

Noot bij Consultatievoorstel houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling

Onderstaande noot van prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma is verschenen in editie 23 van het weekblad NLFiscaal (NLF 2017/1282). Zie ook www.nlfiscaal.nl.

Inleiding

Op 16 mei 2017 heeft de staatssecretaris van Financiën het consultatiedocument inhoudingsplicht houdstercoöperaties, uitbreiding inhoudingsvrijstelling en wijziging antimisbruikbepalingen online geplaatst, zodat belanghebbenden en belangstellenden commentaar (of in meer hedendaags jargon: input) kunnen geven op het conceptwetsvoorstel en de concept-memorie van toelichting.¹

De timing van deze actie is mij niet duidelijk nu de huidige bewindslieden op het departement demissionair zijn en het dus niet in rede ligt om nieuwe wetsvoorstellen in te dienen. Nu kan worden betoogd dat in casu geen sprake is van een wetsvoorstel, maar het lijkt onwaarschijnlijk dat niet op korte termijn daadwerkelijk een wetsvoorstel zal worden ingediend dat – in elk geval op grote lijnen – zal lijken op het consultatiedocument.

De aanleiding voor het consultatiedocument is helder: leden van een coöperatie worden momenteel anders behandeld dan aandeelhouders van een nv of bv. Zij zijn immers niet subjectief onderworpen aan dividendbelasting, tenzij zij lid zijn van een coöperatie die op grond van het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 wordt aangemerkt als inhoudingsplichtige. Deze ongelijke behandeling zou mogelijk als staatssteun kunnen worden aangemerkt met alle gevolgen van dien. Mogelijk, omdat de voorkeursbehandeling van de coöperatie al sinds jaar en dag bestaat en daarom waarschijnlijk als bestaande staatssteun zou moeten worden beschouwd, zodat hieruit toch geen bloed zou vloeien.²

Gelijkschakeling

Gelijkschakeling tussen beide groepen kapitaalverschaffers ligt uiteraard wel voor de hand. De vormgeving van deze gelijkshakeling kan ruwweg op twee manieren plaatsvinden. De aandeelhouders van nv's of bv's worden voortaan hetzelfde behandeld als momenteel de leden van een niet-inhoudingsplichtige coöperatie of precies andersom.³ Uiteraard zijn er ook gradaties mogelijk waarbij dezelfde behandeling voor beide groepen zich tussen beide, positiefrechtelijke uitersten in zou bevinden.

De cruciale vraag die op dit punt bij beoordeling van het consultatiedocument moet worden beantwoord is of deze gelijkshakeling wordt bereikt. Het antwoord hierop is even simpel als ontvullend: nee.

Dat is een antwoord dat ik niet had verwacht, maar dat zich mogelijk laat verklaren door het feit dat de laatste tijd meer en meer de aandacht is komen te liggen op het vermeende oneigenlijke gebruik van Nederlandse houdstervennootschappen en houdstercoöperaties in internationale ondernemingsketens; vergelijk ook de titel van het consultatiedocument waarin wordt gesproken over wijziging van de antimisbruikbepalingen. Mogelijk is daardoor het oorspronkelijke doel ondergesneeuwd.

Op welke punten is er op basis van het consultatiedocument onderscheid tussen aandeelhouders en leden? In de eerste plaats zijn niet alle coöperaties inhoudingsplichtig, slechts houdstercoöperaties kunnen inhoudingsplichtig zijn, terwijl wel alle nv's of bv's inhoudingsplichtig zijn en blijven; zie echter hierna. Daarnaast zijn bij houdstercoöperaties niet alle leden subjectief belastingplichtig. Een

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/houdstercooperatie>. Consultatie staat open tot en met 13 juni 2017.

² Brief van 20 september 2016, 2016-0000095077, Kamerstukken II 2016/17, 25 087, 131, NLF 2016/0107. Brief van 16 december 2016, 2016-0000224153, NLF 2017/0034, met noot van Korving.

³ Zie ook mijn beschouwing 'De coöp in de dividendbelasting' in WFR 2016/135.

lid, zowel een natuurlijk persoon als een lichaam, is alleen belastingplichtig indien sprake is van een kwalificerend lidmaatschapsrecht, oftewel een belang van 5% of meer (ontleend aan de aanmerkelijk-belangregeling in de inkomstenbelasting), al dan niet met anderen die tezamen worden beschouwd als een samenwerkende groep rechtspersonen of natuurlijke personen. Bij nv's en bv's zijn alle aandeelhouders belastingplichtig en zijn het juist de kleine, in het buitenland wonende/gevestigde aandeelhouders die door het ontbreken van een inhoudingsvrijstelling, daadwerkelijk de dividendbelastinglast dragen.⁴ Zouden de aandeelhouders van de nv/bv op dit punt worden gelijkgeschakeld met de niet-kwalificerende leden, dan zou de opbrengst van de dividendbelasting naar nihil tenderen en derhalve beter kunnen worden afgeschaft.

Nu is het niet zo dat helemaal geen sprake is van gelijkshakeling. De 'kwalificerende' leden van een houdstercoöperatie worden subjectief belastingplichtig en bevinden zich dus in dezelfde positie als de aandeelhouders van een nv of bv met een belang van ten minste 5%. Vervolgens wordt de in artikel 4 Wet DB 1965 opgenomen inhoudingsvrijstelling (in deelnemingsverhoudingen) zo aangepast dat voortaan zowel winstuitkeringen aan deze leden/lichamen als aan zich kwalificerende aandeelhouders/lichamen onder voorwaarden vrij van dividendbelasting kunnen worden gedaan. De bestaande inhoudingsvrijstelling in nationale en EU/EER deelnemingsverhoudingen wordt uitgebreid, als gevolg waarvan voortaan winst ook zonder inhouding van dividendbelasting kan worden uitgekeerd indien de opbrengstgerechtigde (dus zowel een aandeelhouder als een lid) in een verdragsstaat is gevestigd.⁵ De inhoudingsvrijstelling geldt dus ook in die gevallen waarin het verdrag niet voorziet in het achterwege laten van de inhouding van dividendbelasting, zoals het geval is in het Nederlands-Canadese belastingverdrag (5%), dan wel eerst moet zijn voldaan aan een twaalfmaands houdsterperiode, zoals het geval is in het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag. Voor alle duidelijkheid, in deze verdrags-situaties hoeft de verdragsvrijstelling niet in de individuele casus van toepassing te zijn (bij Canada zou dat ook niet kunnen), maar is het voldoende dat tussen de staat waar het lid is gevestigd en Nederland een belastingverdrag is gesloten met een dividendartikel.⁶

De misbruikbepaling die momenteel in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 is opgenomen, wordt geïncorpo-reerd in de inhoudingsvrijstellingsbepaling, artikel 4 Wet DB 1965, en geldt dan voor zowel aandeel-houders als leden, zodat op deze punten wel de gewenste gelijkshakeling wordt bereikt.⁷

Techniek

Om te kunnen beoordelen of bij een winstuitkering aan een lid van een coöperatie dividendbelasting moet worden ingehouden, dienen verschillende stappen te worden doorlopen.⁸

⁴ Mogelijk krijgen zij een credit in de woonstaat voor de in Nederland ten laste van de door hen ontvangen winst-uitkering ingehouden dividendbelasting.

⁵ Ten opzichte van de huidige situatie betekent dit een verbetering voor subjectief belastingplichtige leden van een coöperatie, want de toepassing van de inhoudingsvrijstelling is momenteel voor hen op grond van het bepaalde in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 uitgesloten.

⁶ Alle reguliere belastingverdragen kwalificeren zich derhalve.

⁷ De betekenis van de zogeheten 'technisch ab'-bepaling in artikel 17, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969 neemt dus sterk af, temeer omdat artikel 17, lid 5, Wet VpB 1969 blijft bestaan en vervreemdingsvoordelen derhalve alleen tot heffing leiden ingeval het ontgaan van inkomstenbelasting voorziet.

⁸ Het gaat het bestek van deze noot te buiten om alle punten die van belang kunnen zijn bij dit stapsgewijze toetsingskader te benoemen. Ik beperk mij derhalve tot een selectie.

Houdstercoöperatie

De eerste stap betreft de vaststelling of sprake is van een zogeheten houdstercoöperatie. Indien een coöperatie niet als zodanig kan worden gekwalificeerd, is geen sprake van belastingplicht voor de dividendbelasting. In het voorgestelde artikel 1, lid 8, Wet DB 1965 wordt omschreven wanneer van een houdstercoöperatie kan worden gesproken: de feitelijke werkzaamheden van deze entiteit hebben (in het aan het uitkeringstijdstip voorafgaande jaar) voor 70% of meer (hoofdzakelijk) betrekking op houdster- en financieringsactiviteiten (vergelijk artikel 20, lid 4, Wet VpB 1969).⁹ Belangrijk voor de praktijk is dat deze toets wordt toegepast op het niveau van de coöperatie zelf. Als de coöperatie optreedt als moeder van een fiscale eenheid, mogen de activiteiten van de gevoegde dochtervennootschappen echter niet worden toegerekend aan de coöperatie. Hoewel met de opstellers van het consultatiedocument betoogd kan worden dat het instituut van de fiscale eenheid in de dividendbelasting geen ingang heeft gevonden, wil dat niet zeggen dat binnen deze belasting nimmer rekening wordt gehouden met het bestaan van de fiscale eenheid. In artikel 4, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965 (inhoudingsvrijstelling in fiscale-eenheidssituaties) en artikel 11, lid 4, Wet DB 1965 (dooruitdelingsfaciliteit) wordt met het bestaan van een fiscale eenheid voor de vpb wel rekening gehouden. Nu onder druk van internationale (BEPS-)ontwikkelingen meer en meer belang wordt gehecht aan de operationele ‘substance’ van entiteiten in Nederland en het voorts uit oog van concernopbouw wenselijk kan worden gevonden om de activiteiten in verschillende groepsvennootschappen onder te brengen, acht ik het lastig uit te leggen dat geen toerekening van activiteiten van de gevoegde entiteiten aan de moedermaatschappij voor de vpb zou kunnen of moeten plaatsvinden. Een aanpassing lijkt mij hier op zijn plaats.

Als sprake is van, wat in positiefrechtelijke termen wel wordt genoemd, een reële coöperatie wordt niet toegekomen aan de gestelde voorwaarde, zodat alsdan geen houdstercoöperatie wordt geconstateerd. Het zou – ter verduidelijking – goed zijn om te bevestigen dat hiermee wordt aangesloten bij het huidige beleid van het ATR-team in Rotterdam, dan wel bij de voorwaarden die zijn geformuleerd ter zake van de relevante substance van een tussenschakelend lid; zie hierna.

Kwalificerend belang

De tweede stap die moet worden gezet ingeval sprake is van een houdstercoöperatie, betreft de vaststelling of in casu kan worden gesproken van een kwalificerend belang. Dat is het geval indien het lid recht heeft op ten minste 5% van de jaarwinst of de liquidatie-uitkering. Het onlangs in artikel 10a, lid 6, Wet VpB 1969 geïntroduceerde ‘samenwerkende groepsbegrip’ doet hiermee ook zijn entree in de dividendbelasting: bij de beoordeling wordt gekeken naar belangen gehouden door met het lid samenwerkende lichamen en/of natuurlijke personen. Een belangrijke graadmeter of wordt samengewerkt, is blijkens de toelichting de coördinatie van de bundeling van portfoliobelangen in de houdstercoöperatie. Deze kan zowel bij een derde (bijvoorbeeld een beleggingsmaatschappij) als ook bij één van de leden berusten.

Uitbreiding inhoudingsvrijstelling tot reguliere verdragslanden

Indien een kwalificerend belang wordt gehouden, is sprake van subjectieve belastingplicht voor het desbetreffende lid van een houdstercoöperatie, maar kan mogelijk de inhoudingsvrijstelling worden toegepast. Daarom dient als derde stap te worden gezien of het lid/lichaam (dan wel aandeelhouder, want zoals gezegd, is hier wel sprake van gelijkschakeling) dat direct het belang houdt in de coöperatie is gevestigd in een staat waarmee Nederland een regulier belastingverdrag heeft gesloten (met inbegrip

⁹ Het is niet duidelijk of met de term ‘jaar’ wordt bedoeld op een periode van 365 dagen, dan wel het voorafgaande boek- of kalenderjaar. Ik houd het er vooralsnog op dat de eerste uitleg de juiste is, omdat deze in mijn ogen het meeste recht doet aan de antimisbruikgedachte die uit deze termijn spreekt.

van een dividendartikel) en als verdragsinwoner wordt aangemerkt. Ook Koninkrijkssituaties kwalificeren en uiteraard de EU/EER-landen.¹⁰

Antimisbruikbepaling

Ondernemings- versus beleggingsstructuur

Als vierde stap moet worden getoetst of het gebruik van een entiteit in een verdragsstaat kan worden bestempeld als misbruik. Deze stap kan worden ontleed in een aantal deelstappen. In de ogen van de wetgever moet allereerst onderscheid worden gemaakt in beleggings- en ondernemingsstructuren op dezelfde wijze als dat onder de huidige regeling geschiedt. Hierbij lijkt het gebruik van een verdragsgerechtigde entiteit in een beleggingsstructuur niet te kwalificeren voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling.¹¹

Er kan op het niveau van het lid van de coöperatie sprake zijn van een materiële onderneming. Als dat niet het geval is, kan het lid optreden als schakelaar. Een schakelaar tussen een achterliggende entiteit die een materiële onderneming drijft en een entiteit in Nederland (of een buitenlandse entiteit onder een Nederlandse tussenhouder) met een materiële onderneming. Beide gevallen worden gekwalificeerd als ondernemingsstructuren. Deze toetsing ondergaat geen wijziging ten opzichte van de huidige toetsing onder artikel 1, lid 7, Wet DB 1965.

Cumulatieve toets

Vervolgens bevat de antimisbruikbepaling een cumulatieve subjectieve en objectieve toets. De subjectieve toets behelst dat het lid dat het directe belang houdt in de Nederlandse coöperatie niet mag zijn tussengeschoven door de entiteit waarin de materiële onderneming wordt gedreven om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan (het ontgaan van buitenlandse bronbelasting vormt anders dan onder de huidige regeling geen misbruik).

Voorbeeld 1

Een Cayman entiteit die een materiële onderneming drijft, richt een entiteit op in het Verenigd Koninkrijk die als lid van een in Nederland gevestigde coöperatie fungeert. Aangenomen wordt dat in casu de ontgaansbedoeling voorzit, omdat zonder tussenschakeling wel dividendbelasting zou moeten worden ingehouden.



¹⁰ Voor aandeelhouders geldt de inhoudingsvrijstelling al in binnenlandse of EU/EER-deelnemingsverhoudingen.

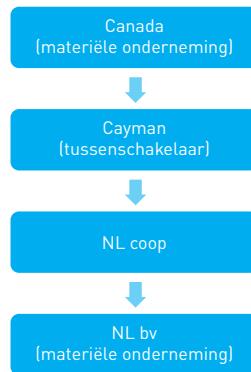
¹¹ Uiteraard is het mogelijk dat op grond van het van toepassing zijnde belastingverdrag de inhouding van dividendbelasting toch achterwege moet blijven.

Voorbeeld 2

Indien niet een Cayman entiteit, maar een Canadese entiteit een schakelaarsentiteit opricht in het VK, ontbreekt de ontgaansbedoeling (Nederland heeft immers een regulier belastingverdrag met Canada).

*Voorbeeld 3*

Indien een Canadese entiteit een entiteit op Cayman opricht die als lid van de Nederlandse coöperatie fungeert, ontbreekt de ontgaansbedoeling evenzeer.



In deze situatie dient toch inhouding van dividendbelasting plaats te vinden, omdat Nederland geen belastingverdrag met Cayman heeft gesloten. Nadere toetsing vindt niet plaats. Het lijkt mij een node-loze beperking van de inhoudingsvrijstelling, omdat misbruiksituaties reeds door de subjectieve toets buiten de deur kunnen worden gehouden. Door middel van de antimisbruikbepaling is immers een slot op de deur naar de inhoudingsvrijstelling geplaatst, zodat in mijn ogen de beperking tot verdrags-staten nodeloos is. Uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar de hele wereld is mogelijk zonder additionele financiële risico's voor de overheid.

Voorbeeld 4

Anders dan in voorbeeld 1 bevindt zich boven het niveau van Cayman een VS-entiteit met een materiële onderneming.



Ofschoon de Verenigde Staten zonder de tussengeplaatste entiteiten op Cayman en in het Verenigd Koninkrijk zonder inhouding van dividendbelasting winst zou kunnen ontvangen, is hier volgens het consultatiedocument wel sprake van een ontgaansbedoeling, omdat wordt getoetst bij de eerste schakel in de keten met een materiële onderneming, in casu dus Cayman.¹² Ook hier is in mijn ogen sprake van eenodeloze beperking van de inhoudingsvrijstelling.

Het ligt in de rede dat de subjectieve toets, in combinatie met de beperking van de inhoudingsvrijstelling tot verdragslanden, nog eens goed tegen het licht wordt gehouden.¹³ De uitgangspunten die in de huidige ATR-praktijk worden gehanteerd zouden daarbij dienstig zijn.

De objectieve toets vindt plaats bij het lid van de coöperatie.¹⁴ Drijft deze een materiële onderneming dan is sprake van geldige zakelijke redenen, zodat geen sprake is van misbruik. Als sprake is van een 'schakelaar' moet deze over 'relevante substance' beschikken. Daartoe is een lijst met criteria samengesteld die grotendeels overeenkomt met de huidige 'reguliere' substancevereisten, maar niet helemaal (het voldoen aan de fiscale verplichtingen in de vestigingsstaat wordt bijvoorbeeld niet langer genoemd).¹⁵ Belangrijker waarschijnlijk is dat het huidige payrollvereiste wordt vervangen door een loonkostencriterium van ten minste € 100.000. Loonkosten ten behoeve van de schakelaarsfunctie

¹² Voor de praktijk zou het behulpzaam zijn om te weten of bij ontstentenis van loonkosten (zie ook hierna) op het niveau van Cayman geen sprake is van een materiële onderneming (immers een organisatie van kapitaal en arbeid met een winststreven), zoals onder het huidige recht door het ATR-team als standpunt wordt gehuldigd.

¹³ Vergelijk ook de op p. 2 van de toelichting gemaakte opmerking dat internationaal het uitgangspunt wordt gehanteerd om geen dividendbelasting te heffen in deelnemingsverhoudingen.

¹⁴ De formulering van deze bepaling is ontleend aan de algemene antimisbruikbepaling, artikel 1, lid 2, Moederdochterraichtlijn.

¹⁵ Het zou overigens verstandig zijn om de vereisten die één op één worden overgenomen opnieuw op hun merites te beoordelen, want het kan in mijn ogen niet zo zijn dat een bedrijfseconomische beslissing om de boekhouding voor de groep centraal te voeren in een andere jurisdictie dan die waar het schakelende lid is gevestigd, tot de conclusie kan leiden dat dat lid 'substanceloos' is.

moeten worden gemaakt in het land van vestiging zelf, waarbij wel inhuur mogelijk is. Voorts moet het schakelende lid in het vestigingsland beschikken over een ingericht kantoor dat ten minste 24 maanden tot zijn beschikking staat en waar daadwerkelijk deze schakelaarsactiviteiten worden uitgeoefend. Wordt aan deze ‘relevante’ substancevereisten voldaan, dan kan een in een verdragsstaat gevestigde schakelaar toch winst ontvangen zonder inhouding van dividendbelasting, zelfs ingeval de schakelaar is tussengeplaatst om dividendbelasting te ontgaan (zodat dus wel aan de subjectieve toets is voldaan), hetgeen het geval is indien de entiteit met een materiële onderneming is gevestigd in een niet-verdragsstaat.

Indien ervan wordt uitgegaan dat in de hiervoor opgenomen voorbeelden in alle gevallen sprake is van een schakelaar met relevante substance, luidt de conclusie dat alleen in voorbeeld 3, waarin een verdragsgerechtigde entiteit met een materiële onderneming een schakelaar tussenschuift in een niet-verdragsgerechtigde jurisdictie, de inhouding van dividendbelasting niet achterwege mag blijven. In mijn ogen een ongemakkelijke conclusie.

Slot

Het gebruik van het instrument consultatiedocument is in mijn ogen verstandig te noemen, want het is buitengewoon lastig om in een werkkamer op het Lange Voorhout alle complicaties van een wetsvoorstel te overzien. Door gebruik te maken van ‘crowdthinking’ kan een conceptwetsvoorstel aanmerkelijk worden verbeterd. Daartoe is wel vereist dat de geleverde input serieus wordt genomen en dat in de toelichting op het in te dienen wetsvoorstel ook beargumenteerd wordt uiteengezet welke voorstellen wel en welke niet zijn overgenomen. Aldus wordt invulling gegeven aan de participerende democratie, wat het draagvlak van een wetsvoorstel aanzienlijk vergroot. Ik spreek de hoop uit dat deze beschouwing aan dit proces een bijdrage kan leveren.

Roland Brandsma

PwC, Universiteit van Amsterdam, Radboud Universiteit en Nyenrode