



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling

Marres, O.C.R.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

MBB. Belastingbeschouwingen

License

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Marres, O. C. R. (2017). Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. *MBB. Belastingbeschouwingen*, 86(10), 305-311.
<https://www.ndfr.nl/Tijdschriften/Item/MBB2017-10-01>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling

Prof.mr. O.C.R. Marres¹

Op Prinsjesdag is het wetsvoorstel 'inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling' ingediend.² Dat voorstel strekt ertoe om:

- i. houdstercoöperaties (meer) gelijk als kapitaalvennootschappen te behandelen,
- ii. de inhoudingsvrijstelling voor grensoverschrijdende deelnemingsdividenden enerzijds uit te breiden tot alle verdragsrelaties, maar anderzijds te weigeren in misbruik-situaties, en
- iii. de antimisbruikbepalingen in de dividend- en vennootschapsbelasting in overeenstemming te brengen met de algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn en de Principal Purpose Test volgens 'BEPS'-normen.³

1. Achtergrond

De voorgestelde maatregelen passen volgens de MvT in de strategie over het fiscale vestigingsklimaat: 'én krachtig voortzetten van de proactieve aanpak van internationale belastingontwijking, én het behoud van een goed fiscaal vestigingsklimaat'.⁴ Dat eerste doel wordt nagestreefd door de gelijkschakeling van houdstercoöperaties met kapitaalvennootschappen en door de uniformering van de antimisbruikbepalingen, het tweede door de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling. Tot de achtergrond van deze wijzigingen behoort ook het risico dat de huidige regeling verboden staatssteun inhoudt. In de zaak *Paint Graphos*⁵ is aan de orde gekomen in hoeverre een voorkeursbehandeling van coöperaties ten opzichte van commerciële vennootschappen is toegestaan. Aan dit arrest ontleent de Europese Commissie enkele overwegingen in haar Mededeling over

staatssteun uit 2016,⁶ waar de MvT naar verwijst.⁷ De Europese Commissie deelt kort gezegd mee dat coöperaties niet vergelijkbaar zijn met commerciële vennootschappen (zodat een voorkeursbehandeling buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels valt), voor zover:

- zij in het economische belang van hun leden optreden;
- zij met hun leden niet een zuiver commerciële maar een bijzondere persoonlijke relatie onderhouden;
- de leden actief betrokken zijn bij het beheer van de activiteiten, en
- zij recht hebben op een billijk aandeel in de economische resultaten.⁸

Deze voorwaarden zijn door de staatssecretaris op geheel eigen wijze vertaald in het onderscheid tussen uitkeringen op 'kwalificerende lidmaatschapsrechten in (...) houdstercoöperaties' en overige uitkeringen door coöperaties. De gedachte lijkt te zijn dat als de aansturing van de ondernemingen van de deelnemingen maar vanuit de coöperatie gebeurt, of wanneer voldoende 'hoofdkantoorfuncties' worden verricht, geen sprake is van een houdstercoöperatie (zie par. 2.1). Maar of de coöperatieve gedachte in die gevallen tot volle wasdom komt, en dat is wat de Europese Commissie in haar Mededeling lijkt te eisen, is op het eerste gezicht niet evident. Bovendien lijkt het criterium van kwalificerende lidmaatschapsrechten (zie par. 2.2) op het eerste gezicht niet het meest geschikt om een scheidslijn aan te brengen tussen de door de EC bedoelde eigenlijke en oneigenlijke (met commerciële vennootschappen vergelijkbare) coöperaties.

2. De inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties

2.1. Afbakening van het begrip 'houdstercoöperatie'

Een randvoorwaarde bij de vormgeving van het wetsvoorstel is dat 'het reële coöperatieve bedrijfsleven' (kennelijk: de coöperaties waarvoor volgens de Europese Commissie een voorkeursbehandeling mag gelden) niet wordt geraakt.⁸ Om dat te bereiken worden alleen houdstercoöperaties inhoudingsplichtig. Een houdstercoöperatie wordt volgens het voorgestelde art. 1, lid 8, Wet DB 1965 gedefinieerd als 'een coöperatie waarvan de feitelijke werkzaamheid in het aan het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld voorafgaande jaar doorgaans hoofdzakelijk heeft bestaan uit het houden van deelnemingen als bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 of het direct of indirect financieren van lichamen of natuurlijke personen die met die coöperatie zijn verbon-

1 Verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL), en Meijburg & Co.

2 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 2.

3 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 788, nr. 3 (hierna: MvT), p. 2-5.

4 MvT, p. 2.

5 HvJ 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos e.a.*), ECLI:EU:C:2011:550, met name punten 55 t/m 62.

6 Mededeling 2016/C 262/01 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, punt 158.

7 MvT, p. 2.

8 MvT, p. 3.

den (...). Deze toets is ontleend aan die van art. 20, lid 4, Wet VPB 1969 (de houdsterverliesregeling), zij het dat een 70%-grens ('hoofdzakelijk') in plaats van een 90%-grens ('nagenoeg uitsluitend') geldt.⁹ Een ander verschil is dat de toets van art. 1, lid 8, Wet DB 1965 wordt aangelegd op het niveau van de coöperatie zelf, dus zonder rekening te houden met activiteiten van binnen fiscale eenheid gevoegde maatschappijen. Dat is logisch omdat de Wet DB 1965 de fiscale eenheid niet kent.¹⁰ Indien de coöperatie een moedermaatschappij binnen een fiscale eenheid is, zou twijfel kunnen bestaan over de vraag of de directe belangen in de dochtermaatschappijen nog als 'deelnemingen' gelden voor toepassing van art. 1, lid 8, Wet DB 1965. Mede gelet op de toelichting in de MvT¹¹ ga ik ervan uit dat dit wel de bedoeling van de indiener van het wetsvoorstel is. Dat kan ook tekstueel worden verdedigd, omdat het aangaan van een fiscale eenheid weliswaar meebrengt dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, maar niet wegneemt dat er een deelnemingsrelatie is.

De afbakening tussen houdstercoöperaties en niet-houdstercoöperaties zal in de praktijk lastig zijn en tot grote onzekerheid leiden. In de MvT wordt opgemerkt dat in eerste aanleg een beoordeling aan de hand van het balans totaal wordt gemaakt, maar dat vervolgens ook wordt gekeken naar andere factoren, zoals 'soorten van activa en passiva op de balans, omzet, activiteiten waaruit de winst afkomstig is en de tijdsbesteding van werknemers'. Vervolgens worden twee voorbeelden gegeven van gevallen waarbij, niettegenstaande het feit dat meer dan 70% van het balanstotaal uit deelnemingen bestaat, toch geen sprake is van een houdstercoöperatie.¹² Het eerste voorbeeld is dat van een 'tophoudster (...) die (...) deelnemingen actief houdt, personeel in dienst heeft en overige hoofdkantoorfuncties uitoefent'. Veel duidelijkheid biedt dit niet. De formulering wekt de suggestie dat het 'actief houden' van deelnemingen geen houdsterfunctie is. Zo'n voorbeeld vraagt om meer uitleg. Wel duidelijk is dat 'hoofdkantoorfuncties' niet beschouwd worden als houdsteractiviteiten. Daarbij kan – neem ik aan – in ieder geval worden gedacht aan informatietechnologie, personeelsbeleid, fiscale en juridische zaken, treasury en dergelijke, maar vermoedelijk ook aan allerlei (andere) strategische functies. Het tweede voorbeeld is dat van 'een coöperatie die gebruikt wordt in een private-equitystructuur' die geen houdstercoöperatie is als gevolg van 'overige factoren, zoals werknemers, kantoorruimte en

actieve betrokkenheid bij de onderneming van de deelnemingen'. Hoe de 70%-toets moet worden aangelegd bij de afweging van houdster- en overige werkzaamheden lijkt in dergelijke gevallen een nogal arbitraire aangelegenheid. Het is duidelijk dat er een grote behoefte aan vooroverleg wordt opgeroepen.

De hoofdzakelijkheidstoets wordt aangelegd met betrekking tot de werkzaamheden 'in het aan het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld voorafgaande jaar', waarbij 'doorgaans' aan het hoofdzakelijkheids criterium moet zijn voldaan. De reden hiervoor is dat de dividendbelasting een tijdstipheffing is, en de staatssecretaris wil voorkomen dat alleen rond het uitdelings tijdstip de houdsterfunctie wordt afgeschud c.q. verwaterd.¹³ Gek genoeg (de dividendbelasting is een tijdstipheffing en kent geen boekjaren) wordt in de MvT betoogd dat met de term 'jaar' wordt bedoeld op het boekjaar in de zin van art. 7, lid 4, Wet VPB 1969.¹⁴ Mijns inziens zou de beoogde betekenis beter tot uitdrukking moeten worden gebracht. De term 'doorgaans' bewerkstelligt dat indien in dat boekjaar slechts 'gedurende een korte periode, of gedurende een beperkt aantal korte perioden' het 70%-criterium niet wordt gehaald, dat niet afdoet aan de kwalificatie als houdstercoöperatie.¹⁵

2.2. De beperking tot kwalificerende lidmaatschapsrechten

De staatssecretaris vreest dat – ook wanneer niet-houdstercoöperaties worden gevrijwaard van inhoudingsplicht – het reële coöperatieve bedrijfsleven zonder nadere regelingen zou worden geraakt. Er zijn namelijk tal van grote houdstercoöperaties met zeer veel leden in onder andere de verzekeringsbranche, de bancaire sector en de landbouwsector (die dus 'reëel' zijn), maar toch houdstercoöperaties kunnen zijn, namelijk wanneer hun ondernemingen zijn 'uitgezaakt' in een dochtervennootschap. Voor deze coöperaties is de inhoudingsplicht niet bedoeld.¹⁶ Nu zou men veronderstellen dat het wetsvoorstel een tegenbewijsregeling zou behelzen voor 'reële houdstercoöperaties'. De voorgestelde oplossing is veel simpeler, namelijk dat de inhoudingsplicht wordt beperkt tot opbrengsten van kwalificerende lidmaatschapsrechten (zie het voorgestelde art. 1, lid 2, Wet DB 1965).¹⁷ 'Kleine' leden worden daardoor niet belastingplich-

9 MvT, p. 17.

10 Zie MvT, p. 13 en 17. Iets anders is het dat ingevolge art. 4, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965 wel een inhoudingsvrijstelling geldt voor opbrengsten binnen fiscale eenheid. Overigens kan worden volgehouden dat de Wet DB 1965 in zekere zin wel een fiscale eenheid kent, namelijk in art. 11, lid 4.

11 T.a.p.

12 MvT, p. 17.

13 MvT, p. 3 en 18.

14 MvT, p. 17.

15 MvT, p. 3.

16 MvT, p. 3.

17 Dit wordt bereikt door middel van een gelijkstelling van kwalificerende lidmaatschapsrechten met aandelen in kapitaalvennootschappen (zie het voorgestelde art. 1, lid 2, Wet DB 1965). Inleggelden bij een coöperatie zijn civielrechtelijk echter niet goed vergelijkbaar met het aandelenkapitaal bij een kapitaalvennootschap (zie ook de MvT, p. 18). Voor de duidelijkheid wordt in het voorgestelde art. 3, lid 1, onderdeel i, Wet

tig. Die oplossing creëert uiteraard een manifest verschil tussen kapitaalverschaffers van houdstercoöperaties en die van kapitaalvennootschappen.

Van een kwalificerend lidmaatschapsrecht is volgens het voorgestelde art. 1, lid 7, Wet DB 1965 sprake indien het lidmaatschapsrecht recht geeft op ten minste 5% van de jaarwinst dan wel op ten minste 5% van hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd. Hiermee wordt aansluiting beoogd bij het aanmerkelijkbelangbegrip in de inkomstenbelasting.¹⁸ Om te voorkomen dat toepassing van deze regeling door trucjes wordt omzeild, worden hierbij de lidmaatschapsrechten van een lid en de met dat lid verbonden natuurlijke personen en verbonden lichamen gezamenlijk in aanmerking genomen.¹⁹ Ook de samenwerkendegroepbepaling van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969 wordt van toepassing verklaard. Op twee punten wijkt die toepassing hier af van die in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969. Allereerst kunnen, zoals art. 1, lid 7, Wet DB 1965 expliciteert, ook natuurlijke personen deel uitmaken van een samenwerkende groep. Ten tweede gaat het – anders dan bij de toepassing van de genoemde renteaftrekbepalingen – niet om de vraag ‘of de investering in de overgenomen vennootschap en de daarbij behorende vormgeving van de financiering gecoördineerd plaatsvindt’,²⁰ maar om de vraag ‘of de bundeling van portfoliobelangen gecoördineerd plaatsvindt’. Dat wordt niet geacht het geval te zijn ‘bij een samenwerking vanuit het coöperatieve gedachtegoed, zoals bijvoorbeeld de samenwerking tussen de leden in de vorm van een ledenraad bestaande uit afgevaardigden uit regio’s of districten die gekozen zijn uit en door leden.’²¹

3. De gewijzigde inhoudingsvrijstelling

3.1. Uitbreiding tot verdragslanden buiten EU/EER

Het is bekend dat Nederland er voorstander van is om economische dubbele belasting in ondernemingsstructuren zo veel mogelijk te voorkomen. Dividendstromen zouden dus zo min mogelijk moeten worden belast met dividendbelasting. Vandaar dat wordt voorgesteld het toepassingsgebied van de inhoudingsvrijstelling van art. 4, lid 2, Wet DB 1965 uit te breiden tot moedervenootschappen in alle verdragslanden.²² Een tweede reden is dat de staatssecretaris wil voorkomen dat de nieuwe regelgeving een schending van de vrijheid van kapitaalverkeer zou inhouden. Er zou anders een nieuw onderscheid worden gecreëerd tussen

in Nederland gevestigde leden in houdstercoöperaties (die onder voorwaarden recht hebben op een inhoudingsvrijstelling) en in derde landen gevestigde leden in overigens vergelijkbare omstandigheden. Omdat dit onderscheid nieuw is (van na 31 december 1993) kan geen beroep worden gedaan op de standstillbepaling van art. 61, lid 1, VWEU.²³ Ik onderschrijf dit risico dat de staatssecretaris signaleert, maar dat risico zal aanwezig blijven met betrekking tot leden in niet-verdragslanden (waarbij nog van belang is dat misbruikbestrijding niet als rechtvaardigingsgrond kan worden aangevoerd, juist omdat leden in niet-verdragslanden niet de mogelijkheid hebben om aannemelijk te maken dat geen sprake is van misbruik). De staatssecretaris verdedigt dit onderscheid door de wijzen op de eis van een ‘proactieve houding van landen’ waaraan Nederland zich in het kader van het BEPS-project heeft gecommitteerd,²⁴ maar het is af te wachten of dit als rechtvaardigingsgrond volstaat. Ik verwacht overigens niet dat hierover zal worden geprocedeerd; bestaande coöperatiestructuren zullen vermoedelijk worden geherstructureerd.

De subjectieve werkingssfeer van de inhoudingsvrijstelling van art. 4, lid 2, Wet DB 1965 wordt dus uitgebreid tot moedermaatschappijen gevestigd²⁵ buiten de EU/EER, maar wel in ‘een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden’. Verdragen zonder een dividendbepaling, zoals scheep- en luchtvaartverdragen, het verdrag met Bermuda en TIEA's voldoen dus niet. Verdragen die niet in werking zijn getreden voldoen evenmin;²⁶ hetzelfde zal gelden voor verdragen die niet meer in werking zijn door bijvoorbeeld opzegging. In de MvT wordt opgemerkt dat de BRK, BRNC, BRNS en BRN eveneens als verdrag kwalificeren.²⁷ Hetzelfde geldt mijns inziens voor de overeenkomsten met Hongkong en Taiwan.²⁸

3.2. De antimisbruikbepaling

Het wetsvoorstel voorziet voorts in de introductie van een antimisbruikbepaling. Deze wordt uitgebreider toegelicht in paragraaf 5 van deze bijdrage, aangezien deze regeling overeenkomt met de voorgestelde – complementaire – antimisbruikbepaling in art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB

DB 1965 dan ook expliciet bepaald dat ook rente op inleggeden etc. tot de opbrengst behoren, met uitzondering van de gehele of gedeeltelijke teruggaaf van inleggeden.

18 MvT, p. 3 en 16.

19 MvT, p. 3.

20 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 57.

21 MvT, p. 16-17.

22 MvT, p. 3-4.

23 Vgl. MvT, p. 4.

24 MvT, p. 4-5 en 12.

25 Het voorgestelde art. 4, lid 2, onderdeel a, onder 2°, Wet DB 1965 vereist dat de opbrengstgerechtigde volgens de fiscale wetgeving van de verdragsstaat aldaar is gevestigd. Het voorgestelde art. 4, lid 3, onderdeel a vereist bovendien dat de opbrengstgerechtigde volgens een belastingverdrag tussen de in art. 4, lid 2 bedoelde staat en een andere staat, niet gevestigd is in een derde staat waarmee Nederland geen kwalificerend verdrag heeft gesloten. Vgl. MvT, p. 19.

26 MvT, p. 18-19.

27 MvT, p. 18.

28 Zie art. 2, lid 2, aanhef en onderdelen c t/m f, AWR.

1969. In de Wet DB 1965 komt de antimisbruikbepaling – anders dan was voorgesteld in het consultatiedocument – in de plaats van het huidige art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965, dat inhoudt dat de inhoudingsvrijstelling niet geldt wanneer een antimisbruikbepaling in een verdrag in de weg staat aan toepassing van een verlaging van de belastingheffing op het dividend. De huidige bepaling wordt terecht geschrapt. Zij is niet meer nodig nu een algemene antimisbruikbepaling wordt ingevoegd, en voorts zou handhaving van de huidige bepaling tot ingewikkelde exercities leiden, waarbij voor de toepassing van de ‘wegdenkgedachte’ (zie par. 5.2) zou moeten worden beoordeeld of in een hypothetische situatie (waarin een indirecte aandeelhouder het belang onmiddellijk zou houden, al dan niet zou zijn voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de desbetreffende antimisbruikbepaling.

3.3. Hybride entiteiten

3.3.1. Naar Nederlands recht niet-transparante entiteiten

Het wetsvoorstel bevat twee bepalingen over hybride entiteiten die tot de opbrengst van een vennootschap gerechtigd zijn. Het eerste geval, dat onder het voorgestelde art. 4, lid 9, Wet DB 1965 valt, gaat over het geval waarin de opbrengstgerechtigde naar Nederlandse maatstaven niet-transparant is, maar in zijn oprichtingsland niet wordt behandeld als de opbrengstgerechtigde omdat hij daar volgens de fiscale wetgeving van die staat niet is gevestigd. In de MvT wordt op p. 22 gesteld dat dit bijvoorbeeld²⁹ om de situatie gaat waarin de opbrengstgerechtigde naar Nederlandse maatstaven niet, maar naar maatstaven van het oprichtingsland wel transparant is. Ter illustratie wordt gewezen op een naar het recht van de VS opgerichte LLC. In zo'n geval kan de inhoudingsvrijstelling in beginsel niet worden toegepast. Wanneer de participanten van de opbrengstgerechtigde wel als opbrengstgerechtigden worden beschouwd in hun vestigingsland, dan kan art. 4, lid 9, Wet DB 1965 uitkomst bieden, in de zin dat die participanten als opbrengstgerechtigden worden aangemerkt voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling. De voorgestelde bepaling stelt hiervoor de voorwaarde dat *iedere zodanige gerechtigde* volgens zijn vestigingsstaat wordt behandeld als de tot de opbrengst gerechtigde. Met iedere zodanige gerechtigde wordt bedoeld iedere achterliggende gerechtigde. In de MvT wordt op p. 23 opgemerkt dat de inhoudingsvrijstelling slechts wordt toegepast indien ‘iedere direct achterliggende participant in de hybride entiteit volgens de fiscale wetgeving van de staat waarin de participant is gevestigd, wordt behandeld als bestanddeel van het inko-

men, de winst of het voordeel van die achterliggende participant’. Verder wordt opgemerkt (voor de situatie waarin de participanten in verschillende landen zijn gevestigd), dat de inhoudingsvrijstelling geldt ‘mits de betreffende hybride entiteit zowel volgens de fiscale wetgeving van de staat op grond van wiens recht die entiteit is opgericht³⁰ alsook volgens de fiscale wetgeving van alle staten waarin de verschillende direct achterliggende participanten zijn gevestigd, als transparant wordt aangemerkt’. Een redelijker wetstoepassing zou zijn dat de inhoudingsvrijstelling ook pro rata parte kan worden toegepast als slechts een deel van de participanten in hun vestigingsland over de opbrengst in de heffing wordt betrokken.

3.3.2. Naar Nederlands recht transparante entiteiten

Het voorgestelde art. 4, lid 10, Wet DB 1965 gaat over de omgekeerde situatie, waarin de hybride entiteit naar Nederlandse maatstaven juist transparant is, maar volgens het recht van het vestigingsland van de participant niet. In dat geval is naar Nederlandse maatstaven de participant in de hybride entiteit de opbrengstgerechtigde. Omdat die opbrengstgerechtigde in zijn vestigingsland niet in de heffing wordt betrokken, bepaalt het voorgestelde tiende lid dat hij voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling toch niet als opbrengstgerechtigde wordt aangemerkt. Tevens wordt bepaald dat de hybride entiteit wel als opbrengstgerechtigde kan worden aangemerkt voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling, als die volgens de fiscale wetgeving van de staat waarin hij is gevestigd aldaar wordt behandeld als de gerechtigde tot de opbrengst. In de MvT (op p. 23) wordt het voorbeeld gegeven van de Belgische vof. Indien de opbrengst door België als bestanddeel van de winst van die vof wordt aangemerkt, wordt de vof dus als opbrengstgerechtigde aangemerkt voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965. Verder wordt de cv/bv-structuur behandeld, waarin de opbrengst van de aandelen in de bv op het niveau van de cv (die naar Nederlandse maatstaven besloten is) niet wordt belast, en ook (nog) niet op het niveau van de participanten. In die situatie is er voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling geen opbrengstgerechtigde, en dus geen vrijstelling. Onder omstandigheden kan nog wel worden teruggevallen op een belastingverdrag.³¹

3.4. Opgaaf

De inhoudingsplichtige die de inhoudingsvrijstelling van art. 4, lid 2, Wet DB 1965 toepast moet binnen een maand na terbeschikkingstelling van de opbrengst een verklaring

²⁹ Mijns inziens wordt er terecht gesproken van een voorbeeld. Het hoeft volgens mij niet per se te gaan om een entiteit die transparant is naar het recht van het oprichtingsland. De bepaling is naar letter en ratio ook van toepassing als de entiteit naar het recht van oprichting om andere redenen niet aldaar is gevestigd, als de participanten in de entiteit maar in de heffing worden betrokken.

³⁰ Terzijde: de eis dat de entiteit in het oprichtingsland transparant is kan volgens mij niet worden gesteld, voldoende is dat die daar niet geacht wordt te zijn gevestigd (zie ook de vorige voetnoot).

³¹ MvT, p. 24.

aan de inspecteur verstrekken die inhoudt dat aan de eisen voor toepassing van de vrijstelling is voldaan, en moet opgaaf doen volgens bij ministeriële regels te stellen regels (art. 4, lid 11, Wet DB 1965), een en ander op straffe van een verzuimboete (art. 67ca, lid 1, onderdeel d, AWR). Dat is een administratieve lastenverzwaring, omdat thans geen formele eisen gelden voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling. De verklaring houdt in dat aan de eisen van het tweede, derde en vierde lid van art. 4 Wet DB 1965 is voldaan. De inhoudingsplichtige moet dus onder andere verklaren omtrent de vestigingsplaats van de opbrengstgerechtigde en de afwezigheid van misbruik en van dividendstripping. Wanneer sprake is van een hybride entiteit moet de inhoudingsplichtige verklaren omtrent degene die voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling als opbrengstgerechtigde wordt aangemerkt.³²

4. De ab-regeling in de vennootschapsbelasting

Het wetsvoorstel houdt ook een aanpassing van de ab-regeling in de vennootschapsbelasting in (art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969).

Allereerst gaat het om twee wijzigingen die verband houden met de uniformering van de antimisbruikbepalingen. In het misbruikbegrip wordt aan de (reeks van) constructie(s) toegevoegd de transactie en samenstel van transacties. Deze formulering is conform die in het voorgestelde art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965. Voorts wordt een delegatiebevoegdheid voorgesteld om regels te stellen voor de invulling van het begrip 'geldige zakelijke redenen' (in de Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971). Deze wijzigingen worden besproken in paragraaf 5 van deze bijdrage.

Ten tweede zijn er – teneinde overlap te voorkomen³³ – voorstellen om de regeling complementair te maken aan de voorgestelde antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965. In dat kader wordt voorgesteld om toepassing van de regeling te beperken tot gevallen waarin inkomstenbelasting wordt ontgaan. Dat is logisch: het ontgaan van dividendbelasting wordt immers reeds door de dividendbelasting zelf tegengegaan. Vandaar dat ook wordt voorgesteld om het huidige art. 17, lid 5, Wet VPB 1969 (voor gevallen waarin alleen de dividendbelasting wordt ontgaan) te schrappen.

Er is – anders dan in het consultatievoorstel – weer wel voor gekozen om niet alleen de vervreemdingsvoordelen maar ook de reguliere voordelen in de heffing te betrekken. De reden hiervoor is dat anders een tariefvoordeel

zou kunnen worden behaald (15% in plaats van 20%/25% in de vennootschapsbelasting), en dat – in situaties waarin sprake is van het ontgaan van inkomstenbelasting – ten aanzien van belangen van ten minste 5% in een niet-houdstercoöperatie anders helemaal niet meer zou kunnen worden geheven over reguliere voordelen.³⁴ Dubbele heffing (dividendbelasting en vennootschapsbelasting) wordt voorkomen door in art. 25, lid 1, Wet VPB 1969 de regel te schrappen dat dividendbelasting die is ingehouden op de voet van art. 1, lid 7, Wet DB 1965 niet als voorheffing kan worden verrekend.

Omdat art. 17, lid 5, Wet VPB 1969³⁵ wordt geschrapt en steeds wordt aangesloten bij het inkomensbegrip in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001, is kostenaf trek mogelijk. Dat lijkt belastingplichtigen de mogelijkheden te bieden om door middel van financieringslasten de belastbare grondslag af te romen.

5. Uniformering antimisbruikbepalingen

5.1. Uniformering aan de Unierechtelijke en internationale antimisbruikbepalingen

De staatssecretaris is van opvatting dat de nieuwe antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 'vraagt om afstemming met de huidige nationale antimisbruikbepalingen voor kapitaalvennootschappen en coöperaties in de vennootschaps- en dividendbelasting, en ook met de Europeesrechtelijke en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen'.³⁶ Dat is evident voor wat betreft de algemene antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn, die immers door Nederland moet worden geïmplementeerd. Ik deel de opvatting van de staatssecretaris dat het tevens wenselijk is om de antimisbruikregeling zo veel als mogelijk (binnen de verplichting die op Nederland rust vanwege de Moeder-dochterrichtlijn) in overeenstemming te brengen met de Principal Purpose Test (PPT). De staatssecretaris is voorts van opvatting dat de voorgestelde antimisbruikbepaling in lijn is met zowel de algemene antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn als de PPT uit Action 6 van het BEPS-project.³⁷ Het is mogelijk dat de rechter de PPT strenger uitlegt dan de algemene antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn, omdat de eerstgenoemde bepaling al van toepassing is 'if it is reasonable to conclude (...) that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction

32 MvT, p. 25.

33 MvT, p. 13 en 15.

34 MvT, p. 13 en 15. Voor de toepassing van de cv/bv-structuur zal met name het verdrag met de VS en het besluit van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M, NTFR 2005/996, BNB 2005/280 relevant zijn.

35 Die bepaling houdt in dat wordt geheven naar een effectief tarief van 12%/15% over de opbrengst in de zin van de Wet DB 1965.

36 MvT, p. 5.

37 MvT, p. 6.

that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement', terwijl voor toepassing van de laatstgenoemde bepaling kunstmatigheid een noodzakelijke voorwaarde is.³⁸ Toch denk ik dat dit verschil in de praktijk niet erg groot zal zijn, omdat met name kunstmatige constructies in strijd zullen komen met doel en strekking van het verdrag.³⁹

De antimisbruikbepalingen van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 en art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 worden niet alleen in overeenstemming gebracht met de PPT en de algemene antimisbruikbepaling uit de Moederdochterrichtlijn, maar ook met elkaar. De tekst van beide bepalingen is nagenoeg identiek, en ook uit de MvT (p. 15) volgt dat het de bedoeling is de bepalingen in overeenstemming met elkaar te brengen. Om die redenen behandel ik beide bepalingen tezamen.

5.2. De subjectieve toets

Er kan slechts sprake zijn van misbruik als het belang in de vennootschap wordt gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van Nederlandse⁴⁰ dividendbelasting of inkomstenbelasting te ontgaan. Om te bepalen of er een ontgaansmotief is, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie dat het belang in het in Nederland gevestigde lichaam wordt gehouden door de belastingplichtige ten opzichte van de situatie dat het belang rechtstreeks zou worden gehouden door de achterligger(s), dus zonder tussenkomst van de belastingplichtige (de 'wegdenkgedachte'). Als in het laatste geval niet meer belasting zou worden geheven, is geen sprake van het ontgaan van Nederlandse belasting.⁴¹

Anders dan in het consultatiedocument, waarin werd opgemerkt dat de beoordeling moet worden gemaakt op het niveau van 'de eerste schakel boven Nederland waar een materiële onderneming wordt gedreven', wordt in de MvT geen duidelijk richtsnoer gegeven voor de beoordeling op welk niveau de vergelijking moet worden gemaakt; er wordt volstaan met enkele voorbeelden. Voorts kan, wederom

anders dan in de concept-MvT van het consultatiedocument werd gesuggereerd, uit de tekst van het wetsvoorstel noch uit de MvT worden afgeleid dat er in een beleggingsstructuur per se sprake is van het ontgaan van belasting. Die aanpassing is terecht. Wanneer bijvoorbeeld overheidslichamen of pensioenfondsen die recht hebben op een vrijstelling of teruggaaf van dividendbelasting hun belang via een (tussen)houdstervennootschap houden, dan zal geen sprake zijn van het ontgaan van belasting. Het lijkt mij dan ook onjuist om per se door te kijken tot een schakel waar een materiële onderneming wordt gedreven, omdat ook in beleggingsstructuren sprake kan zijn van zakelijke overwegingen voor het gebruik van een (tussen)houdster.

De vraag blijft dan nog hoe dan wel moet worden bepaald welke schakels moeten worden weggedacht. Mijns inziens is de juiste benadering om een vergelijking te maken met de situatie waarin alleen de belastingplichtige wordt weggedacht. Wanneer de aandeelhouder van de belastingplichtige in een verdragsstaat is gevestigd en niet aan de objectieve toets (zie daarover par. 5.3) voldoet, leidt die benadering er uiteraard wel toe dat weer naar de volgende schakel moet worden doorgekeken voor het aanleggen van de subjectieve toets (enzovoort), een en ander met inachtneming van het negende en tiende lid in het geval van hybride entiteiten.

5.3. De objectieve toets

Indien is voldaan aan de subjectieve toets dan moet voorts de objectieve toets worden aangelegd, hetgeen betekent dat moet worden beoordeeld of er sprake is van:

'... een kunstmatige constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties waarbij:

- 1°. een constructie of transactie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan;
- 2°. een constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties als kunstmatig wordt beschouwd voor zover zij, onderscheidenlijk het, niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.'

Volgens de MvT is daar onder meer sprake van als de onmiddellijke aandeelhouder een materiële onderneming drijft en dat belang ook functioneel tot het vermogen van die onderneming kan worden gerekend. Voorts is dat het geval bij een 'schakelende tussenhoudster', mits wordt voldaan aan de criteria voor 'relevante substance'.⁴² Zowel voor de toepassing van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 (zie art. 4, lid 12, Wet DB 1965) als voor de toepassing van art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 worden bij ministeriële regels (de Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965 en de Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting

38 Zie art. 7(1) van de Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, en art. 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn.

39 Vgl. O. Marres en I. de Groot, 'The General Anti-Abuse Clause in the EU Parent-Subsidiary Directive', in: D. Weber (red.), *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, IBFD, Amsterdam, 2017, par. 10.4.4 (zie met name p. 237).

40 Het ontgaan van buitenlandse belasting is niet van belang. Door de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn en de uitkomsten uit het BEPS-project kunnen landen volgens de staatssecretaris zelf het ontgaan van hun belasting tegengaan (MvT, p. 19).

41 MvT, p. 6-7.

42 MvT, p. 7 en 11.

1971⁴³) regels gesteld over de bepaling van hetgeen wordt verstaan onder 'geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen'. In de MvT wordt alleen gesproken over geldige zakelijke redenen in het geval van een schakelende tussenhouder: daarvan zal sprake zijn als cumulatief wordt voldaan aan een lijst met voorwaarden (de criteria voor 'relevante substance'). Van die criteria zijn de meeste bekend, maar er worden ook twee nieuwe aan toegevoegd (waaraan pas op 1 april 2018 hoeft te worden voldaan⁴⁴): een aan de motie-Grashoff⁴⁵ ontleend loonkosten criterium en een aan de Belastingwet BES ontleend kantoorruimte criterium.⁴⁶ De beschikkinggever zal, naar ik aanneem, zo verstandig zijn om niet te bepalen dat er slechts sprake kan zijn van geldige zakelijke redenen wanneer cumulatief aan deze voorwaarden wordt voldaan, ten einde strijd met Unierecht te voorkomen.

Anders dan onder het huidige recht worden de substance-eisen dus in algemeen verbindende voorschriften vastgelegd. Dat biedt meer rechtszekerheid dan de opsomming in parlementaire stukken. Nationale wetgeving die als omzetting van richtlijnbevestigingen geldt, moet de rechter zo veel mogelijk richtlijnconform uitleggen.⁴⁷ Dit geldt ook voor art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 en art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965, omdat de voorgestelde bewoordingen vrijwel identiek zijn aan die in art. 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn, en ook zijn bedoeld ter implementatie hiervan. Een afwijkende wetshistorische interpretatie van de wettelijke bepaling doet daar niet aan af (vgl. HR 10 augustus 2007, nr. 43.169, *NTRF* 2007/1513, *BNB* 2007/277, r.o. 3.4).⁴⁸ De plicht tot richtlijnconforme interpretatie strekt echter niet zover dat zij als grondslag voor een uitlegging contra legem kan dienen.⁴⁹ Een belastingplichtige kan daarom een beroep op een wettelijke regeling doen, ook wanneer die zou afwijken van een richtlijnbevestiging.

6. De toekomst van de dividendbelasting

De rechtsgrond van de dividendbelasting is niet erg sterk. In binnenlandse verhoudingen heeft de dividendbelasting niet zoveel nut,⁵⁰ en lijkt zij vooral te worden gehandhaafd

om zonder EU-rechtelijke problemen nog in grensoverschrijdende gevallen te kunnen heffen. In buitenlandse verhoudingen wordt vaak de onderhandelingspositie ('wisselgeld') van Nederland in verdragsonderhandelingen genoemd. Het argument van de onderhandelingspositie van Nederland heeft zijn overtuigingskracht echter gedeels verloren sinds de verlaging van het tarief van 25% naar 15%, het gangbare verdragstarief: het is voor andere landen dus niet nodig om een verdrag met Nederland te sluiten om eigen inwoners tegen een tarief van maximaal 15% te laten belasten. Het argument is verder verzwakt doordat het bereik van de inhoudingsvrijstelling is uitgebreid tot uitdelingen aan alle in verdragslanden gevestigde moedervennootschappen: het is voor andere landen dus evenmin nodig om een regeling voor deelnemingsdividenden overeen te komen; het sluiten van een belastingverdrag met Nederland is voldoende.⁵¹ Er is in zoverre voor andere landen nog een prikkel om een verdrag te sluiten, dat zodra er een verdrag wordt gesloten de aldaar gevestigde moedervennootschappen recht hebben op een vrijstelling van Nederlandse dividendbelasting, maar het maakt daarvoor niet meer uit wat er in het verdrag staat. De echte reden voor handhaving van de dividendbelasting is budgettair van aard. De dividendbelasting brengt nog een aardig bedrag op,⁵² met name door de heffing ten laste van portfoliohouders in Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen,⁵³ en daar zal het wetsvoorstel niet veel aan afdoen (de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling leidt tot een budgettaire derving van slechts € 30 miljoen⁵⁴). Maar dat is kennelijk niet voldoende: vlak voor het ter perse gaan van dit nummer werd bekend dat het nieuwe kabinet-Rutte III van plan is de dividendbelasting per 2019 af te schaffen.

43 Zie MvT, p. 19.

44 MvT, p. 10 en 21.

45 Motie-Grashoff c.s. van 20 januari 2017 (Kamerstukken II, 2016-2017, 25 087, nr. 139).

46 MvT, p. 19-21.

47 HvJ 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA), *Jurispr.* 1990, p. I-4135, punt 8.

48 Vgl. O.C.R. Marres en I.M. de Groot, 'Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn', *WFR* 2015/1185, par. 3.2.

49 HvJ 4 juli 2004, zaak C-212/04 (Konstantinos Adeneler en anderen v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)), *Jurispr.* 2006, p. I-6057, punt 110.

50 O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, 4e druk, Kluwer, Deventer 2011, p. 4-5.

51 De onderhandelingspositie van Nederland wordt nog wel genoemd als argument om de inhoudingsvrijstelling niet uit te breiden tot aandeelhouders in niet-verdragslanden (MvT, p. 12).

52 Volgens de bijlagen bij de Miljoennota naar schatting € 3,2 miljard bruto in 2017 (Kamerstukken II, 2017-2018, 34 775, nr. 2, p. 17). De geschatte structurele netto-opbrengst van de dividendbelasting bedraagt € 1,6 miljard (Kamerstukken II, 2016-2017, 25 087, nr. 137, p. 7).

53 Zie het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel 'Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel', Den Haag 7 april 2010, p. 92.

54 MvT, p. 13.