

## Consultatie wetsvoorstel implementatie ATAD2

Op 29 mei 2017 is een aanpassing van de EU-richtlijn ter bestrijding van belastingontwijking aangenomen, zodat deze richtlijn zich (ook) richt tegen hybridemismatches tussen EU-lidstaten en derde landen (ATAD2). Wij hebben hier reeds aandacht aan besteed in ons eerder [memorandum](#). Op 29 oktober 2018 is door het kabinet een [internetconsultatie](#) gestart die belangstellenden in de gelegenheid stelt om hun reactie te geven op het conceptwetsvoorstel ter implementatie van ATAD2. Hieronder gaan wij in op dit voorstel en de wijzigingen die dit aanbrengt in de vennootschapsbelasting.

### 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 wanneer dezelfde vergoeding meerdere malen aftrekbaar is.

In het consultatiedocument wordt onderscheid gemaakt tussen hybridemismatches met:

- Hybride lichamen;
- Hybride financiële instrumenten;
- Hybride vaste inrichtingen;
- Hybride overdrachten;
- Geïmporteerde hybridemismatches; en,
- Situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats.

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

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 aftrek 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 één 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 wordt nader ingegaan op de hybridemismatchregels. De hybridemismatchregels 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 VS 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 VS kan worden toegepast bij BV/CV-structuren.

## **1.2 Reversed hybrids (BV/CV-structuren)**

Daarnaast bevat het consultatiedocument een belastingplichtmaatregel voor 'omgekeerde hybride lichamen', zoals de zogenoemde BV/CV. 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 wordt aangemerkt. Wanneer (een deel van) de winst van het lichaam niet in de belastingheffing wordt betrokken zal dit in Nederland gaan 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 hybrid-regels gaan gelden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2022.

Voor alle duidelijkheid merken wij op dat BV/CV-structuren vanaf 2018 als gevolg van de CFC-maatregelen in de VS reeds minder aantrekkelijk zijn geworden en dat betalingen aan BV/CV-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 BV/CV 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.

## **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, terwijl dit lichaam in de andere staat als fiscaal niet-transparant wordt aangemerkt. 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. Ten aanzien van c. zal Nederland in lijn met de primaire regel en secundaire regel voor dubbele aftrek, de aftrek bij de betaler niet toestaan als 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 betreft, 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. De hybride overdracht wordt hierna echter afzonderlijk besproken.

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 zou zijn overeengekomen.

In de Nederlandse implementatie 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 EU Moeder-Dochterrichtlijn (ook) voorziet in een anti-misbruikregel bij hybride financiële instrumenten. 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. Betalingen 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 a. zal Nederland als land van 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.

Indien een betaling of vergoeding van een Nederlandse vennootschap aan een entiteit met een vaste inrichting plaatsvindt 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.

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 er 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**

Een hybride overdracht is een vorm van hybridemismatch met een financieel instrument. Het is vaak een samenstel van rechtshandelingen. Gedacht kan worden aan 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 en bij de andere contractspartij geen corresponderende bate in de heffing wordt betrokken. Primaire regel is dat dan de aftrek wordt geweigerd. Secundair zal de bate in de heffing worden betrokken. Dus als partij A in het buitenland is gevestigd en een last in aanmerking kan nemen en Partij B in Nederland is gevestigd en onbelast een bate geniet, dan zal primair het buitenland de aftrek moeten weigeren. Doet het buitenland dat niet, dan zal Nederland de bate in de heffing betrekken.

## **2.5 Geïmporteerde hybridemismatches**

Hybridemismatches kunnen zich ook voordoen tussen twee of meer staten die geen lid zijn van de EU. Deze staten hebben mogelijk geen anti-hybridemismatchregels. Door het tussenschakelen van belastingplichtigen die niet in de EU-gevestigd zijn, zouden daardoor mismatches kunnen worden geïmporteerd. Mismatches die zonder deze tussenschakels zouden worden geneutraliseerd. Denk aan 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, in Land B wordt slechts het saldo van de rentebate en de aftrekbare vergoeding belast en in Land A wordt de vergoeding vrijgesteld ontvangen. In deze situatie zal Nederland de renteaftrek gaan weigeren. Dit zou ook het geval zijn indien rechtstreeks van land A geleend zou zijn.

## **2.6 Situaties waarin sprake is van een dubbele vestigingsplaats**

Het kan voorkomen dat een vennootschap een dubbele vestigingsplaats heeft en deze vennootschap in meerdere landen belast wordt. Dit omdat 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**

De consultatie loopt tot en met 10 december 2018. De reacties zullen – indien daarvoor toestemming wordt verleend – vervolgens worden gepubliceerd. Na de consultatie zullen de reacties in een definitief wetsvoorstel worden verwerkt. Na implementatie van ATAD2 zal de Nederlandse vennootschapsbelasting nog complexer worden. Internationale structuren zullen opnieuw moeten worden beoordeeld en eventueel worden aangepast.

Meijburg & Co  
oktober 2018

*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.*