



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Amsterdam, 10 december 2018

Betreft: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Implementatie ATAD2

Geachte dames en heren,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het concept wetsvoorstel Implementatie ATAD2 (hierna: het concept). Op 29 oktober 2018 zijn geïnteresseerden uitgenodigd om te reageren op het concept. Met deze brief maakt de Orde graag gebruik van deze mogelijkheid.

In onderdeel A wordt een algemene opmerking gemaakt. In onderdeel B geeft de Orde artikelsgewijs commentaar op het concept en tot slot maakt de Orde in onderdeel C nog een aanvullende opmerking.

A. Algemene opmerking

Naar de mening van de Orde zijn de voorgestelde wetteksten complex. Deze complexiteit is voor een belangrijk deel inherent aan de door het wetsvoorstel bestreken materie. Om de praktijk meer handvatten te bieden voor de interpretatie en toepassing van de nieuwe regels, pleit de Orde ervoor om ook in de memorie van toelichting meer richtinggevende voorbeelden op te nemen.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

1

B. Artikelsgewijs commentaar

Artikel I, onderdeel A (artikel 2 Wet op de vennootschapsbelasting)

1. Indien een lichaam wordt aangemerkt als een omgekeerde hybride wordt het aan de vennootschapsbelasting onderworpen als binnenlandse belastingplichtige (voor zover haar inkomen niet in aanmerking wordt genomen bij haar participanten). Wordt een omgekeerde hybride, vanuit Nederlandse optiek, beschouwd als inwoner van Nederland voor de toepassing van (Nederlandse) belastingverdragen en kan zij desgewenst een woonplaatsverklaring verkrijgen? De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op deze vraag in te gaan.
2. Voor het aanmerken van een lichaam als omgekeerde hybride wordt in het voorgestelde artikel 2, lid 12, aangesloten bij de participaties in dat lichaam. De Orde vraagt zich af wat in dit kader wordt bedoeld met de term ‘participaties’. De Orde meent dat het logischer zou zijn om aansluiting te zoeken bij (bijvoorbeeld) de winstgerechtigdheid van een participant. De Orde verzoekt het concept op dit punt te heroverwegen.
3. Indien een lichaam als gevolg van inwerkingtreding van het concept wordt aangemerkt als omgekeerde hybride in de zin van artikel 2 en de binnenlandse belastingplicht daardoor een aanvang neemt, vraagt de Orde te bevestigen dat de omgekeerde hybride een step-up krijgt voor Nederlandse belastingdoeleinden. Het heeft de voorkeur van de Orde indien dit duidelijk zou blijken uit de wettekst. Mocht hier niet voor worden gekozen dan verzoekt de Orde de gevraagde bevestiging in de memorie van toelichting op te nemen.
4. De participaties in een omgekeerde hybride kunnen in de loop van de tijd wijzigen. Hoe dient hiermee te worden omgegaan? Hierdoor kan namelijk belastingplicht ontstaan of worden vergroot. Bij wijze van voorbeeld noemt de Orde het geval dat een omgekeerde hybride op een bepaald moment voor 60% wordt gehouden door een entiteit die de omgekeerde hybride als non-transparant beschouwt. Op enig moment breidt de entiteit het belang uit tot 75%. Dit leidt tot een “uitbreiding” van de binnenlandse belastingplicht. De Orde vraagt zich af of dit tot een step-up leidt voor het desbetreffende gedeelte. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op deze vraag in te gaan.
5. Daarnaast vraagt de Orde zich af wat rechtens is indien de binnenlandse belastingplicht van een omgekeerde hybride wordt beëindigd in de volgende situatie. Op enig moment wordt niet meer voldaan aan de definitie van een omgekeerde hybride in de zin van artikel 2, lid 12, bijvoorbeeld doordat een participant die de omgekeerde hybride als non-transparant beschouwt, zijn belang verkleint. De Orde vraagt zich af of dit leidt tot een (gedeeltelijke) eindafrekening. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op dit punt in te gaan.
6. Op grond van artikel 17, lid 3, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna ook: de wet) wordt ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen belasting geheven indien zij belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang genieten in de

zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap. De Orde vraagt zich af of buitenlandse participanten in een omgekeerde hybride op grond van deze bepaling een aanmerkelijk belang kunnen hebben in een omgekeerde hybride? Bij wijze van voorbeeld wijst de Orde op het geval waarin een buitenlandse participant een belang houdt in een Nederlandse omgekeerde hybride, die door de buitenlandse participant als non-transparant wordt gezien. Heeft de buitenlandse participant dan een aanmerkelijk belang in de Nederlandse omgekeerde hybride dat onder omstandigheden kan leiden tot (buitenlandse) belastingplicht? De Orde verzoekt ter verduidelijking in de memorie van toelichting in te gaan op de doorwerking van de omgekeerdehybridebepaling naar andere bepalingen in de wet.

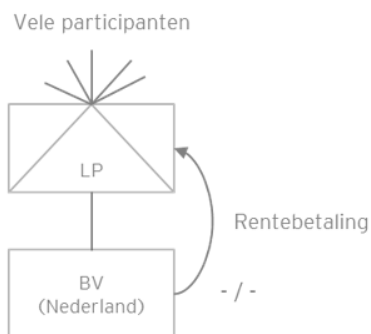
7. De Orde constateert dat geen uitzondering is gemaakt voor mismatches in geval van een omgekeerde hybride bij collectieve beleggingsvehikels. De tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking tot wijziging van de eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking wat betreft hybridemismatches met derde staten (hierna: ATAD2) maakt dit mogelijk in artikel 9 bis, lid 2. De Orde vraagt zich af waarom geen gebruik is gemaakt van deze uitzondering en stelt voor de gemaakte keuze te heroverwegen.
8. De definities in artikel 12ac, lid 1, lijken niet door te werken naar artikel 2, lid 3. De Orde verzoekt aan te geven of voor de bepaling of de winst die toerekenbaar is aan de participanten in een omgekeerde hybride in de heffing van Nederland of een andere staat wordt betrokken, aangesloten kan worden bij de definitie van "aftrek zonder betrekking in de heffing". De Orde stelt het op prijs als in de memorie van toelichting op dit punt wordt ingegaan.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 1, onderdeel a, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

9. In het kader van artikel 13, lid 17, van de wet is het standpunt uitgedragen dat de overdracht van een hybride instrument niet tot heffing leidt bij de overdrager. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting te bevestigen dat dit standpunt (voorzover van belang) ook geldt voor het concept.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 1, onderdeel b, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

10. Volgens het concept zullen andere beleidsbesluiten met een verband met in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen maatregelen worden heroverwogen (p. 41 van het concept). De Orde vraagt zich af of in dat kader eveneens kritisch wordt gekeken naar het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519 ('Kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden'). De huidige criteria (in wet en besluit) voor fiscale transparantie die zijn gebaseerd op een unaniem toestemmingsvereiste in geval van toetreding en vervanging van vennoten wijken sterk af van hetgeen internationaal gebruikelijk is, waardoor hybride situaties kunnen ontstaan.
11. Gelet op het volgende voorbeeld vraagt de Orde zich af wat voor de toepassing van artikel 12aa, lid 1, onderdeel b, wordt bedoeld met de "aftrek zonder betrekking in de heffing" tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam (artikel 12aa, lid 2).



Is het hier relevant of de LP een gelieerd lichaam is van de BV of dat de achterliggende participanten gelieerde lichamen zijn? Een dergelijke structuur komt regelmatig voor bij beleggingsfondsen, waarbij het beleggingsfonds gestructureerd is als een LP en de participanten de beleggers in het beleggingsfonds zijn. De beleggers in het fonds worden normaliter belast voor het pro rata deel van de rente inkomsten en ook zal de verrekening van eventuele belasting pro rata worden bepaald. Aangezien het beleggingsfonds niet bekend is met de fiscale aangifte van haar beleggers, is het voor de BV danwel de LP praktisch niet mogelijk om vast te stellen of er bij de participanten al dan niet sprake zal zijn van "betrekking in de heffing" al dan niet gepaard gaande met een verrekening van belasting (conform artikel 12ac, lid 1, onderdeel a). De Orde verzoekt daarom in de memorie van toelichting te bevestigen dat de toets van gelieerdheid in het onderhavige geval dient te worden aangelegd per participant en niet al vanwege de participatie in de LP dient te worden verondersteld.

In het verlengde van de voorgaande vraag vraagt de Orde of kan worden bevestigd dat het enkele feit dat verschillende investeerders deelnemen in een beleggingsfonds dat wordt geïnitieerd door en waarvan de investeringen worden beheerd door één fondsmanager op zichzelf nog niet meebrengt dat de investeerders als een samenwerkende groep worden aangemerkt. Indien dit wel het geval zou zijn, dan zou ieder lichaam dat deelneemt in het beleggingsfonds als een gelieerd lichaam van het beleggingsfonds (en van de deelnemingen van het beleggingsfonds) worden aangemerkt. Dit zou betekenen dat het beleggingsfonds en haar deelnemingen zicht moeten krijgen op de fiscale kwalificatie van (het inkomen uit) het beleggingsfonds bij al deze participanten. Dit is voor fondsen met participanten uit veel verschillende landen en/of fondsen waarvan de participaties frequent worden verhandeld praktisch niet uitvoerbaar en omgeven door vele onzekerheden. Kan derhalve worden bevestigd dat slechts sprake is van een samenwerkende groep als de deelnemers onderling afspraken hebben gemaakt over de uitoefening van hun zeggenschap in het beleggingsfonds op een zodanige wijze dat zij de activiteiten van het beleggingsfonds gezamenlijk kunnen bepalen? De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op deze vraag in te gaan.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 1, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

12. De Orde verzoekt uit een oogpunt van rechtszekerheid de rangorde tussen artikel 12aa, lid 1, onderdeel d, en artikel 15e, lid 9, duidelijker in de wet tot uitdrukking te brengen en niet te volstaan met de (overigens heldere) artikelsgewijze toelichting.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 1, onderdeel e, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

13. De Orde meent dat op grond van de oorsprongseis met de bewoordingen “zonder betrekking in de heffing” in artikel 12aa, lid 1, onderdeel e, slechts kan worden bedoeld op de situatie dat heffing achterwege blijft als gevolg van het feit dat in de staat van de ontvanger het hybride lichaam als transparant wordt aangemerkt en daardoor de vergoeding of betaling buiten aanmerking blijft. Indien de zienswijze van de Orde juist is dan stelt de Orde voor de wettekst op dit punt dienovereenkomstig te verduidelijken.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 1, onderdeel g, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

14. In het kader van de samenloop vraagt de Orde zich ook het volgende af. Als een rentevergoeding in jaar 1 in aftrek is geweigerd én, doordat in een later jaar inkomen dubbel in aanmerking wordt genomen, in jaar 2 de rentevergoeding die ziet op jaar 1 alsnog in aftrek komt, moet de renteaftrek in jaar 2 dan nog worden getoetst aan de renteaftrekbeperking van artikel 15b? De Orde stelt het op prijs als in de memorie van toelichting op deze vraag wordt ingegaan.
15. De Orde merkt op dat in de artikelsgewijze toelichting op onderdeel g wordt verwezen naar het voorbeeld in paragraaf 4.1.3 in het algemene deel van de toelichting (p. 46 van het concept). Deze paragraaf bestaat echter niet. De Orde meent dat hier (en ook op p. 58 van het concept) bedoeld is te verwijzen naar het voorbeeld in paragraaf 3.1.3. De Orde verzoekt de desbetreffende verwijzing te corrigeren.
16. De Orde vraagt zich af hoe onder het concept, in het bijzonder artikel 12aa, lid 1, onderdeel g, wordt omgegaan met de volgende situatie. Een Nederlandse vaste inrichting leidt verliezen die op grond van de voorkomingsregels in het land van het hoofdhuis in de grondslag worden meegenomen, bijvoorbeeld met toepassing van een soort inhaalregeling, zoals voordat de objectvrijstelling hier werd ingevoerd ook in Nederland het geval was. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op deze vraag in te gaan.
17. Voorbeeld 8 zoals opgenomen in onderdeel 3.3.4 betreft een situatie waarbij specifiek aanwijsbare rentekosten zowel in Staat A als in Staat B in aftrek kunnen worden gebracht. In de praktijk is het echter niet altijd mogelijk om een 1-op-1 verband te onderkennen tussen de aan een vaste inrichting toerekenbare financieringskosten en de op specifieke leningen verschuldigde rente (de zogenoemde ‘tracing approach’). In het besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, wordt een voorkeur uitgesproken voor de ‘fungibility approach’, waarbij een risicogewogen aandeel van de totale rentelasten aan een vaste inrichting wordt gealloceerd. Aangezien beide methoden in overeenstemming zijn met de Authorised OECD Approach, kunnen hier in de praktijk toerekeningsverschillen tussen landen optreden. Vanwege het ‘notionele’ karakter van een toerekening van rentekosten op basis van de fungibility approach lijkt het principieel onmogelijk om te stellen dat

dezelfde specifieke vergoedingen, betalingen of lasten dubbel in aftrek komen indien Nederland de fungibility approach toepast en het andere land de tracing approach zou hanteren. De Orde geeft in overweging in de memorie van toelichting te bevestigen dat eventueel hieruit voortvloeiende verschillen niet onder het toepassingsbereik van artikel 12aa, lid 1 onderdeel g, vallen. Bij een andersluidende conclusie zou het bedrijfsleven met aanzienlijke administratieve lasten worden geconfronteerd.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12aa, lid 4, Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

18. Voorrang van artikel 12aa, lid 4, ziet alleen op situaties dat Nederland de staat van de betaler is. Indien Nederland de staat van de investeerder is, dan dient Nederland volgens de memorie van toelichting hoe dan ook de aftrek te beperken, dit ongeacht of de staat van de betaler dezelfde voorrangregels (op juiste wijze) heeft geïmplementeerd. Teneinde dubbele belasting te voorkomen, verzoekt De Orde de voorrangregel duidelijker toe te lichten voor situaties waarin Nederland de staat van de investeerder is.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12ac Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

19. Een cv die voor Nederlandse fiscale doeleinden als “open cv” kwalificeert is belastingplichtig voor het aan de commanditaire vennoten toekomende deel van de winst. Het aan de beherende vennoten toekomende deel van de winst wordt in de heffing betrokken op het niveau van de beherende vennoten. De Orde vraagt zich af of voor de Nederlandse belastingheffing de open cv en vergelijkbare rechtsvormen naar buitenlands recht (voor het geheel) als zelfstandig belastingplichtige worden aangemerkt. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op deze vraag in te gaan.
20. Onder verwijzing naar de oorsprongseis zou, naar de mening van de Orde, het feit dat een betaling of vergoeding bij de ontvanger is vrijgesteld op grond van een subjectieve vrijstelling (denk aan een pensioenfonds) niet behoren te resulteren in een aftrek zonder betrekking in de heffing. Andere voorbeelden in dit verband zijn de REIT regimes (vergelijkbaar met het Nederlandse FBI regime) waarbij in voorkomende gevallen door de aftrekbare doorbetaling aan de aandeelhouders geen heffing plaatsvindt op het niveau van het REIT lichaam. De Orde geeft in overweging de tekst van artikel 12ac, lid 1, onderdeel a, dienovereenkomstig aan te passen.
21. In het verlengde van het voorgaande vraagt de Orde zich af wat rechtens zal zijn indien een hybride lening aan een Nederlands belastingplichtig lichaam wordt verstrekt door een (buitenlands) vrijgesteld lichaam, bijvoorbeeld een pensioenfonds. Ook als de lening niet hybride zou zijn, zou er geen heffing in het buitenland plaatsvinden. Is in casu sprake van een door het concept bestreken mismatch? Meer in het algemeen vraagt de Orde zich af hoe moet worden omgegaan met situaties waarin zowel sprake is van een mismatch als een niet door ATAD2 bestreken dispariteit, waarbij het eindresultaat materieel identiek is. De Orde stelt het op prijs als hierop in de memorie van toelichting wordt ingegaan.
22. Onder verwijzing naar de oorsprongseis verzoekt de Orde in de memorie van toelichting te bevestigen dat onder een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting als bedoeld in artikel 12ac, lid 1, onderdeel b, niet wordt verstaan:

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

- a. een vaste inrichting die op grond van de belastingwetgeving in de staat waar de vaste inrichting is gelegen wel als vaste inrichting wordt beschouwd, maar niet is onderworpen aan een belasting naar de winst; en
 - b. een vaste inrichting die volgens de belastingwetgeving in de staat waar de vaste inrichting is gelegen niet belastingplichtig is, omdat die staat naar zijn nationale recht niet aansluit bij het begrip vaste inrichting.
23. De Orde vraagt te bevestigen dat het in artikel 12aa, lid 1, onderdeel c, bij de definitie van de term ‘hybride lichaam’ alleen gaat om de kwalificatie van het lichaam door de staten die relevant zijn bij de (al dan niet) belastingheffing van een lichaam. Zonder die beperking zouden veel lichamen een hybride lichaam kunnen zijn, omdat er, zeker bij samenwerkingsverbanden, altijd wel een staat te vinden is die het lichaam anders kwalificeert dan andere staten.
24. Volgens het concept is artikel 12aa, lid 1, onderdeel g, dat ziet op een situatie van een dubbele aftrek, ook van toepassing op lasten en verliezen die tweemaal (of meer) in aanmerking worden genomen. Hieronder vallen ook afschrijvingen, aldus het concept. De Orde vraagt zich af in welke situaties zich dit zou kunnen voordoen en neemt daarbij als uitgangspunt voorbeeld 8, waarin sprake is van een Nederlandse bv (hoofdhuis) met een buitenlandse vaste inrichting. In die situatie wordt de afschrijving ter zake van een bedrijfsmiddel dat tot het vaste inrichtingvermogen behoort, in beginsel zowel in Nederland (in de wereldwinst) als in het land van de vaste inrichting in aanmerking genomen. Echter via de objectvrijstelling elimineert Nederland de buitenlandse winst uit de wereldwinst zodat de afschrijving slechts éénmaal in aftrek wordt gebracht. De Orde meent dat in dit geval geen sprake is van een "dubbele aftrek" als gedefinieerd in artikel 12ac, lid 1 onderdeel c, omdat de mismatch niet wordt veroorzaakt door een andere kwalificatie van een lichaam, instrument, vaste inrichting of vestigingsplaats (oorsprongseis). Mocht dit wel onder de definitie vallen van artikel 12ac, lid 1, onderdeel c, dan leidt deze dubbele aftrek naar de mening van de Orde niet tot een verdere beperking van de aftrek (anders dan de objectvrijstelling), omdat artikel 12aa, lid 1, onderdeel g, slechts van toepassing is "voor zover" de lasten leiden tot een dubbele aftrek.

Voorbeeld

BV X heeft een vaste inrichting in het buitenland waartoe een pand behoort. Op het pand wordt voor 100 afgeschreven. De 100 afschrijving wordt in het buitenland in aanmerking genomen. Bij BV X wordt de afschrijving van 100 ook in aanmerking genomen, maar wordt deze weer uit de grondslag geëlimineerd via de objectvrijstelling. Per saldo wordt alleen in het buitenland 100 afschrijving in aanmerking genomen. In Nederland vindt geen verdere beperking van de afschrijvingslast plaats.

Indien voormelde uitleg niet correct zou zijn en de afschrijving wel dient te worden geweigerd in Nederland (indien het buitenland de aftrek niet weigert, zie artikel 12aa, lid 4), dan meent de Orde dat de voorkomingswinst/objectvrijstelling hoger wordt, zodat per saldo geen aftrekbeperking in Nederland plaatsvindt. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op het voorgaande in te gaan.

Indien het hopperzuigerarrest (HR 12 februari 1964, nr. 15 068) of een herinvesteringsreserve zou zijn toegepast, ontstaat daarbij slechts een tijdelijke mismatch doordat de afschrijvingen in het hoofdhuis lager zijn dan in de vaste inrichting. Het verschil ontstaat niet doordat de staten de lasten op een andere manier toerekenen aan hoofdhuis en vaste inrichting. Deze tijdelijke verschillen zijn volgens de Orde niet aan te merken als een mismatch in de zin van ATAD2. Indien dit kan worden bevestigd stelt de Orde voor om de tekst van artikel 12ac, lid 1 onderdeel c, te verduidelijken door op te nemen dat de dubbele aftrek het gevolg moet zijn van verschillen in toerekening (en dus niet de vaststelling van de hoogte) van die vergoedingen, betalingen, lasten of verliezen. Indien dat niet het geval zou zijn, dan komt de afschrijving alsnog in aftrek, indien het inkomen in een later jaar "dubbel in aanmerking" wordt genomen. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op het voorgaande in te gaan.

De Orde vraagt tevens aandacht voor de omgekeerde situatie. Indien de vaste inrichting is gelegen in Nederland en het hoofdhuis is gevestigd in het buitenland, dan komt de afschrijving op een bedrijfsmiddel dat behoort tot het vermogen van de vaste inrichting in aftrek in Nederland. Ook in het buitenland kan de afschrijving in aanmerking worden genomen. In de visie van de Orde is dan geen sprake van een mismatch, indien het land van het hoofdhuis een regeling kent die overeenkomt met de Nederlandse objectvrijstelling of herinvesteringsreserve. Heeft het land van het hoofdhuis een andere regeling ter voorkoming van dubbele belasting, bijvoorbeeld een voorkomingsregeling met een inhaalregeling, dan zouden tijdelijke verschillen kunnen ontstaan. Deze worden naar de mening van de Orde echter niet veroorzaakt door een mismatch als bedoeld in ATAD2.

De Orde verzoekt verder te bevestigen dat een stakingsverlies als bedoeld in artikel 15i van de wet niet als een mismatch in de zin van ATAD2 wordt aangemerkt. Bij voorkeur worden in de memorie van toelichting meer voorbeelden gegeven waaruit de toepassing van de anti-mismatchregels blijkt ten aanzien van afschrijvingsverschillen, zowel in het algemeen als ook in het bijzonder in het geval er een verschil bestaat tussen de desbetreffende landen ten aanzien van de kwalificatie van leasing.

25. Het is de Orde niet geheel duidelijk welke uitgangspunten gehanteerd worden om te bepalen wat de staat van de betaler is. Volgens het concept wordt dit beoordeeld naar de feiten en omstandigheden van het geval. De voorbeelden 11 en 12 op p. 58 van het concept zijn duidelijk, maar de Orde mist enige uitleg waarom in die gevallen de "SWV" en de "VI" als betaler worden aangemerkt. Hoe wordt bijvoorbeeld omgegaan met een betaling door een naar het recht van een Amerikaanse staat opgerichte LP die aldaar als transparant wordt behandeld, maar in Nederland in het Handelsregister is ingeschreven en als niet-transparant wordt aangemerkt? Is in dat geval Amerika of Nederland de staat van de betaler? De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op het voorgaande in te gaan.

26. De Orde vraagt zich af wat moet worden verstaan onder een gestructureerde regeling. De Orde verzoekt dit begrip door middel van criteria en enkele)aanvullende(voorbeelden toe te lichten.
27. De Orde vraagt aandacht voor de situaties waarin inkomen op basis van CFC-regels toch in de heffing wordt betrokken. 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, aldus het concept. 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 (p. 56 van het concept). De Orde meent dat in dat geval – net als bij vergoedingen die rechtstreeks bij de ontvanger in de heffing worden betrokken – een verlaagd (effectief) tarief ook mogelijk is, indien het verlaagde (effectieve) tarief niet veroorzaakt wordt door de kwalificatie van de vergoeding of betaling. Wanneer in het geval van een omgekeerde hybride het normale statutaire tarief in het land van de participanten 20% is, maar voor bepaalde categorieën (bijvoorbeeld IP inkomen) een tarief van 10% geldt, en de omgekeerde hybride entiteit een dergelijk type inkomen ontvangt dat tegen effectief 10% bij de participant in de CFC-heffing wordt betrokken, is naar de mening van de Orde sprake van "in de heffing betrekken". De Orde verzoekt het voorgaande in de memorie van toelichting te bevestigen.
28. Volgens het concept is onder meer in het volgende geval niet aan de hiervoor bedoelde voorwaarden voldaan. "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." (p. 57 van het concept). De Orde gaat ervan uit dat hier wordt gedoeld op een consolidatie onder het CFC-regime en niet op een "normale" fiscale eenheid. De Orde verzoekt een of meer voorbeelden te geven van een dergelijk CFC-regime. Verder vraagt de Orde zich af waarom de woorden "als zodanig" zijn gecursiveerd. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op voorgaande punten in te gaan.
29. 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, aldus het concept (p. 8). Een van die stappen bestaat hieruit dat de VS met de belastinghervormingen die per 1 januari 2018 zijn ingegaan zelf *aanvullende* CFC-maatregelen heeft geïntroduceerd (GILTI), naast de reeds bestaande CFC-regels (Subpart F). De Orde merkt op dat de (zeer) restrictieve uitleg van "betrokking in de heffing" in het kader van inkomen dat in de heffing wordt betrokken op basis van een CFC-regime, bijvoorbeeld in de relatie met de VS, zal leiden tot economisch dubbele heffing. De Orde vraagt zich af of dit effect is beoogd.

30. De Orde merkt op dat “betrekking in de heffing” op basis van een CFC-regime in ieder geval aangenomen zou dienen te worden “voor zover” een betaling in de heffing wordt betrokken. In de op p. 56 en 57 van het concept beschreven gevallen, waarin nu in zijn geheel niet zou zijn voldaan aan de voorwaarden, zou aldus wel voor een deel aan de voorwaarden worden voldaan. Zo zou naar de mening van de Orde bij een regime dat een grondslagvermindering kent ten minste voor het deel dat wel in de heffing wordt betrokken tot “betrekking in de heffing” geconcludeerd moeten worden. De Orde verzoekt het concept op dit punt te heroverwegen.
31. De Orde merkt op dat tevens tot “betrekking in de heffing” geconstateerd zou kunnen worden in het geval er sprake is van paralleliteit van betalingen. In de situatie dat een betaling wordt gedaan aan een omgekeerde hybride (cv-achtige) en deze omgekeerde hybride op haar beurt een betaling doet die bij de ontvanger in de heffing wordt betrokken, zou “betrekking in de heffing” in de visie van de Orde aangenomen moeten worden. Hierbij zou eenzelfde systematiek gehanteerd kunnen worden als bij geïmporteerde hybridemismatches (“een zeker verband”). De Orde verzoekt het concept op dit punt te heroverwegen.
32. ATAD2 (evenals BEPS2) biedt de mogelijkheid om voor zogenoemde stranded losses uitzonderingen op te nemen, zie ook Recitals 19 en 20 bij ATAD2: *“only a hybrid mismatch as far as interest is offset against income that is not dual inclusion income”*. Dit betreft bijvoorbeeld een dubbele aftrek in Nederland en een ander land (en Nederland weigert de aftrek onder artikel 12aa, lid 1, onderdeel g), maar waarbij uiteindelijk in het andere land effectief geen gebruik kan worden gemaakt van de aftrek vanwege ontbrekende winsten. Dan kunnen deze “stranded losses” alsnog in Nederland in aftrek komen. De Orde vraagt zich af of deze uitzonderingen gelezen kunnen worden in de definities van artikel 12ac, lid 1, onderdelen a en c (“in aftrek op de grondslag”). De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op het voorgaande in te gaan.
33. Als een betaling door de belastingplichtige als vooruitbetaling geactiveerd wordt en de daarmee samenhangende ontvangst reeds in een eerder jaar bij de ontvanger is belast, dan behoort het onderhavige wetsvoorstel naar de mening van de Orde geen toepassing te vinden wanneer deze betaling op een later moment in aftrek wordt gebracht. Als de visie van de Orde wordt onderschreven, dan stelt de Orde voor dit in de wettekst te verankeren door artikel 12ac, lid 3, dienovereenkomstig uit te breiden.

Artikel I, onderdeel B (artikel 12ad Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

34. De Orde vraagt aandacht voor de volgende situatie. Een VS moedermaatschappij houdt via een besloten cv (voor VS doeleinden niet-transparant; voor NL doeleinden wel transparant) de aandelen in een bv. Laatstgenoemde betaalt een royalty van 100 aan de cv en de cv betaalt een overeenkomstige royalty van 95 aan de VS moedermaatschappij. Tot 1 januari 2022 is artikel 12aa, lid 1, onderdeel b, hier mogelijk van belang. Als gevolg van de doorbetaling wordt effectief belasting geheven over de royalty en wordt de royalty voorzover de cv deze doorbetaalt wel effectief in de heffing betrokken. Naar de mening van de Orde zou de aftrekbeperking van artikel 12aa alleen moeten gelden voor een

eventuele marge)in casu 5) die bij de cv blijft hangen. De Orde stelt het op prijs als in de memorie van toelichting op het voorgaande wordt ingegaan.

35. Ook vraagt de Orde aandacht voor deze situatie. A Co gevestigd in staat A houdt de aandelen in B Co gevestigd in staat B. B Co houdt de aandelen in een Nederlandse bv (BV). B Co wordt in land A als transparant aangemerkt en is dus een hybride lichaam. BV betaalt rente aan B Co terwijl B Co rente betaalt aan A Co. De rente betaald door B Co aan A Co wordt in staat A niet in aanmerking genomen. Er is sprake van een imported mismatch als bedoeld in artikel 12ad, lid 1, waardoor de rente betaald door BV in beginsel niet aftrekbaar is. Indien de rente betaald door BV aan B Co bij A Co in aanmerking wordt genomen als gevolg van de fiscale transparantie van B Co in staat A wordt de mismatch geneutraliseerd. Deze wijze van neutralisatie is echter niet voorzien in artikel 12ad, lid 2, waardoor de aftrekbeperking bij BV in stand blijft. De Orde stelt voor artikel 12ad, lid 2, zodanig aan te vullen dat ook andere vormen van neutralisatie in aanmerking worden genomen. Hierbij denkt de Orde mede aan neutralisatie op basis van CFC-bepalingen.
36. De Orde vraagt verder aandacht voor het feit dat het in voorkomende gevallen niet eenvoudig zal zijn om alle benodigde informatie te verkrijgen. Bij een belang van 25% of meer is immers al sprake van gelieerdheid. Vooral in het geval van belangen van 25% of net daarboven zal de fiscale behandeling van vergoedingen of betalingen bij achterliggende lichamen niet gemakkelijk te achterhalen zijn. Het is dan voor een vennootschap die een aftrek claimt niet mogelijk om duidelijk, stellig en zonder voorbehoud aangifte te doen. De Orde geeft in overweging voor deze gevallen in een tegemoetkomende regeling te voorzien. Als een belastingplichtige alles heeft gedaan, wat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd om de relevante informatie te achterhalen, dan zou deze niet geconfronteerd mogen worden met een boete.

Artikel I, onderdeel C (artikel 15e Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

37. Artikel 15e, lid 9, lijkt alleen te kunnen worden toegepast indien het desbetreffende belastingverdrag een zogenoemde zwarte-gatenbepaling kent. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op dit punt in te gaan.
38. De Orde brengt de volgende situatie onder de aandacht. Een Nederlandse belastingplichtige heeft een vaste inrichting in staat A (niet Nederland). Aldaar wordt de vaste inrichting niet als zodanig aangemerkt, terwijl de door Nederland aan de vaste inrichting toegerekende inkomsten in staat A wel degelijk zijn onderworpen aan een belasting naar de winst. Deze situatie zou zich kunnen voordoen, indien de door Nederland in aanmerking genomen vaste inrichting inkomsten verkrijgt uit in staat A gelegen onroerende zaken, welke inkomsten in staat A worden belast onder toepassing van artikel 6 OECD modelverdrag zonder dat staat A een vaste inrichting in aanmerking neemt. Ook Nederland betreft inkomsten uit onroerende zaken in de heffing ongeacht de vraag of naar Nederlandse fiscale maatstaven de onroerende zaken aan een vaste inrichting kunnen worden toegerekend. De Orde verzoekt in de memorie van toelichting op het voorgaande in te gaan.

C. Aanvullende opmerking

39. Indien een hybride instrument vanuit Nederlandse optiek kwalificeert als eigen vermogen, is naar de mening van de Orde het arm's length beginsel hierop niet van toepassing. Een eventuele "betrekking in de heffing" vindt dan volgens de desbetreffende regels of artikel 13, lid 17, van de wet plaats naar het bedrag dat in het land van de betaler tot een aftrek heeft geleid en niet naar een eventueel op basis van artikel 8b van de wet bepaald afwijkend bedrag. Als de visie van de Orde juist is dan verzoekt de Orde dit in de memorie van toelichting te bevestigen.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

De Orde heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen