

Aan:

Ministerie van Financiën

12 juni 2017

Inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling – reactie op de internetconsultatie van het Ministerie van Financiën inzake de ontwerp-wetwijzigingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965

Graag reageer ik op de consultatie met de volgende opmerkingen welke hopelijk leiden tot aanpassingen in het beoogde wetsvoorstel danwel verduidelijkingen in de toelichting daarop met het doel de rechtszekerheid en het fiscale vestigingsklimaat voor de reële economie te verbeteren. Dit laat onverlet dat een inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties evenals anti-misbruikbepalingen alleszins begrijpelijk zijn en een uitbreiding van de inhoudingsvrijstellingen bijzonder welkom.

Zonder de deur te willen openen voor kunstmatige en misbruiksituaties, zou wat mij betreft niet alleen het reële coöperatieve bedrijfsleven moeten worden ontzien, maar de hele reële economie. Dus eigenlijk alles wat niet onder passief beleggen valt en daarmee ook bijvoorbeeld actieve investeringsactiviteiten verricht door private equity fondsen. Immers de redenen om het reële coöperatieve bedrijfsleven te ontzien – bijdrage aan economische groei en werkgelegenheid in Nederland – gelden voor de hele reële economie. Bij private equity ontstaat die werkgelegenheid doorgaans niet direct bij het fonds zelf, maar bij het vehikel van waaruit het private equity huis dat het fonds runt opereert. Of dat vehikel in Nederland gevestigd is of elders in Europa zou niet mogen uitmaken vanuit het perspectief van één interne markt. Daarnaast ontstaat er veel indirecte werkgelegenheid in Nederland door de betrokkenheid van Nederlandse juridische en facilitaire dienstverleners. In dit kader verdient het ook aandacht dat de EU een groot pakket aan maatregelen heeft aangekondigd om onder meer voor private equity de EU als investeringsplaats te vergroten (8.6.2017 COM(2017) 292 final).



1. Inhoudingsplicht houdstercoöperaties

1.1 Werkzaamhedentoets

Terecht vermeldt de consultatie dat de feitelijke werkzaamheid van een coop niet altijd alleen valt af te leiden uit haar balans, maar ook uit andere factoren zoals kantoorruimte, werknemers, omzet en actieve betrokkenheid bij deelnemingen. De P&L zal doorgaans veel informatie kunnen geven over zulke andere factoren en daarom minstens evenveel belang verdienen. Bijvoorbeeld vanwege de daarin opgenomen opbrengsten en kosten als gevolg van de actieve betrokkenheid bij deelnemingen. Evenals in de huidige rullingpraktijk zouden management fees en carried interest ook in dit kader als andere factoren gebruikt kunnen worden om een bepaalde coops met houdsteractiviteiten niet onder de definitie van houdstercoop te laten vallen.

Daarnaast verdient het aandacht dat de factor kantoorruimte in de huidige tijd van flexibel, thuis en in de ‘cloud’ werken minder vanzelfsprekend altijd aanwezig is.

Net als bij de relevante substance voorwaarden zou het niet mogen uitmaken of de werknemers bij de coop zelf op de loonlijst staan of elders in de structuur. Bij het onderscheid al dan niet een houdstercoop zou van belang moeten zijn dat in de keten/structuur sprake is actief ondernemen en niet van passief beleggen. Dit is het geval bij meer dan normaal actief vermogensbeheer en daarvan kan ook sprake zijn bij een coop waarbij de werknemers (en kantoorruimte) zich op een ander niveau in de structuur bevinden. Om strijdigheid met EU-recht te voorkomen, zou er niet alleen gekeken moeten worden naar werknemers in Nederland. Hoewel ik geen voorstander ben voor substance eisen aan (entiteiten in) structuren die onderdeel uitmaken van de reële economie, verwacht ik dat wanneer dat toch het geval is deze eisen niet verder zullen gaan dan de relevante substance voorwaarden bij schakelhoudsters anders wordt de substance juist Nederland uitgejaagd als de buitenlandse substance eisen minder stringent zijn.

Verder neem ik aan dat er in beginsel geen sprake is van een houdstercoop ingeval er naast het houden van een deelneming een managementvergoeding wordt ontvangen van die deelneming evenals dat het geval is bij de houdsterverliesregeling van artikel 20, vierde t/m zesde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor dga-management-BV's. Echter, ook de moeiende houdstercoop zonder managementvergoeding zou – aangezien haar feitelijke werkzaamheid meer omvat dan het houden van deelnemingen – niet als inhoudingsplichtige houdstercoop dienen te kwalificeren.



1.2 Overgangsrecht

Voor het geval dat een reële coop als houdstercoop zou kwalificeren, omdat er onvoldoende substance is, doen wij een dringende oproep tot de introductie van overgangsrecht. Een voorbeeld van een reële coop die 'slechts' aan de minimum substance voorwaarden voldoet, maar buiten dat als reële coop kan worden gezien, is een coop die fungeert als private equity fonds. Dit kenmerkt zich door de vele investeerders, een bij de AFM geregistreerde manager, de tussen voormelde partijen gemaakte afspraken op het gebied van management fees, carried interest en doorgaans een investment committee. Alleen zoals zeer gebruikelijk is bij private equity bevindt het fonds zich in een ander land dan de mensen van het betrokken private equity huis. Dat heeft te maken met het feit dat private equity teams zich doorgaans bevinden in het land waar de investeringen worden gedaan en gemanaged (conform geografische focus van het fonds). Terwijl de investeerders uit vele verschillende landen komen en bij voorkeur investeren in het fonds naar het recht van een land dat bekend staat om een goed, betrouwbaar, flexibel, etc. rechtssysteem alsook een land met een goede reputatie qua infrastructuur (van bereikbaarheid/vervoer tot accommodatie etc.).

Ook de houdstercoops die een ATR hebben gesloten met de Belastingdienst – soms zelfs voordat ze zijn opgericht – zouden vanuit een rechtszekerheidsperspectief in aanmerking behoren te komen voor overgangsrecht. Op zijn minst een aantal maanden nadat de beoogde wetwijzigingen definitief zijn bij publicatie in het Staatsblad zoals verwacht in december om zo de nodige tijd te krijgen voor eventuele herstructurering.

1.3 Kwalificerend lidmaatschapsrecht

Afgevraagd kan worden of een coop met (minder dan 21 leden, dus sowieso een lid met 5%, maar) meer dan 4 leden – die niet kwalificeren als samenwerkende groep – onbedoeld wordt gebruikt. Met andere woorden wellicht is het percentage van 5 om van een kwalificerend lidmaatschapsrecht te spreken en dientengevolge tot inhoudingsplicht over te gaan aan de zeer lage kant. Immers, ook een coop met 4 of meer leden – die niet kwalificeren als samenwerkende groep – is geen pure houdstercoop, maar meer een gezamenlijk vehikel om – anders dan kunstmatig – gezamenlijk financiële belangen te organiseren en structureren. In voorkomende gevallen weet een coop met meer dan 4 leden niet van al haar leden of zij direct of indirect een materiële onderneming drijven. Vooral de passieve coop die enkel wordt tussengeschied met eigenlijk 1 lid – en enkel vanwege het civielrechtelijke vereiste een tweede onbelangrijk lid – is een echte houdstercoop, omdat zonder het samenkomen van investeerders of investeringen de coop doorgaans geen reële economische betekenis toekomt.



1.4 Open houdster-CV's en -FGR's

Vanuit de doelstelling onbedoeld gebruik van coops tegen te gaan en daarom houdstercoops inhoudingsplichtig te maken, maar coops in private equity structuren niet als houdstercoop te definiëren, zou overwogen kunnen worden het fiscaal vestigingsklimaat voor private equity fondsen te verbeteren door de inhoudingsplicht van open CV's gelijk te trekken met die van coops. Bijvoorbeeld door open CV's net als houdstercoops ook onder te brengen bij artikel 1, tweede lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965. Bijgevolg zou het gebruik van coops verder kunnen verminderen waardoor dit wetsontwerp een extra gunstig uitstralings-effect krijgt.

2. **Uitbreiding inhoudingsvrijstelling**

2.1 Verdragsvereiste

Onvoldoende duidelijk blijkt uit het wetsontwerp waarom de inhoudingsvrijstelling beperkt blijft tot verdragssituaties. De aangevoerde reden dat een ongelimiteerde doorstroom van vrijgestelde dividenden voorkomen zou moeten worden is niet afdoende, omdat door de vereiste ondernemingsketen daarvan geen sprake is. Met andere woorden, de vereiste ondernemingsketen plaatst reeds een limiet op de doorstroom van vrijgestelde dividenden. Bovendien vereist het huidige belastingsysteem – dat mede gestoeld is op voorkoming van dubbele belasting bij deelnemingsverhoudingen in ondernemingsketens – ook geen verdragsinwonerschap voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Onduidelijk is waarom dit bij de voorgestane uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling anders ligt.

Het huidige klimaat binnen de EU en de OESO op het gebied van de bestrijding van belastingontwijking zou een beperking van de inhoudingsvrijstelling voor ondernemingsketens tot situaties waarin sprake is van het uitwisseling van fiscale inlichtingen wel aanvaardbaar maken. Overigens is in EER-verband uitwisseling wel voldoende om de inhoudingsvrijstelling van toepassing te laten zijn. Onduidelijk is waarom dit bij de voorgestane uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling anders ligt.



Zoals bekend zal zijn bij het rulingteam en waarschijnlijk ook uw ministerie zijn internationale organisaties zoals bijvoorbeeld de organisaties die genoemd zijn in artikel 2 van de Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965 vaak de investeerders van private equity fondsen en zijn private equity fondsen niet altijd gevestigd in een verdragsland. Hetzelfde geldt voor sovereign wealth fondsen uit niet-verdragslanden. Aangezien het Nederlands beleid is zowel in ondernemingsketens als van dergelijke internationale organisaties en sovereign wealth fondsen geen dividendbelasting te heffen, zou het verdragsvereiste een ongewenst effect hebben. Tenzij coops in dit soort structuren niet als houdstercoop hebben te gelden.

2.2 Materiële ondernemingseis

De voorgenomen uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar verdragssituaties gaat gepaard met een aanscherping van de anti-misbruikregeling, een subjectieve en objectieve toets. Beide toetsen lijken te eisen dat er sprake is van een materiële onderneming boven Nederland en gelden niet alleen in verdragssituaties, maar ook in EER-situaties. Dit levert strijd op met EU-recht, omdat de materiële ondernemingseis niet geldt voor binnenlandse situaties en ook een te vergaande inperking zou zijn van de Moeder-Dochterrichtlijn die deze eis niet kent. In Nederland wordt het gebruik van personal holdings tussen bijvoorbeeld een dga en zijn werkmaatschappij gezien als een structuur gebaseerd op geldige zakelijke redenen. Op grond van EU-recht zouden personal holdings in andere lidstaten niet slechter behandeld mogen worden dan personal holdings in Nederland. Overigens wordt met het wetsontwerp wel een mogelijke EU-strijdigheid weggenomen door net als in binnenlandse situaties ook in EU-situaties een 'inhoudingsvrijstelling' te verlenen bij belangen van minder dan 5% in een coop.

Ook hier geldt dat in voorkomende gevallen onbekend is of aandeelhouders dan wel leden direct of indirect een materiële onderneming drijven.



2.3 Relevante substance voorwaarden

Voor bestaande schakelhoudsters zou een 2-jarig durend overgangsrecht op zijn plaats zijn ten aanzien van de relevante substance voorwaarde dat haar ten minste 24 maanden (een deel van) een onroerende zaak ter beschikking stond, omdat enerzijds hieraan onmogelijk met terugwerkende kracht aan voldaan kan worden en anderzijds nota bene zeer recentelijk per 1 januari 2016 – met onder voorwaarden 3 maanden vertraging voor rulingsituaties – de minimum substance voorwaarden van toepassing werden voor schakelhoudsters waarin de onroerende zaak eis niet voorkomt en waarmee het vertrouwen gewekt werd dat dergelijke minimum substance voldoende zou zijn.

Verder verdient het ook hier aandacht dat de factor kantoorruimte in de huidige tijd van flexibel, thuis en in de ‘cloud’ werken minder vanzelfsprekend altijd aanwezig is.

Tot slot zou – afgezien van de wens de inhoudingsplicht voor BV/NVs en coops meer gelijk te trekken – vanwege de mogelijke EU-rechtelijke staatssteunrisico’s nadere aandacht besteedt kunnen worden aan het beweerd oneigenlijke gebruik van de coop, omdat daarvan wellicht minder vaak sprake van is dan wordt aangenomen. De wet vermeldt immers dat een coop is bedoeld om in de stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien. Vertaald naar hedendaags Nederlands is de coop bedoeld om in de economische belangen van haar leden te voorzien. Dat aanvankelijk de coop in de praktijk vooral door agrarische ondernemers werd gebruikt en vervolgens om die reden door een bekende grote Nederlandse bank doet niets af aan het oorspronkelijke en wettelijke doel van de coop. De coop is juist bij uitstek een entiteit om gezamenlijk iets te ondernemen dan wel te investeren.

Hoogachtend,

Piet Boonstra

P.s.: Artikel 17, vijfde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kan komen te vervallen.