

Vergaderjaar 2018–2019

35 241

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PbEU 2016, L 144/1) (Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 13 mei 2019, no. 2019000917, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 juni 2019, no. W06.19.0115/III, bied ik U hierbij aan.

Het kabinet is de Afdeling zeer erkentelijk voor de grote voortvarendheid waarmee het advies over het bovenvermelde voorstel is uitgebracht.

Naar aanleiding van het advies, dat hieronder cursief is opgenomen, merk ik het volgende op.

Bij Kabinetsmissive van 13 mei 2019, no. 2019000917, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PbEU 2016, L 144/1) (Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel vormt de implementatie in de nationale wetgeving van een tweede EU-richtlijn (ATAD2) die belastingontwijking (waarbij gebruik wordt gemaakt van hybridemismatches tussen landen) bestrijdt.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de motivering voor het niet gebruiken van de mogelijkheid die ATAD2 biedt om onbedoelde resultaten te voorkomen bij de toepassing van de maatregelen ter bestrijding van belastingontwijking. Ook maakt zij een opmerking over de summere wijze waarop is toegelicht hoe in het voorstel wordt omgegaan met de tijdens de internetconsultatie ingebrachte reacties. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel of de toelichting wenselijk.

1. Inleiding

Voorliggend wetsvoorstel vormt de implementatie in de nationale wetgeving van een tweede EU-richtlijn² (hierna: ATAD2)³ die belastingontwijking bestrijdt waarbij gebruik wordt gemaakt van hybridemismatches tussen landen (voor de betekenis van hybridemismatches: zie hierna).

ATAD2 is de opvolger van ATAD1.⁴ ATAD1 bevat – naast andere maatregelen gericht op belastingontwijking⁵ – maatregelen tegen belastingontwijking waarbij gebruik wordt gemaakt van structuren met hybridemismatches. Deze laatste maatregelen hebben echter betrekking op een beperkt aantal structuren met hybridemismatches en zijn bovendien alleen van toepassing op hybridemismatches die ontstaan tussen EU-lidstaten. Daarom zijn deze maatregelen in ATAD2 integraal vervangen door maatregelen ter bestrijding van hybridemismatches niet alleen tussen EU-lidstaten maar ook tussen EU-lidstaten en derde landen. Bovendien is ATAD2 ten opzichte van ATAD1 uitgebreid zodat meer typen hybridemismatches worden bestreden. Hiermee wordt voorkomen dat belastingplichtigen belasting ontwijken door gebruik te maken van resterende lacunes op het terrein van hybridemismatches.

Van hybridemismatches is sprake indien een belastingvoordeel wordt behaald door gebruik te maken van verschillen tussen vennootschapsbelastingstelsels van landen. Een verschil in de fiscale behandeling/kwalificatie van lichamen, van instrumenten of van vaste inrichtingen kan ertoe leiden dat een vergoeding of betaling in het ene land aftrekbaar is, maar dat de corresponderende opbrengst in het andere land onbelast blijft. Een verschil in fiscale behandeling/kwalificatie kan er ook toe leiden dat één en dezelfde vergoeding, betaling, last of verlies meerdere malen aftrekbaar is.

Om te voorkomen dat belastingplichtigen gebruik maken van structuren waarbij door hybridemismatches de belasting in Nederland of in een ander land wordt ontwaken, bevat het voorstel maatregelen die er vooral op zijn gericht om de fiscaal voordelige effecten van dergelijke structuren te neutraliseren. Het voorstel bestrijdt negen typen hybridemismatches door (primair) de aftrekbaarheid van de vergoeding te corrigeren dan wel (secundair) de opbrengst alsnog in de heffing te betrekken.

² Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PbEU 2017, L 144/1).

³ Anti Tax Avoidance Directive, afgekort ATAD.

⁴ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L 193/1).

⁵ Deze maatregelen zijn inmiddels per 1 januari 2019 in werking getreden (Stb. 2018, 508).

2. Onbedoelde resultaten

Zoals hiervoor is aangegeven zijn de voorgestelde maatregelen gericht op het bestrijden van belastingontwijking. De maatregelen leiden volgens de overwegingen bij ATAD2 in bepaalde situaties mogelijk tot onbedoelde resultaten. Van de mogelijkheid die ATAD2 biedt om deze onbedoelde resultaten te voorkomen, wordt echter in het voorstel geen gebruik gemaakt. Een toereikende motivering ontbreekt daarbij. Het gaat om het volgende.

ATAD2 biedt de mogelijkheid aan lidstaten om bepaalde (intragroeps)instrumenten van banken tijdelijk (tot 31 december 2022) uit te zonderen van het toepassingsgebied van de richtlijn.⁶ Het gaat daarbij om instrumenten «die louter zijn uitgegeven om aan de vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit van de uitgevende instelling te voldoen» maar «niet om belasting te ontwijken».⁷ Door van deze mogelijkheid gebruik te maken kunnen lidstaten vermijden dat de maatregelen tegen hybride instrumenten tot onbedoelde resultaten leiden, zoals (de overweging bij) ATAD2 aangeeft.

De transponeringstabel die is opgenomen in de toelichting op het voorstel maakt duidelijk dat van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt.⁸ Als motivering daarvoor vermeldt de toelichting dat het aanpakken van belastingontwijking en belastingontduiking een beleidsspierpunt is van dit kabinet en dat de inzet daarbij is om het beeld te kantelen dat Nederland het voor het internationaal opererende bedrijven gemakkelijk zou maken om belasting te ontwijken.⁹ Het onderhavige wetsvoorstel draagt bij aan dit streven, zo vervolgt de toelichting, en «het kabinet maakt gelet op de hiervoor genoemde beleidsinzet geen gebruik van de uitzonderingen voor financiële handelaren en bepaalde financiële instrumenten¹⁰ die ATAD2 biedt», «waardoor de voordelen die worden behaald met hybridemismatches zoveel mogelijk worden gemitigeerd en belastingontwijking verder wordt bestreden».¹¹

De Afdeling merkt op dat deze motivering onvoldoende is. Waar (de overweging bij) ATAD2 uitgaat van (de mogelijkheid tot) het vermijden van onbedoelde resultaten, gaat de toelichting niet in op de vraag of onbedoelde resultaten zich niet zullen of kunnen voordoen. De Afdeling vindt een nadere toelichting op dit punt noodzakelijk.

De Afdeling adviseert dan ook om zowel in de toelichting op het voorstel als (vanwege de zelfstandige leesbaarheid) in het nader rapport op dit advies, nader te motiveren waarom geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om, indien van belastingontwijking geen sprake is, bepaalde (intragroeps)instrumenten van banken uit te zonderen bij de toepassing van de maatregelen ter bestrijding van belastingontwijking. Zij adviseert zo nodig het voorstel op dit punt aan te passen.

⁶ Het in artikel 1, vierde lid, ATAD2 opgenomen artikel 9, vierde lid, onderdeel b, (nieuw), van ATAD1.

⁷ Overweging 17 bij ATAD2.

⁸ Memorie van toelichting, hoofdstuk 10 (Transponeringstabel), bij «artikel 9, vierde lid, onderdeel b», vierde kolom.

⁹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2 (Implementatiegevolgen voor Nederland), eerste tekstblok.

¹⁰ Financiële instrumenten met elementen van conversie, bail-in of afschrijving, of financiële instrumenten die louter zijn uitgegeven om te voldoen aan de voor de bankensector geldende vereisten van verliesabsorptiecapaciteit.

¹¹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2 (Implementatiegevolgen voor Nederland), tweede tekstblok, laatste en voorlaatste volzin.

2. Onbedoelde resultaten

De Afdeling vraagt een nadere motivering waarom het kabinet geen gebruik maakt van de mogelijkheid om bepaalde (intragroeps)instrumenten van banken uit te zonderen bij de toepassing van de maatregelen ter bestrijding van belastingontwijking. Zoals verzocht door de Afdeling is deze motivering zowel hieronder in dit nader rapport als in de memorie van toelichting¹² opgenomen.

In de considerans van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde staten (PbEU 2017, L 144/1) (ATAD2) is opgenomen dat vermeden dient te worden dat de regel inzake hybride financiële instrumenten en de aan de banken opgelegde vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit tot onbedoelde resultaten leiden. Deze overweging heeft geleid tot het artikel in de richtlijn waar de Afdeling naar verwijst.¹³ Dit artikel bepaalt dat een lidstaat de hybridemismatchmaatregelen niet hoeft toe te passen op een betaling van rente in het kader van een financieel instrument aan een gelieerde onderneming, indien:

- het financiële instrument elementen van conversie, bail-in of afschrijving bevat;
- het financiële instrument louter is uitgegeven om te voldoen aan de voor de bankensector geldende vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit, en als dusdanig wordt erkend in de vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit van de belastingplichtige;
- het financiële instrument is uitgegeven;
 - in samenhang met financiële instrumenten die elementen van conversie, bail-in of afschrijving bevatten op het niveau van een moederonderneming;
 - op het niveau dat noodzakelijk is om te voldoen aan de geldende vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit;
 - niet als onderdeel van een gestructureerde regeling; en
- de totale nettoaftrek voor de geconsolideerde groep uit hoofde van de regeling niet hoger is dan wat het geval was geweest indien de belastingplichtige een dergelijk financieel instrument rechtstreeks op de markt had uitgegeven.

Deze uitzondering mag slechts tot en met 31 december 2022 worden toegepast.

De verliesabsorptiecapaciteit ziet op het minimumbedrag dat banken aan vermogen moeten aanhouden als buffer voor het geval zich verliezen voordoen. Een manier om aan deze eis te voldoen is het aantrekken van financiële instrumenten van de zogenoemde moederonderneming binnen het concern. Deze financiële instrumenten kunnen elementen van eigen en vreemd vermogen hebben en daarom in gevallen als hybride financiële instrumenten worden aangemerkt.

Op basis van de volgende overwegingen heeft het kabinet ervoor gekozen om de uitzondering voor deze instrumenten niet op te nemen. Allereerst is het belang van de uitzondering voor Nederland beperkt. Dit heeft twee oorzaken. De meest bekende financiële instrumenten die potentieel een hybride financieel instrument zouden kunnen worden, zijn de zogenoemde *contingent convertible bonds* (coco's). De aftrekbaarheid van

¹² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 6 (Internetconsultatie).

¹³ Het in artikel 1, vierde lid, ATAD2 opgenomen artikel 9, vierde lid, onderdeel b, (nieuw), 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 (PbEU 2016, L 193/1) (ATAD1).

de vergoeding ter zake van deze instrumenten is per 1 januari 2019 beëindigd. Indien er geen sprake is van een aftrek, kan er geen sprake meer zijn van een aftrek zonder betrekking in de heffing (en vinden de hybridemismatchmaatregelen van ATAD2 geen toepassing). De kans dat een hybride instrument door in Nederland belastingplichtige banken wordt uitgegeven is daarmee afgenomen. Verder is een van de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van de uitzondering dat het financiële instrument is uitgegeven in samenhang met financiële instrumenten op het niveau van de zogenoemde moederonderneming. Nederlandse banken fungeren meestal als moederonderneming binnen het concern. De uitzondering zal op hen niet van toepassing mogen zijn en is daarmee ook om die reden slechts van beperkt belang.

Ten tweede laat de korte periode waarin de uitzondering mag worden toegepast onverlet dat naar de mening van het kabinet de norm onder ATAD2 is en blijft dat hybride financiële instrumenten ongewenste fiscale resultaten hebben, ook indien deze door banken worden toegepast ten behoeve van hun verliesabsorptiecapaciteit. Door de uitzondering op te nemen krijgen de banken meer tijd om de financiële instrumenten te herstructureren, maar op 1 januari 2023 zullen de uitgezonderde hybride financiële instrumenten alsnog onder de reguliere regels van ATAD2 moeten vallen. Het kabinet heeft – gezien het beperkte belang – ervoor gekozen om deze norm, ook voor banken, al per 1 januari 2020 te laten gelden.

3. Internetconsultatie

Over een eerder concept van voorliggend voorstel heeft van 29 oktober tot en met 10 december 2018 een internetconsultatie plaatsgevonden. De toelichting op het voorliggende voorstel gaat in het consultatiehoofdstuk in op de ingebrachte reacties. Deze toelichting is echter summier. De omvang en de complexiteit van het voorstel rechtvaardigen een meer uitgebreide toelichting. Niet alleen met het oog op een voortvarende behandeling in de beide Kamers der Staten-Generaal, maar ook vanuit een oogpunt van transparantie van het wetgevingsproces. Meer concreet wijst de Afdeling daarbij op het volgende.

Met de inbrengers van 5 van de 9 reacties hebben gesprekken plaatsgevonden waarin zij, zoals de toelichting duidelijk maakt, hun inbreng nader hebben kunnen toelichten. Met de in het consultatiehoofdstuk daarop gegeven reactie op hoofdlijnen, is het niet duidelijk waar die gesprekken precies toe hebben geleid en in hoeverre (al dan niet) aan de ingebrachte reacties tegemoet is gekomen (en zo nee, waarom niet).

Dit geldt ook met betrekking tot de overige inbreng, waar kennelijk geen gesprekken over hebben plaatsgevonden. Gewezen zij hier in het bijzonder op de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken die in de kern vergelijkbaar is met wat hiervoor in het advies (onder punt 2) is opgemerkt. Het consultatiehoofdstuk gaat niet op deze reactie in.

Ten slotte wijst de Afdeling nog op het slot van het consultatiehoofdstuk waarin wel de inhoud van een aantal reacties wordt weergegeven, maar waarin het antwoord daarop niet of erg summier wordt gegeven.

De Afdeling adviseert om, in lijn met het vorenstaande, zowel in de toelichting op het voorstel als (vanwege de zelfstandige leesbaarheid) in het nader rapport op dit advies, uitgebreider in te gaan op de reacties die naar aanleiding van de internetconsultatie zijn ingebracht en op de gevolgen daarvan voor het voorstel. De Afdeling adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Internetconsultatie

De Afdeling adviseert om uitgebreider in te gaan op de reacties die naar aanleiding van de internetconsultatie zijn ingebracht en op de gevolgen daarvan voor het voorstel. Naar aanleiding van dit advies is paragraaf 6 (Internetconsultatie) van het algemeen deel van de memorie van toelichting op het onderhavige wetsvoorstel uitgebreid en aangepast. Gelet op het verzoek van de Afdeling is de gewijzigde paragraaf van het algemeen deel van de memorie van toelichting hierna integraal opgenomen.

Internetconsultatie

Op de internetconsultatie, die liep van 29 oktober 2018 tot en met 10 december 2018, zijn in totaal tien reacties binnengekomen, waarvan er negen openbaar zijn. Van de openbaar raadpleegbare reacties zijn er acht afkomstig van koepel- en belangenorganisaties. Het betreft de volgende koepel- en belangenorganisaties:

- Register Belastingadviseurs;
- Dutch Fund and Asset Management Association;
- Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB);
- VNO-NCW;
- American Chamber of Commerce;
- Netherlands British Chamber of Commerce;
- Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen;
- Nederlandse Vereniging van Banken.

Daarnaast heeft prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma, hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam gereageerd. Ook hij heeft ingestemd met openbaarmaking van zijn reactie.

Naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie hebben gesprekken plaatsgevonden met Dutch Fund and Asset Management Association, de NOB, VNO-NCW, de American Chamber of Commerce en de Netherlands British Chamber of Commerce. In deze gesprekken hebben de genoemde organisaties hun reacties nader toegelicht. Na afloop van de internetconsultatie en de toelichtende gesprekken hebben zowel de NOB als de American Chamber of Commerce aanvullende informatie gestuurd waarin zij aandacht vragen voor enkele specifieke casusposities.

Uit de reacties blijkt dat het merendeel van de organisaties de doelstelling van ATAD2 en daarmee de implementatie daarvan onderschrijft. ATAD2 leidt wel tot complexe wetgeving en in bijna alle reacties wordt gevraagd om in het wetsvoorstel specifieke technische aspecten nader uit te werken of de artikelsgewijze toelichting uit te breiden. Naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie zijn daarom enkele verduidelijkingen in de memorie van toelichting opgenomen en technische aanpassingen in de wettekst aangebracht.

Uit de reacties blijkt dat er zorgen zijn over de toename van de administratieve lasten die de regels van ATAD2 voor belastingplichtigen met zich brengen. Dit wetsvoorstel leidt inderdaad tot een toename van de administratieve lasten, zoals verder wordt toegelicht in paragraaf 9. Deze toename komt doordat belastingplichtigen moeten controleren of er bij hen sprake is van een hybridemismatch. Een toename van de administratieve lasten is daarmee onvermijdelijk. Wel is geprobeerd om in de toelichting zoveel mogelijk duidelijkheid te bieden en daarmee de administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken. Ook is tegen deze achtergrond de memorie van toelichting op bepaalde punten aangevuld naar aanleiding van reacties op de internetconsultatie

Voorts is verzocht om ten behoeve van de rechtszekerheid de rangorde tussen de hybridemismatchmaatregelen en de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten wettelijk te regelen. Deze rangorde werd alleen toegelicht in de toelichting, maar is naar aanleiding van dit verzoek nu in het wetsvoorstel opgenomen.

Daarnaast is in enkele reacties verzocht om een uitzondering voor collectieve beleggingsvehikels in de per 1 januari 2022 in te voeren belastingplichtmaatregel op te nemen. Deze uitzondering staat wel in ATAD2, maar is in de consultatieversie van het wetsvoorstel abusievelijk niet opgenomen. Naar aanleiding van de reacties, is deze uitzondering toegevoegd aan het wetsvoorstel.

In meerdere reacties wordt gevraagd om een heroverweging van het Nederlandse kwalificatiebeleid voor buitenlandse rechtsvormen. Volgens deze reacties wijkt de Nederlandse kwalificatie af van de meest gangbare buitenlandse benaderingen, waardoor hybride lichamen vaker voorkomen en ATAD2 van toepassing wordt. Een aanpassing van het kwalificatiebeleid zou kunnen leiden tot minder hybridemismatches. In deze zin raakt het kwalificatiebeleid aan ATAD2. Het kwalificatiebeleid raakt echter niet alleen aan ATAD2, maar aan meer onderwerpen in de vennootschapsbelasting, waaronder de principiële vraag welke lichamen belastingplichtig dienen te zijn voor de vennootschapsbelasting. Een eventuele aanpassing van het Nederlandse kwalificatiebeleid moet in een breder licht worden gezien en de implementatie van ATAD2 geeft op zichzelf geen aanleiding tot een aanpassing daarvan. Een aanpassing doormiddel van dit implementatiewetsvoorstel is niet mogelijk omdat een dergelijke aanpassing niet voortvloeit uit de richtlijn.¹⁴ Bovendien is aanpassing voor een juiste implementatie niet noodzakelijk, omdat ATAD2 aansluit bij de gevolgen van een hybridemismatch en niet voorschrijft dat de oorzaak van hybridemismatches – de verschillen tussen de Nederlandse kwalificatie en de buitenlandse kwalificatie – voorkomen moet worden. Omdat eventuele aanpassing in een breder licht moet worden gezien is nader onderzoek hiernaar nodig. De plannen met betrekking tot de modernisering van het vennootschapsrecht,¹⁵ in combinatie met overige ontwikkelingen waaronder ATAD2, geven het kabinet wel aanleiding om een onderzoek naar aanpassing van het kwalificatiebeleid te starten. Bij dit onderzoek zullen de reacties naar aanleiding van dit wetsvoorstel worden meegenomen.

Het Register Belastingadviseurs geeft, met name met het oog op de administratieve lasten, in overweging om een uitzondering voor het midden- en kleinbedrijf in te voeren. De hybridemismatchmaatregelen zullen in beginsel alleen van toepassing zijn in internationale verhoudingen. Bij uitsluitend nationaal opererende belastingplichtigen zal de beoordeling of de hybridemismatchmaatregelen van toepassing zijn daarom maar zeer beperkt tot een toename van de administratieve lasten leiden. Bovendien wordt met de implementatie van ATAD2 de norm gesteld dat belastingontwijking door het gebruik van hybridemismatchstructuren ongewenst is. Deze norm dient te gelden voor alle bedrijven, ongeacht de grootte van die bedrijven. Daarom kan in het wetsvoorstel geen uitzondering voor het mkb worden opgenomen.

In het gesprek met de American Chamber of Commerce is aandacht gevraagd voor een casus waarin de vraag naar voren komt of er bij een natuurlijke persoon sprake kan zijn van een «naar de winst geheven belasting» en in welke situaties sprake is van «dubbel in aanmerking

¹⁴ Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 9.4

¹⁵ Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>

genomen inkomen». Ook het na afloop van de consultatiegesprekken ontvangen aanvullende bericht van de NOB zag op deze problematiek. Naar aanleiding hiervan is in de artikelsgewijze toelichting extra aandacht besteed aan de bovengenoemde begrippen, waarbij ook wordt ingegaan op wat de uitleg van die begrippen betekent voor de voorgelegde casusposities.¹⁶

Een aantal organisaties vraagt aandacht voor het vestigingsklimaat. Met de implementatie van ATAD2 zal de commanditaire vennootschap/besloten vennootschap (cv/bv)-structuur haar fiscale aantrekkelijkheid verliezen. Nu deze mogelijkheid om in of via Nederland te investeren verdwijnt, wordt gevraagd om onderzoek te doen naar het vestigingsklimaat voor deze bedrijven en de mogelijkheid om te voorzien in andere fiscale faciliteiten. Dit kabinet wil belastingontwijking aanpakken. Het onderhavige wetsvoorstel draagt aan dit doel bij. De oproep van de organisaties om oog te houden voor een aantrekkelijk vestigingsklimaat sluit aan bij het andere doel van het kabinet, namelijk het zorgen voor een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor bedrijven met reële economische activiteiten in Nederland. Hiertoe is voorzien dat onder andere de vennootschapsbelastingtarieven worden verlaagd en wordt een regeling voor startups vormgegeven.¹⁷

De Nederlandse Vereniging van Banken merkt op dat zij een tendens ziet dat Nederland Europese richtlijnen strenger implementeert dan de richtlijn vereist. Zij noemt daarbij als voorbeeld dat in ATAD2 een mogelijkheid is opgenomen om een tijdelijke uitzondering voor hybride financiële instrumenten bij banken op te nemen. Ook de NOB vraagt hier aandacht voor. Het kabinet heeft deze uitzondering niet opgenomen. Hierna wordt aangegeven waarom deze keuze door het kabinet is gemaakt.

In ATAD2 is de mogelijkheid opgenomen dat een lidstaat van de Europese Unie de hybridemismatchmaatregelen tijdelijk (tot en met 31 december 2022) niet hoeft toe te passen op een betaling van rente door een bank in het kader van een financieel instrument aan een gelieerde onderneming, indien:

- het financiële instrument elementen van conversie, bail-in of afschrijving bevat;
- het financiële instrument louter is uitgegeven om te voldoen aan de voor de bankensector geldende vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit, en als dusdanig wordt erkend in de vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit van de belastingplichtige;
- het financiële instrument is uitgegeven;
 - in samenhang met financiële instrumenten die elementen van conversie, bail-in of afschrijving bevatten op het niveau van een moederonderneming;
 - op het niveau dat noodzakelijk is om te voldoen aan de geldende vereisten inzake verliesabsorptiecapaciteit;
 - niet als onderdeel van een gestructureerde regeling; en
- de totale nettoaftrek voor de geconsolideerde groep uit hoofde van de regeling niet hoger is dan wat het geval was geweest indien de belastingplichtige een dergelijk financieel instrument rechtstreeks op de markt had uitgegeven.

¹⁶ Zie ook <https://www.amcham.nl/news/amchams-tax-committee-responds-proposed-atad2-measures>

Deze nadere toelichting is opgenomen in de artikelsgewijze toelichting op artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969.

¹⁷ Fiscale beleidsagenda 2019, Kamerstukken II 2018/19, 32 150, nr. 51.

De verliesabsorptiecapaciteit ziet op het minimumbedrag dat banken aan vermogen moeten aanhouden als buffer voor het geval dat zich verliezen voordoen. Een manier om aan deze eis te voldoen is het aantrekken van financiële instrumenten van de zogenoemde moederonderneming binnen het concern. Deze financiële instrumenten kunnen elementen van eigen en vreemd vermogen hebben en kunnen daarom in gevallen als hybride financiële instrumenten worden aangemerkt.

Op basis van de volgende overwegingen heeft het kabinet ervoor gekozen om de uitzondering voor deze instrumenten niet op te nemen. Allereerst is het belang van de uitzondering voor Nederland beperkt. Dit heeft twee oorzaken. De meest bekende financiële instrumenten die potentieel een hybride financieel instrument zouden kunnen zijn, zijn de zogenoemde *contingent convertible bonds* (coco's). De aftrekbaarheid van de vergoeding ter zake van deze instrumenten is per 1 januari 2019 beëindigd. Indien er geen sprake is van een aftrek, kan er geen sprake meer zijn van een aftrek zonder betrekking in de heffing (en vinden de hybridemismatchmaatregelen van ATAD2 geen toepassing). De kans dat een hybride instrument door in Nederland belastingplichtige banken wordt uitgegeven is daarmee afgenomen. Verder is een van de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van de uitzondering dat het financiële instrument is uitgegeven in samenhang met financiële instrumenten op het niveau van de moederonderneming. Nederlandse banken fungeren meestal als moederonderneming binnen het concern. De uitzondering zal op hen niet van toepassing mogen zijn en is daarmee ook om die reden slechts van beperkt belang.

Ten tweede laat de korte periode waarin de uitzondering mag worden toegepast onverlet dat naar de mening van het kabinet de norm onder ATAD2 is en blijft dat hybride financiële instrumenten ongewenste fiscale resultaten hebben, ook indien deze door banken worden toegepast ten behoeve van hun verliesabsorptiecapaciteit. Door de uitzondering op te nemen krijgen de banken meer tijd om de financiële instrumenten te herstructureren, maar op 1 januari 2023 zullen de uitgezonderde hybride financiële instrumenten alsnog onder de reguliere regels van ATAD2 moeten vallen. Het kabinet heeft- gezien het beperkte belang – ervoor gekozen om deze norm, ook voor banken, al per 1 januari 2020 te laten gelden.

In de schriftelijke reactie van de American Chamber of Commerce en de mondelinge toelichting van de NOB is verwezen naar diverse internationale ontwikkelingen. Zo hebben de VS onlangs een *Controlled Foreign Company* (CFC)-regime ingevoerd waardoor de cv/bv-structuur aan aantrekkelijkheid heeft ingeboet en uit een recent consultatiedocument van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) («addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy»)¹⁸ blijkt dat de OESO gedachten aan het vormen is over voorstellen om een minimumvennootschapsbelastingniveau te waarborgen. Het streven om te komen tot uitgewerkte voorstellen een minimumvennootschapsbelastingniveau te waarborgen is daarbij op 8 juni 2019 ook door de Ministers van Financiën van de G20 in Japan uitgesproken. De vraag die naar aanleiding van deze ontwikkelingen is opgeworpen is in hoeverre de maatregelen uit ATAD2 nog nodig zijn. Deze ontwikkelingen vormen op dit moment geen aanleiding tot een aanpassing in het wetsvoorstel of de memorie van toelichting. Belastingheffing onder het nieuwe CFC-regime van de VS voorkomt toepassing van de hybridemismatchmaatregelen niet, omdat ook onder dit regime nog

¹⁸ Zie: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>

een fiscaal voordeel is te behalen met de cv/bv-structuur. De hiervoor genoemde ontwikkelingen bij de OESO bevinden zich nog in het beginstadium en ontslaan Nederland ook niet van de verplichting ATAD2 per 1 januari 2020 te implementeren.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

4. Redactionele opmerkingen

Aan de redactionele kanttekening van de Afdeling met betrekking tot het wetsvoorstel is gevolg gegeven.

5. Andere wijzigingen

Daarnaast is de toelichting op het voorgestelde artikel 12ac, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) uitgebreid naar aanleiding van nagekomen reacties op de internetconsultatie. Deze toelichting ziet op de vraag of er bij een natuurlijke persoon sprake kan zijn van een «naar de winst geheven belasting» en in welke situaties sprake is van «dubbel in aanmerking genomen inkomen». Dit is ook nader toegelicht in paragraaf 6 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

Verder zijn nog enkele redactionele wijzigingen aangebracht. Zo is aan de transponeringstabel een kolom toegevoegd. In de transponeringstabel zijn nu zowel de verwijzingen naar de betreffende artikelen uit ATAD2 als de nummers van de betreffende (gewijzigde) artikelen uit ATAD1 opgenomen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vicepresident van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Financiën,
M. Snel

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.19.0115/III

In het voorgestelde artikel 12ac van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (artikel I, onderdeel C, van het voorstel) tussen het eerste en het derde lid een (in het voorstel ontbrekend) tweede lid invoegen dat in overeenstemming is met de (niet ontbrekende) toelichting op dat ontbrekende tweede lid