



## de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

Ministerie van Financiën

Ingediend op <https://internetconsultatie.nl/belastingplichtmaatregelatad2>

Amsterdam, 2 april 2021

**Betreft: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het Consultatiedocument belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen (ATAD 2)**

Geachte dames en heren,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument belastingmaatregel omgekeerde hybride lichamen (ATAD 2). Zij maakt graag gebruik van de gelegenheid om een aantal technische opmerkingen te plaatsen. Bij dit commentaar heeft Orde ook het later verschenen consultatievoorstel Wet aanpassing kwalificatiebeleid rechtsvormen enigszins betrokken. Beide voorstellen kunnen niet los van elkaar worden gezien. Uiteraard komt Orde ook nog met een separaat commentaar op dat consultatievoorstel.

### **Artikel I. Algemeen**

De Orde constateert dat in het voorstel is gekozen om een omgekeerd hybride lichaam volledig belastingplichtig te maken voor de vennootschapsbelasting. Indien en voor zover de vennoten in het buitenland het samenwerkingsverband (swv) als transparant zien, is het winstaandeel aftrekbaar. Deze systematiek geldt niet voor Nederlandse vennoten, deze zullen voortaan niet meer rechtstreeks in de heffing worden betrokken, maar deze worden belast als waren zij een aandeelhouder. Deze systematiek van volledige belastingplicht met aftrek voor de winst toerekenbaar aan vennoten die woonachtig of gevestigd zijn in een land dat het swv als transparant kwalificeert, levert vele knelpunten op. Zo kan het ongelijkheid opleveren tussen Nederlandse en buitenlandse vennoten die het swv als transparant kwalificeren voordat het swv als omgekeerde

*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

hybride wordt aangemerkt. Daarnaast kunnen Nederlandse vennoten in een swv verschillend worden behandeld afhankelijk van het feit of de in het buitenland gevestigde medevennoten het swv als transparant aanmerken of niet. Ook dient steeds het omgekeerde hybride lichaam als subject te worden toegevoegd aan een belastingwet zoals de dividendbelasting en de bronbelasting op rente en royalty gevolgd door uitzonderingen voor de vennoten die het swv wel als transparant zien. Al deze problemen worden hierna uitgebreid toegelicht. De primaire vraag is echter of de gekozen systematiek niet anders moet te weten dat het swv ten aanzien van alle vennoten die het swv als transparant aanmerken niet belastingplichtig wordt. In wezen gelijk aan de systematiek die thans geldt voor Open CV's voor wat betreft de beherende vennoot. Artikel 9bis lid 1 van de ATAD 2-richtlijn lijkt hiervoor de ruimte te bieden. De omgekeerde hybride dient immers slechts te worden belast:

*'(..) voor zover die winst niet anderszins wordt belast krachtens de wetgeving van de lidstaat of een ander rechtsgebied.'*

De Orde verzoekt de wetgever de gekozen systematiek te heroverwegen.

Hierna vervolgen wij ons commentaar, uitgaande van het voorliggende voorstel.

De Orde apprecieert het dat het voorstel opnieuw in zijn geheel wordt uitgebracht. Wel acht zij het zinvol om in de toelichting nader aan te geven waar, en waarom afwijkingen zijn aangebracht ten opzichte van de huidige aangenomen tekst in de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking. Zo is veelvuldig het begrip 'lichaam' veranderd in 'samenwerkingsverband', is in de definitie van artikel 2 lid 12 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) van de omgekeerde hybride lichamen toegevoegd dat ook indirecte belangen de belastingplicht van het lichaam kunnen bewerkstelligen, zijn in artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 de houders van stemrechten en kapitaalbelangen vervallen etc. Een dergelijke toelichting acht de Orde nuttig voor de interpretatie van de wetteksten en verzoekt de wetgever daarom deze aan de toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel toe te voegen. Ook toelichtingen en antwoorden die relevant blijven, verzoekt de Orde om over te nemen in de toelichting bij het uiteindelijke voorstel.

Voorts verzoekt de Orde in te gaan op sfeerovergangen (bijvoorbeeld: hoe om te gaan met de openingsbalans, stakingswinst, en step-up), zowel bij de omgekeerde hybride als bij de participanten in het swv. Door het wijzigen, fuseren of splitsen van participanten kan een omgekeerde hybride lichaam deze status verliezen, of juist krijgen. Ook verzoekt de Orde een regeling te treffen voor de overgang van een Open CV naar de omgekeerde hybride als gevolg van het voorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

## **Artikel II. Vennootschapsbelasting**

### Artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969

Het voorgestelde artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 bevat de definitie van omgekeerd hybride lichaam.

### Samenwerkingsverband (swv)

Het eerste element is dat het moet gaan om een **swv**. Uit de toelichting blijkt dat hierbij aan de naar Nederlands recht aangegane maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap kan worden gedacht. Deze opsomming lijkt niet limitatief. Indien dat inderdaad het geval is, zou de Orde graag voorbeelden zien van rechtsfiguren die eveneens onder het begrip swv kunnen worden geschaard. De Orde verzoekt in het bijzonder in te gaan op de positie van het (open) fonds voor gemene rekening als bedoeld in artikel 2 lid 1 onderdeel f jo lid 3 Wet Vpb 1969. Kan deze rechtsfiguur ook worden beschouwd als swv? Daarnaast verzoekt de Orde in te gaan op de positie van het EESV. Kan deze rechtsfiguur een swv vormen als bedoeld in de wettekst? En hoe verhoudt de voorgestelde wettekst zich met de EU-Verordening EESV?

### Stemrechten, kapitaalbelangen en winstrechten

Een ander element betreft de **stemrechten, kapitaalbelangen en winstrechten**. De Orde verzoekt nader te verduidelijken of het hier alleen gaat om stemrechten, kapitaalbelangen en winstrechten zoals deze zijn opgenomen in de ‘statuten’ van het swv. Of anders gezegd dat niet hoeft te worden gekeken naar zeggenschapsrechten, etc. die zijn opgenomen in leningsovereenkomsten, pandakten, optierechten, etc.

Ten opzichte van de Wet implementatie Tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking begrijpt de Orde dat onder het consultatiedocument de kwalificatie van een swv ook door indirecte participanten (mede) wordt bepaald. Indirecte participanten kunnen dus resulteren in een belastingplicht van het swv als omgekeerde hybride lichaam. Dit lijkt weliswaar in overeenstemming met de tekst van artikel 9bis lid 1 van de ATAD 2-Richtlijn maar de Orde acht de beoogde reikwijdte van indirecte participanten, gelet op de doelstelling van de Richtlijn, beperkter dan thans uit de tekst van het voorstel voortvloeit. De Orde constateert namelijk dat een ongeclausuleerde impact van indirecte belangen tot niet beoogde resultaten kan leiden die ook overigens uitvoeringstechnische problemen geeft. De Orde heeft daarbij het volgende voorbeeld voor ogen.

*Voorbeeld*

*Een CV wordt direct gehouden door 3 participanten (A, B en C). A en B hebben een 20 procent belang en C een 60 procent belang. De 20 procent participanten (A en B) kwalificeren de CV als entiteit, de 60 procent participant (C) niet. De 60 procent participant wordt volledig gehouden door een US Inc. die de CV wel als entiteit kwalificeert. Vanuit een Nederlandse BV worden betalingen gedaan aan de CV. Op basis van de thans voorgestelde definitie wordt de CV belastingplichtig met een aftrek voor slechts 60 procent. De betalingen door de Nederlandse BV vallen niet meer onder de werking van artikel 12aa, lid 1, onderdeel b. In de oorspronkelijke versie werd de CV niet belastingplichtig en werden er overigens ook geen correcties aangebracht ten aanzien van betalingen door de Nederlandse BV aan de CV nu de participanten die de CV als entiteit kwalificeren niet gelieerd zijn (ervan uitgaande dat geen sprake is van een samenwerkende groep).*

Verder volgt uit dit voorbeeld dat A en B er achter moeten komen of hun mede-vennoot C wordt gehouden door een lichaam dat de CV als niet-transparant beschouwten eventueel of de aandeelhouders van C een samenwerkende groep vormen. De Orde verzoekt de wetgever aan te geven hoe A en B duidelijk, stellig en zonder voorbehoud aangifte zouden moeten doen, als zij niet kunnen beschikken over de informatie over de structuur van hun medevennoot (ten).

Ter aanvulling op het voorgaande verzoekt de Orde in te gaan op het volgende voorbeeld.

*Voorbeeld*

*US Inc. (Verenigde Staten) houdt direct 100 procent van het belang in BV 1 en direct 100 procent van het belang in BV 2. BV 1 en BV 2 houden samen het gehele belang in de besloten CV BCV. Zonder toepassing van de thans voorgestelde definitie kwalificeert BCV als transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden en vindt belastingheffing ten aanzien van BCV dus plaats op het niveau van BV 1 en BV 2. BV 1, BV 2, én BCV kwalificeren voor Amerikaanse belastingdoeleinden als non-transparante entiteiten (dus als belastingplichtigen voor een naar de winst geheven belasting).*

Op basis van een letterlijke lezing van het voorgestelde artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 kwalificeert BCV voor deze bepaling als een omgekeerde hybride omdat 100 procent van het belang in BCV indirect wordt gehouden door een gelieerd lichaam (US Inc.) dat BCV als non-transparant beschouwt. Dit lijkt een onbedoeld effect aangezien de hybriditeit van BCV vóór belastingplicht niet leidde tot enige belastinggevolgen die de belastingplichtmaatregel beoogt te adresseren. Een dergelijk indirect belang lijkt onder de voorgestelde maatregelen niettemin te leiden tot belastingplicht van BCV met mede als gevolg dat belastingheffing over de resultaten van BCV niet langer plaatsvindt op niveau van de BV's die het rechtstreekse belang houden in BCV maar op het niveau van BCV.

Naar de mening van de Orde zou de impact van indirecte participanten beperkt moeten blijven tot situaties waarin sprake is van een mismatch te weten indien de directe participant transparant is en de indirecte participant het swv als entiteit kwalificeert. De Orde verzoekt derhalve om te bevestigen dat het indirecte belang alleen een rol speelt indien dat nodig is om deze mismatch te voorkomen en dus niet in de situatie dat de directe participant zelf niet transparant is en BCV als transparant aanmerkt

### Oorsprongseis

De Orde verzoekt voorts in te gaan op de vraag of de oorsprongseis een rol speelt bij de belastingplichtmaatregel voor een omgekeerde hybride? Meer concreet is de vraag of een vrijgesteld pensioenfonds met een kwalificerend belang ertoe kan leiden dat een swv kwalificeert als een omgekeerd hybride lichaam? Bij een bevestigende beantwoording zou ook deze situatie resulteren in een meer uitgebreide heffing dan in de oorspronkelijk versie (te weten voor tenminste het aandeel van het pensioenfonds in de CV) hetgeen in de visie van de Orde, indachtig de behandeling van hybride mismatches in combinatie met de oorsprongseis, niet de bedoeling kan zijn.

#### *Voorbeeld*

*Een US vrijgesteld pensioenfonds houdt 60 procent van de participaties in een Nederlands swv. US kwalificeert het swv als niet-transparant. De overige 40 procent is in handen van een Nederlands vrijgesteld pensioenfonds. Het swv houdt 100 procent van de aandelen in BV X. Vanuit BV X worden betalingen gedaan aan het Nederlandse swv. Thans worden de Nederlandse participanten rechtstreeks in de heffing betrokken, zij het dat zij zijn vrijgesteld. Voor zover de betaling door de Nederlandse BV toerekenbaar is aan de US participanten is artikel 12aa Wet Vpb 1969 niet van toepassing als gevolg van de oorsprongseis. In het voorstel kwalificeert het swv als een omgekeerd hybride lichaam dat volledig belast wordt voor haar winst. Er vindt geen aftrek plaats van de winst op grond van het nieuwe artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969. Voor het US pensioenfonds niet omdat de US het swv als niet-transparant beschouwt. Voor het Nederlandse pensioenfonds niet omdat deze in Nederland is gevestigd en daarmee door de volledige belastingplicht van het swv het swv eveneens als niet-transparant beschouwt.*

De Orde meent dat artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 zodanig moet worden uitgebreid dat ook aftrek van de winst mogelijk is, in situaties waar nu op basis van de oorsprongseis de toepassing van afdeling 12aa van de Wet Vpb 1969 achterwege blijft. Uiteraard zou als, zoals in paragraaf 1 is aangegeven, de systematiek gewijzigd wordt, deze aanpassing niet nodig zijn.

*Eén participant of meerdere participanten belangen samentellen?*

Ten opzichte van de Wet implementatie Tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking bepaalt het voorgestelde artikel 2 lid 12 dat – naar de letterlijke tekst – een swv pas een omgekeerde hybride lichaam is indien één participant ten minste 50 procent van de stemrechten, de winstrechten of het kapitaalbelang bezit en woont / gevestigd is in een land dat het swv als niet-transparant kwalificeert. Dat zou betekenen bijvoorbeeld dat een swv met 3 participanten die elk 1/3 belang hebben en allen gevestigd zijn in een staat die het swv als niet-transparant ziet, niet als omgekeerd hybride lichaam zou kwalificeren. Dit omdat géén van de participanten individueel meer dan 50 procent belang heeft. Dat lijkt niet de bedoeling en ook in strijd met artikel 9bis lid 1 van de ATAD 2-Richtlijn. De Orde verzoekt deze omissie te herstellen.

*Gelieerde lichamen*

Voor de **gelieerde lichamen** wordt verwezen naar artikel 12ac lid 2 Wet Vpb 1969. De Orde verzoekt voor het begrip samenwerkende groep te bevestigen dat belangen die gehouden worden door natuurlijke personen geen deel kunnen uitmaken van de belangen van een samenwerkende groep. Concreet denkt de Orde aan de volgende situatie, welke is gebaseerd op voorbeeld 1 van de artikelsgewijze toelichting.

*Voorbeeld*

*ACo en natuurlijke persoon X zijn gevestigd, respectievelijk woonachtig in Staat A, welke staat BCV als niet-transparant ziet. ACo bezit 30 procent van de winstrechten, stemrechten en kapitaalbelang in BCV, natuurlijk persoon X bezit eveneens 30 procent in BCV. De overige 40 procent is in handen van BCo, gevestigd in Staat B. Volgens de wetgeving van Staat B is BCV transparant. Kan bevestigd worden dat, zelfs indien ACo en X samen zouden werken, BCV nog steeds niet kwalificeert als omgekeerd hybride lichaam, omdat ACo niet ten minste 50 procent van de winstrechten, stemrechten of kapitaalbelang heeft in BCV (het belang van de natuurlijke persoon telt in dit kader dus niet mee).*

De Orde constateert voorts dat een Open CV in voorkomende gevallen ook zou kunnen voldoen aan de regels voor een omgekeerde hybride lichaam. Bijvoorbeeld indien de beherende vennoot 50 procent of meer van de winstrechten, stemrechten of kapitaalbelang heeft en deze beherende vennoot in een land gevestigd is dat de Open CV (ook voor het aandeel van de beherende vennoot) als niet-transparant ziet. De Orde vindt deze onduidelijkheid ongewenst en verzoekt te bevestigen dat een Open CV in die gevallen niet valt onder het regime van de omgekeerde hybride lichamen. Deze samenloop doet zich uiteraard niet meer voor als het voorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen ongewijzigd zou worden ingevoerd en de Open CV niet meer kan voorkomen vanaf 1 januari 2022.

Verdragsinwoner en woonplaatsverklaring

In het Consultatiedocument wordt vermeld dat omgekeerde hybride lichamen zullen worden aangemerkt als verdragsinwoner van Nederland, waarmee deze omgekeerde hybride lichamen ook verdragsgerechtigd zullen zijn. De Orde verzoekt te bevestigen dat omgekeerde hybride lichamen die belastingplichtig worden door de voorgestelde maatregelen een Nederlandse woonplaatsverklaring kunnen krijgen van de Belastingdienst.

Fiscale eenheid

De Orde verzoekt te bevestigen of en onder welke voorwaarden omgekeerde hybride lichamen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid voor de Wet Vpb 1969 en wat de gevolgen zijn van het wetsvoorstel voor bestaande fiscale eenheden.

Deelnemingsvrijstelling

Een belastingplichtige kan een deelneming houden in een omgekeerd hybride lichaam. Onduidelijk is evenwel hoe het 5%-criterium moet worden ingevuld nu een omgekeerd hybride lichaam geen nominaal gestort kapitaal heeft. De Orde meent dat aanknopen bij de winstgerechtigdheid het meest voor de hand ligt. Kan dit worden bevestigd? Zie ook ons commentaar bij het onderdeel AWR hierna.

Gediversifieerde effectenportefeuille

De Orde verzoekt tot slot te bevestigen dat hetgeen is gezegd bij de behandeling van de Wet implementatie Tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking over de gediversifieerde effectenportefeuille ook voor het consultatiedocument gaat gelden. Het betreft de volgende tekst.

*“Voor de uitzondering op de belastingplicht voor omgekeerde hybrides is zoveel mogelijk aangesloten bij de richtlijntekst. Dit betekent dat de begrippen «ruime verspreiding» en «gediversifieerde effectenportefeuille» moeten worden uitgelegd conform de genoemde richtlijn. Of hiervan sprake is zal materieel worden getoetst. Er kan ook sprake zijn van een gediversifieerde portefeuille als deze portefeuille indirect wordt gehouden.”*

Artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969

De Orde heeft hierboven al aangegeven dat naar haar mening bij de voorgestelde systematiek de reikwijdte van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 dient te worden uitgebreid. Aftrek dient te worden gegeven in alle situaties waarin geen sprake is van een mismatch als bedoeld in de ATAD 2-richtlijn d.w.z. waarin niet voldaan is aan de oorsprongseis.

*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.*

Voorts verzoekt de Orde te bevestigen dat ondanks de gewijzigde zinsnede in het thans voorgestelde artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 ten opzichte van de oorspronkelijke versie, te weten dat enkel nog aftrek bestaat voor het gedeelte van de winst dat toerekenbaar is aan de houders van winstrechten in de omgekeerde hybride die het omgekeerde hybride lichaam als transparant kwalificeren (en dus niet meer ten aanzien van de houders van stemrechten en kapitaalbelangen) dit geen materiele wijziging betreft ten opzichte van de oorspronkelijke situatie.

De Orde verzoekt voorts nadere verduidelijking over de volgende passage in de toelichting.

*“Het voorgestelde artikel 9, eerste lid, onderdeel f, Wet Vpb 1969 regelt dat voor zover de winst van een omgekeerd hybride lichaam rechtstreeks toerekenbaar is aan houders van winstrechten die woonachtig of gevestigd zijn in een staat die dat lichaam niet als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt, dat deel aftrekbaar is van de winst van een omgekeerd hybride lichaam. Een omgekeerde hybride is derhalve met inachtneming van genoemd artikel 9, eerste lid, onderdeel f, effectief slechts onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting voor zover sprake is van een kwalificatieverschil. Het deel van de winst dat rechtstreeks toerekenbaar is aan de houder van deze winstrechten zal in beginsel belast zijn bij deze houder van die winstrechten. Voor Nederlandse participanten geldt voor alle duidelijkheid dat – na toepassing van de voorgestelde maatregelen – het omgekeerde hybride lichaam als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting wordt beschouwd. Derhalve is het deel van de winst van de omgekeerde hybride dat toekomt aan Nederlandse participanten niet aftrekbaar bij het bepalen van de winst. **Verder wordt hier – ter verduidelijking van de samenloop tussen de reeds geldende (reguliere) hybridemismatchmaatregelen uit ATAD2 en de thans voorstelde maatregelen – opgemerkt dat voor zover de winst van het omgekeerde hybride lichaam in de staat van de participant die deze betaling beschouwt als te zijn ontvangen, niet daadwerkelijk in de heffing wordt betrokken, de (reguliere) hybridemismatchmaatregelen uit ATAD2 alsnog toepassing vinden op het niveau van de betalende vennootschap. De voorgestelde wijzigingen in artikel 2 en artikel 9 van de Wet Vpb 1969 kunnen aan de hand van de volgende voorbeelden worden toegelicht.”***

Hier staat dat ten aanzien van de participant die de omgekeerde hybride als transparant ziet de reguliere ATAD2 regels nog van toepassing zijn (op de betaling door BV X). Dat lijkt echter niet te volgen uit de wettekst. De situatie is een artikel 12aa lid 1 onderdeel b casus en dat resulteert slechts in een schrappen van de aftrek bij X BV als er D/NI is door een kwalificatieverschil tussen SWV en investeerder en dat is juist niet het geval. De Orde verzoekt bovengenoemde passage en situatie nader toe te lichten.



Voorts verzoekt de Orde te bevestigen dat in relatie tot de toepassing van de (reguliere) hybridemismatchmaatregelen uit ATAD2 de aftrek van de winst als bedoeld in het voorgestelde artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 niet onder de aftrekbeperkingen van artikel 12aa lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 valt omdat naar de mening van de Orde deze aftrek niet als vergoeding of betaling kwalificeert.

Voor het geval dat het voorstel Wet aanpassing kwalificatiebeleid rechtsvormen geen doorgaan zou vinden, dan doet zich een potentiële samenloop voor tussen de Open CV en het omgekeerde hybride lichaam. Een swv kan aan beide criteria voldoen. De Orde verzoekt voor dat geval aan te geven welke regime dan van toepassing is. Het regime voor de Open CV (onder andere artikel 9 lid 1 onderdeel e en BNB 1982/268) of het regime voor het omgekeerde hybride lichaam (onder andere het voorgestelde artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969)?

### Overgangsrecht

De Orde constateert dat enkele overgangen naar een omgekeerde hybride lichaam niet goed zijn geregeld.

1. De Open CV die per 1 januari 2022 een omgekeerde hybride lichaam wordt. Op basis van het voorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen eindigt deze Open CV direct vóór 1 januari 2022, met zowel eindafrekening voor de Open CV als bij de vennoten (commandieten en beherende vennoten), gevolgd door de inbreng in een omgekeerd hybride lichaam per 1 januari 2022. De Orde meent dat eindafrekening zowel voor de Open CV (via een in de plaats tredingsregel) als de beherende vennoten (via een inbrengfaciliteit á la artikel 14 Wet Vpb 1969) moet worden voorkomen omdat het belastbaar feit wordt veroorzaakt door de wetgever zelf en er overigens door het voortzetten van vennootschapsbelastingplicht geen claimverlies optreedt.
2. Een transparant swv dat met ingang van 1 januari 2022 wordt aangemerkt als omgekeerde hybride lichaam. Bijvoorbeeld een Amerikaanse Inc die als de (enige) commanditair vennoot participeert in een Nederlandse transparante CV. De overige participanten zijn in NL gevestigd en worden thans voor hun aandeel in de winst van het swv belast. Stel de Nederlandse CV bezit Nederlands vastgoed. De Amerikaanse Inc is buitenlands belastingplichtig voor het Nederlandse vastgoedinkomen. De Inc heeft de Nederlandse CV aangemerkt als ‘niet-transparant’, waardoor er sprake is van een omgekeerde hybride. Indien de implementatie op basis van het huidige wetsvoorstel doorgang zal vinden, zal de CV per 1 januari 2022 zelfstandig belastingplichtig worden. Om die reden zal de buitenlandse belastingplicht eindigen voor Inc en zal de eindafrekening van artikel 15c Wet Vpb 1969 van toepassing zijn, met als gevolg dat het vastgoedobject wordt geacht te zijn

vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer. De CV krijgt wel een step-up, waardoor dit effectief een timingverschil is (daargelaten dat de CV ook nog belastingplichtig zal worden voor de dividendbelasting en bronbelasting), maar blijft uiteraard een afrekening zonder verkoop(opbrengst). Daarnaast eindigt, wederom als gevolg van de gekozen systematiek van volledige belastingplicht van de CV, de heffing over het CV aandeel bij de Nederlandse participanten. Mogelijk dat dit dient te resulteren in een overdracht van hun aandeel in het vastgoed door de Nederlandse participanten met een mogelijke afrekening indien dit dient plaats te vinden tegen de waarde in het economische verkeer. Parallel met het in consultatie gegane kwalificatiebeleid is dat daar wel bepaalde doorschuiffaciliteiten worden aangeboden. De Orde verzoekt ook voor de hier gesignaleerde afrekeningsverplichtingen doorschuiffaciliteiten op te nemen in het uiteindelijke wetsvoorstel.

### **Artikel III. Inkomstenbelasting**

De wijziging van artikel 2 lid 3 AWR jo artikel 4.5 Wet IB 2001 heeft tot gevolg dat een natuurlijke persoon een aanmerkelijk belang kan hebben in een omgekeerde hybride lichaam. Het feit dat een swv een omgekeerde hybride lichaam is, wordt evenwel nooit veroorzaakt door deze natuurlijke personen omdat deze niet meetellen voor de 50%-grens in artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969. Een natuurlijke persoon wordt dus eventueel slechts aanmerkelijkbelanghouder omdat andere, buitenlandse, lichamen een belang in het swv hebben, welke lichamen zijn gevestigd in een staat die het swv als niet-transparant beschouwen. De Orde verzoekt de staatssecretaris te verduidelijken waarom een in Nederland woonachtige natuurlijke persoon op een andere wijze in de heffing wordt betrokken, terwijl zijn eigen positie geheel gelijk is aan die van een andere natuurlijke persoon in dezelfde situatie. Wordt het gelijkheidsbeginsel hiermee niet met voeten getreden? Of het recht van vrijheid van vestiging overtreden in EU-situaties?

#### *Voorbeeld*

*Natuurlijk persoon X is voor 40 procent vennoot in een firma welke een schildersbedrijf drijft. De overige 60 procent is in handen van een firmant-vennootschap, gevestigd in Nederland of een staat die dit swv als transparant aanmerkt. Natuurlijk persoon X is voor de Wet IB 2001 ondernemer in Box 1.*

*Indien diezelfde natuurlijke persoon 40 procent vennoot zou zijn in een schildersfirma waarbij de 60 procent firmant-vennootschap gevestigd is in een staat die de firma als niet-transparant ziet, dan zou natuurlijk persoon X aanmerkelijkbelanghouder zijn, zijn arbeidsinkomen zou belast zijn in Box 1 als (gebruikelijk) loon en de overwinst zou belast zijn in box 2.*

De kern van dit probleem is gelegen in het feit dat X in dit voorbeeld wordt meegezogen in het bestrijden van de mismatches die zich voordoen bij andere lichamen. Dit meezuigen van anderen beperkt zich niet tot bovenstaand voorbeeld, maar is een systeemelement van de gekozen

benadering en doet zich voor bij alle Nederlandse deelnemers. Het lijkt de Orde logisch dat een proportionele bestrijding van de mismatches zich slechts zou moeten richten op de participanten waarmee de mismatches zich voordoen. Ook biedt dit mogelijkheden tot tax planning. De Orde verzoekt uitgebreid op dit systeemelement in te gaan. Uiteraard zou deze problematiek zich niet voordoen als de systematiek gewijzigd wordt zoals aangegeven in paragraaf 1.

In de toelichting bij de wijziging van de AWR staat dat ook in het buitenland gevestigde lichamen een aanmerkelijk belang kunnen hebben in een omgekeerd hybride lichaam (artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969). De Orde begrijpt dat buitenlandse lichamen meer dan 5 procent belang in een omgekeerd hybride lichaam kunnen bezitten. Echter voor een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969 is onder meer ook nog vereist dat het aanmerkelijk belang wordt gehouden met als hoofddoel, of een van de hoofddoelen, om de heffing van inkomstenbelasting bij een ander te ontgaan. De standaard casus die hierbij hoort is de situatie waarin een in het buitenland woonachtige natuurlijke persoon een aanmerkelijk belang bezit in een Nederlandse vennootschap (buitenlandse belastingplichtige natuurlijke persoon), welke de aanmerkelijk belangclaim probeert te vermijden door zijn aanmerkelijk belang te houden via een in het buitenland gevestigde vennootschap. Door het tussenschuiven van een dergelijke buitenlandse vennootschap verliest Nederland zonder nadere regels zijn claim op het aanmerkelijk belang. De Orde meent dat bij een omgekeerd hybride lichaam zich een dergelijke situatie in de meeste gevallen niet voordoet.

*Voorbeeld*

*Natuurlijk persoon X woont in Staat A en is 100 procent commanditair vennoot in een Nederlandse CV die een onderneming drijft. Staat A kwalificeert de CV als niet-transparant. De CV is echter geen omgekeerd hybride lichaam omdat X een natuurlijke persoon is. In dat geval mag Nederland heffen over de winst van de CV (box 1). Box 2 is niet aan de orde. X richt vervolgens een holdingvennootschap op in Staat A en brengt zijn CV aandeel in. Op basis van de tekst van het consultatievoorstel wordt de CV een omgekeerd hybride lichaam. Nederland kan nog steeds heffen over de winst van de CV (zij het vennootschapsbelasting). Maar valt het commanditaire aandeel ook onder het aanmerkelijk belang bij de holdingvennootschap? Er wordt geen aanmerkelijk belang ontgaan. Zonder holdingvennootschap was er immers geen aanmerkelijk belang.*

De Orde verzoekt te verduidelijken in welke situaties bij een omgekeerde hybride lichaam sprake is van het ontgaan van inkomstenbelasting in de zin van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969.

#### **Artikel IV. Dividendbelasting**

De Orde verzoekt in te gaan op de situatie waarin sprake is van een buitenlandse commandiet (A) in een Nederlandse CV. De activiteiten van deze CV bestaan uit het houden van aandelen in operationele vennootschappen en het managen van deze vennootschappen. De activiteiten vormen voor de commandiet een vaste inrichting in Nederland en de aandelen in de operationele vennootschappen worden toegerekend aan de vaste inrichting. Het land waar de commandiet is gevestigd ziet de CV als transparant. Op basis van de huidige regels kunnen de dividenden uit de operationele vennootschappen zonder inhouding van dividendbelasting worden uitgekeerd. Indien in een dergelijke situatie de CV zou worden aangemerkt als omgekeerde hybride, bijv. omdat een 60%-commandiet (B) toetreedt welke in een land is gevestigd dat de CV als niet-transparant ziet, zouden de dividenden naar de mening van de Orde nog steeds zonder dividendbelasting naar A moeten kunnen stromen. Kan bevestigd worden dat dit een juiste interpretatie is van de voorgestelde wettekst? Indien de systematiek gekozen zou worden zoals aangegeven in paragraaf 1, zou deze problematiek zich niet voordoen.

De Orde verzoekt om een nadere verduidelijking ten aanzien van de toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Voor toepassing van de bepaling ten aanzien van uitkeringen aan/door een omgekeerd hybride lichaam zoals (BCV in voorbeeld 3) dient kort gezegd de toepassing van de inhoudingsvrijstelling te worden getoetst voor iedere achterliggende gerechtigde. De Orde verzoekt om te bevestigen dat de kwalificatie als omgekeerd hybride (non-transparant) lichaam doorwerkt bij toetsing van de inhoudingsvrijstelling. Voor voorbeeld 3 betekent dit volgens de Orde dat voor het antwoord op de vraag of de inhoudingsvrijstelling van toepassing is, geldt dat de belastingplicht en de non-transparante kwalificatie van BCV doorwerkt in de toets of A Co de deelnemingsvrijstelling zou kunnen toepassen op haar belang in BCV indien A Co in Nederland zou zijn gevestigd, (artikel 4 lid 2 onderdeel b Wet DB 1965). De Orde verzoekt de voorgaande uitwerking te bevestigen. Deze vraag komt op omdat in een alternatieve lezing BCV niet als omgekeerd hybride lichaam (en dus als transparant) zou kwalificeren indien A Co daadwerkelijk in Nederland zou zijn gevestigd. In dat geval beschouwen alle participanten BCV immers als transparant en de deelnemingsvrijstelling zou in dat geval niet van toepassing zijn op het belang dat A Co houdt in BCV.

De Orde verzoekt te bevestigen dat er een step-up geldt voor wat betreft het inhoudingsplichtig worden van een omgekeerd hybride lichaam, bijvoorbeeld indien en voor zover het omgekeerde hybride lichaam belangen heeft in buitenlandse vennootschappen?

De Orde verzoekt in te gaan op het volgende voorbeeld.

Stel er wordt dividendbelasting ingehouden ten laste van het omgekeerde hybride lichaam op grond van het bepaalde in het voorgestelde artikel 1 lid 10 jo artikel 4 lid 13 Wet DB 1965. Komt die ten laste van het omgekeerde hybride lichaam ingehouden dividendbelasting dan voor verrekening in aanmerking op grond van artikel 25 Wet Vpb 1969? Of is dat niet het geval omdat het dividend als gevolg van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 niet is ingehouden op een bestanddeel van de winst van de reverse hybrid?

### **Artikel V. Bronbelasting op Rente en Royalty**

De Orde merkt op dat in de toelichting twee onjuiste verwijzingen staan:

- In de 3e alinea staat “*Het voorgestelde tweede lid (nieuw) van artikel 2.1 Wet BB 2021 regelt...*”. Dit moet zijn artikel 1.2 Wet BB 2021.
- Voorts wordt later in die alinea verwezen naar “*Subonderdeel 13, onderdeel b, van het eerste lid van genoemd artikel 2.1...*”. Dat moet zijn “Subonderdeel 13 van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel b...”.

De Orde verzoekt nader in te gaan op de reikwijdte van artikel 1.2 lid 1 letter b onderdeel 13 Wet BB 2021. Uit de toelichting lijkt te volgen dat de omgekeerde hybride inhoudingsplichtige wordt voor een betaling door die omgekeerde hybride aan een partner in de omgekeerde hybride die deze als non transparant aanmerkt. In combinatie daarmee lijkt uit de toelichting te volgen dat op grond van artikel 2.1 lid 6 Wet BB 2021 de omgekeerde hybride enkel belastingplichtig wordt voor ontvangen betalingen toerekenbaar aan kwalificerende achterliggende gerechtigden die de omgekeerde hybride als transparant kwalificeren. De letterlijk tekst van de bepaling lijkt echter breder te zijn en mede te omvatten betalingen door de omgekeerde hybride aan anderen dan alleen de achterliggende partners in de omgekeerde hybride. In wezen komt dit neer op de vraag of ‘voordeelgerechtigde’ in het voorgestelde artikel 1.2 lid 1 letter b onderdeel 13 Wet BB 2021 moet worden gezien vanuit een transparante entiteit (dan is alleen de partner de voordeelgerechtigde en is alleen de doorbetaling aan de partner onderworpen) of vanuit een niet transparante CV (dan kan ook een niet partner kwalificeren als voordeelgerechtigde). Een soortgelijke vraag speelt bij de tekst van het voorgestelde artikel 2.1 lid 6 Wet BB 2021. Wordt een achterliggende gerechtigde bedoeld in artikel 2.1 lid 6 Wet BB 2021 gezien vanuit een transparante entiteit en is daarmee die achterliggende gerechtigde altijd alleen een participant in die entiteit.

#### *Voorbeeld*

*Stel US Inc en US Inc II houden een NL CV (reverse hybrid, dus entiteit voor US en transparant voor NL). NL CV houdt NL BV. Er zit IP in een verbonden lichaam in een laagbelastende jurisdictie, en het IP wordt gelicenseerd aan NL CV. CV betaalt een royalty aan de laagbelastende jurisdictie (LBJ Co). Op grond van de letterlijke tekst van artikel 1.2, lid 1, letter b, subonderdeel 13 Wet BB (nieuw) 2021 (en bij een duiding van de*

*voordeelgerechtigde gezien vanuit een niet-transparante CV) lijkt ook hiervoor de CV inhoudingsplichtige voorzover de voordeelgerechtigde (de LBJ Co) de CV als non-transparant ziet. Hier lijkt niet zonder meer vereist te zijn dat de LBJ Co ook een participant is in de CV. Het gaat er puur om of de LBJCo CV non-transparant ziet. Indien de laagbelastende jurisdictie echter de CV als transparant ziet (hetgeen logisch lijkt), dan lijkt de conclusie dat CV weliswaar belastingplichtig voor de wet Vpb 1969 is (100 procent, zonder aftrek voor winst, want alle partners zien CV als entiteit), maar de royaltybetaling aan de LBJ niet onderworpen is aan bronbelasting tenzij LBJ Co de CV als entiteit kwalificeert.*

In dit verband is het de Orde opgevallen dat in de voorgestelde bepalingen van artikel 1 lid 10 Wet DB en artikel 1.2 lid 2 Wet BB 2021 de opbrengstgerechtigde c.q. voordeelgerechtigde wordt gezien vanuit een transparante entiteit, en daarmee dus de achterliggende participanten worden bedoeld. Waarna vervolgens wordt geregeld dat in een situatie waarin de omgekeerde hybride belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting desondanks deze omgekeerde hybride wordt aangemerkt als opbrengstgerechtigde c.q. voordeelgerechtigde. Een soortgelijke benadering komt de Orde logisch voor bij de toepassing van artikel 1.2 lid 1 letter b onderdeel 13 en artikel 2.1 lid 6 Wet BB 2021 waardoor ook in die bepalingen de voordeelgerechtigden moet worden gezien vanuit een transparante entiteit en dus enkel de achterliggende participanten kunnen omvatten. De Orde verzoekt de wetgever om duidelijker toe te lichten, liefst aan de hand van voorbeelden, welke visie hij heeft op bovengenoemde situaties.

Als vervolg op voorgaand voorbeeld vraagt de Orde of de huidige formulering van de bepalingen kan leiden tot een heffingslek in de Wet BB 2021 ten aanzien van jurisdicties zonder enige belastingheffing. Dit mogelijke heffingslek is een gevolg van de ‘positieve’ formulering van een aantal bepalingen. Deze bepalingen zijn slechts van toepassing indien een achterligger het hybride lichaam als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt. Indien een achterligger is gevestigd in een jurisdictie zonder enige belastingheffing is dit op basis van een letterlijke lezing niet het geval. De Orde licht dit toe aan de hand van het volgende voorbeeld.

*Voorbeeld*

*US Inc. houdt 100 procent van het belang in LBJ Co, gevestigd in laagbelastende jurisdictie LBJ Staat, een staat zonder enige vorm van belastingheffing. LBJ Co wordt voor Amerikaanse belastingdoeleinden als non-transparant beschouwd. LBJ Co houdt het volledige economische belang (kapitaalbelangen, winstrechten) in de besloten CV (BCV). US Inc. houdt 50 procent van de stemrechten in BCV. BCV wordt voor Amerikaanse belastingdoeleinden beschouwd als een non-transparante entiteit (dus als belastingplichtig voor een naar de winst geheven belasting). LBJ Co verstrekt een lening aan BCV. BCV verstrekt vervolgens een lening aan een in Nederland gevestigde BV.*

Onder huidig recht (dus voor inwerkingtreding van de voorgestelde maatregelen) is bronbelasting verschuldigd op rentebetalingen van BV aan BCV. Deze bronbelasting is verschuldigd aangezien BCV als transparant kwalificeert voor Nederlandse belastingdoeleinden en rentebetalingen aan BCV dus worden beschouwd als rentebetalingen aan LBJ Co.

Ten aanzien van de voorgestelde maatregelen geldt op basis van een letterlijke lezing het volgende. BCV is belastingplichtig op grond van het voorgestelde artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 aangezien het geleerde lichaam US Inc. direct 50 procent van de stemrechten in BCV houdt en BCV voor Amerikaanse belastingdoeleinden als non-transparant wordt beschouwd. Het voorgestelde artikel 1.2 lid 2 Wet BB 2021 regelt dat niet LBJ Co maar BCV moet worden beschouwd als gerechtigde tot de rentebetalingen aan BCV aangezien BCV een omgekeerd hybride lichaam is. De gerechtigdheid van BCV blijft echter op grond van het voorgestelde artikel 2.1 lid 6 Wet BB 2021 zonder gevolgen aangezien BCV slechts belastingplichtig wordt voor zover een achterliggende gerechtigde gevestigd is in een staat die de achterliggende gerechtigde aldaar behandelt als de gerechtigde tot de voordelen. LBJ Co wordt door LBJ Staat niet behandeld als belastingplichtige aangezien zij niet onderworpen is aan enige belastingheffing in LBJ Staat.

BCV wordt op haar beurt ten aanzien van door haar verrichte rentebetalingen inhoudingsplichtig voor de Wet BB 2021 grond van het voorgestelde artikel 1.2 lid 1 sub b onder 13 Wet BB 2021. Dit geldt alleen voor zover de voordeelgerechtigde is gevestigd in een staat die dat lichaam als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt. In lijn met het voorgaande wordt LBJ Co in LBJ Staat niet behandeld als belastingplichtige aangezien zij niet onderworpen is aan enige belastingheffing. Op basis van een letterlijke lezing zijn zowel de rentebetalingen aan als door BCV niet onderworpen aan bronbelasting. Ook hier zou deze problematiek zich niet voordoen als de systematiek gewijzigd wordt zoals aangegeven in paragraaf 1 en daarmee het swv transparant zou blijven ten aanzien van participanten die het swv niet als entiteit kwalificeren.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat uit een letterlijke lezing ook volgt dat BCV voor het voorgestelde artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 een volledige aftrek van haar winst krijgt. Dit is het geval aangezien haar volledige winst toerekenbaar is aan LBJ Co, die gevestigd is in een staat die BCV niet als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt. LBJ Staat kent namelijk geen enkele vorm van belastingheffing.

De Orde verzoekt aan te geven of de voorgaande analyse juist is.

## **Artikel VI: Algemene wet inzake rijksbelastingen**

Voorgesteld wordt om de definitie van een tweetal begrippen in artikel 2 lid 3 AWR voor de toepassing van de belastingwet te wijzigen.

De eerste gewijzigde definitie ziet op het begrip **aandeel**. Onderdeel f van artikel 2 lid 3 AWR wordt zodanig gewijzigd dat het belang van een houder van stemrechten, kapitaalbelangen of winstrechten in een omgekeerd hybride lichaam als bedoeld in artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 wordt aangemerkt als een aandeel, indien deze houder woonachtig is of gevestigd is in een staat die dat lichaam als een belastingplichtige voor een naar de winst geheven belasting beschouwt.

De tweede gewijzigde definitie ziet op het begrip **vennootschap**. Onderdeel k van artikel 2 lid 3 AWR wordt zodanig gewijzigd dat een omgekeerd hybride lichaam als bedoeld in artikel 2 lid 12 Wet Vpb 1969 voor de toepassing van de belastingwet wordt aangemerkt als vennootschap.

Uit de artikelsgewijze toelichting blijkt dat deze voorgestelde wijzigingen onder meer tot gevolg zouden moeten hebben dat natuurlijke personen of in het buitenland gevestigde lichamen een aanmerkelijk belang kunnen hebben in een omgekeerd hybride lichaam. Daarnaast zou een vennootschapsbelastingplichtige participant in een omgekeerd hybride lichaam de deelnemingsvrijstelling deelachtig kunnen worden. Verder zou op deze manier mede de belastingplicht en de inhoudingsplicht voor de toepassing van de dividendbelasting en bronbelasting op rente en royalty's moeten worden geregeld.

De Orde constateert dat de voorgestelde gewijzigde definities onvoldoende zijn om tot de hiervoor genoemde bedoelde gevolgen te kunnen leiden. Voor het aanmerkelijk belang en de deelnemingsvrijstelling is tevens noodzakelijk dat ook aangegeven wordt wat het aanknopingspunt is voor het 5%-criterium. Het komt de Orde logisch voor dat voor deze regelingen wordt aangesloten bij de winstgerechtigdheid. De Orde vraagt dit in de wet te regelen.

### **Slot opmerking**

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

*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.*