

## Moeder-Dochterrichtlijn

### Voorstel tot aanpassing van de Moeder-Dochterrichtlijn: Europese Commissie ten strijde tegen dubbele niet-belasting

#### Internationale Fiscale Actualiteit nr. 2014/01

*Op 25 november 2013 publiceerde de Europese Commissie haar voorstel tot wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn. In dit artikel analyseren we de voorgestelde wijzigingen en de doelstellingen van de Europese Commissie. Het voorliggende voorstel wordt tegen een kritisch licht gehouden. Daarnaast willen we met dit artikel inzicht te geven in de mogelijke invloed van het voorstel alsook wat een redelijk tijdschema is waarbinnen zich de volgende stappen kunnen afspelen.*

#### **De Europese Moeder-Dochterrichtlijn: een mijlpaal op de weg naar een eengemaakte Europese markt**

De Moeder-Dochterrichtlijn (hierna: M/D-richtlijn) werd ingevoerd in 1990 met als doel de Europese markt te versterken door te verzekeren dat Europese vennootschappen zonder onnodige (fiscale) belemmeringen winsten kunnen uitkeren naar hun Europese moederverenootschap. In de jaren voor de invoering van de M/D-richtlijn werd namelijk vastgesteld dat het ontstaan van een eengemaakte Europese markt gepaard ging met het hergroeperen en samenbrengen van vennootschappen met als doel hun (gezamenlijke) concurrentiepositie te versterken. Belangrijk hierbij is de mogelijkheid om winsten van de diverse dochtervennootschappen op te stromen naar de centrale (Europese) moederverenootschap om op dat niveau de financiële lasten van de groep te drukken of omdat deze winsten nodig zijn om de dividendpolitiek van de groep te kunnen financieren.

De M/D-richtlijn verplicht lidstaten om in hun wetgeving te voorzien dat winsten die uitgekeerd worden door Europese vennootschappen naar hun Europese moederverenootschap niet belast worden aan de bron in het land van de dochtervennootschap (vrijstelling van bronbelasting op winstuitkeringen) alsook dat de moederverenootschap dubbele belasting op de uitgekeerde winsten vermijdt. De richtlijn bepaalt daartoe dat deze ontvangen winstuitkeringen:

- ofwel niet mogen worden belast (vrijstelling in hoofde van de moederverenootschap). De meeste lidstaten, waaronder België, hebben geopteerd om winstuitkeringen vrij te stellen;
- ofwel mogen worden belast in hoofde van de moederverenootschap, maar dan moet er een belastingkrediet worden toegestaan voor de belasting die de dochtervennootschap op de uitgekeerde winst heeft betaald (belastingkrediet voor de moederverenootschap).

De M/D-richtlijn heeft sinds haar invoering een zeer belangrijke stimulans gegeven aan de integratie van Europese ondernemingen en aan de concurrentiepositie van deze ondernemingen in een steeds toenemende globalisering van de economie.

#### **Europees initiatief tot wijziging van de M/D-richtlijn kadert binnen het bredere maatschappelijke debat rond 'Base Erosion and Profit Shifting'**

De voorbije maanden is er een uitgebreid maatschappelijk debat ontstaan omtrent de belastingheffing van multinationale ondernemingen. Diverse actoren, waaronder de OESO, hebben vastgesteld dat het huidige internationale belastingstelsel niet langer aangepast is aan de wijze waarop ondernemingen georganiseerd zijn (bv. globale of regionale geïntegreerde waardeketen, belang van intellectuele eigendom, steeds toenemende belang digitale economie, etc.). De conclusie van dit debat lijkt te zijn dat de huidige internationale regels rond vennootschapsbelasting ertoe leiden dat sommige multinationale ondernemingen in welbepaalde situaties onvoldoende bijdragen tot de vennootschapsbelasting, omdat bepaalde stukken van de winst van deze ondernemingen niet voldoende wordt belast over de landsgrenzen heen. De G20-landen hebben recent het voortouw genomen in dit debat en dringen aan om bepaalde pijnpunten in het internationaal belastingstelsel weg te werken. Hiertoe hebben deze landen aan de OESO het mandaat gegeven om voorstellen en aanbevelingen uit te werken (zogenaamde 'Base Erosion and Profit Shifting' of 'BEPS'-initiatief). De OESO heeft begin 2013 een analyse gemaakt van wat volgens haar de pijnpunten zijn van het internationaal belastingstelsel. De conclusie van haar analyse is opgenomen in het OESO rapport rond *Base Erosion en Profit Shifting* van februari 2013. Daaropvolgend is op 19 juli 2013 een 15-delig actieplan voorgesteld om de geïdentificeerde pijnpunten aan te pakken (*Intern.Fisc.Act.* 2013, afl. 8, 1-3).

In actiepunt 2 stelt de OESO zich tot doel om verschillen in kwalificatie tussen landen aan te pakken (zogenaamde 'hybrid mismatches').

Het is binnen deze bredere maatschappelijke discussie dat ook het initiatief van de Europese Commissie moet worden gezien. Het voorstel vindt echter zijn oorsprong in het werk van de Europese *Code of Conduct* groep, een groep specialisten die zich heeft gebogen over de problemen die bestaan rond de belastingheffing van Europese vennootschappen. Deze groep kwam in 2009 tot de conclusie dat in een aantal gevallen een gedeelte van het inkomen van een Europese vennootschap niet effectief belast wordt omdat er een verschil in kwalificatie kan ontstaan tussen verschillende lidstaten. Om een beter beeld te krijgen over de aard van deze kwalificatieverschillen in een Europese context (alsook van de impact van deze verschillen in kwalificatie) kondigde de Europese Commissie in november 2011 aan een publieke consultatieronde uit te voeren. Tijdens deze consultatieronde konden alle belanghebbenden informatie verstrekken rond kwalificatieverschillen waarmee zij geconfronteerd worden en aangeven wat de concrete impact daarvan is.

In dezelfde periode als de consultatieronde kwamen de Europese Raad en het Europese Parlement tot de conclusie dat een aanpassing van de Europese richtlijnen aangewezen lijkt om bepaalde kwalificatieverschillen uit te sluiten en zo tot een meer gebalanceerde belastingheffing te komen voor Europese vennootschappen. Op 6 december 2012 werd een actieplan uitgevaardigd door de Europese Commissie om tegemoet te komen aan de vraag van het parlement en de Raad. Eén van de actiepunten van het plan omvat het aanpakken van kwalificatieverschillen die kunnen ontstaan op financiële instrumenten (zogenaamde hybride leningen). Het voorstel tot aanpassing van de M/D-richtlijn is de stap die de Europese Commissie nu gezet heeft in het kader van dit actieplan.

Alhoewel de eerste discussies omtrent het aanpassen van de M/D-richtlijn gevoerd zijn voor het BEPS-initiatief, stellen we vast dat de Europese Commissie en het Europees Parlement gesterkt zijn geweest door BEPS in het verder uitwerken van hun initiatief.

### **Waarover gaat het voorstel: dubbele niet-belasting en hybride financiële instrumenten**

Om het voorstel van de Commissie te begrijpen is het belangrijk om af te lijnen waar dubbele niet-belasting in het kader van hybride financiële instrumenten om gaat. Hoewel kwalificatieverschillen tussen landen op heel wat verschillende niveaus kunnen spelen, verwijst de Europese Commissie expliciet naar het verschil in kwalificatie van de vergoeding op financiële instrumenten (bv. leningen of instrumenten om bepaalde wisselkoersrisico's in te dekken). Dit suggereert dat het voornamelijk deze instrumenten zijn die het voorstel beoogt.

Dubbele niet-belasting heeft betrekking op een situatie waarbij, ingevolge grensoverschrijdende transacties en de toepassing van de verschillende rechtsregels in de betrokken landen, vennootschappen bepaalde delen van hun winst onbelast zien blijven. Dubbele niet-belasting kan het gevolg zijn van verschillen in de internationale fiscale regels (bv. verschillende definities van lening of deelneming) of specifieke regels ingevoerd door bepaalde landen om bepaalde onderdelen van het inkomen niet of lager te belasten (bv. invoering van stimulansen voor het ontwikkelen van intellectuele eigendommen waarbij bepaalde royalty's ontvangen door een vennootschap in dat land minder zwaar belast worden). De oorzaken die aan de basis van dubbele niet-belasting liggen, kunnen ook aanleiding geven tot dubbele belasting.

Hybride financiële instrumenten, zijn financiële instrumenten die een verschillende kwalificatie hebben in de betrokken landen. Een bekend voorbeeld van een hybride financieel instrument is de winstdelende lening, zgn. '*profit participating loan*'. Een winstdelende lening is een lening met een lange looptijd (doorgaans > 50 jaar) waarbij de vergoeding die de ontleners verschuldigd is, afhankelijk is van de (jaarlijkse) winst gerealiseerd door de ontleners. Dergelijke financiële instrumenten kunnen afhankelijk van het rechtssysteem van een bepaalde lidstaat een andere kwalificatie krijgen:

- kwalificatie als lening: in landen zoals België, Frankrijk, Spanje kwalificeren deze winstdelende leningen onder het burgerlijk recht als een lening, en vormt de vergoeding van de lening bijgevolg een interestvergoeding;
- kwalificatie als deelneming: in andere landen, zoals Nederland en Luxemburg, kunnen deze winstdelende leningen onder het aldaar geldende recht kwalificeren als een deelneming in een dochteronderneming, gezien de lange looptijd en de winstafhankelijkheid van de vergoeding. Op basis van het rechtssysteem van deze landen kunnen deze instrumenten gelijkaardig aan een deelneming in een dochteronderneming worden beschouwd en bijgevolg kan de vergoeding van dit instrument als een dividend worden beschouwd.

Afhankelijk van de situatie kunnen dergelijke kwalificatieverschillen resulteren in een dubbele belasting of een dubbele niet-belasting:

SCHEMA

**Dubbele niet-belasting**

VENNOOTSCHAP A

**Lidstaat A**

- Kwalificatie als deelneming
- Vergoeding is dividend

=> *Inkomsten fiscaal vrijgesteld*

VENNOOTSCHAP B

**Lidstaat B**

- Kwalificatie als lening
- Vergoeding is interest

=> *Vergoeding fiscaal aftrekbaar***Dubbele belasting**

VENNOOTSCHAP A

**Lidstaat A**

- Kwalificatie als lening
- Vergoeding is interest

=> *Inkomsten fiscaal belast*

VENNOOTSCHAP B

**Lidstaat B**

- Kwalificatie als deelneming
- Vergoeding is dividend

=> *Vergoeding fiscaal niet aftrekbaar***Voorstel tot amendering van de M/D-richtlijn om de fiscale gevolgen van kwalificatieverschillen uit te balanceren**

Het voorstel van de Europese Commissie is tweeledig, en omvat enerzijds de invoering van een algemene antimisbruikbepaling in de M/D-richtlijn en anderzijds een wijziging aan de tekst van de richtlijn met als doel lidstaten in bepaalde gevallen te verplichten om ontvangen winstuitkeringen te belasten (en dus niet langer toe te laten deze inkomsten vrij te stellen). Belangrijk hierbij is om op te merken dat onderstaande slechts een voorstel tot wijziging omvat, waarbij dit voorstel dus nog kan afwijken van de wijzigingen die uiteindelijk doorgevoerd zullen worden.

In de eerste plaats omvat het voorstel de invoering van een algemene antimisbruikbepaling in de M/D-richtlijn. Het voorstel stelt op dat punt dat lidstaten er van moeten afzien de voordelen van de M/D-richtlijn toe te kennen in geval van zgn. 'kunstmatige structuren' die ingaan tegen het doel en strekking van de M/D-richtlijn. Kunstmatige structuren worden in het voorstel gedefinieerd als structuren die niet in lijn zijn met de economische werkelijkheid. Het voorstel geeft daarbij een opsomming van situaties die aanleiding geven tot de kwalificatie als een kunstmatige structuur en in welk geval dus de voordelen van de M/D-richtlijn moeten worden ontzegd:

1. de juridische kwalificatie van de individuele stappen waaruit de regeling bestaat, strookt niet met de juridische realiteit van de regeling als geheel;
2. de regeling wordt uitgevoerd op een wijze die normaliter niet strookt met redelijk ondernemersgedrag;
3. de regeling bevat elementen die het effect hebben dat ze elkaar neutraliseren of opheffen;
4. de aangegane transacties zijn circulair van aard;
5. de regeling levert een aanzienlijk belastingvoordeel op dat niet wordt weerspiegeld in de door de belastingplichtige genomen bedrijfsrisico's of diens kasstromen.

Met de invoering van de antimisbruikbepaling beoogt de Europese commissie eventuele misbruiken van de richtlijn te vermijden. De huidige versie van de richtlijn omvatte enkel een bepaling die toeliet aan nationale overheden om antimisbruikbepalingen af te sluiten (in de eigen wetgeving of in de verdragen) zonder daarbij verder aan te geven hoe een antimisbruikbepaling er kan uitzien.

De tweede wijziging beoogt dubbele niet-belasting ingevolge een verschil in kwalificatie in hoofde van de ontliener en uitliener van een hybride financieel instrument te vermijden. Het voorstel stelt dat een moedervennootschap zich moet onthouden van het belasten van winst *voor zover deze uitkering niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming*. Bedoeling van deze wijziging is vermijden dat de lidstaat van de moedervennootschap vrijstelling verleent van belasting op ontvangen winstuitkeringen indien de lidstaat van de dochtervennootschap de vergoeding beschouwt als een aftrekbaar interest. Bijgevolg zou de dubbele niet-belasting in het schema hierboven niet langer bestaan.

**Noodzaak en wenselijkheid van een algemene antimisbruikbepaling in de M/D richtlijn?**

Zoals aangegeven laat de M/D-richtlijn in haar huidige vorm reeds expliciet toe aan de lidstaten om bepalingen in te voeren om misbruik van de richtlijn te vermijden, zonder evenwel houvast te geven rond hoe zo een bepaling er moet uitzien. De vraag is dan ook in welke mate er een noodzaak was om een algemene antimisbruikbepaling te voorzien in de richtlijn.

Als we de wetgeving van de diverse lidstaten bekijken, stellen we vast dat heel wat, zo niet alle, lidstaten over de voorbije jaren antimisbruikbepalingen hebben ingevoerd:

- invoering van algemene antimisbruikbepalingen in zowat alle lidstaten. Ook in België werd vorig jaar artikel 344, §1 WIB92 aangepast. Dit artikel (zowel voorheen als in de huidige vorm) geeft de mogelijkheid aan de Belgische administratie om bepaalde misbruiksituaties aan te pakken;
- Denemarken heeft in het verleden een ruime toepassing gegeven aan de M/D-richtlijn in haar wetgeving, ondermeer door het niet vereisen van een bepaalde houdperiode voor de aandelen. Denemarken heeft wel een antimisbruikbepaling ingevoerd in haar wetgeving die de toepassing van de vrijstelling van belasting op ontvangen winstuitkeringen beperkt: in Denemarken zijn winstuitkeringen niet langer vrijgesteld indien ze aanleiding hebben gegeven tot een aftrekbaar kost in hoofde van de dochtervennootschap. Anders dan de Europese Commissie in het voorstel van 25 november is Denemarken dus van mening dat de huidige M/D-richtlijn de lidstaten reeds toeliet om effectief op te treden tegen dubbele niet-belasting ingevolge hybride financiële instrumenten;
- Duitsland heeft in haar wetgeving zogenaamde '*anti-treaty shopping*' regels ingevoerd die bijkomende voorwaarden opleggen voor de toepassing van verdragsvoordelen (ook van de M/D-richtlijn) in situaties waarbij er mogelijk sprake kan zijn van misbruik;
- recent werd in Frankrijk een aanpassing aan de interestaftrekregels doorgevoerd waardoor interestbetalingen door Franse vennootschappen niet langer aftrekbaar zijn indien de inkomsten zelf niet effectief belast worden aan een effectief tarief dat ten minste 25 % bedraagt van het toepasselijke Franse tarief. Deze regel is gelijkaardig aan de Zweedse renteaftrekregel die stelt dat interestbetalingen door Zweedse vennootschappen in bepaalde gevallen niet langer aftrekbaar zijn indien de interest in hoofde van de uiteindelijke genietter niet effectief belast wordt aan minstens 10 %.

De voorgestelde antimisbruikbepaling biedt de lidstaten eigenlijk geen mogelijkheden die voorheen niet bestonden. Als de bezorgdheid van de Europese Commissie erin bestond dat er geen of te weinig consistentie bestaat tussen de diverse antimisbruikbepalingen, dan is de invoering van een algemene antimisbruikbepaling een lovenswaardige poging om tot een meer gestroomlijnde antimisbruikbepaling te komen.

Wetende dat de diverse lidstaten, na aannahme van het voorstel, deze richtlijn moeten omzetten in hun nationale wetgeving en dat de meeste (en zo niet alle) lidstaten al een antimisbruikbepaling hebben die op dit moment al toelaat om zogenaamde kunstmatige constructies aan te pakken, kan er gevreesd worden dat deze antimisbruikregeling er komt bovenop de al bestaande regelingen. Indien deze vrees waarheid wordt, krijgen we mogelijk een kluwen van anti-misbruikregelingen die gedeeltelijk overlappend en gedeeltelijk aanvullend zullen zijn. Het risico hierbij is zeer duidelijk dat er dan dubbele belasting kan ontstaan: want hoe zullen de lokale belastingautoriteiten reageren als de verschillende lokale antimisbruikregels tot een circulaire redenering leiden? Zo is het mogelijk dat sommige landen (zoals bv. Frankrijk en Zweden) bepaalde (interest)betalingen enkel als aftrekbaar beschouwen als de genietter effectief belast wordt, terwijl de genietter in bepaalde gevallen enkel een vrijstelling zal kunnen bekomen als de betaling in hoofde van de dochter niet aftrekbaar is. De vraag is welk land in dergelijke gevallen zal moeten inbinden, en dit om te vermijden dat de betaling zowel niet aftrekbaar als niet vrijgesteld zou worden?

Ook kan men kritiek hebben op de formulering van de antimisbruikbepaling, omdat aan het motief van een onderneming (handelde zij met het hoofdzakelijke doel om belasting te besparen?) weinig gewicht wordt toegekend, terwijl het Hof van Justitie deze 'subjectieve toets' als een noodzakelijk element van een antimisbruikbepaling beschouwt. Naar onze mening is dit voorstel dan ook veeleer een boodschap naar de lidstaten om misbruiksituaties aan te pakken. Het moet duidelijk zijn dat daarbij noties als 'economische substantie' en '*substance over form*' cruciaal zullen worden in de toekomst. Deze boodschap ligt zeer duidelijk in lijn met de huidige maatschappelijke evoluties en verwachte acties van de OESO inzake misbruik van belastingverdragen.

### **Is de voorgestelde aanpassing van de vrijstelling effectief om dubbele niet-belasting ingevolge kwalificatieverschillen te vermijden?**

Uit de recente discussies en berichten blijkt duidelijk dat de Europese Commissie wenst op te treden ingeval de oorzaak van dubbele niet-belasting ligt in een verschil in kwalificatie tussen lidstaten van bepaalde delen van het inkomen.

De door de Commissie weerhouden manier van aanpassing, waarbij de richtlijn wordt aangepast om *lidstaten te verplichten* bepaalde acties te nemen is een zeer effectieve manier om het resultaat te bereiken: na aannahme van deze verplichting in de richtlijn en omzetting in de wetgeving van de verschillende lidstaten zou dit effectief de gevolgen van verschillen in kwalificatie op het vlak van dubbele niet-belasting in de voorziene gevallen aanpakken. Het persbericht van 25 november 2013 stelt zeer duidelijk dat het voorstel de lidstaten verplicht om winstuitkeringen die ontvangen worden van dochtervennootschappen te belasten als deze uitkeringen aftrekbaar waren in hoofde van de dochtervennootschap.

Het valt evenwel vast te stellen dat, ondanks de zeer duidelijk doelstelling, de tekst van het voorstel niet

volledig duidelijk is: er staat niet met zoveel woorden in dat lidstaten verplicht worden om die bepaalde winstuitkeringen effectief te belasten. De tekst stelt in feite louter dat vrijstelling enkel mag worden gegeven in de mate dat het dividend niet aftrekbaar is bij de dochtervennootschap. De tekst had naar onze mening duidelijker kunnen zijn door bijvoorbeeld te vermelden dat de kwalificatie van de betaling in hoofde van de dochtervennootschap ook gevolgd moet worden door de moedervennootschap. Deze tekst zou zo ook direct situaties van dubbele belasting hebben aangepakt. Het huidige voorstel biedt geen oplossing voor situaties van dubbele belasting (waar bv. de dochtervennootschap de vergoeding kwalificeert als een dividend en de aandeelhouder deze beschouwt als een interestinkomen). Dubbele belasting is een belangrijke belemmering voor Europese groepen en bij deze aanpassing is dus de kans gemist om ook dubbele belasting op een effectieve manier te verminderen.

De reikwijdte van de M/D-richtlijn is beperkt tot intra-EU-situaties. Bijgevolg lost dit voorstel het probleem van dubbele niet-belasting niet op in geval het dividend ontvangen wordt door een moedervennootschap buiten de EU. Zo wordt de aftrek van rentelasten op hybride financiering betaald aan bv. een Japanse moedervennootschap niet geraakt door dit voorstel.

De vraag rijst of aanpassing van de M/D-richtlijn echt noodzakelijk was om dubbele niet-belasting te vermijden. De juridische dienst van de Commissie lijkt stellig van mening dat lidstaten momenteel altijd ontvangen winstuitkeringen moeten vrijstellen, zelfs indien deze bij de dochtervennootschap tot aftrek hebben geleid. Op deze stelligheid kan wel wat worden afgedongen, omdat een uitleg van het begrip 'winstuitkering' in het licht van de huidige doelstelling van de M/D-richtlijn (het voorkomen van dubbele belasting) ervoor zou pleiten hieronder geen aftrekbare betalingen op een hybride lening te verstaan.

De conclusie van bovenstaande blijkt te zijn dat een aanpassing van de richtlijn enerzijds een zeer effectieve manier is om lidstaten te verplichten om situaties van dubbele niet-belasting te bestrijden. Een schijnbaar gebrek aan volledigheid en duidelijkheid zou echter kunnen betekenen dat niet alle situaties effectief uitgesloten worden, maar dat zal de praktijk moeten uitwijzen.

#### **En nu?**

Een richtlijn wordt vastgesteld door de Europese Raad, op voorstel van de Europese Commissie. Het Europees Parlement heeft slechts een adviserende rol. Dat voorstel ligt er nu en dus is de volgende stap dat dit voorstel wordt goedgekeurd door de Europese Raad en het Europese Parlement. Het Europese Parlement heeft herhaaldelijk aangestuurd op een herziening van de Europese Richtlijnen en er valt dan ook groen licht van het Parlement te verwachten.

De (unanieme) goedkeuring door de Europese Raad van Ministers is vereist. Uit de opeenvolging van de diverse stappen genomen door de Europese Raad alsook uit de recente verklaringen uitgevaardigd door de Europese Raad kan het vermoeden rijzen dat er al een belangrijke mate van eensgezindheid bestaat binnen de Raad om dit voorstel goed te keuren. Het is evenwel onvoorzienbaar of er alsnog bepaalde discussiepunten kunnen ontstaan bij de goedkeuring van de richtlijn, wat uiteindelijk zou kunnen betekenen dat er nog belangrijke wijzigingen kunnen komen aan het voorstel voor dat het wordt aangenomen. Aan de andere kant is het in het huidige maatschappelijke debat rond belastingheffing van ondernemingen nog maar de vraag of een aantal landen daadwerkelijk dit voorstel zouden willen doen kelderden. Tegelijk is fiscale concurrentie tussen landen nog altijd een feit, en gaan bepaalde lidstaten misschien de tekst wensen bij te schaven op bepaalde punten. Indien toch geen unanimitieit bereikt kan worden, resteert nog de mogelijkheid van versterkte samenwerking. Die optie lijkt eigenlijk echter weinig realistisch omdat het probleem van dubbele niet-belasting binnen de EU juist enkel door middel van gemeenschappelijke regelgeving in alle lidstaten kan worden opgelost. Hoewel het moeilijk is om hier een precieze inschatting van te maken, lijkt het realistisch dat het voorstel van de Commissie (met al dan niet bepaalde wijzigingen aan de tekst) aangenomen wordt in de komende 12 tot 18 maanden. Dit alles maakt dat de voorgestelde termijn van 31 december 2014 voor omzetting in de nationale wetgeving ambitieus maar niet totaal onrealistisch is.

#### **Bal in het kamp van de lidstaten**

Een richtlijn bindt de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat. Dit zal met andere woorden betekenen dat alle lidstaten, na de aanneming door de Europese Raad, hun nationale wetgeving moeten aanpassen aan deze richtlijn. De bal zal na de aanneming van de richtlijn dus terug in het kamp van de lidstaten komen te liggen. De ontwerprichtlijn geeft hen dan de tijd tot voorgestelde termijn (i.e. voorstel 31 december 2014) om de nationale wet aan te passen; eerder mag dus ook. De vraag rijst natuurlijk wat er gebeurt indien een lidstaat laattijdig is met het aanpassen van de nationale wetgeving. Hoewel de heldere richtlijnbevestiging in een dergelijk geval rechtstreekse werking heeft, is het eigenlijk niet goed denkbaar dat een belastingplichtige zich op de niet-omgezette richtlijnbevestiging zal willen beroepen. Andersom is overigens niet mogelijk: een lidstaat kan haar eigen nalatigheid niet aan een belastingplichtige tegenwerpen en dit zou ook in strijd komen met het rechtszekerheidsbeginsel. Het ligt zeer in de lijn der verwachting dat de Commissie lakse lidstaten op het matje zal roepen, indien noodzakelijk, via een inbreukprocedure.

Men zal niet hoeven te wachten op de finale goedkeuring van de richtlijn alvorens bepaalde lidstaten zullen reageren. Op 2 december heeft de nieuwe Luxemburgse regering haar coalitieprogramma voorgesteld. Dat programma voorziet in de invoering van een Luxemburgse Notionele Interestaftrek voor vennootschappen. Niet toevallig een alternatief voor de Luxemburgse financieringsvennootschappen die vandaag gefinancierd worden door hybride financiële instrumenten?

Het valt ook op te merken dat, in de mate dat de lidstaten verplicht worden om dubbele niet-belasting in het kader van kwalificatieverschillen op financiële instrumenten aan te pakken binnen een Europese context, dit ook een impact kan hebben op andere situaties van dubbele niet-belasting. Er zijn namelijk verschillende regels (zoals ondermeer de *Code of Conduct*-regels, staatssteunregels en non-discriminatiebepalingen) die een lidstaat ertoe kunnen verplichten om de bepalingen inzake dubbele niet-belasting breder toe te passen. Een mooi voorbeeld hiervan is dat de bepalingen inzake de M/D-richtlijn in principe enkel spelen in een intra-EU maar grensoverschrijdende moeder-dochter situatie. Het weze evenwel duidelijk dat de bepalingen van de M/D-richtlijn ook op situaties van dubbele niet-belasting binnen de landsgrenzen kunnen spelen, bv. op basis van het feit dat er geen discriminatie mag ontstaan tussen nationale en intra-EU-situaties.

### **Concreet gevolg: noodzaak tot herzien van de intragroepsfinanciering binnen Europa**

Het verzekeren van langetermijnfinanciering is een cruciale voorwaarde voor internationale groepen, zeker in het licht van de alom gekende bankencrisis. De financiering binnen een groep wordt dikwijls gecentraliseerd in een afzonderlijke financieringsmaatschappij, een soort interne bank. Een winstdelende lening was een aantrekkelijk instrument om deze interne bank te financieren omdat dit instrument toeliet om risico's op de financieringsfunctie significant te verlagen (ondermeer door bv. het beheersen van wisselkoersrisico's) in combinatie van het verzekeren van een duurzame en competitieve belasting van de financieringsfunctie.

Het voorstel van de Europese Commissie zorgt ervoor dat de belastingdruk op de intragroepsfinancieringsfunctie in bepaalde gevallen kan toenemen, in het bijzonder voor de gevallen waarin door het financieringscentrum gefinancierd wordt met hybride instrumenten. Het zal dan ook minder vaak aantrekkelijk zijn voor ondernemingen om van dit instrument gebruik te maken voor intragroepsfinanciering en een herziening dringt zich dan ook vaak op.

Het belang van de invloed van het voorstel kan niet onderschat worden. Langetermijnfinanciering is één van de cruciale parameters voor multinationale groepen om hun concurrentiepositie te verzekeren en hun positie in de markt te vrijwaren. Het valt af te wachten wat bovenstaand voorstel zal betekenen voor de concurrentiepositie van bepaalde landen die over de jaren heen een sterke reputatie hebben uitgebouwd m.b.t. intragroepsfinancieringsactiviteiten. Indien deze activiteiten buiten de EU worden uitgevoerd, kunnen deze groepen soms van heel aantrekkelijke fiscale regimes genieten. Indien men deze andere regimes ongemoeid zou laten in het kader van BEPS of andere initiatieven, zou de voorgestelde aanpassing van de M/D-richtlijn een concurrentiële handicap kunnen betekenen. In dit laatste geval zou het voorstel dan ook zijn doel voorbijschieten.

**David LEDURE en Pieter DERE**  
**International Tax en Transfer Pricing Team PwC België**

**Frederik BOULOGNE**  
**EU Direct Tax Group PwC Nederland**

mnma12518591