

WFR 2017/113

VERSLAG FISCALE CONFERENTIE ATAD 1 & ATAD 2

VERSLAG VAN FISCALE CONFERENTIE MET ALS ONDERWERP ATAD 1 & ATAD 2, GEHOUDEN OP 13 EN 14 MAART 2017 TE ZEIST

R.M.A.R. BASTIAENS LL.M. EN MEVR. D. BODELIER MA MSc¹

1 Inleiding

Op 13 en 14 maart 2017 vond de 43e Fiscale Conferentie plaats met als onderwerp ATAD 1 en ATAD 2.² Gedurende twee dagen zijn tien leden van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) en elf medewerkers van de Belastingdienst en het ministerie van Financiën met elkaar in discussie gegaan over implementatievragen die deze richtlijnen oproepen.

Dit gebeurde onder leiding van de heer prof. mr. J.W. Bellingwout³ en aan de hand van de volgende onderwerpen: totstandkoming, earnings stripping, CFC, GAAR en anti-hybrids.

2 De contouren van ATAD 1 en ATAD 2

Mr. A. Roelofsen⁴ trapt de dag af en geeft allereerst een overzicht van de EU-regelgeving door de jaren heen en

welke acties door de OESO/G20 zijn ondernomen. Door het overzicht valt op dat men binnen Europa de laatste jaren veel sneller tot overeenstemming komt dan de jaren daarvoor. Dit heeft ook te maken met de verandering van de publieke opinie en de extra aandacht in de pers.

Roelofsen constateert dat in het BEPS-project van de OESO geen duidelijke visie is ontwikkeld over de functie van winstbelastingen in het algemeen. Dat is een gemiste kans, want als je niet weet waarom een winstbelasting wordt geheven, weet je ook niet wat misbruik is. Een winstbelasting kan worden opgevat als een vooruitgeschoven vermogensbelasting van de aandeelhouders en dan kan een onvolkomen winstbelasting bijdragen aan een nog grotere kloof tussen arm en rijk.

Een ander aspect dat Roelofsen benoemt is het verband tussen belastingontwijking en belastingconcurrentie. Door ATAD 1 en ATAD 2 komt er meer en meer coherentie op het gebied van de winstbelasting binnen de Europese Unie (EU), op grond van de richtlijnen zijn de lidstaten van de EU ("lidstaten") gehouden om deze minimum regels te implementeren in hun nationale wetgeving. Daarmee gaat de bestrijding van belastingontwijking en de beperking van belastingconcurrentie hand in hand.

Een gemiste kans van het BEPS-project en vooralsnog ook van de Europese implementatie via Atad 1 en Atad 2 is het ontbreken van verplichtingen voor staten om dubbele belasting te voorkomen door middel van internationale geschilbeslechting. Daarmee heeft het BEPS-project minder steun vanuit het bedrijfsleven gekregen dan mogelijk was geweest.

¹ Respectievelijk werkzaam bij Belastingdienst en Meijburg & Co.

² Op 12 juli 2016 is de Richtlijn anti-belastingontwijking aangenomen door de ECOFIN Raad die ziet op het tegengaan van belastingontwijking, ook wel de Anti Tax Avoidance Directive genoemd (Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, ("ATAD 1" of "de richtlijn"). Op 17 februari is vervolgens overeenstemming bereikt over de wijzigingsrichtlijn die ATAD 1 voornamelijk uitbreidt ("ATAD 2").

³ Hoogleraar aan de Vrije Universiteit en verbonden aan Meijburg & Co.

⁴ Werkzaam bij het ministerie van Financiën.

3 Renteaftrek

Prof. dr. O.C.R. Marres⁵ en mr. J.-J.L. Leenman⁶ zetten de earnings-strippingmaatregel van art. 4 van de richtlijn uiteen middels een korte introductie. Kort gezegd komt het erop neer dat het saldo van renteopbrengsten en rentebaten (het financieringskostensurplus) niet aftrekbaar is, indien dit boven een bepaald percentage uitkomt van de fiscale EBITDA. Daarbij wordt in de richtlijn de mogelijkheid geboden om een franchise in te voeren van maximaal € 3 miljoen. Door middel van een franchise kan het midden- en kleinbedrijf worden ontzien.⁷ Bij de earnings-strippingmaatregel hebben lidstaten ten aanzien van de implementatie een aantal opties. Hierdoor is de kans groot dat iedere lidstaat een anders werkende earnings-strippingmaatregel krijgt.

Verder zijn er nog twee mogelijkheden die lidstaten kunnen opnemen om ten gunste van de belastingplichtige af te wijken van de hiervoor beschreven hoofdregel. De lidstaten hebben de mogelijkheid een equity escape te implementeren. In essentie houdt deze equity escape in dat de earnings-strippingmaatregel niet van toepassing is indien de belastingplichtige aantoonbaar dat de ratio tussen haar eigen vermogen en balanstotaal nagenoeg gelijk (niet meer dan 2%-punt lager) of hoger is dan de ratio tussen het eigen vermogen en balanstotaal van de gehele groep.

In plaats van de equity escape kan een lidstaat er ook voor kiezen om een zogenoemde groepsratiobepaling op te nemen. Op grond van deze bepaling wordt de hoogte van de aftrekbare rente bij een belastingplichtige bepaald aan de hand van de mate waarin – geconsolideerd gezien – externe rentelasten drukken op de commerciële EBITDA van het concern. Vervolgens mag de belastingplichtige dit vastgestelde percentage hanteren om zijn aftrekbare rente te berekenen aan de hand van de fiscale EBITDA.

De franchise zou gezien kunnen worden als het sluitstuk van de vragen rondom de earnings-strippingmaatregel, de keuzes ten aanzien van het percentage van de EBITDA, groepsescapes, antifragmentatie, standalone-bepaling enz. zijn van grote invloed op de franchise.⁸

De franchise en de overige maatregelen zijn communicerende vaten, een strenge implementatie van de earnings-strippingmaatregel zou de mogelijkheid geven om een hoge franchise te kiezen. Dit bedrag zou per belastingplichtige of per fiscale eenheid moeten gelden. De richtlijn voorziet niet in antifragmentatieregels, maar het staat lidstaten vrij om toch dergelijke regels op te nemen in hun regelgeving. ATAD 1 heeft te gelden als minimum standaard.

Een percentage van 30% van de EBITDA is, met het oog op het fiscale vestigingsklimaat, een goed percentage. Bij het vaststellen van de EBITDA zou overwogen kunnen worden om de grondslagvermindering van de innovatiebox weer bij te tellen. Er was discussie over de vraag of er een equity escape of groepsratiobepaling zou moeten worden opgenomen. Enerzijds compliceert een dergelijke versoepeling de regeling⁹ die daardoor lastiger uitvoerbaar en minder effectief wordt. Ook ligt het dan minder voor de hand om bestaande renteaftrekbeperkingen¹⁰ af te schaffen en is er minder/ geen budget voor een tariefverlaging. Anderzijds wordt door zo'n escape overkill voorkomen. Er was een vergelijkbare discussie over de vraag of er een ruimhartige carry forward/carry back-mogelijkheid zou moeten komen voor de niet-aftrekbare rente. De voorzichtige conclusie was dat er met de uitvoering in het achterhoofd alleen een carry forward zou moeten komen.

Ook bij de mogelijkheid van het overgangsrecht¹¹ werd voornamelijk gekeken naar de uitvoerbaarheid van de earnings-strippingmaatregel. Indien Nederland de earnings-strippingmaatregel uitstelt, blijven de huidige renteaftrekbeperkende maatregelen bestaan tot aan de invoering van de earnings-strippingmaatregel. Hetzelfde geldt voor de situatie dat bestaande leningen niet worden getroffen door de earnings-strippingmaatregel.

4 CFC-wetgeving

Prof. dr. J.L. van de Streek¹² luidt het onderwerp van de gecontroleerde buitenlandse vennootschappen in, ook wel

⁵ Verbonden als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en tevens verbonden aan Meijburg & Co.

⁶ Werkzaam bij de Belastingdienst.

⁷ Bij een hoge franchise en geen antifragmenteringsregels is verondersteld dat weinig belastingplichtigen worden getroffen door de earnings-strippingmaatregel.

⁸ Een strenge implementatie van een aantal keuzemogelijkheden zouden bijvoorbeeld kunnen resulteren in een hoge franchise. In Duitsland is de drempel van € 1 miljoen verhoogd tot € 3 miljoen. Het betreft namelijk een generieke regeling en geen maatwerk.

⁹ Met name vanwege de flankerende antimisbruikbepalingen die dan mogelijk nodig zijn en waarin de richtlijn niet voorziet.

¹⁰ Met name zouden art. 13l en art. 15ad van de Wet VPB 1969 afgeschaft kunnen worden.

¹¹ Bij het overgangsrecht is het mogelijk om de earnings-strippingmaatregel uit te stellen tot 1 januari 2024, mits de huidige renteaftrek beperkende maatregelen afdoende zijn, of de bestaande leningen uit te sluiten van de earnings-strippingmaatregel.

¹² Hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan Loyens & Loeff.

aangeduid als Controlled Foreign Companies (CFC's). Van de Streek wijst erop dat in de EU in wezen hetzelfde is gebeurd als in de OESO: men is het niet eens geworden over het meest belangrijke element van een CFC-regeling, te weten de berekening van het CFC-inkomen. In het OESO/BEPS-project wordt dit in het algemeen gereflecteerd door de lage consensusgraad die BEPS-actie 3 ten deel is gevallen. En in het bijzonder geldt dat aanbevelingen in BEPS-actie 3 alle kanten uit gaan. Van de Streek meent dat het gebrek aan een compromis in de EU over wat CFC-inkomen zou moeten zijn, de verklaring is voor het feit dat ATAD 1 verschillende opties voor lidstaten kent om het CFC-inkomen te berekenen.

Van de Streek staat stil bij de twee CFC-modellen waaruit lidstaten kunnen kiezen. Op grond van art. 7 lid 2 van ATAD 1 hebben de lidstaten de keuze uit de categorische benadering ("Model A") en de transactiebenadering ("Model B") om CFC-inkomen te belasten. Onder Model A worden bepaalde passieve inkomenscategorieën, zoals rente en dividend, opgesomd als CFC-inkomen. Overheveling naar de Nederlandse grondslag vindt niet plaats als een CFC-entiteit over voldoende substance beschikt. Het betreft volgens Van de Streek een uitzondering met een alles-of-niets-karakter. De aanwezigheid van substance wordt beoordeeld aan de hand van vier factoren (personeel, uitrusting, activa en lokalen).¹³ Van de Streek leidt uit de totstandkomingsgeschiedenis af dat in ATAD 1 een zwaarder substance-criterium is opgenomen dan volgt uit *Cadbury Schweppes*.¹⁴ Model B definieert CFC-inkomen als inkomen dat voortvloeit uit kunstmatige constructies die zijn opgericht met het essentiële doel om belasting te ontwijken. Een transactie wordt geacht kunstmatig te zijn, indien de transfer pricing niet klopt. Van de Streek licht toe dat Model B alleen tot bijheffing in Nederland leidt als de winstgenererende sleutelfuncties van de desbetreffende CFC-activiteiten zich in Nederland bevinden.

Van de Streek wijst op het standpunt van Wiebes dat Model B in feite al in ons Vpb-stelsel is verwerkt.¹⁵ Uit het OESO-rapport over BEPS-actie 3 leidt Van de Streek af dat CFC-regelgeving en transfer pricing elkaar deels overlappen. Zo dient CFC-regelgeving volgens de OESO bij uitstek te functioneren als een stok achter de deur voor een juiste toepassing van verrekenprijsregels. De

OESO geeft aan dat CFC-regels ook verder kunnen gaan dan verrekenprijsregels, maar volgens Van de Streek noopt Model B van ATAD 1 daartoe niet. Door de Tweede Kamer is een motie aangenomen die pleit voor de invoering van "een variant van Model A".¹⁶ Volgens Van de Streek zou vooral met de motie zijn bedoeld ervoor te zorgen dat Nederland iets – of in elk geval – méér doet tegen belastingontwijking dan Model B.

Aan de hand van verschillende voorbeelden illustreert mevr. drs. S.M. Maas¹⁷ de mogelijke uitwerkingen van de CFC-regels in de praktijk. De vraag rijst hoe de uitkeringstoets uitwerkt, waarin wordt bepaald dat CFC-heffing alleen plaatsvindt op niet-uitgekeerde winsten.¹⁸ Opmerkelijk is verder de discrepantie tussen de werking van de CFC-heffing op niet-uitgekeerde inkomsten op grond van Model A en de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Er zijn situaties denkbaar waarin niet-uitgekeerd inkomen onder Model A in Nederland in de heffing wordt betrokken. Als het inkomen echter direct zou zijn uitgekeerd, heeft de CFC-regeling geen invloed en kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Onder de deelnemingsvrijstelling kent Nederland tevens het gemengd oogmerk waardoor een dochteronderneming met passief inkomen alsnog kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Op grond van Model A zal er echter tot heffing worden overgaan indien er inkomens-elementen aanwezig zijn die onder Model A als fout inkomen worden beschouwd. Verder wordt op grond van de deelnemingsvrijstelling inkomen geacht voldoende belast te zijn indien de deelneming is onderworpen aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing. In beginsel is dit een belastingtarief van 10%. Op grond van de CFC-regels dient het inkomen, in beginsel, echter belast te worden tegen een percentage van ten minste 12,5%. Door de CFC-regeling te implementeren naast de deelnemingsvrijstelling zullen er twee verschillende systemen met uiteenlopende reikwijdtes en definities naast elkaar gehanteerd worden.¹⁹ Het is van groot belang dat de samenloop goed geregeld gaat worden.

Op grond van de tekst van ATAD 1 is het tevens niet duidelijk of de CFC-regeling alleen in werking treedt ten aanzien van directe vaste inrichtingen of ook ten aanzien van indirecte vaste inrichtingen. De deelnemers van de conferentie leken het er over eens dat CFC-regels

¹³ Lidstaten kunnen de ontsnappingsmogelijkheid beperken tot EU/EER-CFC's.

¹⁴ In de zaak-*Cadbury Schweppes* (HvJ EG, nr. C-196/04) oordeelt het Hof van Justitie dat een belemmering van de vrijheden door regelgeving ter voorkoming van belastingontwijking slechts toelaatbaar is, indien deze tot doel heeft louter kunstmatige constructies van een belastingvoordeel uit te sluiten.

¹⁵ Volgens Van de Streek doelt Wiebes daarbij op het arm's length-beginsel zoals neergelegd in art. 8b Wet VPB 1969.

¹⁶ Zie Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 56.

¹⁷ Werkzaam bij de Belastingdienst.

¹⁸ Aangezien dividend doorgaans na jaareinde wordt uitgekeerd is er in principe doorgaans sprake van niet-uitgekeerd "foute inkomstbestanddelen" op het niveau van de CFC-entiteit die in de CFC-heffing worden betrokken. Hoe de uitkeringstoets in dit kader CFC-heffing kan voorkomen, is daarom niet helder.

¹⁹ Dit geldt onder andere tevens voor de "rotte appel"-benadering van de CFC-regelgeving.

ook van toepassing zullen zijn op indirecte vaste inrichtingen. Tevens ontstaat door de toepassing van Model A het risico dat hetzelfde CFC-inkomen in meerdere EU-entiteiten gelijktijdig in de heffing wordt betrokken. Aangezien de CFC-regeling fungeert als een penalty-functie is deze uitkomst niet onwaarschijnlijk.

5 CFC en transfer pricing

L.J.J.C. van Wijnen RA en mr. M.E.P. van der Breggen²⁰ gaan in op de transfer pricing aspecten in relatie tot de CFC-regeling. De sprekers behandelen de BEPS-ontwikkelingen die transfer pricing heeft ondergaan in de aanloop naar ATAD 1. Eén van de knelpunten waarmee transfer pricing veelvuldig werd geconfronteerd was de juiste toepassing van verrekenprijzen op vergoedingen in verband met IP. In veel situaties was de juridische IP-eigenaar gesitueerd in een laagbelaste jurisdictie. Doorgaans werden de belangrijke functies ten aanzien van de ontwikkeling van dit IP en het beheer van de daarmee verband houdende risico's niet door deze juridische eigenaar uitgevoerd. De OESO transfer pricing-richtlijnen boden in dit kader niet altijd voldoende houvast bij het bepalen van de juiste verrekenprijzen, mede gezien de nadruk op de contractuele werkelijkheid.²¹ Hierdoor werden door een aantal landen de resultaten die uit IP voortvloeiden toegerekend aan de juridische eigenaar. In de OESO-rapporten over de BEPS-actierapporten 8 tot en met 10 wordt de focus op de contractuele werkelijkheid verlegd naar die van de economische werkelijkheid. Bij het bepalen van de verrekenprijzen wordt de nadruk gelegd op het feitelijk gedrag van de partijen en speelt het contract slechts een ondergeschikte rol. De OESO sluit met deze benaderingswijze beter aan bij het arm's length-principe.²² Materieel kan dit tot gevolg hebben dat er correcties moeten plaatsvinden ten aanzien van de contractuele werkelijkheid of dat er een vergoeding in aanmerking moet worden genomen voor een transactie die contractueel niet bestaat. In sommige situaties is het tevens mogelijk dat er zich contractuele situaties voordoen die op grond van de economische realiteit irrationeel blijken te zijn. In dergelijk uitzonderlijke gevallen dient de contractuele werkelijkheid genegeerd te worden.

De CFC-regeling lijkt volgens Van Wijnen en Van der Breggen in opzet eenzelfde functie te vervullen als transfer pricing. De CFC-regeling heeft tot doel kunstmatige constructies te corrigeren die niet overeenkomen met de economische werkelijkheid. De CFC-regeling van

ATAD 1 voorziet echter in een mechanische substance-toets. Indien deze zou zijn vervuld, zou de CFC-regeling niet te hoeven worden toegepast.

De CFC substance-toets vereist dat er een bepaalde mate van substance aanwezig is op het niveau van de CFC. Deze substance lijkt echter geen relevante functionaliteit te hoeven zijn voor het beheren van de voor de CFC relevante risico's.

6 General Anti Abuse Rule

De heren mr. B.R. Zoetmulder²³ en mr. P.B. Plasman²⁴ hebben een inleiding verzorgd over de General Anti Abuse Rule (GAAR). In art. 6 van de richtlijn is de GAAR opgenomen, dit is op grond van de moeder-dochter-richtlijn (MDR) al een bekend fenomeen. Tevens kent ook de Fusierichtlijn een antimisbruikbepaling.²⁵

Ook door de OESO wordt in de BEPS-rapporten aandacht besteed aan een algemene antimisbruikbepaling, het is de bedoeling dat deze algemene bepaling middels een multilateraal instrument in de verschillende verdragen dient te worden opgenomen. Plasman concludeert dat de verschillende regelingen ondanks verschillende bewoordingen eenzelfde doel hebben, ze dienen een slot op de deur te zijn.

De GAAR in ATAD 1 kent een subjectieve en objectieve toets. Bij de subjectieve toets wordt getoetst of het hoofddoel of één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel is. De subjectieve toets van art. 6 ATAD 1 lijkt gelijk te zijn aan de Fusierichtlijn en de GAAR van de MDR. Voor de Fusierichtlijn is, ondanks dat de misbruikbepaling spreekt over hoofddoel of één van de hoofddoelen, in de arresten Foggia²⁶ en Kofoed²⁷ door het Hof van Justitie van de Europese Unie besloten dat alleen de toegang tot de Richtlijn kan worden ontzegd als het *uitsluitende* doel is gelegen in het behalen van een belastingvoordeel. De vraag is wat de gevolgen van deze jurisprudentie zijn voor de GAAR in ATAD 1.

Bij de objectieve toets dient onderzocht te worden of de structuur (of transactie) is opgezet op grond van zakelijk-

²⁰ Respectievelijk werkzaam bij de Belastingdienst en PwC.

²¹ Deze benaderingswijze lijkt nog steeds door sommige jurisdicties te worden toegepast, met name de VS.

²² Nederland hanteerde echter al langer transfer pricing-regels waarbij het zwaartepunt bij de economische invalshoek ligt.

²³ *Werkzaam bij Loyens & Loeff N.V. en tevens voorzitter van de NOB-kerngroep Nederland Investeringsland.*

²⁴ *Werkzaam bij het ministerie van Financiën.*

²⁵ *Deze antimisbruikbepalingen zijn echter specifiek geformuleerd, dit in tegenstelling tot de generieke bepaling van art. 6 ATAD.*

²⁶ HvJ EU 10 november 2011, ECLI:EU:C:2011:718, nr. C-126/10 (Foggia), BNB 2012/5 m. nt. Meussen.

²⁷ HvJ EG 5 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:408, nr. C-321/05 (Kofoed), V-N 2007/34.12.

ke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Het wordt echter niet duidelijk wat de richtlijn precies bedoelt met de economische realiteit. In *Cadbury Schweppes*²⁸ is door het Hof van Justitie EU besloten dat alleen een volstrekt kunstmatige constructie mag worden bestreden. De vraag is echter of het arrest van het Hof van Justitie EU is ingehaald door de GAAR in ATAD 1 en daarmee hoe de GAAR zich verhoudt tot primair EU-recht. Over deze vraag zal het Hof van Justitie EU zich in toekomst ongetwijfeld dienen uit te laten.

In Nederland kennen wij het leerstuk van *fraus legis* en ook daar is sprake van een subjectieve (motiefvereiste) en objectieve (normvereiste) toets. Zoetmulder en Plasman vragen zich af of de GAAR uit de richtlijn geïmplementeerd moet worden in de Nederlandse wet. Op basis van het arrest-*Kofoed*²⁹ kan verdedigd worden dat wetgeving inderdaad niet noodzakelijk is omdat het Nederlands rechtssysteem het leerstuk van *fraus legis* kent. De rechter kan *fraus legis* echter niet ambtshalve toepassen en de vraag is daarnaast of, indien *fraus legis* wordt gesteld, de rechter gehouden is om *fraus legis* uit te leggen conform het EU-recht. Besproken is of een expliciete uitlating van de wetgever dat de GAAR middels *fraus legis* is geïmplementeerd zowel het aspect van de ambtshalve toetsing adresseert als het aspect van de EU-conforme uitleg.

7 Hybride mismatches

Het gedeelte ten aanzien van de hybride mismatches is opgeknipt in twee onderdelen. Allereerst neemt drs. G.J. de Keizer³⁰ de deelnemers mee in de wereld van de mismatches als gevolg van hybride entiteiten, instrumenten en transacties. In het tweede gedeelte licht mr. S.R. Panham³¹ ATAD 2 toe ten aanzien van mismatches met betrekking tot vaste inrichtingen.

Alvorens De Keizer de techniek induikt, schetst hij een overzicht van de belangrijkste momenten van het BEPS-project en ATAD 2. Hij merkt daarbij op dat het opvallend is dat in de oorspronkelijke richtlijn slechts één pagina wordt gewijd aan hybride mismatches terwijl de OESO in het kader van het BEPS-project een rapport heeft geproduceerd van welgeteld 458 pagina's. In overweging 27 van de preambule bij ATAD 2 is overigens opgemerkt dat lidstaten voor de implementatie van de richtlijn te rade kunnen gaan bij de uitleg en voorbeelden van het BEPS-

actie 2, voor zover zij in overeenstemming zijn met de richtlijn en het EU-recht. Deze slag om de arm in de preambule zorgt weer voor onzekerheid.

De richtlijn lijkt in deze twee benaderingen te hebben. Ten eerste dat winst dient te worden belast waar de waarde wordt gecreëerd en ten tweede, indien het eerste niet wordt gerealiseerd,³² dat de winst altijd ergens belast dient te worden.

Als gevolg van ATAD 2 dienen lidstaten ook rekening te houden met hybride mismatches naar derde landen. Deze maatregel heeft (waarschijnlijk) een grote impact voor Nederland. Uiteindelijk dient nog beoordeeld te worden welke maatregelen Nederland hiervoor dient te treffen. Aan de hand van een aantal voorbeelden neemt De Keizer de deelnemers mee door de bepalingen van art. 9 en 9a van de richtlijn. Vervolgens besteedt De Keizer aandacht aan de toegestane uitzonderingen voor regulatory capital en financial traders. In de richtlijn is de mogelijkheid aan lidstaten gegeven om uitzonderingen op te nemen ten aanzien van regulatorisch kapitaal opgehaald door financiële instellingen en voor betalingen die worden gedaan door financial traders. Hij vraagt zich af of de gekozen oplossing past bij het geschetste probleem en of Nederland daar gebruik van dient te maken.

Als laatste staat De Keizer stil bij imported mismatches. Op grond van art. 9 lid 3 van de richtlijn dient een lidstaat ook rekening te houden met mismatches die zich niet in directe relatie tot de belastingplichtige in die lidstaat hebben voorgedaan maar die elders in het concern zijn gesitueerd en vervolgens, via niet-hybride instrumenten, als het ware worden geïmporteerd. Dit betekent dat indien ergens in de structuur een mismatch ontstaat, die niet ongedaan wordt gemaakt door bijvoorbeeld een andere (lid)staat, Nederland deze mismatch, naar rato, dient te corrigeren. De vraag is hoe een dergelijke imported mismatch gecorrigeerd dient te worden, omdat vaak de mismatch niet één op één valt te herleiden naar de Nederlandse aftrekpost.

Vervolgens bespreekt Panham de antihybride mismatch-regeling in verband met vaste inrichtingen, zoals neergelegd in ATAD 2. In paragraaf 27 van de preambule van ATAD 2 wordt verwezen naar het OESO-rapport over BEPS-actie 2 als bron van voorbeelden of uitlegging van ATAD 2. BEPS-actie 2 zegt echter weinig over structuren waarbij de bijzonderheden die aan een vaste inrichting kleven relevant zijn voor het ontstaan van de hybride situatie. Om hybride mismatches te bestrijden is in navolging op BEPS-actie 2 een additioneel *discussion* draft-rapport verschenen van de OESO.³³ Panham vraagt

²⁸ HvJ EG 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, nr. C-196/04, V-N 2006/49.15, BNB 2007/54.

²⁹ HvJ EG 5 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:408, nr. C-321/05 (*Kofoed*), V-N 2007/34.12.

³⁰ *Werkzaam bij de Belastingdienst.*

³¹ *Verbonden aan KDPS International Tax Counsel en de Radboud Universiteit.*

³² *De winst wordt op dat moment dus niet belast in het land waar de waarde wordt gecreëerd.*

³³ OESO, *Public Discussion Draft, BEPS Action 2 – Branch Mismatch Structures* (OESO, 2016).

zich af of voor implementatie van ATAD 2 ook dit concept-rapport in aanmerking genomen kan worden, ondanks het feit dat de preambule niet expliciet hiernaar verwijst.

Pancham onderscheidt drie categorieën vaste-inrichtingsproblematiek, zijnde i) aftrek zonder betrekking in de heffing, ii) dubbele aftrek en iii) geen belastingheffing. Indien er sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing kan dit te wijten zijn aan een allocatieprobleem tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Heffing blijft achterwege indien een betaling aan een vaste inrichting door de vaste inrichting geacht wordt plaats te vinden aan het hoofdhuis. Het hoofdhuis neemt deze betaling echter ook niet in aanmerking, omdat het hoofdhuis het inkomen alloceert aan de vaste inrichting. Tevens kan de situatie zich voordoen waarin een betaling wordt gealloceerd aan een vaste inrichting, waarvan het bestaan slechts wordt erkend door de jurisdictie van het hoofdhuis. In dit geval is sprake van een niet-waargenomen vaste inrichting. Verder kan er sprake zijn van een veronderstelde betaling tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting. De betaling is aftrekbaar op het niveau van de vaste inrichting, maar wordt op grond van belastingwetgeving van het hoofdhuis aldaar niet tot het inkomen gerekend. In overeenstemming met artikel 9 lid 2 dient in deze gevallen het inkomen te worden belast in het rechtsgebied van de ontvanger. De vraag rijst echter wie in deze gevallen kan worden aangemerkt als de ontvanger: het hoofdhuis of de vaste inrichting?³⁴ Voorts gaat Pancham in op de onduidelijke rangorde tussen art. 9 lid 4 (carve-out betaling) en lid 5. Lid 4 biedt een lidstaat de mogelijkheid om bijheffing ("inclusion") achterwege te laten

³⁴ Het rechtsgebied van de ontvanger is voor deze situaties niet gedefinieerd door ATAD 2. Dit brengt het risico met zich dat beide jurisdicties zich terugtrekken of beide jurisdicties overgaan tot heffing.

maar lid 5 schrijft juist voor dat de vaste-inrichtingswinst in EU-situaties niet mag worden vrijgesteld.³⁵

Dubbele aftrek kan zich voordoen als zowel het hoofdhuis als de vaste inrichting de aftrekbare kosten aan zichzelf alloceren. Art. 9 lid 1 schrijft voor dat de aftrek geweigerd moet worden in de lidstaat van de betaler. Indien er sprake is een vaste inrichting stelt ATAD 2 dat de jurisdictie van de vaste inrichting moet worden aangemerkt als het rechtsgebied van de betaler, zodat steeds op het niveau van het hoofdhuis de aftrek dient te worden geweigerd.

Als laatste wijst Pancham op de categorie mismatches waarbij slechts de jurisdictie van het hoofdhuis een vaste inrichting erkent, zonder dat er sprake is van i) aftrek zonder betrekking in de heffing of ii) dubbele aftrek. Doordat het hoofdhuis het inkomen vrijstelt en in de andere jurisdictie geen vaste inrichting wordt erkend, wordt het inkomen van de niet-waargenomen vaste inrichting in geen enkele jurisdictie belast. Pancham licht toe dat in de eerste versie van ATAD 2, gedateerd 25 oktober 2016, deze situatie expliciet als een hybride mismatch werd benoemd. In die versie werd de lidstaat van het hoofdhuis verplicht het inkomen van de niet-waargenomen vaste inrichting in de heffing te betrekken. In de tekst van de finale versie lijkt deze vorm van mismatch niet langer expliciet als hybride mismatch te worden aangewezen.

8 Afsluiting

Het onderwerp ATAD bleek tijdens de conferentie veel discussie los te kunnen maken aan zowel de zijde de sprekers als de deelnemers. Voorzitter Bellingwout concludeert dat ATAD 1 en ATAD 2 de wetgever nog menig hoofdbrekens zullen geven. In sommige gevallen is sprake van complexiteit in het kwadraat. Zeker is in ieder geval dat de vraagstukken hoe de twee richtlijnen geïmplementeerd moeten worden en wat de gevolgen zijn voldoende stof biedt voor verdere discussie.

³⁵ In dit kader moet opgemerkt worden dat de carve-out bepaling voorafgaat aan de specifieke regeling die toeziet op de belasting van een betaling aan een niet-waargenomen vaste inrichting. De vraag rijst of de volgorde van de regelingen de carve-out in deze gevallen teniet doet.