

#### Azië-Pacific

Bangkok  
Beijing  
Brisbane  
Hanoi  
Ho Chi Minhstad  
Hong Kong  
Jakarta  
Kuala Lumpur\*  
Manila\*  
Melbourne  
Seoul  
Shanghai  
Singapore  
Sydney  
Taipei  
Tokyo  
Yangon

#### Europa, Midden- Oosten & Afrika

Abu Dhabi  
Almati  
Amsterdam  
Antwerpen  
Bahrein  
Bakoe  
Barcelona  
Berlijn  
Boedapest  
Brussel  
Cairo  
Casablanca  
Djedda\*  
Doha  
Dubai  
Düsseldorf  
Frankfurt  
Genève  
Istanbul  
Johannesburg  
Kiev  
Londen  
Luxemburg  
Madrid  
Milaan  
Moskou  
München  
Parijs  
Praag  
Riyad\*  
Rome  
Sint Petersburg  
Stockholm  
Warschau  
Wenen  
Zurich

#### Amerika

Bogota  
Brazilië\*\*  
Buenos Aires  
Caracas  
Chicago  
Dallas  
Guadalajara  
Houston  
Juárez  
Lima  
Mexico Stad  
Miami  
Monterrey  
New York  
Palo Alto  
Porto Alegre\*\*  
Rio de Janeiro\*\*  
San Francisco  
Santiago  
São Paulo\*\*  
Tijuana  
Toronto  
Valencia  
Washington, DC

\* Gelieerde Kantoren

\*\* In samenwerking met  
Trench, Rossi e Watanabe  
Advogados

Ministerie van Financiën  
Postbus 20201  
2500 EE DEN HAAG

Amsterdam, 13 juni 2017

**Betreft:            Commentaar van Baker McKenzie op de internetconsultatie  
Ontwerpvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en  
uitbreiding inhoudingsvrijstelling**

Geachte dames en heren,

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het ontwerpvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling (het "**Wetsontwerp**").

Het Wetsontwerp betreft wijzigingen in de artikelen 17 en 25 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ("**Wet Vpb**") en de artikelen 1, 3 en 4 van de Wet op de dividendbelasting 1965 ("**Wet DB**"). Hierbij geven wij gevolg aan de uitnodiging tot het geven van opmerkingen.

## A. Algemene opmerkingen

### a) *Opheffing onderscheid fiscale behandeling*

Het uitgangspunt van het Wetsontwerp is dat geen dividendbelasting wordt geheven in deelnemingsverhoudingen indien sprake is van een ondernemingsstructuur.<sup>1</sup> Dit uitgangspunt is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid.<sup>2</sup>

Het Wetsontwerp is erop gericht het verschil in fiscale behandeling voor de dividendbelasting tussen een coöperatie enerzijds (in beginsel niet inhoudingsplichtig) en een nv (of bv) anderzijds (in beginsel wel inhoudingsplichtig) op te heffen.<sup>3</sup>

Naar onze mening neemt het Wetsontwerp de verschillende behandeling van objectief vergelijkbare gevallen niet geheel weg. Zo blijft onder het Wetsontwerp de "reële" coöperatie per definitie (dus ook als de leden niet actief betrokken zijn bij de onderneming van de coöperatie) niet inhoudingsplichtig, terwijl de "reële" nv (of bv) in beginsel wel inhoudingsplichtig blijft.

<sup>1</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 2.

<sup>2</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 4.

<sup>3</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 2.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.

Op grond van het Wetsontwerp geldt bij de houdstercoöperatie slechts een inhoudingsplicht bij lidmaatschapsrechten die betrekking hebben op tenminste 5% van de jaarwinst, terwijl een nv (of een bv) ook dividendbelasting dient in te houden bij een aandelenbelang van minder dan 5%.

Het Wetsontwerp lijkt niet te leiden tot het opheffen van de verschillende behandeling van objectief vergelijkbare gevallen. Wij zouden graag de rechtvaardigingsgrond voor dit onderscheid vernemen in de Memorie van Toelichting ("MvT"). Zonder rechtvaardigingsgrond ligt het risico van een staatssteundiscussie op de loer.

## *b) Uitbreiding inhoudingsvrijstelling*

Om gebruik te kunnen maken van de inhoudingsvrijstelling dient volgens de MvT sprake te zijn van een ondernemingsstructuur. Deze eis komt niet terug in de voorgestelde wettekst. Een dergelijke ondernemingsseis lijkt ons ook strijdig met EU-recht. Het gaat er enkel om dat indien één van de voornaamste doelen is het ontgaan van dividendbelasting, er dan niet tevens sprake mag zijn van een kunstmatige constructie.<sup>4</sup> Graag zouden wij daarom in de MvT een nadere toelichting zien dat de inhoudingsvrijstelling tot doel heeft het vermijden van dubbele belasting in groepsverband, en niet slechts in ondernemingsstructuren. Dit laatste zou namelijk doen vermoeden dat alle beleggingsfondsen kunstmatige constructies vormen, hetgeen uiteraard niet het geval is.

## **B. Uitbreiding inhoudingsvrijstelling**

### *a) Gevestigd in een verdragsland*

Het uitgangspunt van het Wetsontwerp is dat geen dividendbelasting wordt geheven in deelnemingsverhoudingen, indien sprake is van een ondernemingsstructuur.<sup>5</sup> In lijn met dat beoogde doel ligt het voor de hand om enkel als voorwaarde voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling te stellen dat sprake is van een ondernemingsstructuur.

De voorgestelde voorwaarde - dat de opbrengstgerechtigde gevestigd dient te zijn in een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat voorziet in een dividendbepaling - achten wij in het kader van het voornoemde doel niet begrijpelijk. Het voorbeeld dat wordt gegeven (*voorbeeld 1*.<sup>6</sup>) lijkt te impliceren dat door middel van een VK tussenhouster toegang kan worden verkregen tot de vrijstelling. Het is ons niet duidelijk waarom de Chileense onderneming een tussenhouster in een verdragsland zou moeten inschakelen, om gebruik te kunnen maken van de vrijstelling dividendbelasting.

Gezien het doel van het Wetsontwerp zouden wij verwachten dat het voldoende is dat sprake is van een ondernemingsstructuur en dat Nederland met het land van de aandeelhouders of leden minimaal een verdrag tot uitwisseling van informatie heeft gesloten. Het bestaan van inlichtingenuitwisseling met het buitenland wordt immers in de MvT als voldoende beschouwd om het ontgaan van de eigen belastingheffing te gaan.

<sup>4</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 6.

<sup>5</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 2.

<sup>6</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 6-7.

In internationale private equity-structuren komt veelal arbeid (in de vorm van ingeleend strategisch management door het private equity-huis) en kapitaal (inleg door participanten) samen op het niveau van een specifiek daarvoor opgezette entiteit (die entiteit wordt hierna het "Fonds" genoemd). In het Fonds wordt het kapitaal en de arbeid samengebracht, en vormen deze een onderneming.<sup>7</sup>

Een voorkomende situatie is dat een Fonds wordt opgericht in een land waar Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting mee heeft gesloten.<sup>8</sup> Dat Fonds kwalificeert als niet-transparant voor Nederlandse fiscale doeleinden en maakt een investering van 5% of meer in een houdstercoöperatie. Het Fonds bemoeit zich actief met de bedrijfsvoering van de houdstercoöperatie en door de houdstercoöperatie aangekochte targets, hetgeen zich onder andere uit in de aanwezigheid van door het Fonds aangewezen bestuurders op de relevante niveau.

Indien het voldoende mocht blijken te zijn dat het lid is gevestigd in een land waarmee Nederland informatie uitwisselt, dan is de vraag of het Fonds in de voornoemde situatie zelf een onderneming drijft waaraan het belang in de coöperatie kan worden toegerekend en de structuur kwalificeert als ondernemingsstructuur. Wat ons betreft dient het Wetsontwerp dergelijke ondernemingsstructuren te ontzien en zou geen inhoudingsplicht moeten ontstaan voor de coöperatie voor wat betreft winstuitdelingen aan het Fonds.

Indien het Wetsontwerp wel zou leiden tot inhoudingsplicht voor de coöperatie voor wat betreft winstuitdelingen aan het Fonds, vragen wij bevestiging dat deze inhoudingsplicht desondanks niet geldt indien het Fonds wordt opgezet als transparante entiteit (die een onderneming geacht wordt te drijven) en de participanten in het Fonds (individuen dan wel rechtspersonen) gevestigd zijn in een of meer verdragslanden. Die gevraagde bevestiging zou recht doen aan het feit dat het een ondernemingsstructuur betreft en de achterliggende participanten in een verdragsland wonen.

De wettekst lijkt ruimte te bieden om te betogen dat een in een verdragsland gevestigde transparante entiteit die volgens Nederlandse maatstaven 'open' is ook recht kan doen gelden op een vrijstelling dividendbelasting. In de MvT wordt verduidelijkt dat de aandeelhouder of het lid inwoner moet zijn van het verdragsland. Wij zouden willen verzoeken de wettekst op dit punt te verhelderen. Wij vragen ons dan nog wel af waarom die entiteit moet zijn onderworpen in het verdragsland als de doel van de vrijstelling is het voorkomen van dubbele belasting over de ondernemingswinst.

*b) Tegemoetkoming voor tussenhoudsters met een (uiteindelijk) aandeelhouder woonachtig / gevestigd in een verdragsland*

De toets dat de aandeelhouder van de Nederlandse entiteit in een verdragsland moet zijn gevestigd, vindt plaats op het niveau van de *directe* aandeelhouder. Als het criterium dat sprake moet zijn van een verdragsland wordt gehandhaafd (zie in dat kader ons

<sup>7</sup> Als bedoeld in de brief van het Ministerie van Financiën van 19 juni 2000, WJB 2000/452M.

<sup>8</sup> Waar een Fonds wordt opgezet gebeurt veelal niet op grond van fiscale redenen, maar meer op grond van bedrijfsmatige redenen zoals de flexibiliteit van het recht, politieke stabiliteit, een 'go-to' land zijn voor specifieke bedrijfstakken, het aan willen wijzen van een land waar geen partijen gevestigd zijn, onderscheid tussen common law en civil law, etc.

commentaar onder a), dan zouden wij voorstellen om op het niveau van de *indirecte* aandeelhouder(s) van de Nederlandse entiteit de verdragstoets toe te staan.

Indien de *indirecte* aandeelhouder van de Nederlandse entiteit een onderneming drijft en is gevestigd in een verdragsland, dan kan naar ons oordeel geen sprake zijn van misbruik bij een tussenhoudster in een niet-verdragsland indien die *indirecte* aandeelhouder de vrijstelling zelf had kunnen claimen.

*c) Ondernemingstoets en substancetoets*

In het Wetsontwerp wordt geëist dat elke aandeelhouder of ieder lid voldoet aan de gestelde ondernemings- of substance-eisen. Het komt echter regelmatig voor dat in de rechte lijn omhoog geen personeel in dienst is en/of geen omzet wordt gegenereerd. In plaats daarvan worden, op grond van bedrijfseconomische motieven, activiteiten ondergebracht in zustermaatschappijen van de Nederlandse entiteit. Wij zouden daarom graag zien dat de ondernemingseis of substance-eisen niet per individuele aandeelhouder of lid hoeven te worden getoetst, maar dat het voldoende is dat de groep aan die eis voldoet in het betreffende verdragsland.

*d) Overlap (en overkill) in anti-misbruik bepalingen*

In het Wetsontwerp blijft artikel 4, derde lid, onderdeel c Wet BD ongewijzigd. Op grond van dit onderdeel is de inhoudingsvrijstelling niet van toepassing als op grond van een voorschrift ter bestrijding van fraude en misbruik opgenomen in een door Nederland met de staat van vestiging van de opbrengstgerechtigde gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting de opbrengstgerechtigde geen aanspraak zou kunnen maken op de in dat verdrag opgenomen verlaging van de belastingheffing op dividenden.

Onder de voorgestelde wettekst zou daarom naast de nieuwe ontgaanstoets in het voorgestelde artikel 4, derde lid, onderdeel d Wet DB, tevens aan specifieke antimisbruikbepalingen in het relevante belastingverdrag moeten worden voldaan om een beroep te kunnen doen op de inhoudingsvrijstelling. Indien bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde entiteit aan haar in de Verenigde Staten gevestigde aandeelhouder dividend zou uitkeren, is het niet voldoende dat die aandeelhouder een onderneming drijft. Getoetst zou in dat geval moeten worden of ook is voldaan aan de "beperking van voordelen"-bepaling van artikel 26 van het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten.<sup>9</sup> Naar onze mening is een dergelijke toetsing aan een strengere bepaling in een belastingverdrag niet in lijn met het doel van het Wetsontwerp.<sup>10</sup>

Wij zouden graag zien dat de tekst van het huidige artikel 4, derde lid, onderdeel c Wet DB wordt *vervangen* door de tekst van het voorgestelde artikel 4, derde lid, onderdeel d Wet DB.

<sup>9</sup> Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (1992).

<sup>10</sup> Consultatieversie MvT bij het Wetsontwerp, p. 4.

## C. Inhoudingsplicht houdstercoöperaties

### a) Definitie houdstercoöperatie

De directie van een coöperatie moet kunnen beoordelen of zij dividendbelasting moet inhouden. In dat kader zouden wij graag meer voorbeelden zien in de MvT met betrekking tot de aan te leggen toets. Indien bijvoorbeeld de bezittingen van de coöperatie bestaan voor 80% uit leningen aan groepsmaatschappijen en voor 20% uit deelnemingen, en het 10-koppige personeel besteed 70% van haar tijd aan het verlenen van consulentdiensten waarvoor zij een vergoeding ontvangt en 30% aan het verstrekken van groepsleningen, moet zij dan inhouden?

Wat wordt precies bedoeld met het *indirect* financieren? Wordt bedoeld op het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen via een financial lease?

### b) Uitzakken van de ondernemingsactiviteiten

Een coöperatie die een onderneming drijft hoeft geen dividendbelasting in te houden op winstuitkeringen. Indien die coöperatie besluit om haar ondernemingsactiviteiten in te brengen in een dochter-BV, dan krijgt zij mogelijk het predicaat 'houdstercoöperatie'. Kan worden verduidelijkt welke functies er precies achter moeten blijven bij de coöperatie om dit predicaat te voorkomen?

### c) Meetellen van groepsactiviteiten in Nederland

Om te voorkomen dat een groep zich moet organiseren conform het Wetsontwerp zouden wij graag zien dat de vrijstelling dividendbelasting van toepassing is indien de groep in Nederland reële aanwezigheid heeft.

Indien het meetellen van de werkzaamheden van de groep in Nederland niet mogelijk is dan zouden wij graag zien dat in ieder geval de werkzaamheden van de fiscale eenheid worden meegeteld voor de vaststelling of sprake is van een reële coöperatie. Het meetellen van de fiscale eenheid werkzaamheden lijkt ons logisch nu de voorgestelde activiteitentoeets is overgenomen uit de regeling in artikel 20, vierde lid Wet Vpb. Die regeling houdt wél rekening met de werkzaamheden van andere fiscale eenheid maatschappijen.

## D. Overgangsrecht

Wij begrijpen dat de voorziene ingangsdatum van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling is gesteld op 1 januari 2018 en dat een definitief wetsvoorstel op Prinsjesdag zal worden ingediend. Een en ander zou betekenen dat vermoedelijk pas eind 2017 duidelijk wordt hoe de nieuwe wetgeving er precies uit zal komen te zien, terwijl belastingplichtigen kort daarna aan de nieuwe wetgeving gebonden zullen zijn.

Bovendien is in veel structuren waar een coöperatie deel van uitmaakt door belastingplichtigen zekerheid vooraf verkregen over de dividendbelastingaspecten van de betreffende structuur door middel van een ATR met een looptijd tot na 31 december 2017. In dergelijke ATR's is standaard de bepaling opgenomen dat de ATR komt te vervallen bij een relevante wetswijziging. Met de invoering van de voorgestelde wetgeving zullen

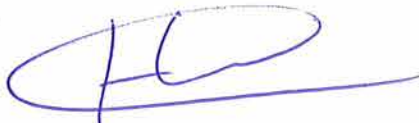
dergelijke ATR's daarom per 1 januari 2018 niet langer geldig zijn, tenzij wordt voorzien in overgangsrecht.

Wij zouden graag zien dat er voor bestaande structuren wordt voorzien in een overgangsperiode van tenminste 1 jaar zodat er voldoende tijd is om zich aan te passen aan de nieuwe wetgeving.

Hoogachtend,  
namens Baker & McKenzie Amsterdam N.V.



H.C. Reinoud



H.O.A. van Dobbenburgh