend hoe vaak dit voorkomt.

Nederland zal conform ATAD2 implementeren. Indien Nederland de positie van Staat C uit het voorbeeld hierboven inneemt, zal de aftrek worden geweigerd. Wel is er slechts sprake van een geïmporteerde hybridemismatch indien er een zeker verband bestaat tussen de vergoeding of betaling van de Nederlandse belastingplichtige en de financiering van de transactie waaruit de hybridemismatch ontstaat. Daarnaast wordt een transactie niet aangemerkt als (geïmporteerde) hybridemismatch als in de (reeks van) transactie(s) in een van de betrokken staten met betrekking tot die hybridemismatch al een gelijkwaardige aanpassing heeft plaatsgevonden. Met een gelijkwaardige aanpassing wordt bedoeld een aanpassing die tot een vergelijkbaar resultaat leidt als de Nederlandse hybridemismatchmaatregelen. In het voorbeeld zou er dus niet langer sprake zijn van een geïmporteerde hybridemismatch indien Staat A of Staat B hybridemismatchmaatregelen, zoals het weigeren van de aftrek of het betrekken van inkomen in de heffing, zouden toepassen op de hybridemismatch.

### 3.6 Dubbele vestigingsplaats

Een vennootschap is doorgaans belastingplichtig in de staat waar zij is gevestigd. Omdat staten op verschillende wijzen bepalen of een vennootschap in hun staat gevestigd is, kan het voorkomen een vennootschap in twee (of meer) staten is gevestigd. Een vennootschap heeft dan een dubbele vestigingsplaats. Belastingverdragen regelen de heffingsbevoegdheden van staten omtrent vennootschappen met een dubbele vestigingsplaats. Omdat niet tussen alle staten verdragen bestaan en het mogelijk is dat het verdrag geen uitsluitsel geeft, kunnen situaties met de dubbele vestigingsplaats voortbestaan. Bij een dubbele vestigingsplaats is sprake van een hybridemismatch wanneer dezelfde vergoeding of betaling in twee (of meer) staten in aftrek komt. Ook dit is een hybridemismatch die onder de reikwijdte van ATAD2 valt. Deze situatie wordt hierna geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld.



A Co, gevestigd in Staat A, heeft een dochtermaatschappij (B Co). B Co houdt een dochtermaatschappij (C Co) die is gevestigd in Staat B. B Co is voor belastingdoeleinden van Staat A in Staat A gevestigd, maar voor de belastingdoeleinden van Staat B in Staat B gevestigd. Bovendien is B Co in Staat A opgenomen in een fiscaal consolidatieregime met A Co en in Staat B met C Co. B Co heeft een lening aangetrokken en verricht daarvoor rentebetalingen. Deze rentebetalingen zijn aftrekbaar van de winst. Door de fiscale consolidatieregimes kan de rentebetaling van B Co worden verrekend met zowel de operationele winsten van A Co in Staat A als de operationele winsten van C Co in Staat B.

Indien door een dubbele vestigingsplaats een betaling in twee staten in aftrek komt, dient deze aftrek onder de regels van ATAD2 te worden geweigerd. In bovenstaande voorbeeld zullen dus zowel Staat A als Staat B de aftrek moeten weigeren. Indien de dubbele vestigingsplaats zich voordoet tussen twee EU-lidstaten mag de aftrek wel worden toegestaan in de staat waar de belastingplichtige – indien sprake is van een verdrag – volgens het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen die twee staten is gevestigd.

### *Dubbel in aanmerking genomen inkomen*

Ook hier geldt dat in gevallen met dubbel in aanmerking genomen inkomen de hybridemismatchmaatregelen mogelijk niet van toepassing zijn. Toepassing van de hybridemismatchmaatregelen zou bij dubbel in aanmerking genomen inkomen namelijk kunnen leiden tot dubbele belasting. Hoe dat precies uitwerkt, wordt uitgelegd in de artikelsgewijze toelichting.

### *Implementatie in Nederland*

De structuur met dubbele vestigingsplaats in combinatie met een fiscale eenheid zal zich met Nederland alleen in zeer uitzonderlijke gevallen voordoen, omdat Nederland in het verleden al verschillende maatregelen heeft getroffen om te voorkomen dat een fiscale eenheid kan worden aangegaan met een lichaam met een dubbele vestigingsplaats.

Nederland implementeert de regels met betrekking tot de dubbele vestigingsplaats conform ATAD2. Zowel in gevallen waarin Nederland Staat A is als in gevallen waarin Nederland Staat B is, weigert Nederland bij belastingplichtige (in het voorbeeld B Co) de aftrek voor zover de aftrek tevens wordt toegestaan in door die andere staat. In deze situaties is geen sprake van een secundaire regel, omdat in principe beide staten de aftrek weigeren. Indien de andere betrokken staat een EU-lidstaat is, weigert Nederland de aftrek slechts indien de belastingplichtige (in het voorbeeld B Co) volgens het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet in Nederland is gevestigd.

### *3.7 Belastingplichtmaatregel*

Zoals hierboven is toegelicht, voorziet dit wetsvoorstel in de aanpak van belastingontwijking door hybridemismatches door middel van neutraliserende maatregelen. Dat betekent dat niet de oorzaak van de hybridemismatch wordt aangepakt (het kwalificatieverschil), maar dat de gevolgen worden geneutraliseerd (aftrek wordt geweigerd of inkomen wordt in de heffing betrokken). Een uitzondering hierop is de zogenoemde 'belastingplichtmaatregel'. Deze maatregel neutraliseert niet de gevolgen van het verschil in kwalificatie, maar zorgt ervoor dat de betrokken staten een lichaam hetzelfde kwalificeren. Deze maatregel grijpt daarmee aan bij de oorzaak van de hybridemismatch. Deze afwijkende systematiek is complex en daarom is in ATAD2 voor die maatregel een afwijkende implementatiedatum van 1 januari 2022 opgenomen. Ook voor Nederland is dit een complexe aanpassing, zowel van de wet als voor de uitvoering. Om deze reden heeft het kabinet ervoor gekozen om deze maatregel per 1 januari 2022 te implementeren en niet al, zoals de overige maatregelen uit ATAD2, per 1 januari 2020. Dit wetsvoorstel bevat wel de belastingplichtmaatregel, maar met een uitgestelde inwerkingstredingsdatum.

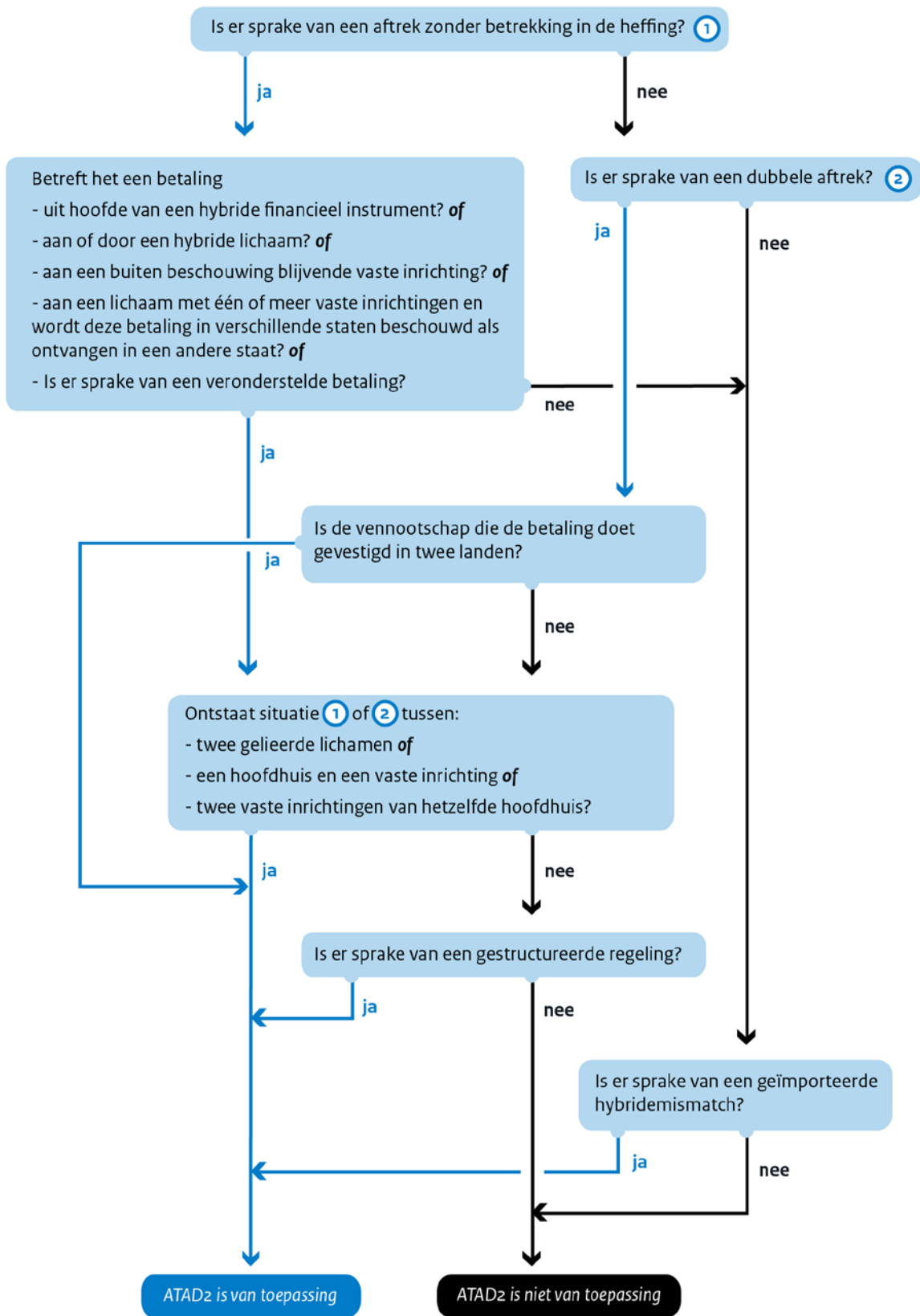
De belastingplichtmaatregel ziet op 'omgekeerde hybride lichamen'. Dit zijn hybride lichamen die voor belastingdoeleinden door de staat van oprichting, vestiging of registratie als transparant worden aangemerkt en door de staat waar de participanten in dat lichaam zijn gevestigd als niet-transparant wordt aangemerkt. Deze lichamen dienen, wanneer (een deel van) hun winst niet in de

heffing wordt betrokken, binnenlands belastingplichtig te worden in de staat van oprichting, vestiging of registratie.

Een bekende omgekeerde hybride is de commanditaire vennootschap (cv) in een cv/bv-structuur. Bij de cv/bv-structuur is de cv naar Nederlandse maatstaven transparant. De staat waar de participanten van de cv zijn gevestigd – de VS – merkt de cv als niet-transparant aan. De belastingplichtmaatregel is in deze situatie van toepassing op cv. Het gevolg is dan dat Nederland cv zelfstandig belastingplichtig maakt en het gehele inkomen van cv in de Nederlandse belastingheffing betreft. Omdat in dat geval de cv een belastbaar lichaam is geworden, is er geen sprake meer van een hybridemismatch. Immers, zowel de VS als Nederland beschouwen de cv dan als zelfstandig belastingplichtig lichaam. Omdat in dit geval de oorzaak van de hybridemismatch is aangepakt, is er geen reden meer de neutraliserende maatregelen die in paragraaf 3.1.1. zijn geschreven toe te passen.

### *3.8 Grafische weergave*

In de figuur hierna is grafisch weergegeven wanneer de regels van ATAD2 van toepassing zijn.





#### **4 Administratieve lasten / Gevolgen voor bedrijfsleven en burger**

PM

#### **5 Budgettaire gevolgen**

PM

#### **6 Uitvoeringsaspecten**

PM

#### **7 EU-aspecten**

Met dit wetsvoorstel wordt ATAD2 geïmplementeerd. ATAD2 vormt een onderdeel van het EU-recht en Nederland is verplicht om de nakoming van het EU-recht te verzekeren. Indien de EC van mening is dat Nederland het EU-recht niet eerbiedigt, dan kan zij dit in een informele procedure (EU PILOT) aan Nederland voorleggen. Ook kan de EC een informele procedure tegen Nederland starten wanneer zij van mening is dat Nederland zijn verplichtingen niet is nagekomen. Ten aanzien van ATAD2 kan hiervan bijvoorbeeld sprake zijn als Nederland ATAD2 niet, niet tijdig of niet volledig in zijn nationale wetgeving heeft geïmplementeerd. Wellicht ten overvloede strekt naar de mening van het kabinet dit wetsvoorstel tot een volledige implementatie van ATAD2.

#### **8 Transponeringstabel**

PM

## II. Artikelsgewijze toelichting

*Artikel 1, onderdeel A (artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)*

In het voorgestelde derde lid van artikel 2 Wet Vpb 1969 wordt bepaald dat lichamen die worden aangemerkt als omgekeerde hybride binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. Wat wordt verstaan onder omgekeerde hybride wordt gedefinieerd in het voorgestelde twaalfde lid van artikel 2 Wet Vpb 1969.

De overige artikelen uit dit wetsvoorstel pakken belastingontwijking aan door de gevolgen van hybridemismatches te neutraliseren. Dat betekent dat niet de oorzaak van de hybridemismatch wordt aangepakt (het kwalificatieverschil), maar dat de gevolgen worden weggenomen (de aftrek wordt geweigerd of het inkomen wordt in de heffing betrokken). Genoemd artikel 2, derde lid, in samenhang met genoemd artikel 2, twaalfde lid, vormt hierop een uitzondering. Op grond van deze bepaling wordt een omgekeerde hybride binnenlands belastingplichtig, waarmee Nederland de kwalificatie van de staat (of de staten) waar de participanten in het lichaam zijn gevestigd volgt en er dus niet langer sprake is van een kwalificatieverschil met betrekking tot het lichaam.

Een omgekeerde hybride is een lichaam dat naar Nederlands recht is opgericht of in Nederland is gevestigd of geregistreerd, dat voor belastingdoeleinden in Nederland als transparant wordt aangemerkt en waarvan ten minste 50% van de participaties wordt gehouden door een of meer participanten die gevestigd zijn in een staat die het lichaam als niet-transparant beschouwt. Een dergelijk lichaam dient, als (een deel van) de winst van dat lichaam niet in de heffing wordt betrokken, binnenlands belastingplichtig te zijn in de staat van oprichting, vestiging, of registratie. Een voorbeeld is een naar Nederlands recht overeengekomen cv. Deze wordt in voorkomende gevallen voor Nederlandse belastingdoeleinden als transparant aangemerkt. Dit betekent dat als de staat waar de participanten in de cv zijn gevestigd de cv als zelfstandig belastingplichtig aanmerkt, dan wel die staat een regime kent waardoor de belanghebbenden kunnen kiezen voor zelfstandige belastingplicht, deze maatregel van toepassing is op die cv. De cv zal dan op grond van genoemd artikel 2, derde lid, binnenlands belastingplichtig worden.

Een omgekeerde hybride is op basis van genoemd artikel 2, derde lid, slechts binnenlands belastingplichtig voor zover de winst van dat lichaam niet ergens anders in de heffing wordt betrokken. Hiermee wordt voorkomen dat de toepassing van de maatregel leidt tot dubbele belastingheffing. Indien bijvoorbeeld het inkomen van de cv bij een deel van de participanten wel in de heffing wordt betrokken, bijvoorbeeld omdat die zijn gevestigd in een staat die de cv als transparant beschouwt, wordt de cv niet belastingplichtig voor dat deel van haar inkomen. Tevens wordt hiermee voorkomen dat als de activiteiten van de cv een vaste inrichting vormen en het inkomen van de cv om die reden al in de belastingheffing worden betrokken, dit nogmaals gebeurt op grond van de onderhavige maatregel.

De voorgestelde aanpassing van artikel 2, zesde lid, Wet Vpb 1969 houdt verband met het voorgestelde artikel 2, derde lid, Wet Vpb 1969. Met de voorgestelde aanpassing van genoemd

artikel 2, zesde lid, wordt bereikt dat indien een omgekeerde hybride binnenlands belastingplichtig is, deze geacht wordt met haar gehele vermogen een onderneming te drijven. Zonder deze aanvulling zal in voorkomende gevallen niet de gehele winst van de omgekeerde hybride worden belast. Dit zou afdoen aan de effectiviteit van deze maatregel tegen belastingontwijking.

Na toepassing van deze maatregelen wordt het volledige inkomen van een omgekeerde hybride in de heffing betrokken. Daarmee is de oorzaak van de hybridemismatch aangepakt en zijn de neutraliserende maatregelen van de voorgestelde artikelen 12aa en artikel 12ab Wet Vpb 1969 niet van toepassing.

ATAD2 staat toe dat deze maatregel per 1 januari 2022 in werking treedt. Gezien de gevolgen die deze maatregel voor de uitvoering zal hebben, is ervoor gekozen gebruik te maken van deze latere inwerkingtreding. De maatregelen ten aanzien van de omgekeerde hybride treden daarom per 1 januari 2022 in werking.

*Artikel I, onderdeel B (artikelen 12aa tot en met 12af van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)*

*Artikel 12aa Wet Vpb 1969*

Het genoemde artikel 12aa Wet Vpb 1969 bepaalt dat aftrek van een vergoeding of betaling die verband houdt met de verschillende typen hybridemismatches die worden omschreven in de onderdelen a tot en met g van het eerste lid van genoemd artikel 12aa niet wordt toegestaan. Voor een toelichting op de term vergoeding of betaling wordt verwezen naar de toelichting op het voorgestelde artikel 12ac Wet Vpb 1969. Voor alle onderdelen van genoemd artikel 12aa, eerste lid, geldt dat de aftrek slechts wordt geweigerd voor zover aan de in die onderdelen opgenomen voorwaarden wordt voldaan. Hierdoor is er sprake van een 'proportionele (pro rata) toepassing'.

Situaties waarin aan de voorwaarden van een van de onderdelen a tot en met g van genoemd artikel 12aa, eerste lid, wordt voldaan, worden hierna aangeduid als hybridemismatch. In de beschrijving van hybridemismatches komt een aantal begrippen steeds terug. Deze begrippen worden gedefinieerd in genoemd artikel 12ac. Deze begrippen worden toegelicht in de toelichting op die bepaling.

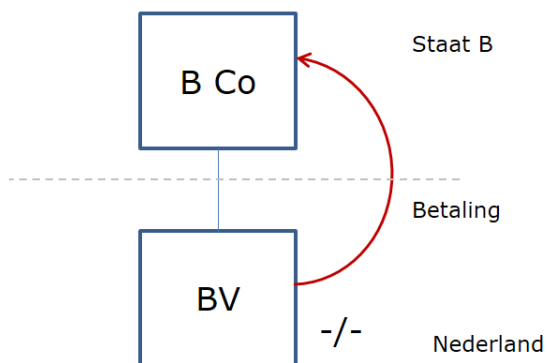
In deze toelichting zijn enkele voorbeelden opgenomen om de hybridemismatches toe te lichten. De maatregelen uit ATAD2 zijn van toepassing indien de hybridemismatch ontstaat in gelieerde verhoudingen of wanneer sprake is van een zogenoemde gestructureerde regeling. In de toelichting op genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel f, en het tweede lid van dat artikel wordt op die begrippen ingegaan. In de voorbeelden wordt telkens verondersteld dat de participant 100% van het belang in het betreffende lichaam bezit en dat daarmee aan de eis van gelieerdheid is voldaan, ondanks dat dit in situaties met samenwerkingsverbanden meestal niet voor zal komen omdat er dan doorgaans meerdere participanten zijn. Tevens is het uitgangspunt steeds vanuit het Nederlandse perspectief beschreven.

Daarnaast is in het algemeen deel van deze memorie opgemerkt dat de hybridemismatchmaatregelen niet zien op verrekenprijverschillen. Verrekenprijzen zijn echter wel van toepassing op de correctie die volgt uit de hybridemismatchmaatregelen indien is vastgesteld dat er sprake is van een hybridemismatch. Stel dat een belastingplichtige 10 aan rente op een hybride financieel instrument verschuldigd is, maar de zakelijke prijs 100 is. Dan is het mogelijk om op basis van de verrekenprijzeregels 100 in aftrek te brengen. Indien op basis van de relevante in dit wetsvoorstel opgenomen maatregel de rente op het hybride financiële instrument wordt geweigerd, wordt een aftrek van 100 geweigerd en niet slechts de betaling van 10 die feitelijk gedaan is. Dit past binnen de huidige systematiek van de Nederlandse vennootschapsbelasting om maatregelen toe te passen op basis van zakelijke prijzen – prijzen die tussen onafhankelijke derde partijen zouden zijn overeengekomen. Bovendien wordt hiermee voorkomen dat de hybridemismatchmaatregelen gemakkelijk kunnen worden omzeild.

*Hybride financieel instrument (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, wordt de hybridemismatch met een financieel instrument beschreven. Aan de hand van onderstaand voorbeeld wordt dit nader toegelicht.

#### Voorbeeld 1



B Co houdt aandelen in een besloten vennootschap (BV). BV is gevestigd in Nederland en B Co is gevestigd in Staat B die geen EU-lidstaat is. BV geeft een financieel instrument uit. Hierop wordt een vergoeding betaald. Het financiële instrument wordt voor Nederlandse belastingdoeleinden beschouwd als een lening, waardoor de vergoeding (rente) in beginsel aftrekbaar is. Voor de belastingdoeleinden van Staat B wordt dit instrument als eigen vermogen aangemerkt en wordt het inkomen op dit instrument als dividend beschouwd en vrijgesteld op basis van een deelnemingsvrijstelling. Het resultaat is dat de rentebetaling leidt tot een aftrek in Nederland, maar dat het corresponderende inkomen in Staat B niet wordt belast.

In dit voorbeeld wordt voldaan aan de voorwaarden uit genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a. Er is dus sprake van een hybridemismatch en de aftrek bij BV wordt daarom geweigerd. De

relevante voorwaarden worden hierna nader toegelicht. De aftrekbeperking ziet op vergoedingen en betalingen. De term vergoeding of betaling dient ruim te worden opgevat. Dit zijn vergoedingen en betalingen die feitelijk zijn verricht en ook betalingen of vergoedingen die niet feitelijk zijn verricht, maar die voor belastingdoeleinden beschouwd worden als te zijn verricht. Een voorbeeld hiervan is een aftrek die op grond van artikel 8b Wet Vpb 1969 wordt toegestaan.

Voor de toepassing van deze aftrekbeperking moet allereerst worden beoordeeld of sprake is van een financieel instrument. Dit begrip is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e. Een financieel instrument is in ieder geval een geldlening of daarmee vergelijkbare overeenkomst of eigen vermogen naar Nederlands recht. Voor een nadere toelichting op het begrip financieel instrument wordt verwezen naar de toelichting bij genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e.

Tevens dient te worden vastgesteld of de vergoeding of betaling op het financiële instrument (1) leidt tot een aftrek zonder betrekking in de heffing *binnen een redelijke termijn* en (2) dit het gevolg is van een verschil in de kwalificatie van het instrument of de betaling uit hoofde ervan. Deze eis bestaat dus uit twee onderdelen. In het hiervoor opgenomen voorbeeld is sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn. De vergoeding komt immers ten laste van de winst, terwijl de ontvangst van de vergoeding is vrijgesteld en dus materieel nooit in de heffing wordt betrokken.

Het kan zich voordoen dat een betaling weliswaar in de heffing wordt betrokken, maar dat dit pas na lange tijd gebeurt. In dat geval wordt een (liquiditeits)voordeel genoten en wordt tijdelijk de belastinggrondslag uitgehold. Om die reden is vereist dat de betaling niet alleen in de heffing moet worden betrokken, maar dat dit ook binnen een redelijke termijn moet gebeuren. In genoemd artikel 12ac, derde lid, wordt gedefinieerd wat als redelijke termijn wordt aangemerkt. Overigens geldt slechts voor hybridemismatches met financiële instrumenten de eis dat de vergoeding of betaling *binnen een redelijk termijn* in de heffing moet worden betrokken. Voor de overige hybridemismatches geldt alleen de eis dat de betaling in de heffing moet worden betrokken.

Indien sprake is van een aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn, dient ten tweede te worden vastgesteld of dit het gevolg is van een verschil in de kwalificatie van het instrument of een verschil in de kwalificatie van de betaling uit hoofde van het instrument. In het voorbeeld hiervoor wordt het financiële instrument in Nederland voor belastingdoeleinden als vreemd vermogen gekwalificeerd en in de andere staat als eigen vermogen. Beide staten kwalificeren hetzelfde juridische feitencomplex voor belastingdoeleinden anders (de civielrechtelijke kwalificatie kan overigens wel gelijk zijn), wat leidt tot een verschil in de fiscale behandeling. In Nederland wordt de betaling immers als rente aangemerkt en in de andere staat als dividend (dat op basis van een deelnemingsvrijstelling is vrijgesteld). In dat geval is de aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn dus het gevolg van een verschil in de kwalificatie van het instrument.

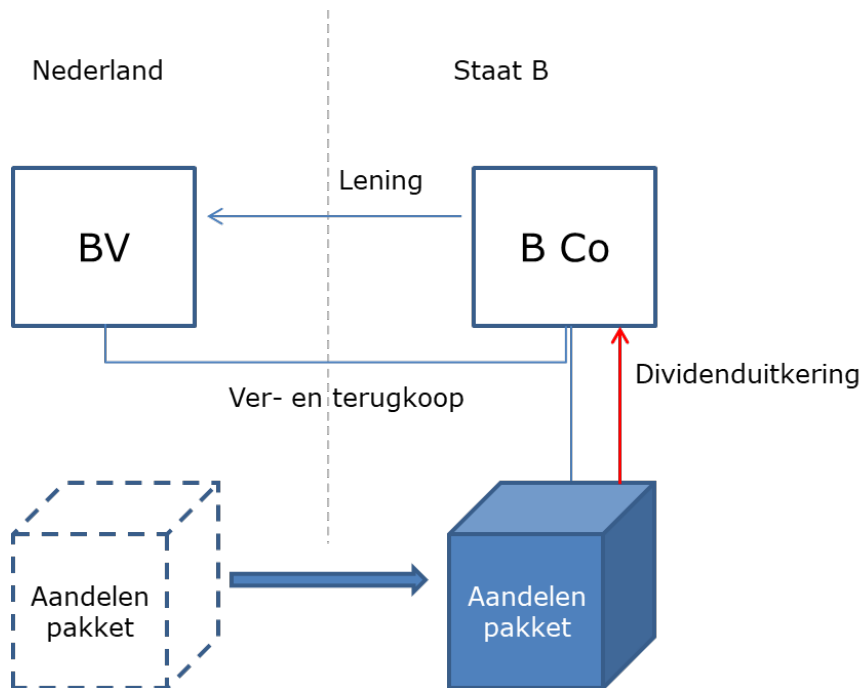
Een aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn kan ook voorkomen omdat een entiteit in het buitenland is vrijgesteld van winstbelasting, er een speciaal regime geldt of indien een staat in het geheel geen winstbelasting kent. Ook in dat geval kan in Nederland een aftrek bestaan voor een vergoeding of betaling, zonder dat deze in een andere staat in de heffing wordt betrokken. In dergelijke gevallen is er wel sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing, maar is dat niet het gevolg van verschillen in de kwalificatie van het instrument of de betaling uit hoofde van het instrument. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, is in die gevallen niet van toepassing. Indien een bepaald belastingregime dat voorziet in een vrijstelling van toepassing is op het instrument specifiek vanwege de kwalificatie van het instrument, is de maatregel wel van toepassing op dat instrument.

De aftrekbeperking geldt slechts *voor zover* er sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn. Concreet houdt dit in dat als de ontvangende staat een in de betalende staat aftrekbare rentevergoeding beschouwt als dividend en dividend voor 50% vrijstelt, de aftrek voor 50% wordt geweigerd. Bij genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, is het goed denkbaar dat deze voorzoverbenadering dient te worden toegepast, omdat meerdere staten een regime kennen waarbij dividend voor een deel is vrijgesteld maar voor het andere (vaak kleinere) deel belast.

#### *Hybride overdrachten (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969)*

Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, is van toepassing op vergoedingen of betalingen uit hoofde van een financieel instrument. Onder een financieel instrument wordt ook een hybride overdracht verstaan. Een hybride overdracht is een overeenkomst om een financieel instrument over te dragen, waarbij de onderliggende opbrengst (bijvoorbeeld dividend) van het overgedragen financieel instrument door meerdere staten voor belastingdoeleinden wordt beschouwd als te zijn ontvangen door een belastingplichtige die gevestigd is in hun staat. Dit kan komen doordat de betrokken staten de overdracht voor belastingdoeleinden verschillend behandelen. Hierdoor kan een fiscaal voordeel worden genoten. De definitie van hybride overdracht is opgenomen in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel h. Een toelichting op het begrip hybride overdracht wordt in de toelichting op die bepaling gegeven. Hierna is een voorbeeld van een hybride overdracht opgenomen.

## Voorbeeld 2



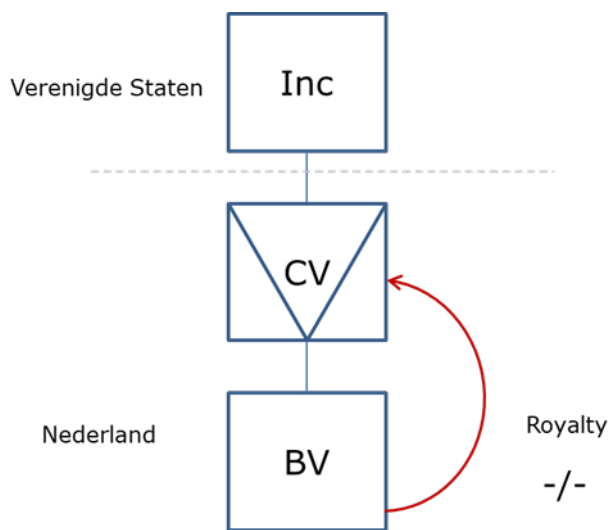
BV is in Nederland gevestigd en houder van een aandelenpakket. B Co is gevestigd in Staat B. B Co en BV zijn overeengekomen dat B Co aan BV een lening zal verstrekken waarbij het aandelenpakket als zekerheid dient voor de lening. Omdat het een onderpand betreft, zal het aandelenpakket aan het einde van de periode van de leenovereenkomst door BV weer tegen een vooraf vastgestelde prijs worden overgedragen. Daarbij spreken B Co en BV tevens af dat dividenduitkeringen die tijdens de bezitsperiode van B Co vanuit het aandelenpakket worden gedaan, worden verrekend met de verschuldigde rentevergoedingen van BV aan B Co. Volgens de fiscale wet- en regelgeving van Staat B bezit B Co het aandelenpakket en zijn dividenduitkeringen hieruit vrijgesteld op basis van een deelnemingsvrijstelling. Volgens de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving is er echter sprake van een lening en wordt de overdracht van het aandelenpakket buiten beschouwing gelaten. De volledige rente is aftrekbaar in Nederland. In Nederland worden de dividendontvangsten niet belast, omdat voor Nederlandse belastingdoeleinden de overdracht van het aandelenpakket niet heeft plaatsgevonden en het dividend onder de deelnemingsvrijstelling valt. De rente die BV verschuldigd is aan B Co komt volledig in aftrek, terwijl een deel daarvan verrekend wordt met de door B Co ontvangen dividenden. Dat betekent dat voor het gedeelte dat de rente wordt verrekend met de dividendontvangsten er sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing binnen een redelijke termijn.

Om dit ongewenste resultaat te neutraliseren zal in een situatie als hiervoor Nederland de primaire regel toepassen, wat betekent dat de aftrek van de rente bij BV wordt geweigerd voor zover deze niet in de heffing wordt betrokken bij B Co.

*Een betaling aan een hybride lichaam (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, wordt de hybridemismatch omschreven als een vergoeding of betaling aan een hybride lichaam. De volgende figuur is hier een voorbeeld van.

### Voorbeeld 3



In dit voorbeeld houdt een Amerikaanse moederverenootschap (Inc) een belang in een Nederlandse besloten cv. Aangezien sprake is van een besloten cv wordt cv voor Nederlandse belastingdoeleinden als transparant aangemerkt, oftewel voor Nederlandse belastingdoeleinden wordt de winst van cv toegerekend aan de participanten van cv. In dit geval is dat Inc. In de Verenigde Staten (VS) wordt cv echter beschouwd als zelfstandig belastingplichtige (niet-transparant), waardoor de winst van cv niet op het niveau van Inc in de heffing wordt betrokken. Een vergoeding of betaling verricht aan cv wordt hierdoor niet belast. Nederland beschouwt de betaling immers als gedaan aan Inc die niet in Nederland belastingplichtig is. De betaling wordt ook niet bij Inc belast, omdat de VS de betaling beschouwen als gedaan aan cv en cv niet belastingplichtig is in de VS.

Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, is van toepassing indien een vergoeding of betaling wordt verricht aan een hybride lichaam. Kort gezegd is er sprake van een hybride lichaam indien een lichaam door de ene staat als een zelfstandig belastingplichtig lichaam wordt beschouwd, terwijl een andere staat de winst van dat lichaam als winst van een of meer andere natuurlijke personen of lichamen beschouwt (dus dat lichaam als transparant beschouwt). In het hiervoor beschreven voorbeeld is dat het geval omdat de VS de cv als zelfstandig belastingplichtig beschouwen en Nederland de winst van cv beschouwt als winst van de achterliggende participant (namelijk Inc). De term hybride lichaam is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel g. Een nadere toelichting op dit begrip is opgenomen in de toelichting bij dat onderdeel.

Of sprake is van een aftrek zonder betrekking in de heffing wordt op dezelfde manier bepaald als in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, en is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a. Het is mogelijk dat het inkomen niet rechtstreeks in de heffing wordt betrokken, maar via een CFC-regime. Een CFC-regime is een maatregel gericht tegen het verschuiven van winsten naar buitenlandse laag belaste gecontroleerde lichamen of vaste inrichtingen. Of in dat geval sprake is van betrekking in de heffing wordt nader toegelicht in de toelichting bij genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a. In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de toepassing van genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, wordt voor de toepassing van genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b, de aftrek zonder betrekking in de heffing in hetzelfde tijdvak beoordeeld.



Dit is de consequentie van de aard van deze hybridemismatch. De betaling wordt niet in de heffing betrokken, omdat beide staten de betaling niet bij hen in de belastbare grondslag opnemen. Er zijn in dit soort situaties derhalve geen verschillen in timing. Dit betekent dat bij dit type hybridemismatch niet beoordeeld hoeft te worden of de heffing binnen een redelijke termijn plaatsvindt. De primaire regel is dan van toepassing (indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan).

Voorts is vereist dat de aftrek zonder betrekking in de heffing het gevolg is van verschillen in de toerekening van die vergoeding of betaling aan het hybride lichaam tussen de staat naar wiens recht het hybride lichaam is opgericht of waarin het hybride lichaam is gevestigd of geregistreerd (in het bovenstaande voorbeeld is dat Nederland) en de staat waarin de participant in het hybride lichaam gevestigd is (in het bovenstaande voorbeeld zijn dat de VS). In bovenstaande voorbeeld is hier sprake van, omdat de winst van cv door Nederland aan Inc wordt toegerekend. Dit betekent dat situaties waarbij een aftrek zonder betrekking in de heffing een andere oorzaak heeft, bijvoorbeeld vanwege het belastingregime dat op het lichaam waaraan de betaling wordt verricht van toepassing is, zoals bij een vrijgestelde beleggingsinstelling of een vrijgesteld pensioenfonds, niet geraakt worden door genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel b.

Voor de toepassing van dit artikel worden Nederlandse rechtsvormen geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht. Buitenlandse lichamen zullen in ieder geval als opgericht worden beschouwd in de staat naar wiens recht zij zijn opgericht.

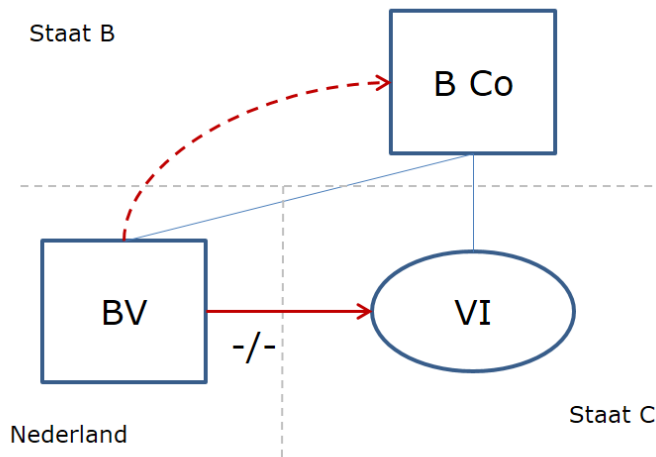
Parallel aan de implementatie van ATAD2 zal ook per 1 januari 2020 het beleidsbesluit over hybride entiteiten onder het belastingverdrag met de VS worden ingetrokken.<sup>14</sup> Andere beleidsbesluiten met een verband met in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen zullen worden heroverwogen.

*Een betaling aan een hybride vaste inrichting (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969)*  
In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, wordt een hybridemismatchsituatie omschreven waarbij een vergoeding of betaling wordt verricht aan een lichaam met een of meerdere vaste inrichtingen. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, vindt in dat verband toepassing op een vergoeding of betaling die een belastingplichtige betaalt aan een lichaam met een of meerdere vaste inrichtingen indien de staat waarin het lichaam is gevestigd die vergoeding of betaling door de belastingplichtige toerekent aan de vaste inrichting in de andere staat, terwijl de laatstgenoemde staat die vergoeding of betaling juist toerekent aan de staat waarin het lichaam is gevestigd. Hierdoor wordt de vergoeding of betaling nergens in de grondslag van een winstbelasting opgenomen. Op deze manier ontstaat een aftrek zonder betrekking in de heffing. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, wordt nader toegelicht aan de hand van het hierna opgenomen voorbeeld.

---

<sup>14</sup> Besluit van 6 juli 2005, IFZ2005/546M (Stcrt. 2005, 167)

#### Voorbeeld 4



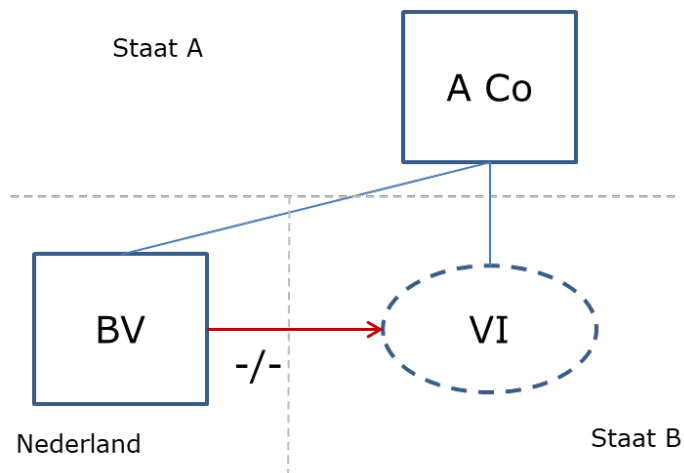
In dit voorbeeld doet BV een rentebetaling aan B Co. B Co heeft een vaste inrichting in Staat C en voor de belastingdoeleinden van Staat B wordt de rentebetaling toegerekend aan deze vaste inrichting. Echter, Staat C rekent de rentebetaling voor belastingdoeleinden toe aan B Co. Staat B beschouwt de rentebetaling dus als verricht aan de vaste inrichting en Staat C beschouwt de rentebetaling als te zijn verricht aan het hoofdhuis, B Co in Staat B. Geen van de twee staten betreft dus de rentebetaling in de heffing. Nederland staat de aftrek bij BV toe en er is dus sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing. Eenzelfde resultaat kan zich voordoen als B Co in meerdere staten vaste inrichtingen heeft en de staten waar de vaste inrichtingen liggen beide de rentebetaling beschouwen als toekomend aan een andere staat waarin een vaste inrichting is gelegen.

Een voorwaarde van genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, is dat de aftrek zonder betrekking in de heffing volgt uit verschillen in de toerekening van een vergoeding of betaling aan het hoofdhuis of de vaste inrichting, of vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam. Vaak zijn er maatregelen die erop gericht zijn om te voorkomen dat er tussen hoofdhuis en vaste inrichting dergelijke verschillen bestaan. In situaties waarin een aanvankelijk nog bestaand verschil tussen hoofdhuis en vaste inrichting door (een van) die staten wordt weggenomen, bestaat geen ruimte meer voor de toepassing van genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, omdat er geen sprake meer is van een hybridemismatch. Indien dit niet het geval is, zal in eerste instantie de primaire regel van toepassing zijn. Dat betekent dat de aftrek wordt geweigerd. In het bovenstaande voorbeeld zal bij BV derhalve de betaling of vergoeding niet in aftrek worden toegestaan. Ook bij deze hybridemismatch geldt dat deze bepaling een voorzoverbenadering kent. Indien een deel van de vergoeding of betaling wel in de heffing wordt betrokken op het niveau van het hoofdhuis of de vaste inrichting, wordt voor dat deel de aftrek niet geweigerd.

*Hybridemismatches met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969)*

Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, ziet op een hybridemismatch die ontstaat in de situatie dat een vergoeding of betaling wordt betaald aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. Met het voorbeeld hierna wordt genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, nader toegelicht.

#### Voorbeeld 5



A Co heeft een lening verstrekt aan BV, gevestigd in Nederland. BV betaalt rente aan A Co. De rente is in Nederland aftrekbaar. Deze lening en daarmee de rente van BV aan A Co wordt voor belastingdoeleinden van Staat A aan de vaste inrichting in Staat B toegerekend. De rente-inkomsten worden daarom bij A Co vrijgesteld. Voor de belastingdoeleinden van Staat B is geen sprake van een vaste inrichting. De rente-inkomsten worden daarom in Staat B niet in de heffing betrokken. Aangezien de rente-inkomsten nergens in de heffing worden betrokken, maar wel bij BV in aftrek komen is er sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

Onderdeel d van het eerste lid van genoemd artikel 12aa vertoont een grote gelijkenis met genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c. In dit geval acht Staat C echter geen vaste inrichting aanwezig. De hybridemismatch wordt veroorzaakt doordat de staat van het hoofdhuys (Staat A in bovenstaand voorbeeld) een vrijstelling geeft voor inkomen toerekenbaar aan een vaste inrichting, terwijl in de staat waarin (volgens de staat van het hoofdhuys) de vaste inrichting is gelegen, geen vaste inrichting wordt erkend (en die staat dat inkomen dus niet in de heffing betreft). Deze situatie kan ontstaan doordat staten verschillende opvattingen kunnen hebben over de vraag onder welke omstandigheden sprake is van een vaste inrichting.

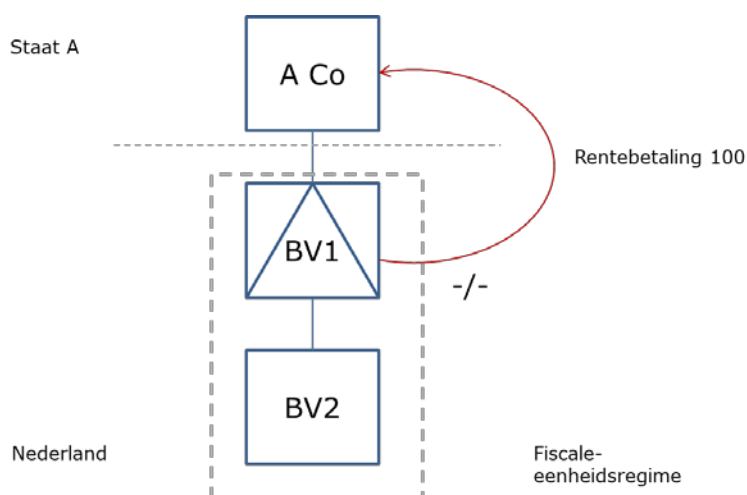
Voor de situatie dat A Co een in Nederland gevestigde vennootschap is, wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld dat Nederland de vergoeding of betaling effectief in de heffing zal betrekken. Om dit te bewerkstelligen wordt een wijziging van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten voorgesteld. Een toelichting wordt gegeven in de toelichting bij het voorgestelde artikel 15e, negende lid, Wet Vpb 1969.

In tegenstelling tot de overige hybridemismatches wordt bij een hybridemismatch met een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting dus eerst de betaling in de heffing betrokken op het niveau van het hoofdhuis, als gevolg waarvan er geen sprake meer is van een aftrek zonder betrekking in de heffing. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, is opgenomen voor de gevallen waarin Staat A geen maatregel heeft genomen waardoor de rentebetaling vanuit Nederland in de heffing wordt betrokken. Nederland zal dan de rentebetaling niet in aftrek toestaan.

*Hybridemismatches met een betaling door een hybride lichaam (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e, wordt een hybridemismatch omschreven als een situatie waarin een vergoeding of betaling wordt verricht door een hybride lichaam. Voor de vraag wanneer sprake is van een hybride lichaam wordt verwezen naar de toelichting bij genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel g. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e, wordt nader toegelicht aan de hand van het hierna opgenomen voorbeeld.

#### Voorbeeld 6



Het betreft hier een BV (BV1) die door Staat A voor belastingdoeleinden als transparant wordt beschouwd. In Nederland is BV1 niet-transparant. Dit betekent dat een vergoeding of betaling van BV1 aan A Co in Staat A niet in de heffing wordt betrokken, omdat vanuit het perspectief van Staat A er geen vergoeding of betaling plaatsvindt (het is als het ware een vergoeding of betaling van A Co aan zichzelf). In Nederland leidt deze vergoeding of betaling wel tot een aftrek. Er is dus sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing. Als BV1 ook winst zou maken, zou deze winst vanwege het hybride karakter van BV1 zowel in Staat A als in Nederland in de heffing worden betrokken en vervalt het voordeel van de structuur. Om de aftrek toch te kunnen afzetten tegen winsten wordt de aftrek doorgaans door middel van een fiscaal consolidatieregime verrekend met (operationele) winsten van andere vennootschappen, zoals in het voorbeeld de operationele winsten van BV2 in Nederland.

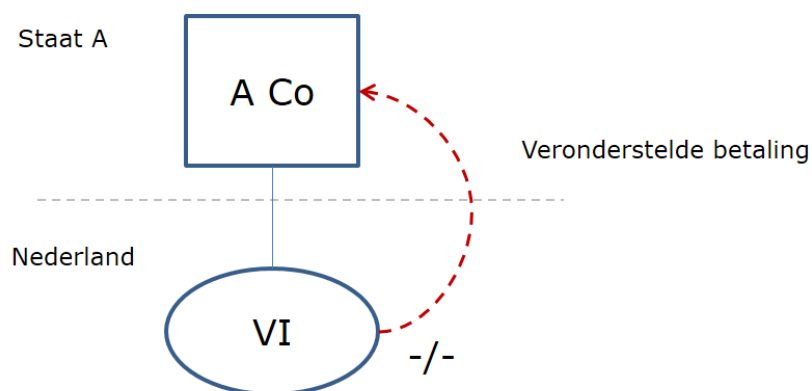
Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e, vindt alleen toepassing voor zover de aftrek zonder betrekking in de heffing ontstaat doordat de vergoeding of betaling in de staat van de ontvanger

niet in de heffing wordt betrokken. In bovenstaand voorbeeld is dit het geval. De staat van de ontvanger is in bovenstaand voorbeeld Staat A en de vergoeding of betaling blijft daar, doordat BV1 in die staat als transparant wordt beschouwd, buiten aanmerking. De staat van de ontvanger is de staat waarin de vergoeding of betaling wordt ontvangen of wordt beschouwd als te zijn ontvangen bij of krachtens de wet van enige andere staat. De term staat van de ontvanger wordt nader toegelicht in de toelichting op genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a. Om deze hybridemismatch te neutraliseren, moet Nederland de primaire maatregel toepassen. Dat betekent dat de aftrek van een vergoeding of betaling bij BV1 in aftrek moet worden geweigerd.

*Hybridemismatches door een veronderstelde betaling tussen hoofdhuis en vaste inrichting (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, wordt een hybridemismatch met een veronderstelde betaling omschreven. Een veronderstelde betaling is een fictieve transactie die wordt verondersteld te zijn gedaan tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis of tussen twee vaste inrichtingen van hetzelfde hoofdhuis. Deze transacties dienen om tot een juiste winsttoerekening aan vaste inrichtingen te komen. In het beleidsbesluit van 15 januari 2011 inzake winstallocatie vaste inrichtingen<sup>15</sup> - waarin uitleg is gegeven aan de in OESO-verband overeengekomen winstallocatietechniek aangeduid als de Authorised OECD Approach (AOA) – worden dergelijke fictieve transacties *dealings* genoemd. Artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, wordt nader toegelicht aan de hand van het hierna opgenomen voorbeeld.

**Voorbeeld 7**



In dit voorbeeld constateren zowel Staat A als Nederland een vaste inrichting in Nederland. In Nederland wordt de winst van de vaste inrichting (mede) bepaald door een veronderstelde betaling in aanmerking te nemen. Oftewel, conform de systematiek van de AOA, zoals voor Nederland neergelegd in het beleidsbesluit van 15 januari 2011 inzake winstallocatie vaste inrichtingen, wordt een *dealing* in

<sup>15</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M (Stcrt. 2011, 1375).

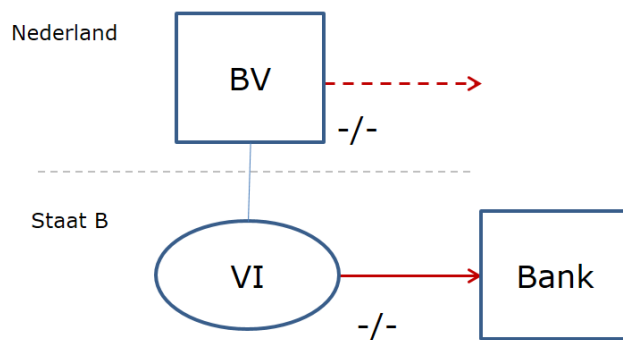
aanmerking genomen. Deze *dealing* of veronderstelde betaling blijft in Staat A buiten aanmerking bij het bepalen van de winst. Er is dan sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

Indien bovenstaande zich voordoet wordt de aftrek van de veronderstelde betaling in Nederland niet toegestaan. Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, heeft betrekking op een situatie waarbij de veronderstelde betaling in de staat van de ontvanger buiten aanmerking blijft. Hiervan is sprake indien de veronderstelde betaling in die staat effectief niet in de heffing wordt betrokken.

#### *Hybridemismatches met een dubbele aftrek (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, worden alle situaties geregeld waarbij sprake is van een dubbele aftrek. Situaties van dubbele aftrek zijn situaties waarbij dezelfde vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen effectief twee of meer keren in aftrek kunnen worden gebracht van een naar de winst geheven belasting.<sup>16</sup> Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, wordt nader toegelicht aan de hand van het hierna opgenomen voorbeeld.

#### **Voorbeeld 8**



In dit voorbeeld heeft BV een vaste inrichting in Staat B. BV trekt een lening aan van Bank (een niet gelieerde partij) en betaalt daarvoor rente aan Bank. Staat B rekent de lening volledig toe aan de vaste inrichting en staat de (rente)last bij de bepaling van de aan die vaste inrichting toerekenbare winst volledig in aftrek toe. Nederland rekent in principe niet de volledige lening toe aan de vaste inrichting (omdat Nederland in beginsel bij de allocatie van vreemd en eigen vermogen aan de vaste inrichting uitgaat van een gelijke kredietwaardigheid als waarvan sprake is voor de generale onderneming) en staat dus op deze wijze toe dat de (rente)last van de betreffende lening effectief ook de in Nederland te belasten winst verlaagt. Hierdoor kan de betaling aan Bank (voor een deel) in twee staten een neerwaarts drukkend effect op de te betalen belasting hebben. Er is dan effectief sprake van een dubbele aftrek.

Bovenstaand voorbeeld ziet op een situatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Een situatie van dubbele aftrek kan zich echter ook voordoen met een hybride lichaam. Een voorbeeld daarvan is opgenomen in het algemeen deel van deze memorie (paragraaf 4.1.3).

<sup>16</sup> Voor verliezen geldt voor Nederlandse belastingdoeleinden dat deze niet in aftrek worden gebracht, maar worden verrekend. In andere staten kan dit anders zijn, daarom wordt ook bij verliezen gesproken over aftrek.

Door de systematiek van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten komt het voordeel in bovenstaande structuur tot uitdrukking doordat de vrijstelling die BV geniet hoger is dan de winst die in de staat waarin de vaste inrichting is gelegen in de heffing wordt betrokken. Dit komt doordat in de staat waarin de vaste inrichting is gelegen de (rente)last volledig in aanmerking wordt genomen, terwijl voor de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten maar een deel van die (rente)last in aanmerking wordt genomen (en dus het bedrag aan vrij te stellen winst hoger is). Dit valt ook onder de term dubbele aftrek.

De onderdelen a tot en met f van het eerste lid van genoemd artikel 12aa die zien op situaties van een aftrek zonder betrekking in de heffing, zijn alleen van toepassing bij een vergoeding of (veronderstelde) betaling. Onderdeel g van het eerste lid van genoemd artikel 12aa dat ziet op een situatie van een dubbele aftrek, is daarentegen ook van toepassing op lasten en verliezen die tweemaal (of meer) in aanmerking worden genomen. Hieronder vallen ook afschrijvingen. Genoemd onderdeel g heeft dus in zoverre een ruimere werkingsfeer dan de onderdelen a tot en met f van het eerste lid van genoemd artikel 12aa.

Om de hybridemismatch die resulteert in een dubbele aftrek te neutraliseren wordt de aftrek geweigerd. In genoemd artikel 12aa, vierde lid, is hiervoor een rangorde bepaald, zodat de aftrek niet tweemaal wordt geweigerd. Deze rangorde houdt kort gezegd in dat de staat van de investeerder (Nederland in bovengenoemd voorbeeld) de aftrek dient te weigeren. Indien Nederland de staat van de vaste inrichting zou zijn, en de aftrek niet in de staat van de investeerder wordt geweigerd, dan dient Nederland de secundaire regel toe te passen wat in deze situatie betekent dat op het niveau van de vaste inrichting de aftrek wordt geweigerd. De rangorde wordt nader toegelicht bij genoemd artikel 12aa, vierde lid.

#### *Artikel 12aa, tweede lid, Wet Vpb 1969*

In het genoemde artikel 12aa, tweede lid, wordt de toepassing van de hybridemismatchmaatregelen beperkt tot situaties waarin de hybridemismatch ontstaat:

- a. in een verhouding tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam;
- b. in een verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting;
- c. in een verhouding tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam; of
- d. uit hoofde van een gestructureerde regeling.

Indien een hybridemismatch ontstaat in een andere situatie dan omschreven in de onderdelen a, b, c en d van het tweede lid van genoemd artikel 12aa zijn de hybridemismatchmaatregelen niet van toepassing. Hierna wordt per onderdeel nader op die afbakening ingegaan.

#### *Artikel 12aa, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969*

De hybridemismatchmaatregelen zijn in de eerste plaats van toepassing als de hybridemismatch ontstaat tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam, kort gezegd: in gelieerde verhoudingen. Er is bij de definitie hiervan zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij het wetsvoorstel

Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking.<sup>17</sup> In genoemd artikel 12ac, tweede lid, is bepaald wanneer sprake is van gelieerde verhoudingen voor toepassing van de hybridemismatchmaatregelen en dit wordt bij de toelichting van dat onderdeel nader besproken.

Ook in situaties waarbij sprake is van een vergoeding of betaling van de belastingplichtige aan een lichaam met een of meer vaste inrichtingen of een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting (genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c, en genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d) dient sprake te zijn van gelieerdheid. In die gevallen moet dus getoetst worden of het lichaam met de vaste inrichting of buiten beschouwing blijvende vaste inrichting aan de belastingplichtige gelieerd is.

*Artikel 12aa, tweede lid, onderdelen b en c, Wet Vpb 1969*

Daarnaast zijn de hybridemismatchmaatregelen van toepassing ingeval een hybridemismatch ontstaat tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam (hierna: binnen hetzelfde lichaam). Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een situatie met een dubbele aftrek die ontstaat tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Daarnaast is hiervan sprake bij een situatie met een veronderstelde betaling.

*Artikel 12aa, tweede lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969*

De hybridemismatchmaatregelen kunnen ook van toepassing zijn op transacties tussen ongelieerde lichamen, omdat ook in die situaties de kans op belastingontwijking aanwezig kan zijn. Dit is echter beperkt tot situaties waarin sprake is van een zogenoemde 'gestructureerde regeling'. Daarvan is sprake als ongelieerde lichamen een hybridemismatch tot stand brengen en de voordelen daarvan zijn ingeprijsd in de voorwaarden van de regeling of als een regeling zodanig is opgezet dat die resulteert in een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek. De term gestructureerde regeling is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel f, en wordt in de toelichting op die bepaling behandeld.

*Artikel 12aa, derde lid, Wet Vpb 1969*

Op basis van genoemd artikel 12aa, eerste lid, wordt de aftrek van een vergoeding of betaling geweigerd als aan de voorwaarden van dat lid en het tweede lid van genoemd artikel 12aa wordt voldaan. Op basis van genoemd derde lid van artikel 12aa wordt de aftrek die op basis van genoemd eerste lid van artikel 12aa in eerste instantie zou moeten worden geweigerd alsnog toegestaan, voor zover die aftrek kan worden afgezet tegen zogenoemd dubbel in aanmerking genomen inkomen. De achtergrond van deze bepaling is dat het hybride karakter van een lichaam of vaste inrichting er enerzijds voor kan zorgen dat een vergoeding of betaling twee keer aftrekbaar is of niet in de heffing wordt betrokken, er anderzijds voor kan zorgen dat inkomen (juridisch) tweemaal in de heffing wordt betrokken. Voor zover dit zich voordoet is er, in totaal bezien, sprake van enkelvoudige belastingheffing (dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing, maar ook dubbele heffing) en is er geen reden om de aftrek te beperken of inkomen extra in de heffing te betrekken. Er wordt immers uiteindelijk (in zoverre) geen belastingvoordeel behaald met het hybride karakter van de structuur. Hieronder wordt dit toegelicht aan de hand van

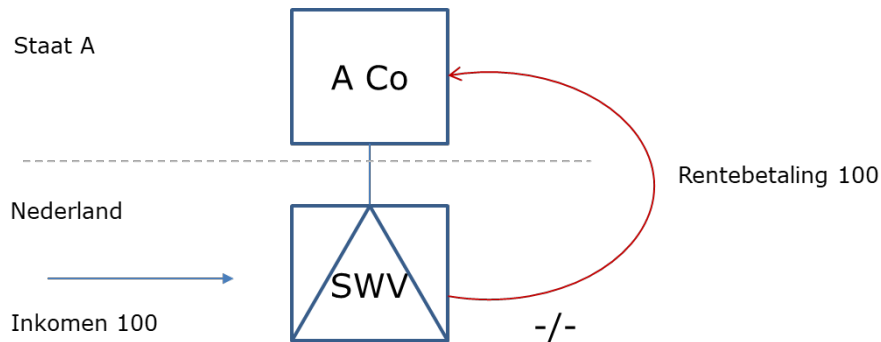
---

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35030.



een voorbeeld van dubbel in aanmerking genomen inkomen bij een hybridemismatch met een betaling door een hybride lichaam (artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e).

#### Voorbeeld 9



Het betreft hier een samenwerkingsverband (SWV). SWV wordt voor belastingdoeleinden in Staat A voor belastingdoeleinden als transparant beschouwd. In Nederland wordt SWV als niet-transparant beschouwd. Dit betekent dat een betaling van SWV aan A Co in Staat A niet in de heffing wordt betrokken (vanuit het perspectief van Staat A is er namelijk geen betaling), maar deze betaling in Nederland wel leidt tot een aftrek. Er is dus voor 100 sprake van een aftrek zonder betrekking in de heffing.

Echter, SWV geniet ook 100 inkomen. Dit wordt in Nederland belast, omdat Nederland SWV als zelfstandig belastingplichtig lichaam ziet. Omdat Staat A SWV als transparant beschouwt, wordt het inkomen door Staat A toegerekend aan A Co en aldaar in de heffing betrokken. Het inkomen wordt dus ook tweemaal in de heffing betrokken. Dit wordt dubbel in aanmerking genomen inkomen genoemd.

In de gehele structuur is nu sprake van 100 aftrek (in Nederland) en 200 inkomen (in Nederland 100 en in Staat A 100) en in totaal wordt dus 100 belast. Dit is dezelfde situatie als wanneer SWV niet transparant zou zijn. Er is dan ook geen reden om de aftrek in Nederland te weigeren.

De uitzondering van het genoemde artikel 12aa, derde lid, geldt slechts voor zover er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Dat betekent dat als in het voorbeeld sprake zou zijn van dubbel in aanmerking genomen inkomen van 40, op basis van genoemd artikel 12aa, eerste en derde lid, nog steeds 60 in aftrek wordt geweigerd. De term dubbel in aanmerking genomen inkomen is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d, en wordt bij de toelichting op dat onderdeel nader toegelicht.

Het is mogelijk dat er een verschil is tussen het moment waarop Nederland het inkomen in de heffing betreft en het moment waarop de andere betrokken staat dat doet (hierna ook: verschil in timing). Het inkomen wordt pas als dubbel in aanmerking genomen inkomen aangemerkt als het inkomen in beide staten daadwerkelijk in de heffing is betrokken (zowel in Nederland als in de andere staat). De enkele verwachting dat het inkomen in een toekomstig jaar ook in de andere staat in de heffing wordt betrokken maakt het inkomen nog geen dubbel in aanmerking genomen inkomen.

Indien er een verschil is in timing, is dat ofwel omdat Nederland inkomen eerder in aanmerking neemt of omdat Nederland inkomen later in aanmerking neemt dan de andere betrokken staat.

Een situatie dat Nederland inkomen eerder in aanmerking neemt kan als volgt worden weergegeven:

|        | Nederland | Staat A | Dubbel in aanmerking genomen inkomen |
|--------|-----------|---------|--------------------------------------|
| Jaar 1 | 100       | 50      | 50                                   |
| Jaar 2 | 0         | 50      | 50                                   |
| Totaal | 100       | 100     | 100                                  |

In deze situatie betreft Nederland in het eerste jaar 100 inkomen in de heffing en in het tweede jaar 0, terwijl Staat A zowel in het eerste als in het tweede jaar 50 in de heffing betreft. In dat geval is er in jaar 1 slechts sprake van 50 aan dubbel in aanmerking genomen inkomen. Als gevolg van genoemd derde lid wordt de aftrekbeperking van 100 in jaar 1 beperkt tot 50. In jaar 2 is wederom sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen van 50 omdat in dat jaar Staat A 50 in aanmerking neemt en die 50 eerder in Nederland ook in aanmerking is genomen. Het derde lid van genoemd artikel 12aa regelt echter in deze gevallen geen vermindering van de aftrekbeperking, omdat dit lid alleen voorziet in een correctie in het jaar waarin de aftrekbeperking uit het eerste lid geldt en in jaar 2 is er geen aftrekbeperking die verminderd kan worden met het bedrag van dubbel in aanmerking genomen inkomen van dat jaar. Zonder nadere regeling zou door het verschil in timing alsnog dubbele belastingheffing optreden. Om dit te voorkomen is in het voorgestelde artikel 12af Wet Vpb 1969 een maatregel opgenomen. In dat artikel is bepaald dat in het onderhavige geval de belastingplichtige in jaar 2 (alsnog) een aftrek krijgt (die eerder op grond van genoemd artikel 12aa is geweigerd) ter hoogte van het bedrag aan (resterend) dubbel in aanmerking genomen inkomen van dat jaar. Bij de toelichting op dat artikel wordt nader ingegaan op deze bepaling.

De beperking in genoemd derde lid met betrekking tot dubbel in aanmerking genomen ziet alleen op genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen e, f en g, omdat, kort gezegd, alleen in de gevallen waar die onderdelen betrekking op hebben het hybride karakter van het lichaam of de vaste inrichting dat leidt tot een aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek er ook toe kan leiden dat inkomen tweemaal in de heffing wordt betrokken.

Genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, ziet op situaties van een dubbele aftrek. Dit kunnen ook situaties zijn waarin een vergoeding, betaling, last of verlies drie (of nog meer) keren in aftrek komt. Hiervoor geldt dat het aantal keren dat de kosten in aftrek komen ook het aantal keren moet zijn dat de aftrek wordt afgezet tegen inkomen alvorens de situatie van dubbele aftrek (in zoverre) niet meer als hybridemismatch als bedoeld in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, wordt

aangemerkt. Anders gezegd, als kosten driemaal in aftrek komen, dient er ook sprake te zijn van inkomen dat driemaal in aanmerking wordt genomen.

*Artikel 12aa, vierde lid, Wet Vpb 1969*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, wordt bepaald dat in geval van een hybridemismatch met een dubbele aftrek de aftrek in Nederland wordt geweigerd. Als zowel Nederland als de andere staat waarin dezelfde vergoeding, betaling of last, dan wel hetzelfde verlies in aftrek komt, de aftrek van die vergoeding, betaling of last dan wel het verlies weigert, ontstaat dubbele belasting. Dat is onwenselijk. In ATAD2 is daarom een rangorde aangebracht om te voorkomen dat de aftrek door meerdere staten wordt geweigerd. In genoemd artikel 12aa, vierde lid, is bepaald dat Nederland in dergelijke situaties terugtreedt conform de rangorde uit de ATAD2.

De rangorde die in ATAD2 is opgenomen houdt in dat de staat van de betaler de aftrek in de eerste plaats mag toestaan. De andere staat weigert dan de aftrek. Dat is de zogenoemde primaire regel. Alleen in het geval dat de laatstbedoelde staat de aftrek toestaat, bijvoorbeeld omdat die staat geen hybridemismatchmaatregelen kent, weigert de staat van de betaler de aftrek. Dat is de zogenoemde secundaire regel. Het begrip staat van de betaler wordt nader toegelicht in de toelichting op genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel c.

Aan de systematiek, zoals opgenomen in ATAD2, is invulling gegeven door allereerst in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, te bepalen dat bij een dubbele aftrek Nederland altijd de aftrek weigert. Met genoemd vierde lid wordt genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, buiten werking gesteld voor zover (1) de aftrek van de vergoeding, betaling, last of verlies door een andere staat wordt geweigerd en (2) Nederland de staat van de betaler is.

Zoals bij de toelichting op genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a, wordt toegelicht wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een aftrek in een andere staat als de vergoeding of betaling *naar haar aard* in aftrek kan komen van een naar de winst geheven belasting. Of de vergoeding of betaling feitelijk in aftrek komt is niet leidend. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een dubbele aftrek door de aftrek van rente en in een van die staten de aftrek van die rentebetaling op basis van een generieke renteaftrekbeperking wordt beperkt, dan is die rentebetaling in die staat niettemin naar haar aard aftrekbaar en wordt een dubbele aftrek geconstateerd. Daarom wordt op basis van genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, het bedrag in aftrek geweigerd dat in de andere staat naar haar aard - in de hiervoor bedoelde betekenis - aftrekbaar is.

*Artikel 12aa, vijfde lid, Wet Vpb 1969*

Dit wetsvoorstel bevat een aantal maatregelen om de gevolgen van hybridemismatches te neutraliseren. Omdat de gevolgen van hybridemismatches op verschillende manieren en door verschillende betrokken staten kunnen worden geneutraliseerd, is een rangorde in de toe te passen maatregelen aangebracht. Deze rangorde is ook opgenomen in ATAD2. In genoemd artikel 12aa, vijfde lid, wordt invulling gegeven aan de rangorde tussen, kort gezegd, de MD-richtlijn en ATAD2. In genoemd artikel 12aa, vijfde lid, is geregeld dat genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a,

slechts van toepassing is voor zover in de staat van de ontvanger geen maatregel wordt toegepast die vergelijkbaar is met de antimisbruikbepaling die is opgenomen in Richtlijn 2014/86/EU<sup>18</sup> en die in de Nederlandse wet is geïmplementeerd in artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb 1969. Op die manier wordt de rangorde tussen de betreffende antimisbruikbepaling in de MD-richtlijn en ATAD2 zo geregeld dat eerstgenoemde eerst wordt toegepast en daarna pas de maatregelen van ATAD2. Die rangorde zal er doorgaans toe leiden dat in EU-verband genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, geen toepassing vindt.

*Artikel 12ab, eerste lid, Wet Vpb 1969*

Ingeval een hybridemismatch met een aftrek zonder betrekking in de heffing zich voordoet gaat de systematiek van ATAD2 ervan uit dat de voordelen hiervan als eerste worden geneutraliseerd door de aftrek te weigeren. Deze zogenoemde primaire regel is in dit wetsvoorstel voor Nederland geregeld in genoemd artikel 12aa, eerste lid. Niet alle staten zullen echter hybridemismatchmaatregelen toepassen waardoor de aftrek geweigerd wordt in geval er sprake is van een hybridemismatch. In deze gevallen zal Nederland, indien Nederland de staat van de ontvanger is de vergoeding of betaling in de heffing betrekken. Dit wordt de secundaire regel genoemd. Deze regels zijn opgenomen in genoemd artikel 12ab.

Laatstbedoelde regels zullen doorgaans alleen bij hybridemismatches met niet EU-lidstaten worden toegepast, omdat EU-lidstaten die ATAD2 hebben geïmplementeerd de aftrek ter zake van de betreffende vergoeding of betaling, voor zover zij de staat van de betaler zijn, zullen weigeren. Als de aftrek reeds geweigerd is op grond van hybridemismatchmaatregelen in andere staten dan is genoemd artikel 12ab niet van toepassing.

In genoemd artikel 12ab, eerste lid, wordt bepaald dat een betaling of vergoeding die normaliter in Nederland niet in de heffing wordt betrokken, maar waar wel een aftrek in de staat van de betaler tegenover staat, alsnog tot de winst wordt gerekend, mits:

- (1) de vergoeding, betaling of veronderstelde betaling;
- (2) voldoet aan de kenmerken van de hybridemismatches die zijn beschreven in artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, b, c, e of f;
- (3) ontvangen is van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam, uit hoofde van een gestructureerde regeling of, ingeval van een veronderstelde betaling, is opgekomen tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam; en
- (4) in de staat waarin de betalende vennootschap is gevestigd geen regels van toepassing zijn die de effecten van de hybridemismatch neutraliseren.

Hieronder volgt een toelichting op de bovengenoemde elementen.

---

<sup>18</sup> Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

### *1. Betaling/vergoeding*

Zoals geldt voor genoemd artikel 12aa, eerste lid, dient ook in het kader van genoemd artikel 12ab, eerste lid, het begrip vergoeding of betaling ruim te worden opgevat. Hieronder vallen daadwerkelijk gedane vergoedingen of betalingen, maar ook vergoedingen of betalingen die niet feitelijk zijn gedaan, maar die voor belastingdoeleinden wel worden beschouwd als te zijn verricht, zoals correcties op grond van artikel 8b Wet Vpb 1969 of een daarmee vergelijkbare buitenlandse wettelijke bepaling. Omdat het hier gaat om een situatie waarin de aftrek in een andere staat wordt benut, dient de term vergoeding of betaling ook te worden uitgelegd naar het recht van die staat. Indien bijvoorbeeld sprake is van een betaling gedaan door een hybride lichaam (als bedoeld in artikel 12aa, eerste lid, onderdeel e) zal Nederland, als Nederland de staat van de ontvanger is, voor belastingdoeleinden geen vergoeding of betaling in aanmerking nemen. Het begrip veronderstelde betaling wordt in overeenstemming met artikel 12aa, eerste lid, onderdeel f, uitgelegd.

### *2. Er dient sprake te zijn van een hybridemismatch*

In genoemd artikel 12ab wordt verwezen naar de hybridemismatches zoals deze zijn beschreven in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a, b, c, e en f. Deze onderdelen beschrijven de hybridemismatches met financiële instrumenten (inclusief een hybride overdracht), betalingen aan en door hybride lichamen en hybride vaste inrichtingen (inclusief buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen en veronderstelde betalingen met een vaste inrichting). Voor de toelichting op deze structuren wordt verwezen naar de toelichting op die onderdelen bij genoemd artikel 12aa. De structuren in dat onderdeel van de toelichting zijn zodanig beschreven dat het betalende lichaam steeds in Nederland is gevestigd en is Nederland dus staat van de betaler. Bij toepassing van genoemd artikel 12ab zal de situatie omgekeerd zijn en zal Nederland zich dus bevinden in de positie van de andere staat, dat wil zeggen de staat van de ontvanger zijn.

### *3. Gelieerd lichaam, gestructureerde regeling, tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam*

Voor de definitie van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt verwezen naar genoemd artikel 12ac, tweede lid, en de toelichting daarop. Voor de definitie van een gestructureerde regeling wordt verwezen naar genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel f, en de toelichting daarop. Ook in op situaties met een veronderstelde betaling kan genoemd artikel 12ab van toepassing zijn. Deze situaties doen zich voor tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam.

### *4. Geen hybridemismatchmaatregelen in de staat van de betaler*

De laatste voorwaarde die uit genoemd artikel 12ab, eerste lid, volgt is dat bij of krachtens de wet van de staat van de betaler met betrekking tot de vergoeding of betaling geen vergelijkbare aanpassing wordt gemaakt als ingevolge genoemd artikel 12aa zou worden gemaakt. Deze voorwaarde bestaat uit twee elementen. Ten eerste dient te worden bepaald welke staat als staat

van de betaler geldt. Uit genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel c, volgt dat de staat waarin de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden als staat van de betaler wordt aangemerkt. Ten tweede dient in de staat van de betaler met betrekking tot de vergoeding of betaling geen aanpassing te worden gemaakt die vergelijkbaar is met een aanpassing die zou volgen uit de toepassing van genoemd artikel 12aa. Als de staat van de betaler met betrekking tot de vergoeding of betaling een aanpassing maakt (bijvoorbeeld door de aftrek te weigeren), omdat die staat de hybridemismatchmaatregelen toepast, is de hybridemismatch geneutraliseerd en past Nederland genoemd artikel 12ab niet toe.

*Artikel 12ab, tweede lid, Wet Vpb 1969*

Het genoemde artikel 12ab, tweede lid, regelt dat de secundaire regel niet van toepassing is voor zover de aftrek die correspondeert met vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen die resulteren in een aftrek zonder betrekking in de heffing als bedoeld in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen e of f, wordt afgezet tegen dubbel in aanmerking genomen inkomen. In dat geval is er immers geen sprake van een ongewenst belastingvoordeel, omdat de aftrek wordt afgezet tegen dubbel in aanmerking genomen inkomen. In die gevallen wordt de secundaire regel slechts toegepast voor zover de corresponderende aftrek van de vergoedingen, betalingen of veronderstelde betalingen waarop de bedoelde secundaire regel van toepassing zou zijn, niet zijn afgezet tegen dubbel in aanmerking genomen inkomen.

*Artikel 12ab, derde lid, Wet Vpb 1969*

In genoemd artikel 12ab, derde lid, wordt bepaald dat het eerste lid van dat artikel alleen van toepassing is als Nederland als staat van de ontvanger wordt aangemerkt ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde, vergoeding, betaling of veronderstelde betaling. Hiermee wordt aangesloten bij de systematiek van ATAD2 en worden de gevallen waarin Nederland inkomen in de heffing betreft beperkt tot die gevallen waarin de belastingplichtige betrokken is bij de hybridemismatch. Met deze bepaling wordt derhalve het toepassingsbereik van het eerste lid van genoemd artikel 12ab beperkt. In genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a, wordt de staat van de ontvanger gedefinieerd. De staat van de ontvanger is die staat waarin de betaling of vergoeding wordt ontvangen of wordt beschouwd als te zijn ontvangen krachtens de wetgeving van enige andere staat. Dit wordt nader toegelicht bij de toelichting bij genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a.

*Artikel 12ac Wet Vpb 1969*

*Definities*

In genoemd artikel 12ac wordt een aantal begrippen gedefinieerd voor de toepassing van afdeling 2.2a Wet Vpb 1969, de afdeling waarin de hybridemismatchmaatregelen worden opgenomen. Bij het implementeren van de definities uit ATAD2 in de Wet Vpb 1969 is, waar mogelijk, aansluiting gezocht bij het reeds bestaande begrippenkader in de Wet Vpb 1969.

*Aftrek zonder betrekking in de heffing (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969)*

Het begrip aftrek zonder betrekking in de heffing bestaat uit de onderdelen 'aftrek' en 'betrekking in de heffing'. Het woord 'zonder' heeft de betekenis die in het spraakgebruik aan deze term wordt

gegeven. De onderdelen 'aftrek' en 'betrekking in de heffing' worden hierna afzonderlijk nader toegelicht. Het begrip staat van de ontvanger wordt ook gedefinieerd in de onderhavige bepaling en wordt hierna eveneens nader toegelicht.

#### Aftrek

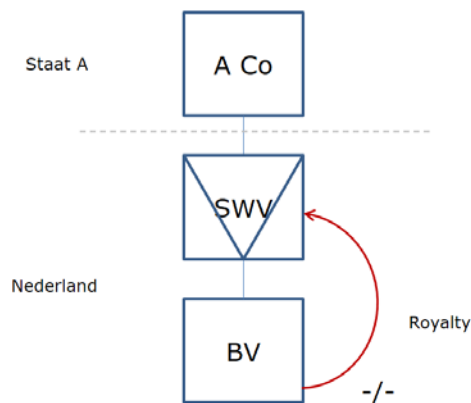
Het element dat in alle hybridemismatches terugkomt is of er sprake is van een betaling of vergoeding (alsook lasten of verliezen bij een situatie van dubbele aftrek) die in aftrek komt van de grondslag voor een naar de winst geheven belasting. De term 'aftrek' omvat een situatie waarin een vergoeding of betaling kan worden afgezet tegen inkomen dat in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Een vergoeding of betaling is aftrekbaar als deze naar haar aard in aftrek kan komen op de grondslag van een naar de winst geheven belasting. Hierbij kan worden uitgegaan van eenzelfde toets als die geldt voor artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb 1969. Daarbij worden ook de economische equivalenten van een aftrek van een naar de winst geheven belasting onder het begrip 'aftrek' geschaard, bijvoorbeeld een credit voor betaalde dividenden.

#### Betrekking in de heffing

Er is sprake van betrekking in de heffing als een bedrag in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Echter, als op basis van de kwalificatie van een betaling die betaling in aanmerking komt voor een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening of teruggave van belasting die geen verrekening is van bronbelastingen, dan geldt dat er geen sprake is van 'betrekking in de heffing'. Een bronbelasting die wordt ingehouden op een vergoeding of betaling zorgt er niet voor dat de betaling betrokken is in een naar de winst geheven belasting. Met andere woorden, bronbelastingen spelen geen rol voor de toets of sprake is van betrekking in de heffing. Indien een ontvangen betaling uiteindelijk wordt afgezet tegen nog te verrekenen verliezen, is er volgens deze definitie sprake van betrekking in de heffing van dat inkomen. Voor een vergoeding of betaling die in de heffing wordt betrokken tegen een verlaagd (effectief) tarief omdat deze valt onder de toepassing van een regime dat vergelijkbaar is met de Nederlandse innovatiebox geldt dat deze ook wordt aangemerkt als te zijn betrokken in de heffing. Het verlaagde (effectieve) tarief is immers niet van toepassing op de betaling vanwege de kwalificatie van de betaling, maar vanwege het immateriële activum waarop de betaling betrekking heeft.

Er is ook sprake van betrekking in de heffing als een betaling niet op het niveau van het ontvangende lichaam zelf in de heffing wordt betrokken, maar op het niveau van een groep waarop een consolidatieregime toepassing vindt en waar dat lichaam deel van uitmaakt. Als een vergoeding of betaling wordt toegerekend en opgenomen in het CFC-inkomen van een ander lichaam dan van de CFC, kan er eveneens sprake zijn van betrekking in de heffing. Hieronder een voorbeeld aan de hand waarvan wordt uitgelegd in welke gevallen er sprake is van betrekking in de heffing in geval van een CFC-regime.

## Voorbeeld 10



In deze structuur houdt een A Co aandelen in een Nederlandse bv (BV) via een samenwerkingsverband (SWV). BV verricht een royaltybetaling van 100 aan SWV. Voor belastingdoeleinden beschouwt Nederland SWV als transparant en rekent de royaltybetaling toe aan de participanten. Nederland betreft de royaltybetaling dus niet in de heffing. Staat A beschouwt SWV als niet-transparant en als niet in Staat A gevestigd. Staat A betreft het inkomen van SWV daarom niet in de heffing. Er is dus sprake van een 'aftrek zonder betrekking in de heffing' voor 100.

Ingeval Staat A CFC-regels kent, kunnen die van toepassing zijn op de royaltybetaling van BV aan SWV. Er zijn vele varianten van CFC-regimes. De vergoeding of betaling wordt alleen beschouwd als betrokken in de heffing indien de vergoeding of betaling als zodanig volledig tegen het statutaire tarief in de heffing is betrokken en er met betrekking tot die vergoeding of betaling geen recht op verrekening van winstbelasting bestaat (hierna ook: onderliggende winstbelasting). Dat betekent dat geen sprake is van betrekking in de heffing wanneer een verrekening wordt toegestaan van een naar de winst geheven belasting die door een ander lichaam dan de CFC is betaald. Indien aan een van de voorwaarden niet is voldaan, is geen sprake van betrekking in de heffing.

In de volgende gevallen is in ieder geval niet aan de voorwaarden voldaan:

- Land A hanteert een bijzonder tarief voor CFC-inkomen van bijvoorbeeld 10%, terwijl het statutaire tarief hoger ligt. Het inkomen is dan niet in de heffing betrokken tegen het statutaire tarief.
- Het inkomen wordt bij A Co voor 100 in de heffing betrokken, maar er wordt vervolgens een grondslagvermindering toegestaan voor CFC-inkomen, zodat uiteindelijk maar een deel van de 100 in de heffing is betrokken. Het inkomen is niet volledig in de heffing betrokken.
- Land A betreft de volledige 100 in de heffing tegen het statutaire tarief van bijvoorbeeld 30. Hierdoor is de belastingdruk 30, maar daarnaast staat Staat A ook een (al dan niet forfaitaire) credit toe voor onderliggende winstbelasting van bijvoorbeeld 15, waardoor uiteindelijk 15 belasting wordt geheven. Er bestaat – met andere woorden – een recht op verrekening van winstbelasting.



- Onder het CFC-regime kan al het inkomen van de andere lichamen in de structuur waarin een belastingplichtige direct of indirect een belang heeft worden geconsolideerd, waarmee winsten en verliezen tegen elkaar worden afgezet. De betaling *als zodanig* is in die gevallen niet belast.

#### Staat van de ontvanger

Bij aftrek zonder betrekking in de heffing wordt beoordeeld of de betrekking in de heffing plaatsvindt in de staat van de ontvanger. De staat van de ontvanger is de staat waarin de betaling wordt ontvangen of wordt beschouwd als te zijn ontvangen bij of krachtens de wet van enige andere staat. Deze term heeft een ruime strekking. Als enige staat een betaling beschouwt als te zijn ontvangen in een staat, is die laatste de staat van de ontvanger. In voorstaand voorbeeld is Staat A de staat van de ontvanger. Staat A beschouwt zichzelf niet als staat van de ontvanger van de betaling. Echter, Nederland beschouwt staat A wel al staat van de ontvanger, omdat Nederland de betaling toerekent aan de participanten in SWV. Er kunnen meerdere staten als staat van de ontvanger worden aangemerkt. Bijvoorbeeld bij een hybridemismatch met een vaste inrichting (genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel c) is de staat van het hoofdhuis de staat van de ontvanger, omdat de betaling in die staat wordt ontvangen. Tegelijkertijd kan ook de staat waarin de vaste inrichting is gelegen de staat van de ontvanger zijn, omdat de betaling op basis van toerekeningsregels beschouwd wordt als ontvangen door de vaste inrichting.

#### *Buiten beschouwing blijvende vaste inrichting (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969)*

Er is sprake van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bij of krachtens de wet van de staat van het hoofdhuis een vaste inrichting wordt erkend, terwijl bij of krachtens de wet van de staat waarin de staat van het hoofdhuis die vaste inrichting beschouwt als aanwezig te zijn, geen vaste inrichting wordt erkend. Eenvoudig gezegd erkent dus de 'staat van de vaste inrichting' géén vaste inrichting, terwijl de staat van het hoofdhuis wel een vaste inrichting in die andere staat aanwezig acht.

#### *Dubbele aftrek en staat van de betaler (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969)*

In onderdeel c van het eerste lid van genoemd artikel 12ac wordt de term dubbele aftrek gedefinieerd. Ook wordt in dat onderdeel het begrip staat van de betaler gedefinieerd.

#### Dubbele aftrek

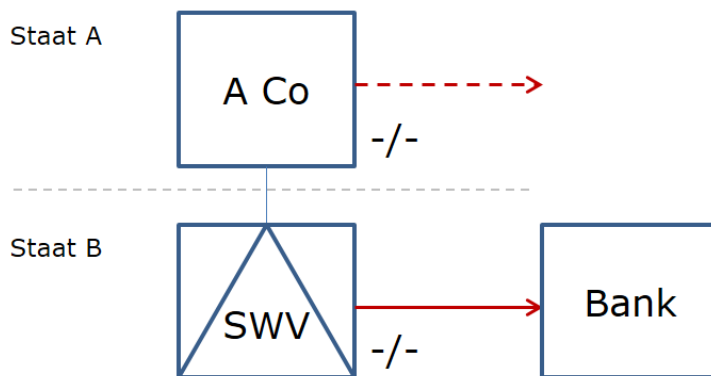
Onder dubbele aftrek wordt verstaan dat een aftrek van een vergoeding, betaling, van lasten of van een verlies wordt toegestaan in de staat van de betaler én in een andere staat. Anders gezegd wordt dus één vergoeding, betaling, last of verlies in meerdere staten in aftrek toegestaan. Onder aftrek moet hetzelfde worden verstaan als hetgeen onder aftrek wordt verstaan in de definitie van aftrek zonder betrekking in de heffing.

Onder een dubbele aftrek wordt niet alleen de situatie begrepen dat een aftrek in twee staten in aanmerking wordt genomen, maar ook een situatie dat een aftrek in meer dan twee staten in aanmerking wordt genomen.

### Staat van de betaler

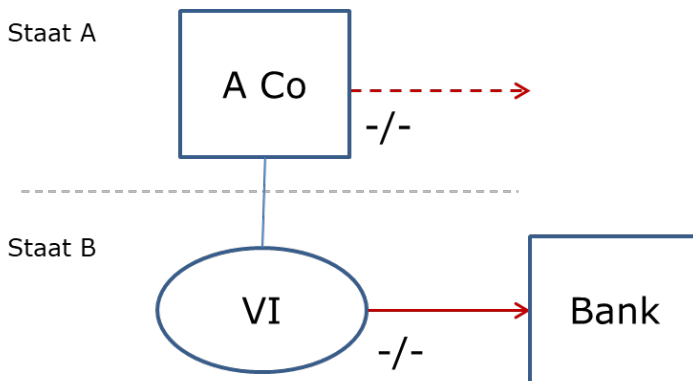
De staat van de betaler is de staat waarin de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden. Dit wordt beoordeeld naar de feiten en omstandigheden van het geval. In geval van een structuur met aftrek zonder betrekking in de heffing (zoals aan de orde is in de situaties waar genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a, b, c, d, e en f, op ziet) is de staat van de betaler de staat waarin de vergoeding of betaling in aftrek wordt gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting. In geval van een dubbele aftrek zijn er in beginsel meerdere staten die een aftrek toestaan en dient te worden beoordeeld in welk van die staten de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden. Hieronder zijn de voorbeelden zoals opgenomen in de paragrafen 4.1.3 en 4.3.4 van het algemeen deel van deze memorie nogmaals opgenomen om aan de hand daarvan te illustreren welke staat de staat van de betaler is. In de voorbeelden is steeds de 'onderste staat' de staat van de betaler.

#### **Voorbeeld 11**



In dit voorbeeld is Staat B de staat van de betaler.

#### **Voorbeeld 12**



Ook in dit voorbeeld is Staat B de staat van de betaler.

*Dubbel in aanmerking genomen inkomen (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969)*

Het weigeren van de aftrek, dan wel het extra in de heffing betrekken van een betaling op grond van de hybridemismatchmaatregelen, kan leiden tot dubbele belastingheffing als er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Dit wetsvoorstel bevat in genoemd artikel 12aa, derde lid, en genoemd artikel 12af regels voor gevallen waarin dit zich voordoet. In het genoemde artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d, wordt de term dubbel in aanmerking genomen inkomen gedefinieerd.

Er is sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen voor zover een inkomensbestanddeel bij of krachtens de wetten van de staten waartussen een aftrek zonder betrekking in de heffing of een dubbele aftrek ontstaat in beide staten in een naar de winst geheven belasting is betrokken. Met het in de heffing betrekken van een inkomensbestanddeel wordt verstaan hetgeen in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel a, is gedefinieerd als betrekking in de heffing.

In de toelichting bij genoemd artikel 12aa, derde lid, is een voorbeeld opgenomen aan de hand waarvan wordt toegelicht in welke gevallen sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Voor een nadere toelichting op de term dubbel in aanmerking genomen inkomen wordt daarom verwezen naar de toelichting bij genoemd artikel 12aa, derde lid.

*Financieel instrument (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969)*

Genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e, definieert financieel instrument als ieder instrument dat leidt tot rendement op een geldlening of daarmee vergelijkbare overeenkomst en ieder instrument dat leidt tot een rendement op eigen vermogen. Daaronder valt in ieder geval een instrument dat in het maatschappelijke verkeer als financieel instrument wordt aangemerkt, zoals een lening en aandelenkapitaal. Ook daarvan afgeleide producten kunnen kwalificeren als financieel instrument.

Ook de hybride overdracht wordt in deze definitie als financieel instrument aangemerkt. Deze neemt een bijzondere positie in. De hybride overdracht wordt immers in het maatschappelijke verkeer doorgaans niet als zelfstandig financieel instrument aangemerkt, maar is een handeling ten aanzien van een of meerdere financiële instrumenten. Er kan echter wel een (ongewenst) belastingvoordeel worden behaald door middel van een hybride overdracht. Dit wetsvoorstel beoogt ook dit belastingvoordeel weg te nemen. Daarom worden ook hybride overdrachten onder de definitie van genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e, gebracht. De term hybride overdracht is gedefinieerd in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel h, en wordt nader toegelicht in de toelichting op dat onderdeel.

*Gestructureerde regeling (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel f, Wet Vpb 1969)*

De hybridemismatchmaatregelen kunnen ook van toepassing zijn op transacties tussen ongelieerde partijen. Het kan zich namelijk voordoen dat ongelieerde partijen een hybridemismatch tot stand brengen en daarmee een belastingvoordeel behalen. Om ook dergelijke structuren tegen te gaan, zijn de hybridemismatchmaatregelen ook van toepassing op een zogenoemde gestructureerde regeling. Deze term wordt in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel f, gedefinieerd.

Er is sprake van een gestructureerde regeling indien een regeling betrekking heeft op een situatie zoals beschreven in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a tot en met g, en de voordelen die uit de hybridemismatch in de voorwaarden van de betreffende transactie zijn "ingeprijsd", of als een regeling zo is opgezet dat de regeling resulteert in een situatie zoals is beschreven in genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdelen a tot en met g.

Een uitzondering geldt als zowel van de belastingplichtige als van aan de belastingplichtige gelieerde lichamen niet redelijkerwijs had mogen worden verwacht dat deze zich bewust waren van het resultaat van de regeling en de partijen bij de regeling geen profijt trekken uit het uit de regeling voortvloeiende belastingvoordeel. Het is dus niet vereist dat van de belastingplichtige zelf redelijkerwijs had mogen worden verwacht dat hij zich bewust was van het resultaat. Ook indien dit van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam had mogen worden verwacht, is niet langer voldaan aan de voorwaarden van deze uitzondering. Echter, ingeval weliswaar niet van de belastingplichtige of een aan hem gelieerd lichaam mag worden verwacht dat hij of dat lichaam zich bewust is van het resultaat, maar hij of dat lichaam wel profijt trekt uit de regeling is deze uitzondering alsnog niet van toepassing (en is er dus alsnog sprake van een gestructureerde regeling). Bovenstaande is, net als in het algemeen geldt voor dit wetsvoorstel, een objectieve toets. Het oogmerk van de betrokkenen is daarbij dus niet relevant.

Hierna volgt een aantal voorbeelden waarbij sprake is van een gestructureerde regeling:

1. Een regeling die is ontworpen, of onderdeel is van een plan, om een hybridemismatch te creëren.
2. Een regeling waarin een voorwaarde, transactie of handeling is geïncorporeerd met als doel een hybridemismatch te creëren.
3. Een regeling die primair wordt aangeboden aan belastingplichtigen die zijn gevestigd in een staat waarin de hybridemismatch opkomt.
4. Een regeling waarbij een clause is opgenomen die regelt dat de voorwaarden van de regeling worden aangepast als de voordelen van de hybridemismatch zich niet meer voordoen.
5. Een regeling waarbij een negatieve opbrengst zou worden behaald bij afwezigheid van de hybridemismatch.

#### *Hybride lichaam (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel g, Wet Vpb 1969)*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel g, wordt de term hybride lichaam gedefinieerd. Een hybride lichaam is een lichaam of regeling die bij of krachtens de wet van een staat als een zelfstandig belastingplichtige wordt beschouwd en waarvan de winst bij of krachtens de wet van een andere staat als de winst van een of meer andere lichamen of natuurlijke personen (de participanten in het lichaam) wordt beschouwd. Met andere woorden, een regeling of lichaam is conform deze definitie hybride indien de ene staat de regeling of het lichaam als niet-transparant beschouwt, terwijl een andere staat dat lichaam of die regeling als transparant beschouwt (voor een naar de winst geheven belasting).

De term lichaam of regeling moet in dat kader ruim worden opgevat en een lichaam of regeling is daarom meer dan hetgeen enkel voor Nederlandse belastingdoeleinden als een lichaam wordt

beschouwd. Het is niet vereist dat de staat die het lichaam of de regeling als zelfstandig belastingplichtige beschouwt het lichaam of de regeling ook daadwerkelijk in haar eigen belastingheffing betreft.

Indien een lichaam twee participanten heeft in twee verschillende staten en de staat waarvan de ene participant fiscaal inwoner is het lichaam als transparant beschouwt, terwijl de staat waarvan de andere participant fiscaal inwoner is het lichaam als niet-transparant beschouwt, wordt het lichaam in zijn geheel als hybride aangemerkt. Dit betekent overigens nog niet dat een vergoeding of betaling aan of door een dergelijk hybride lichaam altijd volledig wordt gecorrigeerd. De hybridemismatchmaatregelen uit genoemd artikel 12aa zijn namelijk slechts van toepassing voor zover er sprake is van een hybridemismatch. Indien de staten waarin de participanten in een lichaam zijn gevestigd dat lichaam voor belastingdoeleinden verschillend kwalificeren, is het waarschijnlijk dat de betaling slechts voor een deel aanleiding geeft tot een hybridemismatch, omdat het andere deel van de betaling wel in de heffing wordt betrokken, dan wel in zoverre geen aftrek wordt toegestaan in een situatie met dubbele aftrek.

*Hybride overdracht (artikel 12ac, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb 1969)*

Een hybride overdracht is een overeenkomst voor het overdragen van een financieel instrument waarbij de onderliggende opbrengst van het overgedragen financieel instrument voor belastingdoeleinden van de verschillende betrokken staten wordt behandeld alsof deze is verkregen door meer dan een van de partijen bij die overeenkomst.

Bij een hybride overdracht is in de regel sprake van een samenstel van rechtshandelingen. Vaak zal er in enige vorm een financieel instrument worden overgedragen terwijl ook (vooraf) wordt overeengekomen dat het financiële instrument op een later moment weer terug wordt overgedragen (tegen een vooraf overeengekomen prijs). Hierdoor kan er tussen staten een verschil in opvatting bestaan over de vraag of het financiële instrument voor belastingdoeleinden is overgedragen. Het kan dan voorkomen dat meerdere staten het financiële instrument beschouwen als gehouden door een belastingplichtige die fiscaal inwoner is van ieder van die staten. Dit verschil in opvatting kan leiden tot een hybridemismatch. Hier wordt verder op ingegaan in de toelichting op genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a.

Het begrip financieel instrument wordt ook in het kader van de hybride overdracht uitgelegd conform de definitie die is opgenomen in genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel e. Bij een hybride overdracht bestaat er in beginsel geen verschil van opvatting over de kwalificatie van het financiële instrument dat wordt overgedragen. Het hybride element vloeit voort uit het verschil in opvatting dat bestaat over de vraag of het financiële instrument voor belastingdoeleinden is overgedragen.

Bij een onderliggende opbrengst kan gedacht worden aan een dividend dat wordt uitgekeerd of een rente die wordt betaald op het financiële instrument dat voorwerp is van de hybride overdracht. Bij de voorwaarde dat de onderliggende opbrengst bij meer dan een partij (door de betrokken staten) dient te worden beschouwd als te zijn ontvangen, is niet vereist dat het moment van in

aanmerking nemen van deze vergoeding of betaling op hetzelfde tijdstip moet plaatsvinden. Het volstaat dat beide staten de onderliggende opbrengst op enig moment als verkregen beschouwen.

*Artikel 12ac, tweede lid, Wet Vpb 1969*

*Een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam*

De hybridemismatchmaatregelen zijn van toepassing voor zover de aftrek zonder betrekking in de heffing of de dubbele aftrek ontstaat tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam, binnen hetzelfde lichaam of indien sprake is van een gestructureerde regeling. In genoemd artikel 12ac, tweede lid, is voor de toepassing van de voorgestelde afdeling 2.2a (derhalve voor de toepassing van regels met betrekking tot de hybridemismatches) bepaald in welke situaties sprake is van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam. Deze definitie bestaat uit vier onderdelen.

In de eerste plaats is in onderdeel a van genoemd artikel 12ac, tweede lid, geregeld dat in dit verband onder een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt verstaan een gelieerd lichaam als bedoeld in het ingevolge het wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking te introduceren artikel 13ab, achtste of negende lid, Wet Vpb 1969. Er is dus voor de toepassing van genoemde afdeling 2.2a, kort gezegd, sprake van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam indien die belastingplichtige direct of indirect een belang heeft van ten minste 25% in een lichaam, of indien een lichaam direct of indirect een belang heeft van ten minste 25% in de belastingplichtige. Hierbij wordt onder belang van ten minste 25% verstaan een belang van ten minste 25% in het nominaal gestorte kapitaal, een belang dat ten minste 25% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt of een belang dat recht geeft op ten minste 25% van de winst. Indien een lichaam een belang heeft van ten minste 25% in de belastingplichtige en tevens een belang heeft van ten minste 25% of meer in een ander lichaam, wordt ook dat laatstbedoelde lichaam aangemerkt als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam.

Ten tweede is in genoemd artikel 12ac, tweede lid, onderdeel b, geregeld dat lichamen die deel uitmaken van een samenwerkende groep die gezamenlijk voor ten minste 25% belang (in de hiervoor bedoelde betekenis) hebben in de belastingplichtige ook worden aangemerkt als aan de belastingplichtige gelieerd lichamen. In genoemd artikel 12ac, tweede lid, onderdeel c, wordt bepaald dat, indien de samenwerkende groep (die een belang heeft van ten minste 25% in de belastingplichtige), ook een gezamenlijk belang van ten minste 25% hebben in een ander lichaam, ook dat lichaam als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam wordt aangemerkt. Het gaat hierbij om een samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet Vpb 1969. Of sprake is van een samenwerkende groep zal afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden van het individuele geval.

Tot slot is in onderdeel d van het tweede lid van genoemd artikel 12ac geregeld dat onder een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam ook wordt verstaan een lichaam dat tot dezelfde geconsolideerde groep behoort als belastingplichtige. Hiervoor wordt in genoemd onderdeel d aangesloten bij het concernbegrip van het jaarrekeningrecht, dat van toepassing is ingevolge artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of ingevolge een soortgelijke buitenlandse regeling (bijvoorbeeld de International Financial Reporting Standards (IFRS)).

*Artikel 12ac, derde lid, Wet Vpb 1969*

In genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel a, is bepaald dat indien sprake is van een verschil in de kwalificatie van een financieel instrument de aftrek ter zake van een vergoeding of betaling wordt geweigerd indien die vergoeding of betaling niet binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken. De achtergrond hiervan is dat als de betrekking in de heffing in relatie tot het moment van genieten van de aftrek naar zakelijke maatstaven onredelijk lang wordt uitgesteld een (liquiditeits)voordeel in aanmerking wordt genomen en tijdelijk de belastinggrondslag wordt uitgehouden. De vraag of de heffing binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden, is relevant als staten inkomen op verschillende tijdstippen als genoten beschouwen. Om te bepalen of een vergoeding of betaling binnen een redelijke termijn in de heffing is betrokken, wordt allereerst gekeken of de vergoeding of betaling in de staat van de ontvanger in de heffing is betrokken in een belastingtijdvak dat aanvangt binnen twaalf maanden na afloop van het belastingtijdvak waarin de vergoeding of betaling in aanmerking is genomen. Stel dat de belastingplichtige het kalenderjaar hanteert als boekjaar en een betaling verricht in 2019 die ook in dat jaar in aanmerking is genomen (in aftrek is gebracht), terwijl de ontvanger een gebroken boekjaar hanteert dat aanvangt op 1 juli, dan is de betaling in ieder geval binnen een redelijke termijn in de heffing betrokken ingeval deze in de staat van de ontvanger in de heffing wordt betrokken in het boekjaar dat aanvangt op 1 juli 2020.

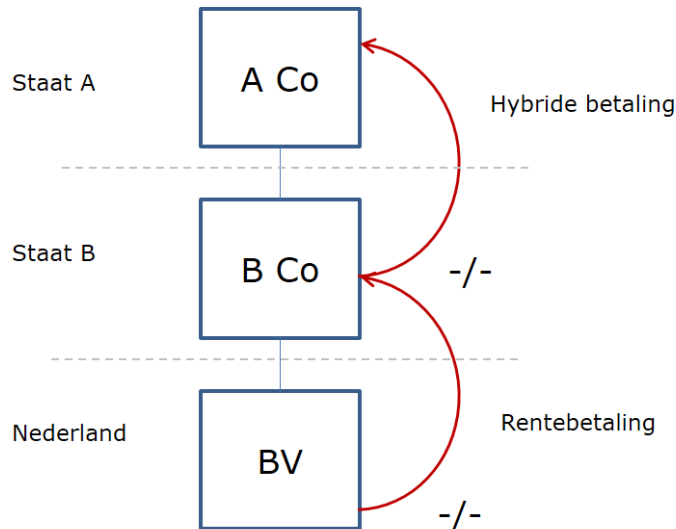
Als de vergoeding of betaling in de staat van de ontvanger niet in de heffing is betrokken in een belastingtijdvak dat aanvangt binnen twaalf maanden na afloop van het belastingtijdvak waarin de vergoeding of betaling in aanmerking is genomen, dan kan nog steeds sprake zijn van een vergoeding of betaling die binnen een redelijke termijn in de heffing is betrokken, als wordt voldaan aan de twee voorwaarden die zijn opgenomen in genoemd artikel 12ac, derde lid, onderdeel b. Ten eerste dient redelijkerwijs de verwachting te bestaan dat de vergoeding of betaling bij de ontvanger in een toekomstig belastingtijdvak in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Ten tweede dienen de betalingsvoorwaarden van het financiële instrument dusdanig te zijn dat deze door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. De laatstgenoemde toets kan worden vergeleken met de zakelijkheidstoets zoals opgenomen in artikel 8b Wet Vpb 1969, waarbij van belang is wat onafhankelijke partijen met elkaar zouden zijn overeengekomen. Onderdelen van de lening die relevant kunnen zijn voor die zakelijkheidstoets zijn bijvoorbeeld de betalingstermijnen, de hoogte van de rente, de omvang van de totale schuld, de lengte van de looptijd, het aflossingsschema, et cetera.

*Artikel 12ad Wet Vpb 1969*

Na de introductie van maatregelen ter neutralisatie van hybridemismatches in de EU kunnen hybridemismatches nog voordelen opleveren tussen staten die nog geen maatregelen ter bestrijding van hybridemismatches kennen. Het belastingvoordeel daarvan kan door middel van een reeks van (niet-hybride) transacties naar de EU en dus ook naar Nederland worden verschoven. De belastingplichtige 'importeert' dan de belastingvoordelen die worden behaald door het gebruik van hybridemismatches van buiten de EU naar Nederland. Deze situaties worden

daarom aangeduid als geïmporteerde hybridemismatches. Hieronder wordt deze situatie aan de hand van een voorbeeld toegelicht.

### Voorbeeld 13



In bovenstaand voorbeeld is tussen de lichamen A Co en B Co (in Staat A en Staat B) een financieel instrument uitgegeven dat aanleiding geeft tot een hybridemismatch. Er is dus in Staat B een aftrek zonder dat er in Staat A betrekking in de heffing plaatsvindt en dit het gevolg is van de kwalificatie van het instrument. Tussen B Co en BV is een niet-hybride lening afgesloten. BV betaalt daarover rente aan B Co. Deze is in beginsel aftrekbaar. Die rente wordt door B Co doorbetaald aan A Co op het hybride financiële instrument. Hierdoor ontstaat een situatie dat er in Nederland een aftrek plaatsvindt zonder dat deze in de heffing wordt betrokken. In dit voorbeeld is derhalve sprake van een geïmporteerde hybridemismatch.

Het voorgestelde artikel 12ad, eerste lid, Wet Vpb 1969 neutraliseert in deze situatie de belastingvoordelen door de aftrek te weigeren. Van een geïmporteerde hybridemismatch is sprake voor zover een vergoeding of betaling rechtens dan wel in feite direct of indirect door middel van een transactie of een reeks transacties tussen aan de belastingplichtige gelieerde lichamen of in het kader van een gestructureerde regeling dient ter financiering van aftrek van kosten waarop in Nederland genoemd artikel 12aa Wet Vpb 1969 van toepassing zou zijn.

Het is niet relevant hoeveel transacties plaatsvinden voordat de vergoeding of betaling vanuit Nederland wordt gebruikt ter financiering van de hybridemismatch. Met andere woorden, er is ook sprake van een geïmporteerde hybridemismatch indien meerdere 'schakels' zijn gevoegd tussen de belastingplichtige in Nederland en het lichaam dat de betaling doet die aanleiding geeft tot de hybridemismatch. In het voorbeeld zou dat dus kunnen betekenen dat er tussen B Co en BV nog één of meer lichamen zijn gevoegd die ook niet-hybride transacties verrichten tussen - uiteindelijk - BV en B Co.



Het is wel vereist dat alle betrokken partijen aan de belastingplichtige gelieerde lichamen zijn (dus zowel de partijen waartussen de hybridemismatch ontstaat als de partijen die deel uitmaken van de reeks transacties) of dat er sprake is van een gestructureerde regeling. Ook tussen partijen die betrokken zijn bij de reeks transacties, maar niet zelf een hybridemismatch tot stand brengen, kan sprake zijn van een gestructureerde regeling. In dat geval zal de regeling namelijk zodanig zijn opgezet dat die resulteert in een aftrek zonder betrekking in de heffing of een dubbele aftrek. Bovendien zullen ook de partijen die betrokken zijn bij de reeks transacties (indirect) profijt trekken uit het belastingvoordeel van de hybridemismatch.

Van een geïmporteerde hybridemismatch is slechts sprake als er een verband bestaat tussen de aftrek in Nederland en de aftrek die leidt tot een hybridemismatch in het buitenland. Indien in het hiervoor genoemde voorbeeld een hybridemismatch ontstaat met betrekking tot een vergoeding of betaling die zich tussen Staat A en Staat B voordoet, maar er geen verband is met de transactie die plaatsvindt tussen Nederland en Staat B, vindt er geen correctie plaats. Oftewel, het is niet zo dat iedere vergoeding of betaling van een Nederlandse belastingplichtige aan een lichaam dat ook een andere transactie is aangegaan die leidt tot een hybridemismatch, onder de regels voor geïmporteerde hybridemismatches in Nederland wordt gecorrigeerd. Of sprake is van een verband dient te worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. Daarbij wordt opgemerkt dat de enkele constatering dat het bedrag dat in Nederland in aftrek wordt gebracht gelijk is aan het bedrag dat bij de hybridemismatch in aftrek wordt gebracht niet voldoende is om reeds te spreken van een geïmporteerde hybridemismatch. Ondanks dat in het voorbeeld wordt gesproken van 'eenzelfde bedrag' dat wordt doorbetaald, kan voor de vraag of sprake is van een reeks transacties - en derhalve of er een verband bestaat tussen de transacties die onderdeel van de reeks zijn - de hoogte van het bedrag dat door de belastingplichtigen wordt betaald en doorbetaald een indicatie zijn, maar dit is hiervoor niet doorslaggevend.

Genoemd artikel 12ad is slechts van toepassing voor zover de betaling dient ter financiering van een hybridemismatch. Indien een rentebetaling bijvoorbeeld voor de helft wordt doorbetaald aan een lichaam die dit inkomen gebruikt ter financiering van een aftrek die aanleiding geeft tot een hybridemismatch, terwijl de andere helft in de heffing wordt betrokken (en dus geen aanleiding geeft tot een hybridemismatch), wordt de aftrek slechts voor de helft geweigerd.

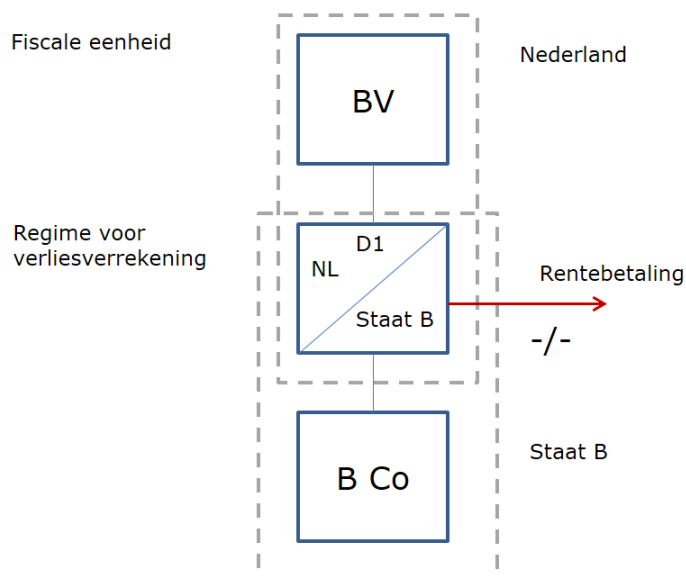
In genoemd artikel 12ad, tweede lid, is bepaald dat de maatregel niet van toepassing is voor zover een andere staat die betrokken is bij de transactie of reeks transacties reeds een gelijkwaardige aanpassing maakt als ingevolge de genoemde artikelen 12ad, eerste lid, 12aa of 12ab zou worden gemaakt, waardoor de gevolgen van de (geïmporteerde) hybridemismatch worden geneutraliseerd. In deze gevallen zijn de voordelen uit de hybridemismatch reeds geneutraliseerd en is het niet meer nodig dat hybridemismatchmaatregelen in Nederland worden toegepast.

#### *Artikel 12ae Wet Vpb 1969*

In het voorgestelde artikel 12ae Wet Vpb 1969 is een maatregel opgenomen die mismatches als gevolg van een dubbele vestigingsplaats van de belastingplichtige neutraliseert. Een lichaam is

doorgaans belastingplichtig als inwoner in de staat waarin zij gevestigd is. Staten bepalen op verschillende wijzen of een lichaam in hun staat gevestigd is. Zo is een lichaam in Nederland gevestigd als het is opgericht naar Nederlands recht of als zijn feitelijke leiding in Nederland is gelegen. Het is mogelijk dat de feitelijke leiding van een lichaam zich in een andere staat bevindt dan de staat naar wiens recht het lichaam is opgericht. Er is dan sprake van een dubbele vestigingsplaats. Als twee staten het lichaam beschouwen als in hun staat gevestigd, dan heeft het lichaam een dubbele vestigingsplaats. Als deze twee staten een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting hebben gesloten zal daarin zijn geregeld in welke staat het lichaam met een dubbele vestigingsplaats inwoner is. Indien dit echter door (de toepassing van) het verdrag niet wordt opgelost, of als geen verdrag van toepassing is, blijft het lichaam van twee staten inwoner. Dan kan een situatie ontstaan waarbij in twee staten een aftrek wordt geclaimd die in beide staten wordt afgezet tegen winst. Deze situatie wordt hieronder geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld.

#### Voorbeeld 14



Een naar Nederlands opgerichte moedermaatschappij (BV) heeft een dochtermaatschappij (D1), die een naar het recht van Staat B opgerichte dochtermaatschappij (B Co) heeft. B Co is in Staat B gevestigd en BV is in Nederland gevestigd. BV en B Co hebben geen dubbele vestigingsplaats. D1 is voor Nederlandse belastingdoeleinden in Nederland gevestigd en voor de belastingdoeleinden van Staat B in Staat B gevestigd. Daarnaast is D1 in Nederland gevoegd in een fiscale eenheid met BV en tegelijkertijd met B Co onderdeel van een regeling in Staat B waarbij verliesoverdracht wordt toegestaan. D1 heeft een lening aangetrokken, waarop rente wordt betaald door D1. Deze rentebetalingen zijn aftrekbaar van de winst van D1. Door het regime van verliesoverdracht in Staat B kan de rentebetaling door D1 worden verrekend met de operationele winsten van B Co. Doordat D1 voor Nederlandse belastingdoeleinden ook in Nederland is gevestigd, wordt de rentebetaling ook in Nederland in aftrek gebracht. Doordat een fiscale eenheid is aangegaan kan de renteaftrek vervolgens verrekend worden met het inkomen dat wordt behaald door BV. Er is in dit voorbeeld derhalve sprake van dubbele aftrek.

Net als bij de andere situaties waarbij sprake is van een dubbele aftrek dient de dubbele aftrek bij een dubbele vestigingsplaats te worden geneutraliseerd voor zover deze aftrek wordt afgezet tegen inkomen dat niet in beide staten in de heffing wordt betrokken (dubbel in aanmerking genomen inkomen). Aftrek wordt dus in geval van een dubbele vestigingsplaats slechts geweigerd voor zover de aftrek wordt afgezet tegen inkomen dat geen dubbel in aanmerking genomen inkomen is. Voor een verdere bespreking over de systematiek van dubbel in aanmerking genomen inkomen wordt verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 12aa, derde lid, Wet Vpb 1969.

Bij een dubbele vestigingsplaats schrijft ATAD2 voor dat in beginsel beide betrokken staten de hybridemismatch neutraliseren door de aftrek te weigeren. In geval van een dubbele vestigingsplaats met daardoor een dubbele aftrek en waarbij een van de vestigingsplaatsen in Nederland is gelegen, zal Nederland de aftrek weigeren. Indien de andere betrokken staat dit ook doet, kan dit leiden tot dubbele belasting. Om dit zoveel mogelijk te voorkomen is in het tweede lid van genoemd artikel 12ad geregeld dat de aftrek wel wordt toegestaan in Nederland, indien de andere staat waarvan het lichaam fiscaal inwoner is een EU-lidstaat is en op basis van het verdrag tussen Nederland en die lidstaat het lichaam fiscaal inwoner is van Nederland. Onder deze systematiek wordt de aftrek dus toegestaan in de staat waarvan de belastingplichtige volgens het relevante verdrag fiscaal inwoner is.

#### *Artikel 12af Wet Vpb 1969*

In genoemd artikel 12aa, derde lid, is bepaald dat een aftrek die op grond van het eerste lid van dat artikel in een jaar is geweigerd, alsnog in aftrek komt voor zover er in dat jaar sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Wanneer daar sprake van is en hoe dit uitwerkt, wordt nader toegelicht in de toelichting bij dat artikel en bij genoemd artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d. Het jaar waarin de aftrek geweigerd wordt, zal niet altijd samenvallen met het jaar waarin dubbel in aanmerking genomen inkomen wordt genoten. In die gevallen is genoemd artikel 12aa, derde lid, niet van toepassing. Voor gevallen waarin het dubbel in aanmerking genomen inkomen in enig jaar nadat de aftrek is geweigerd wordt genoten, is daarom een regeling opgenomen in het voorgestelde artikel 12af Wet Vpb 1969.

Genoemd artikel 12af regelt dat een aftrek die eerder is geweigerd op grond van genoemd artikel 12aa effectief alsnog in aftrek kan worden gebracht voor zover er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen in een later jaar. Dit resultaat wordt bereikt door in een jaar waarin dubbel in aanmerking genomen inkomen wordt genoten een aftrek toe te staan gelijk aan het bedrag van het dubbel in aanmerking genomen inkomen van dat jaar. Het bedrag aan aftrek op grond van deze bepaling is daarbij nooit hoger dan het bedrag waarvoor in eerdere jaren aftrek op grond van genoemd artikel 12aa is geweigerd. De tweede zin van het genoemd artikel 12af zorgt ervoor dat een geweigerde aftrek maar een keer kan worden teruggenomen (en dus alsnog wordt verleend). Hieronder een voorbeeld dat is gebaseerd op het voorbeeld in de toelichting bij genoemd artikel 12aa, derde lid. In dat voorbeeld is de situatie als volgt:

|        | Inkomen Nederland | Inkomen Staat A | Dubbel in aanmerking genomen inkomen |
|--------|-------------------|-----------------|--------------------------------------|
| Jaar 1 | 100               | 50              | 50                                   |
| Jaar 2 | 0                 | 50              | 50                                   |
| Totaal | 100               | 100             | 100                                  |

In dit voorbeeld betreft Nederland 100 inkomen in het jaar 1 in de heffing en 0 in jaar 2, terwijl Staat A zowel in jaar 1 als in jaar 2 50 in de heffing betreft. In dat geval is er in jaar 1 slechts sprake van 50 aan dubbel in aanmerking genomen inkomen.

In jaar 1 is er voorts een aftrek van 100 die wordt geweigerd op grond van genoemd artikel 12aa, eerste lid. Op basis van genoemd artikel 12aa, derde lid, wordt de aftrekbeperking van 100 in jaar 1 beperkt tot 50. In jaar 2 is dan wederom sprake van dubbel in aanmerking genomen inkomen van 50, omdat in dat jaar Staat A 50 in aanmerking neemt die eerder in Nederland ook in aanmerking is genomen. Genoemd artikel 12aa, derde lid, voorziet alleen in een correctie in het jaar waarin de aftrekbeperking uit het eerste lid van dat artikel geldt. In jaar 2 is er geen aftrekbeperking die verminderd kan worden met het bedrag van dubbel in aanmerking genomen inkomen van dat jaar en is het derde lid van genoemd artikel 12aa niet van toepassing. Voor die gevallen is in genoemd artikel 12af bepaald dat in jaar 2 een bedrag van 50 aftrekbaar is, zodat de aftrekbeperking van jaar 1 wordt teruggenomen (oftewel de aftrek alsnog wordt verleend) voor zover er sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen.

*Artikel I, onderdeel C (Artikel 15e, negende lid, Wet Vpb 1969)*

In het voorgestelde artikel 15e, negende lid, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten niet wordt toegepast met betrekking tot buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen als bedoeld in artikel 12ac, eerste lid, onderdeel b. Door het niet toepassen van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten op buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen wordt voorkomen dat een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in relatie met Nederland ontstaat leidt tot inkomen waarover zowel in Nederland als in de andere staat (waarin naar Nederlandse opvatting de vaste inrichting is gelegen) niet wordt geheven.

Indien Nederland inkomen van een buiten beschouwing blijvende inrichting alsnog in de heffing betreft, is er geen sprake meer van een aftrek zonder betrekking in de heffing en daarmee is er in beginsel ook geen ruimte meer voor toepassing van de primaire regel (het weigeren van de aftrek) door de staat van de betaler. Dit betekent ook dat indien een andere staat inkomen van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting op grond van een regel vergelijkbaar met genoemd artikel 15e, negende lid, in de heffing betreft, genoemd artikel 12aa, eerste lid, onderdeel d, niet van toepassing is.

*Artikel II (Inwerkingtreedingsbepaling)*

De in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen treden in werking met ingang van 1 januari 2020 en vinden voor het eerst toepassing met betrekking tot boekjaren die aanvangen op of na die datum. De voorgestelde wijzigingen van artikel 2 Wet Vpb 1969 (de zogenoemde belastingplichtmaatregel) treden in werking met ingang van 1 januari 2022 en vinden voor het eerst toepassing met betrekking tot boekjaren die aanvangen op of na die datum.