



Raad van de
Europese Unie

Brussel, 2 december 2016
(OR. en)

15066/16

**Interinstitutioneel dossier:
2016/0339 (CNS)**

**FISC 215
ECOFIN 1141**

NOTA

van:	het secretariaat-generaal van de Raad
aan:	Raad

nr. vorig doc.:	14787/16 FISC 205 ECOFIN 1101
Nr. Comdoc.:	13733/16 FISC 173 + ADD 1

Betreft:	Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft mismatches in verband met hybride structuren waarbij derde landen betrokken zijn
	– Compromistekst van het voorzitterschap

Voor de delegaties gaat hierbij de compromistekst van het voorzitterschap met betrekking tot het in hoofde genoemde Commissievoorstel.

Voorstel voor een

RICHTLIJN VAN DE RAAD

**tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft mismatches in verband met
hybride structuren waarbij derde landen betrokken zijn**

DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 115,

Gezien het voorstel van de Europese Commissie,

Na toezending van het ontwerp van wetgevingshandeling aan de nationale parlementen,

Gezien het advies van het Europees Parlement,

Gezien het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité,

Handelend volgens een bijzondere wetgevingsprocedure,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Het is absoluut noodzakelijk het vertrouwen in de billijkheid van de belastingstelsels te herstellen en overheden in staat te stellen hun fiscale soevereiniteit doeltreffend uit te oefenen. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) heeft daarom in het kader van het initiatief ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS) aanbevelingen voor concrete maatregelen uitgebracht.
- (2) De eindrapporten over de 15 actiepunten van de OESO ter bestrijding van BEPS zijn op 5 oktober 2015 openbaar gemaakt. In zijn conclusies van 8 december 2015 heeft de Raad zich hierover verheugd getoond. Hij benadrukte ook dat op EU-niveau gemeenschappelijke, doch flexibele oplossingen moeten worden gevonden die stroken met de OESO-conclusies inzake BEPS.
- (3) Om tegemoet te komen aan de behoefte aan een eerlijkere belastingheffing en met name gevolg te geven aan de OESO-conclusies inzake BEPS, heeft de Commissie op 28 januari 2016 haar pakket anti-ontgaansmaatregelen gepresenteerd. In het kader van dat pakket is Richtlijn (EU) 2016/1164¹ van de Raad inzake regels ter bestrijding van belastingontwijking aangenomen.
- (4) Richtlijn (EU) 2016/1164 biedt een kader om regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren aan te pakken.
- (5) Er dienen regels te worden vastgesteld om mismatches in verband met hybride structuren op een zo alomvattend mogelijke manier te neutraliseren. Aangezien Richtlijn (EU) 2016/1164 uitsluitend ziet op regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren die ontstaan bij de wisselwerking tussen de vennootschapsbelastingstelsels van de lidstaten, heeft de Raad (Ecofin) op 12 juli 2016 een verklaring afgelegd waarin de Commissie wordt verzocht om – met het oog op een akkoord voor eind 2016 – uiterlijk in oktober 2016 een voorstel in te dienen over mismatches in verband met hybride structuren waarbij derde landen betrokken zijn, teneinde te voorzien in regels die in overeenstemming zijn met en niet minder doeltreffend zijn dan de regels die in het OESO-rapport over BEPS-actie 2 worden aanbevolen.

¹ PB L 193 van 19.7.2016, blz. 1.

- (6) Overwegende dat onder meer in overweging 13 van Richtlijn (EU) 2016/1164 is bepaald dat het van cruciaal belang is dat meer wordt gedaan aan andere mismatches in verband met hybride structuren, zoals die waarbij vaste inrichtingen betrokken zijn, is het zaak in deze richtlijn ook bepalingen op te nemen betreffende mismatches in verband met hybride vaste inrichtingen.
- (7) Teneinde te voorzien in een kader dat spoort met en niet minder doeltreffend is dan het BEPS-rapport van de OESO over regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren, is het zaak dat Richtlijn (EU) 2016/1164 ook regels bevat betreffende hybride overdrachten en geïmporteerde mismatches, en op het volledige scala van resultaten van dubbele aftrek ziet, om te voorkomen dat belastingplichtigen gebruikmaken van resterende lacunes.
- (8) Aangezien Richtlijn (EU) 2016/1164 regels bevat betreffende mismatches in verband met hybride structuren tussen lidstaten, is het dienstig in die richtlijn ook regels op te nemen betreffende mismatches in verband met hybride structuren waarbij derde landen betrokken zijn en waarbij ten minste een van de betrokken partijen een belastingplichtige vennootschap is of, in het geval van omgekeerd hybride structuren, een entiteit in een lidstaat, en betreffende geïmporteerde mismatches. De regels in de artikelen 9 en 9 ter dienen bijgevolg te gelden voor alle belastingplichtigen die in een lidstaat aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, daaronder begrepen vaste inrichtingen (of regelingen die als vaste inrichtingen worden beschouwd) van entiteiten die inwoner van een derde land zijn. Artikel 9 bis moet gelden voor alle entiteiten die door een lidstaat als fiscaal transparant worden aangemerkt.
- (9) Regels inzake mismatches in verband met hybride structuren moeten mismatchsituaties betreffen die het gevolg zijn van een dubbele aftrek, een verschil in de kwalificatie van financiële instrumenten, betalingen en entiteiten, of in de toerekening van betalingen. Aangezien mismatches in verband met hybride structuren tot een dubbele aftrek of tot een aftrek zonder betrekking in de heffing zouden kunnen leiden, moeten regels worden vastgesteld volgens welke de betrokken lidstaat de aftrek van een betaling, lasten of verliezen weigert dan wel eist dat de belastingplichtige de betaling in zijn belastbare inkomsten opneemt, naargelang van het geval. Deze regels gelden echter uitsluitend voor aftrekbare betalingen en mogen de algemene kenmerken van een belastingstelsel niet beïnvloeden, ongeacht of het een traditioneel stelsel dan wel een verrekeningsstelsel is.

- (10) Er is sprake van een mismatch in verband met een vaste inrichting als de verschillen in de regels in het rechtsgebied van de vaste inrichting en het rechtsgebied van inwonerschap voor de toerekening van inkomsten en uitgaven tussen verschillende onderdelen van dezelfde entiteit aanleiding geven tot een mismatch met betrekking tot de belastingresultaten; hiertoe behoren de gevallen waarin een mismatch ontstaat doordat een vaste inrichting krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van het bureau buiten beschouwing blijft. Deze mismatches kunnen leiden tot een dubbele aftrek of tot een aftrek zonder betrekking in de heffing, en moeten dus worden weggenomen. In geval van buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen moet de lidstaat waarvan de belastingplichtige inwoner is, de inkomsten die anders aan de vaste inrichting zouden worden toegerekend, in de heffing betrekken.
- (11) Eventuele aanpassingen die uit hoofde van deze richtlijn moeten worden uitgevoerd, zouden in beginsel geen gevolgen mogen hebben voor de verdeling van heffingsbevoegdheden tussen rechtsgebieden die op grond van een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting is vastgesteld.
- (12) Ter wille van de evenredigheid is het noodzakelijk om alleen de gevallen aan te pakken waarin het risico van belastingontwijking door gebruik van mismatches in verband met hybride structuren aanzienlijk is. Het is derhalve passend te voorzien in bepalingen betreffende mismatches die ontstaan tussen het hoofdkantoor en een vaste inrichting, of tussen twee of meer vaste inrichtingen van dezelfde entiteit, betreffende regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren tussen de belastingplichtige en zijn gelieerde ondernemingen, tussen gelieerde ondernemingen en mismatches in verband met hybride structuren die het gevolg zijn van een gestructureerde regeling waarbij een belastingplichtige is betrokken.
- (13) Mismatches die specifiek samenhangen met het hybride karakter van entiteiten, moeten alleen worden aangepakt wanneer een van de gelieerde ondernemingen – ten minste – effectieve zeggenschap over de andere gelieerde ondernemingen heeft. Bijgevolg moet in die gevallen worden vereist dat een gelieerde onderneming door de belastingplichtige of een andere gelieerde onderneming wordt gehouden, dan wel dat zij zelf de belastingplichtige of een andere gelieerde onderneming houdt, door middel van een deelneming in de vorm van stemrechten, kapitaalbezit of recht op 50 procent of meer van de winst. Bij de toepassing van deze test moeten de rechten of het bezit van personen die samen optreden, worden samengeteld.

- (14) Om ervoor te zorgen dat de definitie van "gelieerde onderneming" breed genoeg is voor de toepassing van de regels inzake mismatches in verband met hybride structuren, dient die definitie ook te zien op een entiteit die deel uitmaakt van hetzelfde voor de boekhouding geconsolideerd concern, een onderneming waarin de belastingplichtige invloed van betekenis op de leiding uitoefent en, omgekeerd, een onderneming die invloed van betekenis op de leiding van de belastingplichtige uitoefent.
- (15) Het is nodig vier brede categorieën van mismatches in verband met hybride structuren aan te pakken: ten eerste mismatches in verband met hybride structuren die het gevolg zijn van betalingen uit hoofde van een financieel instrument; ten tweede mismatches in verband met hybride structuren die het gevolg zijn van verschillen in de toerekening van betalingen die aan een hybride entiteit of een vaste inrichting zijn verricht (onder meer als gevolg van betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting); ten derde mismatches in verband met hybride structuren die voortvloeien uit door een hybride entiteit aan haar eigenaar verrichte betalingen of veronderstelde betalingen tussen het hoofdkantoor en een vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen; ten slotte resultaten van dubbele aftrek die het gevolg zijn van door een hybride entiteit of vaste inrichting verrichte betalingen.
- (16) Wat betreft betalingen uit hoofde van een financieel instrument, zou er sprake kunnen zijn van een mismatch in verband met een hybride structuur als het resultaat van aftrek zonder betrekking in de heffing terug te voeren is op de verschillen in de kwalificatie van het instrument of de betalingen uit hoofde ervan. Indien het type betaling krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger in aanmerking komt voor een dubbele belastingvermindering (zoals een vrijstelling van belastingen, een verlaagd belastingtarief of een verrekening of teruggave van belasting), dan moet de betaling, voor de hoogte van het resulterende bedrag waarop te weinig belasting is betaald, worden beschouwd als aanleiding gevend tot een mismatch in verband met een hybride structuur. Een betaling uit hoofde van een financieel instrument dient echter niet te worden beschouwd als aanleiding gevend tot een mismatch in verband met een hybride structuur als de in het rechtsgebied van de ontvanger toegekende belastingvermindering alleen het gevolg is van de fiscale status van de ontvanger of van het feit dat het instrument volgens de voorwaarden van een bijzondere regeling wordt gehouden.

- (17) Wat betreft aan een hybride entiteit of vaste inrichting verrichte betalingen, zou er sprake kunnen zijn van een mismatch in verband met een hybride structuur als het resultaat van de aftrek zonder betrekking in de heffing het gevolg is van verschillen in de regels die van toepassing zijn op de toerekening van die betaling tussen de hybride entiteit en de eigenaar ervan (in geval van een aan een hybride entiteit verrichte betaling) of tussen het hoofdkantoor en een vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen (in het geval van een veronderstelde betaling aan een vaste inrichting). De definitie van mismatch in verband met een hybride structuur dient slechts van toepassing te zijn als de mismatch het gevolg is van verschillen in de regels betreffende de toerekening van betalingen krachtens de wetgeving van de twee rechtsgebieden, en een betaling dient geen aanleiding te geven tot een mismatch in verband met een hybride structuur als er in ieder geval een mismatch in verband met een hybride structuur was ontstaan als gevolg van de belastingvrije status van de ontvanger uit hoofde van de wetgeving van een rechtsgebied van de ontvanger.
- (18) De definitie van mismatch in verband met een hybride structuur moet ook resultaten van de aftrek zonder betrekking in de heffing omvatten die het gevolg zijn van betalingen aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. Een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting is een regeling die krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van het hoofdkantoor wordt beschouwd als aanleiding gevend tot een vaste inrichting, maar die krachtens de wetgeving van het andere rechtsgebied niet als een vaste inrichting wordt beschouwd. De regel betreffende mismatches in verband met hybride structuren dient evenwel niet te gelden als de mismatch in ieder geval zou zijn ontstaan als gevolg van de belastingvrije status van de ontvanger krachtens de wetgeving van een rechtsgebied van de ontvanger.

- (19) Wat betreft door een hybride entiteit verrichte betalingen aan haar eigenaar of veronderstelde betalingen tussen het hoofdkantoor en een vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen, zou er sprake kunnen zijn van een mismatch in verband met een hybride structuur als de resultaten van aftrek zonder betrekking in de heffing het gevolg zijn van het feit dat de betaling of veronderstelde betaling niet wordt opgevoerd in het rechtsgebied van de ontvanger. In dit geval, indien de mismatch voortvloeit uit de niet-toerekening van de betaling of veronderstelde betaling, is het rechtsgebied van de ontvanger het rechtsgebied waarin de betaling (of veronderstelde betaling) wordt beschouwd als te zijn ontvangen uit hoofde van de wetgeving van het rechtsgebied van de betaler. Zoals het geval is voor andere mismatches in verband met hybride entiteiten en bijkantoren die aanleiding geven tot resultaten van aftrek zonder betrekking in de heffing, is er geen sprake van een mismatch in verband met een hybride structuur als de ontvanger krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger vrijgesteld is van belastingen. Wat betreft deze categorie van mismatches in verband met hybride structuren, zou er slechts sprake zijn van een mismatch voor zover in het rechtsgebied van de betaler is toegestaan dat de aftrek met betrekking tot de betaling of veronderstelde betaling wordt afgezet tegen een bedrag dat geen inkomsten betreft die dubbel in aanmerking worden genomen. Indien in het rechtsgebied van de betaler is toegestaan dat de aftrek wordt overgeheveld naar een volgende periode, zou het vereiste om krachtens de richtlijn een aanpassing aan te brengen, kunnen worden uitgesteld totdat de aftrek in het rechtsgebied van de betaler daadwerkelijk wordt afgezet tegen inkomsten die niet dubbel in aanmerking worden genomen.
- (20) De definitie van mismatch in verband met een hybride structuur moet ook de resultaten van dubbele aftrek omvatten, ongeacht of deze het gevolg zijn van betalingen, lasten die krachtens de nationale wetgeving niet als betalingen gelden of het gevolg zijn van verliezen door afschrijving of waardevermindering. Zoals het geval is voor veronderstelde betalingen en door een hybride entiteit verrichte betalingen die door de ontvanger buiten beschouwing worden gehouden, is er evenwel slechts sprake van een mismatch in verband met een hybride structuur voor zover in het rechtsgebied van de betaler is toegestaan dat de aftrek wordt afgezet tegen een bedrag dat geen inkomsten betreft die dubbel in aanmerking worden genomen. Dit betekent dat, indien in het rechtsgebied van de betaler is toegestaan dat de aftrek wordt overgeheveld naar een volgende periode, het vereiste om krachtens de richtlijn een aanpassing aan te brengen, zou kunnen worden uitgesteld totdat de aftrek in het rechtsgebied van de betaler daadwerkelijk wordt afgezet tegen inkomsten die niet dubbel in aanmerking worden genomen.

- (21) Verschillen in belastingresultaten die uitsluitend terug te voeren zijn op verschillen in de aan een betaling toegekende waarde, onder meer door de toepassing van interne verrekeningsprijzen, dienen niet onder de werkingssfeer van een mismatch in verband met een hybride structuur te vallen. Voorts is het zo dat, aangezien rechtsgebieden verschillende belastingtijdvakken hebben en verschillende regels hanteren om te bepalen wanneer verkregen inkomsten of verrichte uitgaven worden opgevoerd, deze timingverschillen over het algemeen niet dienen te worden beschouwd als aanleiding gevend tot mismatches in belastingresultaten. Een aftrekbare betaling uit hoofde van een financieel instrument waarvan niet redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze binnen een redelijke termijn in inkomsten wordt opgenomen, dient echter te worden beschouwd als aanleiding gevend tot een mismatch in verband met een hybride structuur indien dat resultaat van aftrek zonder betrekking in de heffing terug te voeren is op verschillen in de kwalificatie van het financieel instrument of de betalingen uit hoofde ervan. Het moet duidelijk zijn dat een mismatch zou kunnen ontstaan indien een uit hoofde van een financieel instrument verrichte betaling niet binnen een redelijke termijn in de inkomsten wordt opgenomen. Een dergelijke betaling moet worden beschouwd als een betaling die binnen een redelijke termijn in de inkomsten is opgenomen, indien de betaling door de ontvanger wordt opgenomen binnen 12 maanden te rekenen vanaf het einde van het belastingtijdvak van de betaler of als bepaald volgens een "arm's length"-criterium. De lidstaten zouden kunnen eisen dat een betaling binnen een vastgestelde termijn in de inkomsten wordt opgenomen om te vermijden dat er een mismatch ontstaat en om belastingcontrole te waarborgen.
- (22) Hybride overdrachten zouden aanleiding kunnen geven tot een verschil in fiscale behandeling indien, als gevolg van een regeling tot overdracht van een financieel instrument, de onderliggende opbrengst van dat instrument werd behandeld alsof zij was verkregen door meer dan een van de partijen bij de regeling. In die gevallen zou de betaling uit hoofde van de hybride overdracht aanleiding kunnen geven tot een aftrek voor de betaler, terwijl ze door de ontvanger als opbrengst van het onderliggende instrument zou worden aangemerkt. Dit verschil in fiscale behandeling zou kunnen leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing of tot een surplus aan onverrekenende belasting voor de bronbelasting op het onderliggende instrument. Deze mismatches moeten dus worden weggenomen. In het geval van een aftrek zonder betrekking in de heffing moeten dezelfde regels gelden als voor het neutraliseren van mismatches als gevolg van betalingen uit hoofde van een hybride financieel instrument. In het geval van hybride overdrachten die zijn gestructureerd om een surplus aan onverrekenende belasting voort te brengen, moet de betrokken lidstaat de betaler beletten het surplus aan onverrekenende belasting te gebruiken om een belastingvoordeel te verkrijgen, mede door de toepassing van een algemene antimisbruikregel die in overeenstemming is met artikel 6 van de richtlijn.

- (23) Het is noodzakelijk een bepaling op te nemen op basis waarvan lidstaten een aanpak kunnen ontwikkelen voor discrepanties in de omzetting en tenuitvoerlegging van deze richtlijn die, ondanks het feit dat de lidstaat in overeenstemming met deze richtlijn handelt, tot een mismatch in verband met een hybride structuur leidt. Wanneer een dergelijke situatie zich voordoet en een primaire regel in deze richtlijn niet van toepassing is, zou een secundaire regel van toepassing moeten zijn.
- (24) Geïmporteerde mismatches verschuiven het effect van een mismatch in verband met een hybride structuur tussen partijen in derde landen met behulp van een niet-hybride instrument naar het rechtsgebied van een lidstaat en ondermijnen zo de doeltreffendheid van de regels die mismatches in verband met hybride structuren neutraliseren. Een aftrekbare betaling in een lidstaat kan worden gebruikt voor de financiering van uitgaven waarbij sprake is van een mismatch in verband met een hybride structuur. Om dergelijke geïmporteerde mismatches tegen te gaan, moet worden voorzien in regels waarbij de aftrek van een betaling wordt verboden wanneer de overeenkomstige inkomsten uit die betaling, direct of indirect, worden afgezet tegen een aftrek in het kader van een regeling voor een mismatch in verband met een hybride structuur die aanleiding geeft tot een dubbele aftrek of tot een aftrek zonder betrekking in de heffing tussen derde landen.
- (25) Een mismatch bij dubbel inwonerschap zou tot een dubbele aftrek kunnen leiden indien een betaling van een belastingplichtige die een dubbel inwonerschap heeft, wordt afgetrokken krachtens de wetgevingen van beide rechtsgebieden waarvan de belastingplichtige inwoner is. Aangezien mismatches bij dubbel inwonerschap aanleiding zouden kunnen geven tot resultaten van dubbele aftrek, moeten zij in het toepassingsgebied van deze richtlijn worden opgenomen. Een lidstaat dient de dubbele aftrek die zich ten aanzien van een vennootschap met dubbel inwonerschap voordoet, te weigeren, voor zover deze betaling wordt afgezet tegen een bedrag dat krachtens de wetgeving van het andere rechtsgebied niet als inkomsten wordt beschouwd.

- (26) De doelstelling van deze richtlijn bestaat erin de interne markt als geheel beter te wapenen tegen regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren. Dit kan niet voldoende worden verwezenlijkt als de lidstaten elk afzonderlijk optreden, aangezien de nationale vennootschapsbelastingstelsels van elkaar verschillen en onafhankelijk optreden van de lidstaten slechts de bestaande versnippering van de interne markt op het gebied van de directe belastingen zou reproduceren. Dergelijk optreden zou dus geen einde maken aan inefficiënties en verstoringen bij de interactie van aparte nationale maatregelen. Een gebrek aan coördinatie zou hiervan het resultaat zijn. Gelet op het grensoverschrijdende karakter van regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren en de behoefte aan oplossingen die werken voor de interne markt als geheel, kan deze doelstelling beter op het niveau van de Unie worden verwezenlijkt. Daarom zou de Unie, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen kunnen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan nodig is om deze doelstelling te verwezenlijken. Door te voorzien in het vereiste niveau van bescherming voor de interne markt, strekt deze richtlijn er alleen toe het noodzakelijke niveau van coördinatie binnen de Unie te bereiken om haar doelstellingen te verwezenlijken.
- (27) Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn dienen de lidstaten gebruik te maken van de toepasselijke toelichting en voorbeelden in het OESO-rapport over het neutraliseren van de effecten van regelingen voor mismatches in verband met hybride structuren, actie 2 – definitief verslag van 2015, als bron van voorbeelden of uitlegging voor zover deze sporen met het bepaalde in deze richtlijn en de wetgeving van de Unie.
- (28) De regels inzake mismatches in verband met hybride structuren in de artikelen 9, leden 1 en 2, zullen alleen van toepassing zijn voor zover de situatie met betrekking tot een belastingplichtige tot een mismatch leidt. Er zou geen sprake mogen zijn van een mismatch wanneer een regeling uit hoofde van artikel 9, lid 5, of artikel 9 bis aan een aanpassing onderworpen is, en dienovereenkomstig zouden regelingen die uit hoofde van de genoemde delen van de richtlijn aan een aanpassing onderworpen zijn, niet aan een nadere aanpassing uit hoofde van de regels inzake mismatches in verband met hybride structuren onderworpen mogen zijn.
- (29) Indien de mismatch in belastingresultaten op grond van de bepalingen van een andere richtlijn, zoals Richtlijn 2011/96/EU van de Raad, wordt geneutraliseerd, zouden de regels inzake mismatches in verband met hybride structuren van deze richtlijn niet van toepassing zijn.

(30) De Commissie dient vier jaar na de inwerkingtreding van deze richtlijn de tenuitvoerlegging ervan te evalueren en verslag uit te brengen bij de Raad. De lidstaten dienen de Commissie alle voor deze evaluatie noodzakelijke informatie te verstrekken.

(31) Richtlijn (EU) 2016/1164 moet derhalve dienovereenkomstig worden gewijzigd,

HEEFT DE VOLGENDE RICHTLIJN VASTGESTELD:

Artikel 1

Richtlijn (EU) 2016/1164 wordt als volgt gewijzigd:

1. Artikel 1 wordt als volgt gewijzigd:

Een nieuw lid wordt toegevoegd na lid 1:

"2. Artikel 9 bis geldt tevens voor alle entiteiten die door een lidstaat als fiscaal transparant worden aangemerkt.";

2. Artikel 2 wordt als volgt gewijzigd:

a) in punt 4 wordt de laatste alinea vervangen door:

"Voor de toepassing van artikel 9 en artikel 9 bis geldt het volgende:

- i) wanneer de mismatch ontstaat op grond van artikel 2, punt 9, onder b), c), d), e) of g), of wanneer een aanpassing nodig is uit hoofde van artikel 9, lid 3, of artikel 9 bis wordt de definitie van gelieerde onderneming gewijzigd zodat het vereiste van 25 percent wordt vervangen door een vereiste van 50 percent;
- ii) een persoon die met betrekking tot de stemrechten of het kapitaalbezit van een entiteit samen met een andere persoon optreedt, wordt beschouwd als houder van een deelneming in alle stemrechten of het volledige kapitaalbezit dat die andere persoon in de genoemde entiteit heeft;

- iii) onder "gelieerde onderneming" wordt tevens verstaan een entiteit die deel uitmaakt van hetzelfde voor de financiële boekhouding geconsolideerde concern als de belastingplichtige, een onderneming waarin de belastingplichtige invloed van betekenis op de leiding uitoefent of een onderneming die invloed van betekenis op de leiding van de belastingplichtige uitoefent."

b) punt 9 wordt vervangen door:

"9. "mismatch in verband met een hybride structuur": een situatie waarbij een belastingplichtige of, met betrekking tot artikel 9, lid 3, en artikel 9 bis, een entiteit betrokken is, en waarin:

- a) een betaling uit hoofde van een financieel instrument aanleiding geeft tot een resultaat van aftrek zonder betrekking in de heffing, en:
- i) die betaling niet binnen een redelijke termijn in de heffing wordt betrokken; en
- ii) de mismatch is terug te voeren op de verschillen in de kwalificatie van het instrument of de betaling uit hoofde ervan.

Voor de toepassing van de eerste alinea wordt een betaling uit hoofde van een financieel instrument geacht binnen een redelijke termijn in de inkomsten te zijn opgenomen indien:

- de betaling in het rechtsgebied van de ontvanger wordt opgenomen in een belastingtijdvak dat begint binnen 12 maanden na het einde van het belastingtijdvak van de betaler; of:
 - redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de betaling in het belastinggebied van de ontvanger in een toekomstig tijdvak in de heffing zal worden betrokken, en betalingsvoorwaarden gelden die normaliter tussen onafhankelijke ondernemingen zouden worden overeengekomen;
- b) een betaling aan een hybride entiteit aanleiding geeft tot een aftrek zonder betrekking in de heffing en de mismatch het gevolg is van verschillen in de toerekening van betalingen aan de hybride entiteit krachtens de wetgeving van het rechtsgebied waar de hybride entiteit is gevestigd of geregistreerd en het rechtsgebied van een persoon met een deelneming in die hybride entiteit;

- c) een betaling aan een entiteit met een of meer vaste inrichtingen aanleiding geeft tot een aftrek zonder betrekking in de heffing, en die mismatch het gevolg is van verschillen in de toerekening van betalingen tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen van dezelfde entiteit krachtens de wetgeving van het rechtsgebied waar die entiteit actief is;
- d) een betaling aanleiding geeft tot een aftrek zonder betrekking in de heffing die het gevolg is van een betaling aan een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting;
- e) een betaling door een hybride entiteit aanleiding geeft tot een aftrek zonder betrekking in de heffing en die mismatch ontstaat doordat de betaling krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger buiten beschouwing blijft;
- f) een veronderstelde betaling tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen aanleiding geeft tot een aftrek zonder betrekking in de heffing en die mismatch ontstaat doordat de betaling krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger buiten beschouwing blijft; en
- g) er een resultaat van dubbele aftrek is.

Voor de toepassing van punt 9:

- i) is er slechts sprake van een mismatch in verband met een hybride structuur krachtens punt e), f) of g), voor zover in het rechtsgebied van de betaler is toegestaan dat de aftrek wordt afgezet tegen een bedrag dat geen inkomsten betreft die dubbel in aanmerking worden genomen;
- ii) wordt een mismatch niet aangemerkt als een mismatch in verband met een hybride structuur, tenzij hij ontstaat tussen gelieerde ondernemingen, tussen een belastingplichtige en een gelieerde onderneming, tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting, tussen twee of meer vaste inrichtingen van dezelfde entiteit of uit hoofde van een gestructureerde regeling.

Voor de toepassing van dit punt en de artikelen 9, 9 bis en 9 ter wordt verstaan onder:

"mismatch": een dubbele aftrek of een aftrek zonder betrekking in de heffing;

"dubbele aftrek": aftrek van dezelfde betaling, lasten of verliezen in het rechtsgebied waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden (het rechtsgebied van de betaler), en in een ander rechtsgebied (het rechtsgebied van de belegger). In geval van een betaling door een hybride entiteit of een vaste inrichting is het rechtsgebied van de betaler het rechtsgebied waar de hybride entiteit of vaste inrichting is gevestigd of zich bevindt;

"aftrek zonder betrekking in de heffing": de aftrek van een betaling (of veronderstelde betaling tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting of tussen twee of meer vaste inrichtingen) in om het even welk rechtsgebied waarin die betaling (of veronderstelde betaling) wordt beschouwd als te zijn verricht (rechtsgebied van de betaler) zonder dat dezelfde betaling (of veronderstelde betaling) in het rechtsgebied van de ontvanger in de heffing wordt betrokken voor belastingdoeleinden. Het rechtsgebied van de ontvanger is om het even welk rechtsgebied waarin die betaling (of veronderstelde betaling) wordt ontvangen of wordt beschouwd als te zijn ontvangen krachtens de wetgeving van enig ander rechtsgebied.

"aftrek": het bedrag dat krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de betaler of de belegger als aftrekbaar van de belastbare inkomsten wordt beschouwd; De term "aftrekbaar" wordt dienovereenkomstig geïnterpreteerd.

"betrekking in de heffing": het bedrag dat krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger in rekening wordt gebracht bij de berekening van de belastbare inkomsten. Een betaling uit hoofde van een financieel instrument wordt niet beschouwd als betrokken in de heffing voor zover de betaling louter vanwege de manier waarop die betaling krachtens de wetgeving in het rechtsgebied van de ontvanger wordt gekwalificeerd, in aanmerking komt voor enige belastingvermindering. De term "betrokken in de heffing" wordt dienovereenkomstig geïnterpreteerd.

"belastingvermindering": een belastingvrijstelling, een verlaagd belastingtarief of een verrekening of teruggave van belasting (die geen verrekening is van bronbelastingen);

"dubbel in aanmerking genomen inkomsten": een inkomstenpost die in de heffing wordt betrokken krachtens de wetgeving van de beide rechtsgebieden waartussen de mismatch is ontstaan;

"Persoon" betekent een natuurlijke persoon of een entiteit.

"hybride entiteit": alle entiteiten of regelingen die krachtens de wetgeving van één rechtsgebied als een belastbare entiteit worden beschouwd en waarvan de inkomsten of de uitgaven krachtens de wetgeving van een ander rechtsgebied als de inkomsten of de uitgaven van een of meer personen worden beschouwd;

"financieel instrument": elk instrument dat leidt tot rendement op vreemd of eigen vermogen dat wordt belast volgens de regels voor het belasten van vreemd vermogen, eigen vermogen en derivaten uit hoofde van de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger of de betaler, en dat hybride overdrachten omvat.

"hybride overdracht": alle regelingen voor het overdragen van een financieel instrument waarbij de onderliggende opbrengst op het overgedragen financieel instrument voor belastingdoeleinden wordt behandeld alsof deze tegelijkertijd is verkregen door meer dan een van de partijen bij die regeling.

"buiten beschouwing blijvende vaste inrichting": een regeling die krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van het hoofdkantoor wordt beschouwd als aanleiding gevend tot een vaste inrichting en die krachtens de wetgeving van het andere rechtsgebied niet als een vaste inrichting wordt beschouwd."

c) de volgende punten 10 en 11 worden toegevoegd:

"10. "voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern": een concern bestaande uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening, opgesteld overeenkomstig de internationale standaarden voor financiële verslaglegging of het nationale systeem voor financiële verslaglegging van een lidstaat;

11. "gestructureerde regeling": een regeling die betrekking heeft op een mismatch in verband met een hybride structuur die al in de voorwaarden van de regeling is ingeprijsd, dan wel een regeling die zodanig is opgezet dat er een mismatch in verband met een hybride structuur uit resulteert, tenzij van de belastingplichtige of een gelieerde onderneming niet redelijkerwijs kon worden verwacht dat deze zich bewust waren van de mismatch in verband met een hybride structuur en zij geen profijt trokken uit het belastingvoordeel dat uit de mismatch in verband met een hybride structuur voortvloeit.";

3. Artikel 4 wordt als volgt gewijzigd:

a) in lid 5 wordt punt a), ii), vervangen door:

- "ii) alle activa en verplichtingen worden gewaardeerd volgens dezelfde methode als in de geconsolideerde jaarrekening, opgesteld overeenkomstig de internationale standaarden voor financiële verslaglegging of het nationale systeem voor financiële verslaglegging van een lidstaat;"

b) lid 8 wordt vervangen door:

- "8. Voor de toepassing van de leden 1 tot en met 7 kan aan de belastingplichtige het recht worden toegekend om gebruik te maken van een geconsolideerde jaarrekening die volgens andere verslagleggingsnormen is opgesteld dan de internationale standaarden voor financiële verslaglegging of het nationale systeem voor financiële verslaglegging van een lidstaat.";

4) Artikel 9 wordt vervangen door:

"Artikel 9

Mismatches in verband met hybride structuren

1. Voor zover een mismatch in verband met een hybride structuur tot een dubbele aftrek leidt:
 - a) wordt de aftrek in de lidstaat die het rechtsgebied van de belegger is, geweigerd; en
 - b) indien de aftrek niet wordt geweigerd in het rechtsgebied van de belegger, wordt de aftrek geweigerd in de lidstaat die het rechtsgebied van de betaler is.

Een dergelijke aftrek komt evenwel in aanmerking om te worden afgezet tegen inkomsten die dubbel in aanmerking worden genomen, hetzij in de desbetreffende periode, hetzij in een latere periode.

2. Voor zover een mismatch in verband met een hybride structuur leidt tot een aftrek zonder betrekking in de heffing:
 - a) wordt de aftrek in de lidstaat die het rechtsgebied van de betaler is, geweigerd; en
 - b) indien de aftrek niet wordt geweigerd in het rechtsgebied van de betaler, wordt het bedrag van de betaling dat anders aanleiding zou geven tot een mismatch, opgenomen in de inkomsten in de lidstaat die het rechtsgebied van de ontvanger is.
3. Een lidstaat weigert een aftrek voor een betaling door een belastingplichtige voor zover deze betaling direct of indirect dient ter financiering van aftrekbare uitgaven die aanleiding geven tot een mismatch in verband met een hybride structuur middels een transactie of een reeks transacties tussen gelieerde ondernemingen of waartoe wordt overgegaan in het kader van een gestructureerde regeling uitgezonderd wanneer in een van de bij de transactie of reeks transacties betrokken rechtsgebieden met betrekking tot deze mismatch in verband met een hybride structuur een gelijkwaardige aanpassing is gemaakt.
4. Een lidstaat kan voorzien in de uitsluiting van het toepassingsgebied van:
 - a) artikel 9, lid 2, punt b): mismatches in verband met hybride structuren als omschreven in artikel 2, punt 9, punt b), c), d) of f);
 - b) artikel 9, lid 2, punt a) en b): mismatches in verband met hybride structuren die het gevolg zijn van een betaling van rente aan de houder van hybride eigenvermogens-effecten;
 - c) artikel 9, lid 2, punt a) en b): mismatches in verband met hybride structuren die het gevolg zijn van een betaling door een financiële handelaar in het kader van een hybride overdracht.

5. Voor zover een mismatch in verband met een hybride structuur betrekking heeft op inkomsten van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting die niet aan belasting onderworpen is in de lidstaat waarvan de belastingplichtige fiscaal inwoner is, verplicht deze lidstaat de belastingplichtige ertoe de inkomsten die anders zouden worden toegerekend aan de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting, te betrekken in de heffing. Deze bepaling is van toepassing, tenzij de lidstaat verplicht is de inkomsten vrij te stellen op grond van een door de lidstaat met een derde land gesloten verdrag tot het vermijden van dubbele belasting.
6. Voor zover een hybride overdracht wordt opgezet met het oog op vermindering van de bronbelasting op een uit een overgedragen financieel instrument verkregen betaling aan meer dan een van de betrokken partijen, beperkt de lidstaat van de belastingplichtige het voordeel van die vermindering naar evenredigheid van de netto belastbare inkomsten ter zake van die betaling.

(5) in hoofdstuk II worden de volgende artikelen 9 bis en 9 ter toegevoegd:

"Artikel 9 bis

Mismatches in verband met omgekeerd hybride structuren

1. Indien een of meer gelieerde entiteiten die geen inwoner zijn in totaal een direct of indirect belang hebben in 50 procent of meer van de stemrechten, de kapitaalbelangen of de rechten op een deel van de winst van een hybride entiteit die is opgericht of gevestigd in een lidstaat, zich bevinden in een rechtsgebied dat of in rechtsgebieden die de hybride entiteit als een belastingplichtige aanmerken, wordt de hybride entiteit beschouwd als inwoner van die lidstaat en belast op haar inkomsten voor zover die inkomsten niet anderszins worden belast krachtens de wetgeving van de lidstaat of een ander rechtsgebied.
2. Lid 1 is niet van toepassing op een collectief beleggingsvehikel. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder collectief beleggingsvehikel een beleggingsfonds of -vehikel verstaan dat een ruime verspreiding kent, een gediversifieerde aandelenportefeuille aanhoudt en in het land waar het gevestigd is, aan regelgeving ter bescherming van beleggers onderworpen is.

Artikel 9 ter
Mismatches ingevolge fiscaal inwonerschap

Voor zover een aftrek voor betalingen, lasten of verliezen van een belastingplichtige die fiscaal inwoner is van twee of meer rechtsgebieden, in beide rechtsgebieden aftrekbaar is van de grondslag voor heffing, weigert de lidstaat van de belastingplichtige de aftrek, voor zover in het andere rechtsgebied is toegestaan dat de dubbele aftrek wordt afgezet tegen inkomsten die geen inkomsten zijn die dubbel in aanmerking worden genomen. Indien beide rechtsgebieden lidstaten zijn, wordt de aftrek geweigerd in de lidstaat waar de belastingplichtige volgens het belastingverdrag tussen de twee betrokken lidstaten niet als inwoner wordt aangemerkt."

Artikel 2

1. De lidstaten stellen uiterlijk op 31 december 2018 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast om aan deze richtlijn te voldoen en maken deze bekend. Zij stellen de Commissie onverwijld in kennis van de tekst van die bepalingen en [...] passen deze toe met ingang van 1 januari 2019.

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking ervan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor die verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de bepalingen van intern recht mee die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

Artikel 3

Deze richtlijn treedt in werking op de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Artikel 4

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.

Gedaan te ...,

Voor de Raad

De voorzitter
