

Wetsvoorstel implementatie ATAD2 ingediend bij de Tweede Kamer

Op 2 juli 2019 is het wetsvoorstel ter implementatie van de aanpassing van de EU-richtlijn ter bestrijding van belastingontwijking (ATAD2) bij de Tweede Kamer ingediend. Als gevolg van deze aanpassing bestrijdt de richtlijn zowel hybridemismatches tussen EU-lidstaten onderling als tussen EU-lidstaten en derde landen. Zie ook [onze eerdere berichtgeving](#) naar aanleiding van het politieke akkoord in februari 2017.

Het nu bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel is inhoudelijk in lijn met het in oktober 2018 in consultatie gebrachte conceptwetsvoorstel. In [onze berichtgeving](#) over het consultatiedocument zijn wij al uitgebreid ingegaan op het conceptwetsvoorstel. Gelet op het belang voor de fiscale praktijk zullen wij de inhoud van het nu ingediende wetsvoorstel hierna echter wederom uitgebreid bespreken.

1 Implementatie ATAD2 in het kort

1.1 Hybridemismatches

ATAD2 schrijft voor belastingontwijking via hybridemismatches in gelieerde verhoudingen te bestrijden. Bij hybridemismatches gaat het om situaties waarin gebruik wordt gemaakt van verschillen tussen belastingstelsels met betrekking tot (de kwalificatie van) lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen. Hybridemismatches kunnen resulteren in een fiscale aftrek waarbij de corresponderende opbrengst nergens wordt belast of waarbij dezelfde vergoeding meerdere malen aftrekbaar is.

De maatregelen zijn niet gericht tegen mismatches die niet hun oorsprong vinden in een hybride element. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een verschillende toepassing van het *arm's length principle* tussen landen, of wanneer een vergoeding of betaling niet in de heffing wordt betrokken omdat het lichaam niet vennootschapsbelastingplichtig is of de staat geen vennootschapsbelasting kent.

In het wetsvoorstel wordt onderscheid gemaakt tussen hybridemismatches met:

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

In lijn met ATAD2 zullen de gevolgen van deze hybridemismatches worden geneutraliseerd. Dit gebeurt door – afhankelijk van de mismatch en de behandeling in het buitenland – het weigeren van aftrek óf het (alsnog) belasten van een opbrengst. De neutralisatie vindt slechts plaats voor zover noodzakelijk om de mismatch te neutraliseren (pro rata).

Bij mismatches die resulteren in een aftrek zonder dat de corresponderende vergoeding in de heffing wordt betrokken (*deduction no inclusion*) zal primair de vergoeding niet in

af trek mogen worden gebracht (primaire regel). Indien de primaire regel niet wordt toegepast, zal de vergoeding bij de ontvanger moeten worden belast (secundaire regel). Bij mismatches die leiden tot een dubbele aftrek (*double deduction*) zal neutralisatie plaatsvinden door de aftrek in een van de landen te weigeren. Primair zal de aftrek moeten plaatsvinden in het land van de betaler. In het andere land zal de aftrek worden geweigerd. Indien de primaire regel geen soelaas biedt, dan moet het land van de betaler de aftrek weigeren.

Door ATAD2 wordt de Nederlandse vennootschapsbelasting gekoppeld aan de belastingstelsels van andere landen. Internationale structuren zullen daardoor nog gevoeliger worden voor wijzigingen van regelgeving in de verschillende landen. Hieronder gaan wij nader in op de hybridemismatchregels. Deze zullen gaan gelden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2020.

Per 1 januari 2020 zal ook het beleidsbesluit over hybride entiteiten onder het belastingverdrag met de Verenigde Staten worden ingetrokken (besluit van 6 juli 2005, IFZ2005/546M). Dit besluit bepaalt kort gezegd dat het verlaagde tarief op dividenden uit het belastingverdrag met de Verenigde Staten kan worden toegepast bij cv/bv-structuren.

1.2 Reversed hybrids (cv/bv-structuren)

Daarnaast bevat het wetsvoorstel een *belastingplichtmaatregel* voor 'omgekeerde hybride lichamen', zoals in de zogenoemde cv/bv-structuur. Het gaat dan om lichamen die door het land van oprichting, vestiging of registratie niet als belastingplichtige worden aangemerkt (ook wel 'fiscaal transparant' genoemd) en in het land van de participanten in het lichaam fiscaal als niet-transparant worden aangemerkt. Wanneer (een deel van) de winst van het lichaam niet in de belastingheffing wordt betrokken, zal dit in Nederland gebeuren indien het lichaam is opgericht, gevestigd of geregistreerd in Nederland. De maatregel bestrijdt niet alleen het effect (neutralisatie), maar pakt de oorzaak aan (het opheffen van het kwalificatieverschil). De reversed-hybridregels zullen gelden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2022.

Voor alle duidelijkheid merken wij op dat cv/bv-structuren vanaf 2018 als gevolg van de CFC-maatregelen in de Verenigde Staten reeds minder aantrekkelijk zijn geworden en dat betalingen aan cv/bv-structuren vanaf 1 januari 2020 reeds getroffen kunnen worden door de hiervoor genoemde hybridemismatchmaatregelen. De betalingen kunnen vanaf 1 januari 2020 van aftrek worden uitgesloten. De belastingplichtmaatregel die vanaf 1 januari 2022 gaat gelden en waardoor inkomsten bij de cv/bv in Nederland belast gaan worden, komt daar nog bovenop. Uiteraard zal vanaf dat moment geen sprake meer zijn van een hybridemismatch: de inkomst is immers belast bij de ontvanger. Bij de betalende vennootschap zal dan geen aftrekbeperking uit hoofde van de hybridemismatchregels meer plaatsvinden.

Anders dan in het conceptwetsvoorstel is in het ingediende wetsvoorstel een regeling ter voorkoming van dubbele heffing opgenomen, die bepaalt dat het omgekeerde

hybride lichaam slechts effectief in Nederland is belast voor zover diens winst niet bij de participanten in aanmerking wordt genomen. Daarnaast is nieuw dat aangewezen instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE's) en alternatieve beleggingsinstellingen onder voorwaarden van de belastingplichtmaatregel zijn uitgezonderd.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt aangegeven dat nader onderzoek wordt gedaan naar aanvullende maatregelen in het licht van de belastingplichtmaatregel. Hieronder valt in ieder geval een inhoudingsplicht voor de dividendbelasting voor omgekeerde hybride lichamen.

1.3 Documentatieverplichting

Ten opzichte van het conceptwetsvoorstel is nieuw dat in het wetsvoorstel een met de hybridemismatchmaatregelen samenhangende documentatieverplichting is opgenomen. Kort gezegd dient een belastingplichtige die in de aangifte stelt dat de hybridemismatchmaatregelen *niet* op hem van toepassing zijn, gegevens in zijn administratie op te nemen waaruit dit blijkt. Indien een belastingplichtige in zijn aangifte de hybridemismatchmaatregelen *wel* toepast, moet hij in zijn administratie gegevens opnemen waaruit blijkt op welke wijze de hybridemismatchmaatregelen zijn toegepast. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan een concernschema en een fiscaal-juridische beoordeling van de betrokken financiële instrumenten, hybride lichamen en/of vaste inrichtingen.

Wanneer een belastingplichtige niet of niet volledig aan de documentatieverplichting voldoet, wordt vermoed dat de hybridemismatchmaatregelen van toepassing zijn. Hierdoor zal op de belastingplichtige een zwaardere bewijslast komen te rusten, omdat hij dan moet doen blijken dat de hybridemismatchbepalingen niet van toepassing zijn.

2 Hybridemismatchregels nader beschouwd

2.1 Mismatch met hybride lichamen

Van een hybride lichaam is sprake indien een lichaam in de ene staat als fiscaal transparant wordt aangemerkt en in de andere staat als fiscaal niet-transparant. Dit kan ertoe leiden dat geen van de betrokken staten de winst van het hybride lichaam belast of dat dubbele aftrek wordt toegestaan.

De mismatches met hybride lichamen vallen uiteen in drie hoofdtypen:

- a. betalingen aan hybride lichamen;
- b. betalingen door hybride lichamen;
- c. situaties waarin sprake is van dubbele aftrek.

In de Nederlandse implementatie van ATAD2 ten aanzien van a. en b. zal als primaire regel de vergoeding niet in aftrek mogen worden gebracht. Als secundaire regel zal de vergoeding bij de ontvanger moeten worden belast. Het voorgaande kan bijvoorbeeld ook betekenen dat een Nederlands belastingplichtig lichaam vanwege de kwalificatie

onder buitenlands recht transparant is en als gevolg daarvan onder ATAD2 wordt aangemerkt als een hybride lichaam. Een betaling door bijvoorbeeld een Nederlandse bv kan dan dus ook in aftrek worden beperkt.

Ten aanzien van c. zal Nederland als primaire regel de aftrek bij de investeerder niet toestaan en als secundaire regel de aftrek bij de betaler niet toestaan wanneer de aftrek in de staat van de investeerder wordt toegestaan.

2.2 Mismatch met hybride financiële instrumenten

Een financieel instrument is ieder instrument dat leidt tot rendement op eigen vermogen of vreemd vermogen. Van een hybride financieel instrument is sprake indien een staat de aftrek van een vergoeding of betaling uit hoofde van dat financiële instrument ten laste van de winst toestaat, terwijl bij de ontvanger de corresponderende opbrengst niet of niet binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken als gevolg van een verschil in kwalificatie van het fiscale instrument of de betaling uit hoofde daarvan. Tot de hybride financiële instrumenten hoort ook de hybride overdracht, die wij hierna echter afzonderlijk zullen bespreken.

Om te bepalen of de corresponderende opbrengst binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken, wordt gekeken naar het belastingtijdvak bij de ontvanger dat begint binnen twaalf maanden na het einde van het belastingtijdvak waarin de betaler de aftrek in aanmerking heeft genomen. Indien dit niet het geval is, kan nog steeds van een redelijke termijn sprake zijn wanneer de verwachting bestaat dat de vergoeding of betaling bij de ontvanger in aanmerking wordt genomen en de betalingsvoorwaarden van het hybride instrument (ook) door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Op basis van het wetsvoorstel zal als primaire regel gelden dat de vergoeding niet in aftrek mag worden gebracht. Het is de verwachting dat dit zich in EU-situaties niet snel zal voordoen, aangezien de Europese Moeder-dochterrichtlijn (ook) voorziet in een antimisbruikregel bij hybride financiële instrumenten op basis waarvan de ontvanger van de vergoeding deze niet mag vrijstellen. Als secundaire regel zal de vergoeding bij de ontvanger moeten worden belast.

2.3 Mismatch met hybride vaste inrichtingen

Van een hybride vaste inrichting is sprake wanneer een verschil in opvatting bestaat tussen staten over de aanwezigheid en/of toerekening van winst aan bedrijfsactiviteiten in een staat. De mismatches met hybride vaste inrichtingen vallen uiteen in vier hoofdtypen:

- a. buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen;
- b. betaling aan een lichaam met een vaste inrichting;
- c. situaties met veronderstelde betalingen (zogenoemde dealings);
- d. situaties waarin sprake is van dubbele aftrek.

Ten aanzien van situatie a. zal Nederland als land van het hoofdhuis bij een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting het inkomen effectief in Nederland in de heffing betrekken. Voorts implementeert Nederland de regel dat bij een betaling aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting de aftrek van de vergoeding of betaling wordt geweigerd. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel kan worden afgeleid dat Nederland niet zal heffen indien een belastingverdrag tussen Nederland en het land van de vaste inrichting voorschrijft dat Nederland een vrijstelling moet verlenen.

Indien een betaling of vergoeding van een Nederlandse vennootschap aan een entiteit met een vaste inrichting plaatsvindt (situatie b.) en de staat van de entiteit en de staat van de vaste inrichting de betaling of vergoeding aan elkaar toerekenen, zal Nederland als primaire regel de aftrek van de betaling of vergoeding aan de entiteit weigeren. Daarnaast implementeert Nederland als secundaire regel dat het inkomen in de staat van het hoofdhuis in de heffing wordt betrokken als de staat van de betaler de aftrek niet weigert.

In gevallen van een veronderstelde betaling tussen hoofdhuis en vaste inrichting die leidt tot een aftrek zonder dat de veronderstelde betaling in de heffing wordt betrokken (situatie c.), zal Nederland als primaire regel de aftrek bij de vaste inrichting weigeren. Als secundaire regel zal Nederland de veronderstelde betaling in de heffing betrekken op het niveau van het hoofdhuis.

In de situaties waarin sprake is van dubbele aftrek (situatie d.) zal Nederland, in geval het de staat van de investeerder is, de aftrek effectief weigeren voor zover sprake is van 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.

2.4 Mismatch met hybride overdrachten

Hybride overdrachten worden behandeld als een type van (hybride) financiële instrumenten. Het gaat vaak om een samenstel van rechtshandelingen, bijvoorbeeld het uitlenen van aandelen rondom de dividenddatum. Een dergelijke hybride overdracht tussen partijen in verschillende landen met bijbehorende verschillende behandeling kan als resultaat hebben dat een aftrekbare last in aanmerking wordt genomen bij de ene contractspartij, maar dat bij de andere contractspartij geen corresponderende bate in de heffing wordt betrokken. Primaire regel is dan dat de aftrek wordt geweigerd in de staat van de betaler. Secundair zal de bate in de staat van de ontvanger in de heffing worden betrokken.

2.5 Geïmporteerde hybridemismatches

Hybridemismatches kunnen zich ook voordoen tussen twee of meer staten die geen lid zijn van de Europese Unie. Deze staten hebben mogelijk geen antihybridemismatchregels. Door het tussenschakelen van belastingplichtigen die niet in de Europese Unie gevestigd zijn, zouden daardoor mismatches kunnen worden

geïmporteerd. Dit betreft mismatches die zonder deze tussenschakels zouden worden geneutraliseerd.

Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een vennootschap in land A (niet-EU) een hybride lening verstrekt aan een vennootschap in land B (niet-EU). De vergoeding op deze hybride lening is aftrekbaar in land B en niet belast in land A. De vennootschap in land B verstrekt een normale lening aan een Nederlandse vennootschap. De vergoeding op deze lening is in principe aftrekbaar in Nederland. Zonder nadere regels zou deze structuur resulteren in een aftrekbare rente in Nederland, terwijl in land B slechts het saldo van de rentebate en de aftrekbare vergoeding wordt belast en in land A de vergoeding vrijgesteld wordt ontvangen. In deze situatie zal Nederland de renteaftrek weigeren. Dit zou ook het geval zijn indien rechtstreeks van land A geleend zou zijn.

Overigens zal Nederland geen geïmporteerde hybridemismatch onderkennen wanneer in land A of land B een hybridemismatchmaatregel van toepassing is die leidt tot een vergelijkbaar resultaat als de Nederlandse hybridemismatchmaatregelen.

2.6 Situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats

Het kan voorkomen dat een vennootschap een dubbele vestigingsplaats heeft en in meerdere landen belast wordt. Dit kan gebeuren als belastingverdragen ontbreken of onvoldoende soelaas bieden. In dat geval bestaat de kans dat opbrengsten en kosten in meerdere landen in aanmerking worden genomen. Hiervoor wordt bepaald dat de aftrek in beide landen zal worden geweigerd voor zover per saldo (na aftrek van dubbel belaste opbrengsten) kosten dubbel in aftrek worden gebracht. Nederland zal de aftrek wel toestaan als het andere land een EU-lidstaat is en het verdrag tussen beide landen Nederland als woonstaat aanwijst.

3 Ter afsluiting

Op basis van ATAD2 moeten de bepalingen worden toegepast vanaf 1 januari 2020 respectievelijk 1 januari 2022 (voor de belastingplichtmaatregel). Het wetsvoorstel bepaalt in dat kader dat de wet voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2020 respectievelijk 1 januari 2022 (voor de belastingplichtmaatregel).

Ondanks dat het gaat om complexe fiscale (implementatie)wetgeving, is het goed om te zien dat ten opzichte van het conceptwetsvoorstel en mede op basis van de internetconsultatie een aantal zaken is verduidelijkt in (de toelichting bij) het wetsvoorstel. Voor de praktijk zal de documentatieverplichting van groot belang worden. Verder blijft het zaak om internationale structuren te beoordelen en eventueel aan te passen.

Indien het vervolg van het parlementaire proces daartoe aanleiding geeft, zullen wij u daar uiteraard over informeren. Mocht u vragen hebben of willen overleggen, neemt u dan gerust contact op met uw adviseur bij Meijburg & Co.

Meijburg & Co
juli 2019

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.