

## Hybrids aangepakt

Een van de belangrijkste thema's van het alom bekende BEPS project betreft de problematiek van hetgeen pleegt te worden aangeduid als de hybrids. Hybrids zijn er in allerlei soorten en maten maar in algemene zin kunnen twee hoofd categorieën worden onderscheiden. De eerste betreft de hybride financieringen. Daarbij gaat het er kort gezegd om dat een financiering in het ene land – het land van de schuldenaar die dus de rente is verschuldigd - wordt aangemerkt als een lening en daarmee dus vreemd vermogen is. Het andere land beschouwt dan de financiering als eigen vermogen. Het gevolg is dat de rente aftrekbaar is maar de bate doorgaans niet omdat deze vergoeding van eigen vermogen veelal onder de deelnemingsvrijstelling valt. De fiscalisten duiden dit wel aan als de D-NI structuur (Deduction-No Income).

De andere hoofdcategorie betreft de hybride entiteiten. Dat zijn entiteiten die in het ene land als transparant worden aangemerkt en in het andere land als een zelfstandige belastingplichtige. Stel dat in zo'n geval er een lening is aangegaan door de entiteit dan is het gevolg dat de daarop betaalde rente veelal zowel in aftrek kan worden gebracht bij de entiteit als bij de participanten van de entiteit. In het fiscale spraakgebruik duiden we dit wel aan als de DD-structuur (Double Deduction). De oorzaak van deze hybride situaties zijn de zogenoemde dispariteiten: het fiscale stelsel in het ene land verschilt van dat in een ander land. Daar maken internationaal opererende bedrijven veelvuldig gebruik van. Een oplossing was in het verleden niet goed mogelijk omdat elk land vooral kijkt naar het eigen fiscale stelsel. De OESO en de EU hebben nu ieder voor zich afgesproken dat ze hier wat aan gaan doen. De aanpak van beide organisaties is in essentie ook gelijkloidend. De EU heeft de oplossing opgenomen in een richtlijn: de Anti Tax Avoidance Directive 2 (ATAD2). Deze moet ingaande 2020 in werking treden. Nederland moet die dus als lidstaat ook invoeren. Overigens nemen ook veel landen buiten de EU vergelijkbare maatregelen op grond van afspraken met de OESO.

Het zal duidelijk zijn dat een oplossing nog niet zo gemakkelijk is omdat het gaat om het oplossen van een verschil tussen de fiscale wetgeving van landen. De vraag is dan dus welk land zich moet aanpassen. ATAD2 voorziet op dit punt in een paar hoofdregels. Als het gaat om hybride financieringen is de hoofdregel dat de aftrek van rente wordt geweigerd als de bate in het andere land onbelast blijft. Van belang hierbij is dat ATAD2 niet alleen ziet op financieringen binnen de EU, maar ook op financieringen tussen lidstaten en derde landen. Het zal echter duidelijk zijn dat de EU niets te zeggen heeft over derde landen. Een voorbeeld. Stel dat er een lening is verstrekt vanuit Curaçao naar Nederland. In Nederland blijft de vergoeding om de een of andere reden onbelast. In Curaçao wordt de vergoeding als rente in aftrek toegelaten. ATAD2 is voor Curaçao uiteraard niet van belang. In zo'n geval schrijft ATAD2 voor dat Nederland de vergoeding moet belasten.

Een opvallend punt is dat er ook sprake is van een samenloop met de zogenoemde Moeder-dochterrichtlijn: op grond van deze richtlijn blijven dividenden onbelast bij de moedervernootschap en moeten ze ook vrijgesteld zijn van dividendbelasting bij de dochtervernootschap. Deze vrijstelling bij de moedervernootschap vervalt echter als bij de schuldenaar de vergoeding aftrekbaar is omdat deze daar bijvoorbeeld als rente wordt aangemerkt. We zien hier dat niet de renteaftrek wordt geschrapt maar de bate wordt belast. Dat is dus de omgekeerde aanpak als bij ATAD2. Indien de financiering zowel valt onder de Moeder-dochterrichtlijn als onder ATAD2, dan prevaleert de eerste: de vrijstelling vervalt en de aftrek blijft overeind.

Wanneer het gaat om een DD-structuur bij een hybride entiteit zoals hiervoor is geschetst, schrijft ATAD2 in principe voor dat de rente alleen in aftrek komt in de lidstaat waar de entiteit is gevestigd. Is dit echter niet een lidstaat van de EU dan sorteert dit weer geen effect. Voor dat geval moet de andere staat, die dan wel lidstaat is, de aftrek van de rente weigeren. We zien dus dat ook in deze

gevallen er een oplossing is voor de dubbele aftrek.

Zoals gezegd zijn er nog veel meer structuren waar deze problematiek aan de orde kan zijn en waar ATAD2 ook betrekking op heeft. Het lijkt er op dat daarmee de mismatches in elk geval in de EU niet meer voorkomen. Duidelijk is ook dat het er wat regelgeving allemaal niet eenvoudiger van wordt. Dat zullen we over moeten hebben voor het tegengaan van het ontwijken van belastingen.