

Bijlage 2 Uitgebreide analyse van een aantal mogelijke referentiekaders

a. Het belastingverdrag met de VS inclusief hybride bepaling

- Het besluit neemt de negatieve gevolgen van de hybride bepaling (artikel 24 lid 4 Verdrag NL-VS) weg voor de participanten van hybride entiteiten indien structuren waaraan de hybride entiteit deelneemt:
 - een in Nederland gevestigd lichaam is
 - dat in of via Nederland reële activiteiten verricht.
- Om zekerheid te verkrijgen over de toepassing van het besluit kan een ruling aangevraagd/verkregen worden.
- De groep kwalificerende structuren geniet dus een voordeel ten opzichte van structuren die niet aan de voorwaarden van het besluit voldoen en waarbij de negatieve gevolgen van de hybride bepaling in stand blijven.
- De vraag is of de structuren die voldoen en structuren die niet voldoen aan de voorwaarden feitelijk en juridisch in dezelfde situatie verkeren gelet op de doelstelling van de betrokken regeling.
- M.a.w. de vraag die moet worden beantwoord luidt: wat is het verschil tussen deze structuren dat verschillende behandeling mogelijk maakt?
- Uit het besluit zelf blijkt niet waarom het onderscheid tussen de verschillende structuren is aangebracht. In het besluit staat vermeld dat het effect van de hybride bepaling in bepaalde gevallen ongewenst wordt geacht.
- Verdedigd zou kunnen worden dat er substance-eisen zijn gesteld voor de BV om er zeker van te zijn dat de BV inwoner is van Nederland op basis van het verdrag. Pas als de BV geldt als inwoner van Nederland heeft deze BV immers toegang tot het NL-VS belastingverdrag.
- Aangevoerd zou ook kunnen worden dat structuren met reële activiteiten werkgelegenheid creëren in Nederland dan wel elders en daarom anders zijn dan andere structuren.
- Het is belangrijk om op te merken dat deze werkgelegenheid niet per se in Nederland hoeft te zijn. De eis is immers dat de BV *in of via* Nederland reële activiteiten ontplooit.
- Het creëren van werkgelegenheid is echter geen argument op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat er geen sprake is van staatssteun.
- Indien onvoldoende aantoonbaar is dat de structuren feitelijk en juridisch in een andere situatie verkeren gelet op de doelstelling van de betrokken regeling, is sprake van een staatssteunrisico.

b. Andere belastingverdragen met hybride bepalingen

- Het besluit geldt slechts voor het belastingverdrag met de VS.
- In het besluit is hierover het volgende opgenomen:

“Omdat de problematiek van het niet geven van verdragsvoordelen aan hybride entiteiten zich, door het nieuwe artikel 24, vierde lid, van het Nederlands – Amerikaanse belastingverdrag, (alleen) voordoet in relatie tot de Verenigde Staten, is dit besluit bedoeld voor hybride entiteiten die worden gebruikt in structuren tussen een Amerikaanse aandeelhouders enerzijds en een Nederlands lichaam anderzijds.”
- In de tussentijd zijn er echter meer verdragen gesloten met een hybride bepaling. Voor deze latere verdragen geldt de in het besluit gecreëerde uitzondering niet.

- Ook ten opzichte van andere belastingverdragen met een hybride bepaling zou dus beargumenteerd moeten worden waarom er geen sprake is van juridische en feitelijk gelijke situatie.
- Een mogelijk kwetsbaar punt is dat het besluit het voordeel van het niet toepassen van de hybride bepaling niet toekent in het kader van andere, latere belastingverdragen.
- Destijds is met de toenmalige staatssecretaris (Joop Wijn) besproken om het besluit breder toe te passen dan alleen in relatie tot de hybride bepaling met de VS. Hier is uiteindelijk niet voor gekozen.
- De reden dat het besluit juist in relatie tot de VS relevant is, is vanwege de mogelijkheid om de Amerikaanse belastingheffing (zeer) lang uit te stellen. Deze Amerikaanse wetgeving is uniek in de wereld. Bij andere landen (waarmee we een verdrag hebben met een hybride-bepaling) 'werkt' deze fiscale planning niet. Die landen betrekken de inkomsten (van de CV) wél direct in de heffing. Hét voordeel van de CV-BV (uitstel van belastingheffing op niveau van CV) doet zich niet voor en daarmee is een vergelijkbaar besluit voor die belastingverdragen minder urgent.
- Wij zijn derhalve van mening dat objectief aangetoond kan worden dat er een feitelijk en juridisch verschil is tussen de structuren met de VS en de structuren met andere landen. Dat is dan ook de reden waarom het besluit niet wordt toegepast op deze belastingverdragen.
- Als dit soort verdragen als referentiekader worden gebruikt, zou er geen dus geen sprake van staatssteun zijn (geen selectief voordeel ten opzichte van deze verdragen).

c. Belastingverdragen zonder hybride bepalingen

- Door het verdrag in combinatie met het besluit komt het belastingverdrag NL-VS ten aanzien van CV-BV structuren wat de hybride bepaling betreft overeen met belastingverdragen zonder hybride bepaling.
- Als dit soort verdragen als referentiekader worden gebruikt, is er dus geen selectief voordeel ten opzichte van deze verdragen en dus ook geen sprake van staatssteun.