

## Hybriditeiten

Een belangrijk deel van de internationale strijd tegen het ontwijken van belastingen richt zich op de zogenoemde hybride structuren. Dat is een nogal diffuus begrip want het omvat vele variaties, maar al die variaties hebben eigenlijk een ding gemeen: er is sprake van een verschil in fiscale kwalificaties tussen landen ten aanzien van entiteiten en financieringsvormen. Vele decennia is dat een speelbal geweest voor met name multinationals die deze verschillen vaak optimaal uitnutten om belastingvoordelen te kunnen behalen. Er ontstonden dan ook veelvuldig situaties waarbij allerlei betalingen fiscaal aftrekbaar waren in een hoogbelastende staat maar in het land van ontvangst geen heffing plaatsvond. Of situaties waarbij betalingen in twee landen ten laste van de winst konden worden gebracht. Er waren zelfs structuren waarbij sprake was van een drievoudige aftrek van eenzelfde bedrag aan rente of royalties.

Maar dat is allemaal niet meer van deze tijd. De OESO en de EU hebben hier, door een ingenieus systeem van fiscale spelregels, een stokje voor gestoken. Bepaald wel ingewikkeld overigens en reden waarom ik er niet in detail op inga. Ondanks al die maatregelen zijn we er nog niet. Er zijn nog steeds structuren denkbaar waarbij bovenstaande situaties zich voor kunnen doen. Een van de oorzaken daarvan is dat de OESO en de EU niet tot een principiële oplossing zijn gekomen die de oorzaak van deze dispariteiten wegneemt maar alleen de gevolgen ervan hebben opgelost, althans voor een deel. Wat betreft die oorzaak het volgende voorbeeld: een probleem is dat bepaalde ondernemingsvormen in het ene land fiscaal transparant zijn zodat de winst wordt belast bij de achterliggende participanten, terwijl volgens het andere land zo'n entiteit fiscaal niet transparant is en dat land dus vindt dat de winst bij de entiteit moet worden belast. Het zal duidelijk zijn dat dit tot dubbele belasting kan leiden – zowel de entiteit als de participanten worden belast – maar ook tot het geheel ontbreken van heffing. Een principiële oplossing die de oorzaak wegneemt is uiteraard dat beide landen de entiteit op eenzelfde wijze kwalificeren. Daar voelen landen echter doorgaans niet veel voor want een van de twee landen moet dan diens kwalificatie loslaten. Toch zijn er gelukkig wel landen die een dergelijke methode toepassen. We noemen dat wel de symmetrische methode. Nederland en Curaçao doen dat echter niet. Nederland hanteert de zogenoemde vergelijkingsmethode: het kwalificeert een buitenlandse entiteit die Nederlandse inkomsten geniet door deze te vergelijken met een in Nederland bekende entiteit. Als de buitenlandse entiteit juridisch vergelijkbaar is met een Nederlandse entiteit wordt de buitenlandse entiteit in fiscaal opzicht behandeld als de vergelijkbare Nederlandse entiteit. Maar dat kan dus gemakkelijk tot een verschil leiden ten opzichte van de kwalificatie in het land waar de entiteit is gevestigd. Kortom: het probleem van de hybride entiteit lost zich niet op. Curaçao – en hetzelfde geldt voor Aruba – hanteren weer een ander systeem dat ook door de VS wordt toegepast. Een keuzereguleer of, zoals de Amerikanen dat noemen, een check-the-box-systeem. Er kan door de entiteit zelf worden bepaald of het fiscaal transparant wil zijn of juist niet. Ofwel, het kan eigenlijk altijd opteren voor de meest optimale fiscale oplossing. In internationaal verband wordt dit systeem niet erg gewaardeerd, althans niet door de meeste overheden. Voor ondernemingen kan het wel weer aantrekkelijk zijn. Maar ook hier zien we dat de maatregelen van de OESO en de EU de aantrekkelijkheid duidelijk hebben ingeperkt.

In Nederland zijn onlangs enkele voorstellen gepubliceerd om te komen tot nadere maatregelen tegen hybride structuren. De ene maatregel richt zich op het beëindigen van de zogenoemde BV-CV-structuur die veelvuldig is toegepast in relatie tot de VS maar ook zou kunnen worden toegepast in relatie tot Curaçao. Kort gezegd liep dan Nederlands inkomen via een Nederlandse commanditaire vennootschap (CV) naar investeerders in de VS. De CV is in Nederland fiscaal transparant maar de VS zien de CV als niet-transparant. Gevolg is dat geen heffing over het inkomen plaatsvindt. Dergelijke

structuren worden nu principieel aangepakt doordat voortaan de CV in deze situaties niet meer transparant is. Daarmee kan Nederland dus altijd heffen over de inkomsten van de CV. Een geheel andere kwestie betreft mismatches bij transferpricing. Indien binnen een concern een betaling plaatsvindt tussen twee concernonderdelen in verschillende landen die niet at arm's length is – onzakelijk prijsstelling – leidt de Nederlandse wetgeving er in principe toe dat de prijs wordt gecorrigeerd naar een zakelijke prijs. Dat kan leiden tot een winststijging maar ook tot een winstdaling. In principe zal bij een fiscale winstdaling in Nederland in het andere land een correctie moeten plaatsvinden die juist leidt tot een winststijging. Het is echter de vraag of dat land dit doet. Er wordt nu voortaan geregeld dat indien het andere land deze (opwaartse) correctie niet toepast, Nederland de neerwaartse correctie ook niet toepast. Zo ontstaat steeds een symmetrische benadering. Iets dergelijks geldt bijvoorbeeld ook als een vermogensbestanddeel binnen concernverband vanuit – stel vanuit Curaçao naar Nederland – wordt overgedragen tegen een lagere waarde dan de zakelijke waarde. In Nederland mag het vermogensbestanddeel dan niet worden geactiveerd op de zakelijke waarde, maar vindt waardering plaats op de overdrachtswaarde. Het verschil tussen beide waarden zal dan op enig moment in de Nederlandse winst vallen, ofwel bij vervreemding van het vermogensbestanddeel ofwel door een lagere afschrijving, namelijk op basis van de overdrachtswaarde in plaats van op basis van de hogere waarde in het economische verkeer. Kortom: complexe zaken waarover gemakkelijk allerlei conflicten kunnen ontstaan want wat is precies de juiste arm's length waarde. Stof voor geschillen dus.

Peter Kavelaars is hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en of counsel bij Deloitte.