

Inhoudingsplicht voor coöperaties – een nadere analyse

Mr. M.M. Wierenga en mr. drs. A.J. Secker, datum 11-02-2014

Datum	11-02-2014
Auteur	Mr. M.M. Wierenga en mr. drs. A.J. Secker ^[1]
Vakgebied(en)	Dividendbelasting / Heffingswijze Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht
Wetgeving	art. 1 Wet DB 1965; art. 1 lid 7 Wet DB 1965

Mr. M.M. Wierenga en mr. drs. A.J. Secker belichten een aantal onduidelijkheden ten aanzien van de inhoudingsplicht van dividendbelasting voor coöperaties. Zij bespreken met name de situatie waarin een coöperatie een Nederlandse vennootschap met zuivere winst verwerft (de tweede volzin van art. 1 lid 7 Wet DB 1965). De auteurs komen onder meer tot de conclusie dat de tweede volzin bij derdentransacties pas toepassing kan vinden indien de dividendbelasting (als eindheffing) daadwerkelijk drukt op uitkeringen van de Nederlandse vennootschap aan de verkoper van die vennootschap. Dat dit anders lijkt te zijn bij intra-groep verhangingen is naar de mening van de auteurs een ongerechtvaardigd verschil. Er wordt in die gevallen immers geen bestaande dividendbelastingclaim verijdeld. Daarnaast zijn er in de praktijk situaties denkbaar dat de leden van een inhoudingsplichtige coöperatie beter af zouden zijn geweest indien geopteerd was voor een, eveneens inhoudingsplichtige, BV. De auteurs kunnen zich voorstellen dat de coöperatie in die gevallen eerder een reële functie vervult, waardoor art. 1 lid 7 Wet DB 1965 alsnog geen toepassing vindt.

1 Inleiding

Sinds 1 januari 2012 is art. 1 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) uitgebreid met een zevende lid.^[2] De uitgangssituatie is echter onveranderd gebleven: een coöperatie is in beginsel niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting ten aanzien van uitkeringen aan haar leden.^[3] Met de invoering van het zevende lid wordt hier in bepaalde situaties een uitzondering op gemaakt. De maatregel tracht het ontgaan van (dividend)belasting te voorkomen in situaties waarin een coöperatie zonder reële betekenis wordt tussengeschoven. In deze bijdrage belichten wij een aantal onduidelijkheden en onevenwichtigheden ten aanzien van de verschillende facetten van de tweede volzin van art. 1 lid 7 Wet DB 1965, die toepassing kan vinden indien een coöperatie een Nederlandse vennootschap met zuivere winst verwerft. Hierbij trachten wij tevens enkele handvatten aan te reiken voor een mogelijke oplossingsrichting. Hiertoe beschrijven wij eerst kort het wettelijk kader van de tweede volzin.

2 Het wettelijk kader van de tweede volzin

Op basis van de tweede volzin is een coöperatie inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting indien de

coöperatie:

1. direct of indirect aandelen, winstbewijzen of 10-1-d-leningen houdt in een in Nederland gevestigde vennootschap die op het moment van verwerving door de coöperatie over zuivere winst beschikt (“een belang”);
2. met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan (het “ontgaansmotief”); en
3. het lidmaatschapsrecht in de coöperatie tot het ondernemingsvermogen van een lid behoort.

2.1 Een belang

De eerste voorwaarde van de tweede volzin vereist dat de coöperatie direct of indirect een belang houdt in een in Nederland gevestigde vennootschap die op het moment van verwerving door de coöperatie over zuivere winst beschikt. Hiermee wordt volgens de parlementaire geschiedenis kort gezegd bedoeld op de winst die voor uitkering beschikbaar is, ofwel alles wat er meer is dan het gestorte kapitaal.^[4] Daarbij wordt verwezen naar de uitleg van dit begrip voor de toepassing van art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 en art. 29 Wet IB 1964. Onder het begrip vallen dus ook stille reserves en goodwill.^[5]

2.2 Het ontgaansmotief

Het ontgaansmotief valt op basis van de parlementaire geschiedenis^[6] uiteen in twee subtoetsen. Er dient (i) zonder tussenkomst van de coöperatie meer dividendbelasting verschuldigd te zijn (de “wegdenkgedachte”) waarbij (ii) de coöperatie geen reële functie vervult.

2.2.1 De wegdenkgedachte

De wegdenkgedachte wordt gebruikt om de (waarschijnlijke) motieven van de leden van de coöperatie te achterhalen. Bij toepassing van de wegdenkgedachte dient een vergelijking gemaakt te worden tussen de situatie waarin de coöperatie het belang houdt en de situatie waarin de achterliggers van de coöperatie het belang direct, dat wil zeggen niet door middel van een coöperatie, houden. De coöperatie moet als het ware worden weggedacht. Toetsingsmoment hierbij is het moment dat de coöperatie een uitdeling aan haar leden doet.^[7]

In de parlementaire behandeling wordt een onderscheid gemaakt tussen derdentransacties en interne transacties. Ten aanzien van derdentransacties is opgemerkt dat gekeken dient te worden of er (i) bij de *verkoper* sprake was van een dividendbelastingclaim ten aanzien van de winstreserves van de Nederlandse vennootschap en (ii) in hoeverre deze claim door het tussenschuiven van een coöperatie ten aanzien van de *koper* zou worden omzeild.^[8] In dit kader heeft de staatssecretaris bevestigd dat indien er bij de *verkoper* geen sprake was van een effectieve dividendbelastingclaim over de bestaande winstreserves van de vennootschap, de *koper* geen ontgaansmotief kan hebben. Deze bevestiging is niet gegeven in het geval van interne transacties.

Structuren waarbij een Nederlandse vennootschap zelf wordt opgericht door de coöperatie, kunnen dus nimmer door de tweede volzin worden getroffen. Er kan dan immers nog geen sprake zijn van beclaimde winstreserves. Maar ook indien een belang in een reeds bestaande Nederlandse vennootschap wordt verworven door een coöperatie, speelt de tweede volzin dus pas indien er ten aanzien van de (derde) verkoper sprake was van een dividendbelastingclaim. Het is op zichzelf eigenaardig dat het motief van de koper om iets op een bepaalde wijze te structureren, kennelijk afhangt

van de belastingpositie van de verkoper.

2.2.2 Reële functie

Indien op grond van de hiervoor omschreven wegdenkgedachte is vastgesteld dat er zonder tussenkomst van de coöperatie meer dividendbelasting is verschuldigd, dient beoordeeld te worden of de coöperatie een reële functie heeft. Voor de beantwoording van deze vraag dient op grond van de parlementaire geschiedenis^[9] aansluiting gezocht te worden bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU^[10] over de verenigbaarheid van antiontgaansbepalingen met EU-recht waarin onder andere wordt gesproken over “volstrekt kunstmatige constructies”.^[11] Om te bepalen of daarvan sprake is, moet beoordeeld worden of de economische realiteit overeenkomt met de juridische vorm. Indien uit objectieve en door derden controleerbare elementen volgt dat sprake is van een reële vestiging die daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent, is er geen sprake van een volstrekt kunstmatige constructie. De fiscale beweegredenen, het subjectieve element, zijn dan niet meer relevant. Voor de objectieve elementen valt te denken aan de plaats van de werkelijke leiding, de tastbare aanwezigheid in Nederland en het reële risico dat de tussengeschoven coöperatie loopt. In het kader van recente (politieke) ontwikkelingen^[12] en de bestrijding van brievenbusfirma's zal de nadruk meer komen te liggen op de substance-vereisten. Bovendien heeft de staatssecretaris aangegeven^[13] dat het APA/ATR-team verzoeken om een ruling voor een houdstermaatschappij alleen in behandeling zal nemen wanneer het concern waarbinnen deze vennootschappen opereren voldoende band heeft met Nederland.

2.3 Ondernemingsvermogen

Ten aanzien van de uitleg van het begrip “ondernemingsvermogen” voor de toepassing van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 verwijst de wetgever — in lijn met de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling — naar de oogmerktoets in de deelnemingsvrijstelling.^[14] In deze bijdrage gaan wij hier niet nader op in.

2.4 Inhoudingsplicht bij tweede-volzin-situaties: gelijkstelling

Ingeval art. 1 lid 7 Wet DB 1965 van toepassing is, wordt de coöperatie voor toepassing van de Wet DB 1965, met uitzondering van art. 4 lid 1 en 2 Wet DB 1965, gelijkgesteld met een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarbij de door de desbetreffende leden gehouden lidmaatschapsrechten worden gelijkgesteld met aandelen. In tegenstelling tot eerstevolzin-situaties, leidt toepassing van de tweede volzin slechts tot beperkte inhoudingsplicht voor de coöperatie. De inhoudingsplicht voor de coöperatie op voet van de tweede volzin wordt beperkt tot de latente dividendbelastingclaim die ziet op de zuivere winst van de Nederlandse vennootschap waarin de coöperatie een belang heeft. Voor tweede-volzin-situaties is de coöperatie dus niet inhoudingsplichtig voor zover de uitkeringen door de coöperatie afkomstig uit de winstreserves van de Nederlandse vennootschap het bedrag aan zuivere winst bij die vennootschap te boven gaan. Hierbij is aansluiting gezocht bij de fifo-gedachte.^[15] Overigens merken wij hierbij op dat hiermee niet is beoogd dat winstuitdelingen door een coöperatie met een tweede-volzin-belang bij voorrang afkomstig worden geacht van die tweede-volzin-vennootschap, ook al is de winst feitelijk afkomstig van een andere, niet tweede-volzin-vennootschap.^[16] Dit is van belang als de coöperatie meerdere deelnemingen of belangen houdt. Er geldt een geïsoleerde benadering: de coöperatie is enkel inhoudingsplichtig voor zover zij winsten afkomstig uit een tweede-volzin-belang (door)uitkeert aan haar tweede-volzin-leden tot het moment waarop het totale bedrag aan zuivere winst is (door)uitgedeeld.

De dividendbelastingclaim wordt vastgesteld op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het moment dat de coöperatie een vennootschap verwerft. Terzijde merken wij hierbij op dat er ook onduidelijkheden kunnen bestaan bij de vervreemding van een tweede-volzin-belang. Na vervreemding van dat belang houdt de coöperatie immers geen belang meer in de zin van art. 1 lid 7 Wet DB 1965, waardoor op basis van een letterlijke lezing van de wettekst gesteld zou kunnen worden dat de inhoudingsplicht op dat moment vervalt.

3 Een nadere analyse en enkele onduidelijkheden

Nu de wetssystematiek van de tweede volzin van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 kort uiteen is gezet, gaan wij hieronder nader in op deze wetsbepaling en stippen wij enkele aspecten daarvan aan die naar onze mening enige verduidelijking behoeven.

3.1 Reële functie

Zoals hierboven besproken is er voor de beoordeling van de vraag of de coöperatie een “reële functie” heeft geen eenduidige objectieve maatstaf voorhanden. Ook de parlementaire geschiedenis of jurisprudentie geven weinig *guidance*. Volgens de wetgever dient bij de beoordeling van de aanwezigheid van een reële functie te worden aangesloten bij de door het Hof van Justitie EU gebezigde terminologie dat geen sprake mag zijn van een “volstrekt kunstmatige constructie”. Kennelijk heeft het Hof van Justitie EU misbruikbestrijding slechts als rechtvaardiging aanvaard bij “volstrekt kunstmatige constructies”. Hiervan is pas sprake bij een gebrek aan (economische) substance in Nederland.^[17] Het begrip “reële functie” zelf impliceert echter taaltechnisch een andere uitleg dan een “volstrekt kunstmatige constructie”. Van geval tot geval zal moeten worden getoetst of sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie waarbij naar de economische realiteit moet worden gekeken. In dit kader bespreken wij enkele situaties waarbij in de praktijk onduidelijkheid bestaat.

Zo is het onduidelijk of het voldoen aan de (objectieve) minimumvereisten voor zekerheid vooraf voor financiële dienstverleningslichamen uit het besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M voldoende is om van een reële functie te spreken.^[18] Indien voldaan is aan de voorwaarden van dit besluit is er immers sprake van voldoende aanwezigheid in Nederland om een APA/ATR te verkrijgen. Volgens het Hof van Justitie EU dient dan te worden gekeken of er daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend in de coöperatie.

Wij menen dat een coöperatie al snel reële betekenis toekomt indien deze gekwalificeerd personeel in dienst heeft. Maar ook in het geval waarbij de coöperatie (management) diensten inkoop van een andere entiteit, is naar onze mening sprake van reële betekenis. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een coöperatie als centrale fondsentiteit van een private equity-fonds, dat zijn management inkoop van de private equity-organisatie. Doordat uit jurisprudentie^[19] valt af te leiden dat voor rekening van de coöperatie door derden verrichte werkzaamheden aan de coöperatie toegerekend kunnen worden, vervult de coöperatie in onze optiek om die reden een reële functie.

Een andere situatie die in de praktijk niet ongebruikelijk is, is het vormen van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen een coöperatie als moedermaatschappij en een BV als dochtermaatschappij. Stel nu dat in de BV een actieve onderneming wordt gedreven waarin 100 mensen werkzaam zijn. Kan nu verdedigd worden dat de coöperatie op basis hiervan een reële functie

vervult, omdat de fiscale eenheid als één belastingplichtige wordt aangemerkt? Dit lijkt ons een brug te ver; de fiscale eenheid geldt immers enkel voor de heffing van vennootschapsbelasting.

Naar wij begrijpen brengt ook het door de coöperatie in dienst nemen van het reeds aanwezige personeel van de overgenomen BV volgens het huidige rulingbeleid nog niet met zich dat de coöperatie een reële functie vervult. Dit is anders in het geval waarbij de coöperatie zelf “nieuw” personeel werft. Dit onderscheid is naar onze mening onterecht. Het zou irrelevant moeten zijn of de reële functie wordt ingevuld door personeel dat die functie voorheen in een andere vennootschap uitoefende.

Overigens zijn wij van mening dat een coöperatie ook reële betekenis kan hebben in gevallen waarbij de coöperatie géén personeel op de loonlijst heeft staan. Wij denken hierbij bijvoorbeeld aan de situatie waarin de coöperatie als joint venture-vehikel fungeert waarin de afspraken tussen de investeerders worden vastgelegd. Ook indien de coöperatie fungeert als (actief) investeringsplatform voor bijvoorbeeld alle Europese deelnemingen van een internationaal concern kan er naar onze mening sprake zijn van een reële functie.

Tot slot willen wij opmerken dat de huidige wetsystematiek ertoe kan leiden dat bedrijven substance opbouwen “boven” Nederland, in plaats van in Nederland. Indien een coöperatie namelijk een reële functie heeft waarin een buitenlandse investeerder een aanmerkelijk belang houdt, wil dit niet per definitie zeggen dat deze investeerder buiten de regels voor buitenlandse belastingplicht van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 valt. Voor de buitenlandse belastingplicht is immers een reële functie in het buitenland van belang, terwijl substance op het niveau van de Nederlandse vennootschap minder van belang lijkt te zijn.^[20] Wij zouden dan ook willen bepleiten dat ook bij een reële functie in Nederland geen buitenlandse belastingplicht ontstaat. Bedrijven krijgen dan een incentive om wezenlijke substance in Nederland op te bouwen.

3.2 Derdentransacties

3.2.1 Effectieve claim bij de verkoper

Zoals aangegeven is voor de tweede volzin van belang of er bij de verkoper al dan niet sprake was van een effectieve dividendbelastingclaim over de bestaande winstreserves van de vennootschap.^[21] In dat kader kan men zich in een aantal situaties afvragen of er sprake is van een effectieve claim. Wij onderscheiden vier scenario's:

1. de verkoper kon een beroep doen op de Moederdochterrichtlijn;
2. de verkoper was gerechtigd tot een gereduceerd tarief onder een belastingverdrag;
3. de verkoper had recht op teruggaaf of verrekening van ingehouden dividendbelasting; en
4. de verkoper kon de zogenoemde inkooproute toepassen.

Ad 1 de verkoper kon een beroep doen op de Moeder-dochterrichtlijn

Indien de verkoper de deelnemingsvrijstelling of de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn deelachtig was ten aanzien van het vervreemde belang, kan er geen sprake zijn van het mitigeren van een dividendbelastingclaim. Hierdoor is er geen ontgaansmotief, waardoor de tweede volzin geen toepassing kan vinden.

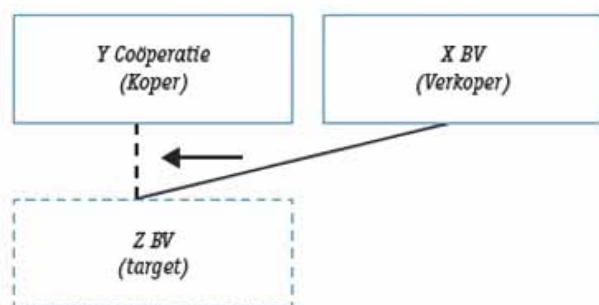
Ad 2 de verkoper was gerechtigd tot een gereduceerd tarief onder een belastingverdrag

Om dezelfde reden is er geen ontgaansmotief indien de verkoper ten aanzien van zijn vervreemde

belang gerechtigd was tot een 0%-tarief op dividenden op grond van een belastingverdrag. Indien een belastingverdrag weliswaar voorziet in een verlaging van het 15%-tarief, doch niet tot 0%, was er in zoverre bij de verkoper sprake van een dividendbelastingclaim. In dat geval komt de vraag op of de coöperatie inhoudingsplichtig wordt voor 15% of voor het lagere verdragstarief. De wet maakt hierin geen onderscheid waardoor de coöperatie (behoudens verdragstoepassing) in beginsel inhoudingsplichtig wordt voor 15%. Er wordt in die situaties meer belasting geheven dan bij de verkoper geheven had kunnen worden.

Ad 3 de verkoper had recht op teruggaaf of verrekening van ingehouden dividendbelasting

Ook in het geval dat de verkoper recht zou hebben gehad op volledige teruggaaf of verrekening van de ingehouden dividendbelasting is er naar onze mening bij de koper geen ontgaansmotief. Ook in die gevallen is er immers geen sprake van een *effectieve* dividendbelastingclaim.^[22] Dergelijke gevallen zouden naar onze mening daarom niet tot inhoudingsplicht voor de coöperatie moeten leiden.



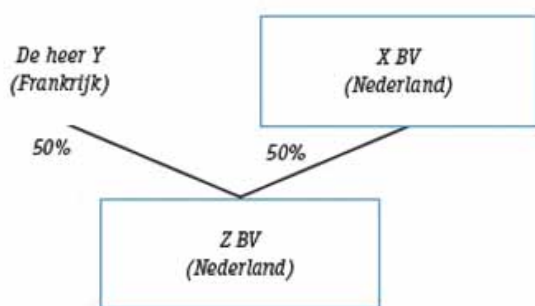
Dit laat zich het best illustreren met een voorbeeld. De lidmaatschapsrechten in Y Coöperatie behoren tot het ondernemingsvermogen van haar leden. Y Coöperatie koopt van de in Nederland gevestigde X BV de aandelen in een Nederlandse vennootschap met zuivere winst, Z BV.

Op basis van de parlementaire toelichting wordt gekeken of er ten aanzien van de verkoper, X BV, sprake was van een effectieve belastingclaim over de winstreserves van Z BV. Indien X BV een belang hield van 5% of meer in Z BV, zijn voordelen afkomstig van Z BV vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. In dat geval is er bij de verkoper dus geen sprake van een effectieve

dividendbelastingclaim. Indien X BV een belang van minder dan 5% hield in Z BV was er over uitkeringen aan X BV weliswaar dividendbelasting verschuldigd geweest, maar kon X BV deze volledig verrekenen met de door X BV verschuldigde vennootschapsbelasting.^[23] Er is dus ongeacht de omvang van het vervreemde belang geen sprake van een effectieve dividendbelastingclaim op het niveau van de verkoper, waardoor de tweede volzin hier niet van toepassing is.

Ad 4 de verkoper kon de zogenoemde inkooproute toepassen

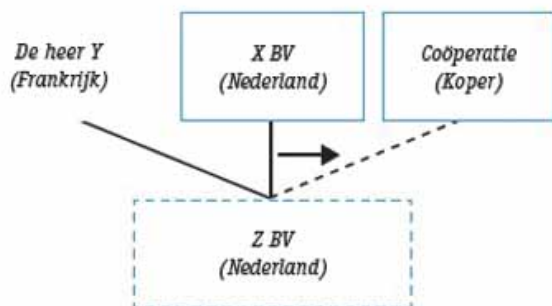
Daarnaast zou betoogd kunnen worden dat indien bij inkoop van aandelen bij de verkoper geen sprake zou zijn van een effectieve dividendbelastingclaim, er na acquisitie van de BV met beclaimde winstreserves door de coöperatie evenmin een inhoudingsplicht voor de coöperatie kan ontstaan. In dat geval kan worden gesteld dat de coöperatie niet is tussengeschoven om dividendbelasting te ontgaan, omdat de dividendbelastingclaim op het niveau van de verkoper door middel van een aandeleninkoop niet geëffectueerd zou worden. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.



De in Nederland gevestigde X BV en de in Frankrijk woonachtige heer Y houden ieder 50% van de aandelen in de in Nederland gevestigde Z BV.

Uitkeringen van Z BV aan X BV zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Op basis van het verdrag met Frankrijk mag Nederland 15% belasting heffen over dividenuitkeringen van Z BV aan de heer Y. Indien Z BV de aandelen in haar eigen kapitaal van de heer Y zou inkopen, wordt een eventuele winst op de aandelen op grond van de Wet IB 2001 gezien als een vervreemdingsvoordeel in de aanmerkelijkbelangsfeer. Op basis van HR 12 december 2003, *BNB* 2004/123, kan worden

geconcludeerd dat het vermogenswinstenartikel als bedoeld in art. 13 van het verdrag dient te worden toegepast. Het verdrag met Frankrijk kwalificeert een voordeel behaald bij de inkoop van aandelen immers niet als dividendinkomen. Aangezien het verdrag het heffingsrecht ter zake van vermogenswinsten volledig aan Frankrijk toewijst, mag Nederland in dit geval geen belasting heffen. Derhalve kan gesteld worden dat er bij X BV en de heer Y in feite geen sprake is van een effectieve dividendbelastingclaim.



X BV en de heer Y wensen hun belangen in Z BV te verkopen aan een coöperatie.

Door de hiervoor omschreven mogelijkheid van de in Nederland onbelaste inkooproute, zou gesteld kunnen worden dat er door de verkoop aan de coöperatie geen dividendbelasting wordt ontgaan, ongeacht de belastingpositie van de leden van de kopende coöperatie. De verkopers, BV X en de heer Y, waren immers voor de verkoop in de positie om zonder Nederlandse dividendbelasting middelen vanuit Z BV te ontvangen.

3.2.2 Toets op het niveau van de koper

Zoals in onderdeel 2.2.1 aangegeven, dient er bij derdentransacties te worden gekeken of er (i) bij de verkoper een dividendbelastingclaim rust op de winstreserves van de vennootschap en (ii) in hoeverre deze claim door het tussenschuiven van een coöperatie ten aanzien van de koper zou worden voorkomen. Met andere woorden, indien is vastgesteld dat er bij de verkoper sprake was van een effectieve dividendbelastingclaim, moet gekeken worden in hoeverre de coöperatie (als koper) deze claim afschudt.

Net als bij de toets op het niveau van de verkoper, geldt naar onze mening ook hier dat indien de achterligger(s) ten aanzien van het tweede-volzin-belang gerechtigd zouden zijn tot de Moederdochterraichtlijn of een 0%- tarief op dividenden op grond van een belastingverdrag, met het tussenschuiven van de coöperatie geen dividendbelasting wordt omzeild. Of de toepassing van het 0%-tarief wordt vormgegeven door een vrijstelling aan de bron of een teruggaaf van ingehouden dividendbelasting zou naar onze mening geen verschil mogen maken, aangezien een timingverschil geen misbruik oplevert.

Eveneens wordt er met het tussenschuiven van een coöperatie ten aanzien van de koper geen dividendbelasting ontgaan indien bij een rechtstreekse investering in de beclaimde BV door de leden recht zou bestaan op teruggaaf of verrekening van de ingehouden dividendbelasting. In dit kader zijn ook de uitlatingen van de staatssecretaris in het kader van vrijgestelde pensioenfondsen relevant:

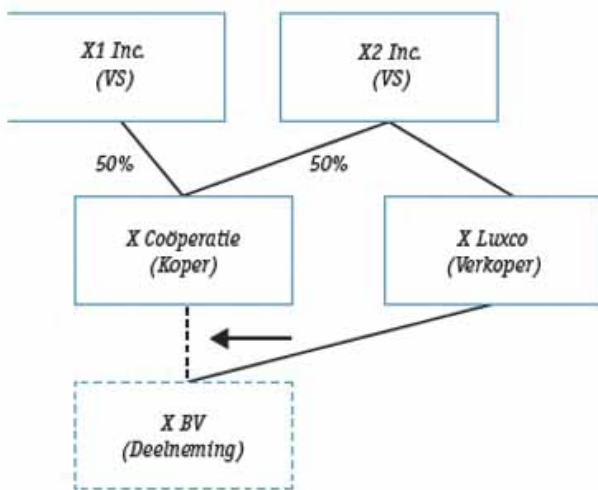
“Indien recht bestaat op teruggaaf van ingehouden dividendbelasting op grond van artikel 10 van de Wet DB 1965 zal met dit gegeven rekening worden gehouden bij de ontgaanstoets. Onder omstandigheden zal dan in zoverre van het ontgaan van dividendbelasting geen sprake zijn.”^[24]

Deze uitlatingen ondersteunen ons standpunt dat indien bij een rechtstreekse deelname in de coöperatie recht zou hebben bestaan op een teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting, er geen ontgaansmotief voor de dividendbelasting is, ongeacht of er op het niveau van de verkoper sprake was van een dividendbelastingclaim ten aanzien van de winstreserves van de vennootschap. Hetzelfde zou in onze optiek moeten gelden voor verrekening, omdat ook in dat geval de dividendbelasting niet daadwerkelijk als eindheffing drukt.

3.3 Interne transacties

In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de tweede volzin bij interne verhangingen ook ziet op gevallen waarin na verhangen de dividenden van de Nederlandse vennootschap worden uitgekeerd aan entiteiten ter zake waarvan zonder tussenschuiven van de coöperatie dividendbelasting geheven zou kunnen worden. Uit uitlatingen van de staatssecretaris valt af te leiden dat de afwezigheid van een bestaande dividendbelastingclaim bij interne transacties niet of minder relevant is.^[25] In onze optiek gaat dit voorbij aan het doel van de wettelijke bepaling, namelijk het voorkomen dat door het tussenschuiven van een coöperatie een bestaande belastingclaim wordt verijdeld. Dit laat zich illustreren met het volgende voorbeeld.

In het kader van een herstructurering wenst een operationele Amerikaanse multinational, de X groep, haar Nederlandse belangen — waaronder X BV — te bundelen met een coöperatie als Nederlandse (tussen)houdster.^[26] De zuivere winst van X BV bedraagt € 10 miljoen. X Luxco, gevestigd in Luxemburg, houdt 100% van de aandelen in X BV. Voorgesteld wordt om de aandelen in X BV over te dragen aan de coöperatie, die wordt gehouden door twee andere entiteiten van de X groep, de in de Verenigde Staten gevestigde X1 Inc. en X2 Inc. Het lidmaatschapsrecht van X1 Inc. en X2 Inc. in de coöperatie behoort tot hun ondernemingsvermogen.



Verondersteld wordt dat de coöperatie in dit voorbeeld geen reële functie vervult.^[27] Voor de verhänging zijn dividenduitkeringen van X BV aan X Luxco op grond van de Moeder-dochterrichtlijn vrijgesteld van dividendbelasting. Hoewel X BV over € 10 miljoen zuivere winst beschikt, is er ten aanzien van X Luxco dus geen effectieve dividendbelastingclaim.

Op basis van de letterlijke wettekst kan gesteld worden dat in dit voorbeeld de tweede volzin niet van toepassing is. Er wordt namelijk geen bestaande dividendbelastingclaim afgeschud. Hooguit zou gesteld kunnen worden dat een nog niet bestaande dividendbelastingclaim op eventuele toekomstige winsten van X BV wordt gemitigeerd.^[28] Overigens zouden de uitkeringen door X BV met betrekking tot haar toekomstige winsten ook zonder verhänging niet belast zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis kan echter worden afgeleid dat de wetgever bij interne transacties de interpretatie conform de wegdenkgedachte voorstaat, ongeacht of er sprake was van een latente dividendbelastingclaim.^[29] De (te) ruime formulering van de tweede volzin geeft hiertoe de ruimte.

Op basis van de wegdenkgedachte zouden X1 Inc. en X2 Inc. bij een rechtstreeks belang in X BV in beginsel onderworpen zijn aan dividendbelasting.^[30] Door deze interpretatie van de tweede volzin zal over de eerste € 10 miljoen, voor zover afkomstig van X BV, dividendbelasting moeten worden ingehouden. Deze uitwerking gaat naar onze mening het doel van de antimisbruikbepaling voorbij. Immers, zonder (of vóór) verhänging zou er geen dividendbelasting verschuldigd zijn. Nu lijkt er een claim in het leven geroepen te worden op dividenden waarop geen claim bestond. Er wordt geen dividendbelastingclaim *verijdel*d, maar er wordt juist een dividendbelastingclaim *gecreë*erd.^[31]

Veronderstel nu dezelfde feiten als hiervoor, met als enige wijziging dat X Luxco en X BV niet tot de X groep behoren, waardoor er sprake is van een derdentransactie. In dat geval is de analyse dat op het niveau van X Luxco (verkoper) op het moment van vervreemding geen sprake is van een effectieve belastingplicht over de winstreserves van X BV, waardoor een ontgaansmotief ontbreekt. De tweede volzin kan in dit laatste voorbeeld, een derdentransactie, dus geen toepassing vinden. Naar onze mening is dit een niet te rechtvaardigen verschil.

3.4 De tweede volzin: effectieve heffing bij de leden

Hierna veronderstellen wij dat de tweede volzin toepassing vindt en dat de coöperatie op basis daarvan dividendbelasting in moet houden op uitkeringen aan haar leden.

Door de gelijkstelling van de coöperatie met een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal expliciet uit te sluiten voor de toepassing van art. 4 lid 1 en 2 Wet DB 1965, wordt bewerkstelligd dat in voorkomende gevallen de inhoudingsvrijstelling niet kan worden toegepast ter zake van uitkeringen van de coöperatie aan de leden waarvoor de coöperatie inhoudingsplichtig is. In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat het in dat kader ook past om in die situaties bij de leden de ingehouden dividendbelasting uit te zonderen als verrekenbare voorheffing in de Wet VPB 1969, tenzij het dividend bij het desbetreffende lid deel uitmaakt van zijn Nederlandse inkomen.

Op grond van art. 25 lid 1 Wet VPB 1969 is de ter zake van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 geheven dividendbelasting slechts verrekenbaar voor zover de met die dividendbelasting verband houdende opbrengst deel uitmaakt van het Nederlandse inkomen als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet VPB 1969. Onder “Nederlands inkomen” — waarbij wij ons beperken tot onderdeel b van voormelde bepaling — wordt voor de buitenlandse belastingplicht kortweg verstaan het gezamenlijke bedrag van (i) de belastbare winst uit een door middel van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland gedreven onderneming en (ii) het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang indien er een IB- of DB-ontgaansmotief is en dit aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming.

De hoofdregel is dat dividendbelasting die met toepassing van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 is geheven is uitgezonderd als verrekenbare voorheffing. Er wordt alleen een uitzondering gemaakt voor buitenlands belastingplichtigen voor zover de opbrengst afkomstig uit het lidmaatschapsrecht tot het Nederlandse inkomen behoort. Binnenlands belastingplichtigen kunnen dus geen aanspraak maken op verrekening van krachtens art. 1 lid 7 Wet DB 1965 geheven dividendbelasting. Dit valt naar onze mening alleen te verklaren vanuit de gedachte dat art. 1 lid 7 Wet DB 1965 ten aanzien van binnenlands (vennootschaps)belastingplichtige leden niet van toepassing kan zijn. Zoals wij eerder beschreven, is er bij binnenlands belastingplichtige leden in onze optiek per definitie geen ontgaansmotief aanwezig. Immers, indien de binnenlands belastingplichtige leden rechtstreeks een belang in de BV zouden houden (de wegdenkgedachte), zouden zij ofwel de deelnemingsvrijstelling deelachtig zijn ofwel recht hebben op verrekening van de ingehouden dividendbelasting.

Buitenlandse leden hebben alleen recht op verrekening van de op voet van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 geheven dividendbelasting voor zover het lidmaatschapsrecht tot een aanmerkelijk belang behoort in de zin van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 of indien het belang toerekenbaar is aan een vaste inrichting in Nederland.

De verrekening in het geval van een aanmerkelijk belang ziet alleen op eerste-volzin-situaties, omdat bij tweede-volzin-situaties het lidmaatschapsrecht altijd tot het ondernemingsvermogen van het lid wordt

gerekend (en er dus geen sprake is van een aanmerkelijk belang in de zin van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969). Hierdoor maakt de opbrengst uit het lidmaatschapsrecht geen onderdeel uit van het Nederlands inkomen van dat lid. Er zal dus geen recht op verrekening van de dividendbelasting bestaan, als gevolg waarvan de dividendbelasting effectief zal drukken.

Indien een lid in een tweede-volzin-situatie via een vaste inrichting in Nederland een onderneming drijft in Nederland waaraan het lidmaatschapsrecht in de coöperatie toerekenbaar is, kan er, net zoals dat met binnenlands belastingplichtigen het geval is, in onze optiek geen sprake zijn van een ontgaansmotief zoals bedoeld in de tweede volzin van art. 1 lid 7 Wet DB 1965. Immers, indien de coöperatie wordt weggedacht houdt de vaste inrichting hetzij een kwalificerende deelneming in de Nederlandse BV waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, hetzij een belang van minder dan 5% ter zake waarvan de ingehouden dividendbelasting verrekend kan worden met de door de vaste inrichting verschuldigde vennootschapsbelasting. In beide gevallen is er geen sprake van een ontgaan van dividendbelasting.

3.5 Enige overige opmerkingen

Als geconstateerd is dat een coöperatie inhoudingsplichtig is, kan de coöperatie — zoals wij hierboven beschreven — geen beroep doen op de inhoudingsvrijstellingen van art. 4 lid 1 en 2 Wet DB 1965. Dat dit onevenwichtig kan uitpakken, wordt verduidelijkt door middel van het volgende voorbeeld.

Stel dat twee in de EU gevestigde leden elk een 50%-belang in een coöperatie houden, die op haar beurt een 5%-belang in een Nederlandse BV met beclaimde winstreserves houdt. Indien dezelfde EU-partijen hun belang in de BV — doorgerekend 2,5% — direct zouden houden (de wegdenkgedachte), zouden uitkeringen onderworpen zijn aan dividendbelasting. Indien de coöperatie echter zou worden vervangen door een BV (de vervanggedachte), zou er geen dividendbelasting verschuldigd zijn geweest op grond van de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965.^[32] In het geschetste voorbeeld zijn partijen dus beter af met een BV. Wat ons betreft, ten onrechte.

Daarnaast lijkt het wettelijke systeem tot gevolg te hebben dat, indien art. 1 lid 7 Wet DB 1965 toepassing vindt, niet alleen (beclaimde) winstuitkeringen onderworpen zijn aan dividendbelasting, maar ook een eventuele terugbetaling van door de leden gestort ledenkapitaal. Naar onze mening is deze overkill ongerechtvaardigd, aangezien er ten aanzien van de kapitaalstorting geen ontgaansmotief is. Immers, indien men voor bijvoorbeeld een BV (de vervanggedachte) had gekozen, zou gestort kapitaal zonder dividendbelasting kunnen worden terugbetaald.^[33] Wij zouden ons echter kunnen voorstellen dat indien er op basis van de vervanggedachte geen dividendbelasting verschuldigd zou zijn geweest, eerder een reële functie van de coöperatie wordt aangenomen.

4 Conclusies

Hieronder zetten onze belangrijkste conclusies op een rij.

- Indien een tussengeschoven coöperatie een reële functie heeft, is de antimisbruikbepaling niet van toepassing. Hierbij is van belang of sprake is van een “volstrekt kunstmatige constructie”. Dit is niet het geval indien de coöperatie voldoende economische substance heeft, hetgeen getoetst dient te worden aan de hand van objectieve en door derden controleerbare elementen. Waar de grens van het hebben van reële betekenis precies ligt, is onduidelijk. Het zou de

praktijk ten goede komen indien hier meer duidelijkheid over wordt verschaft. Wij zouden ervoor willen pleiten dat in situaties waarin kan worden aangetoond dat het gebruik van een coöperatie, meer dan bijkomstig, een ander doel dient dan het ontgaan van dividendbelasting, sprake is van een reële functie.

- Ten aanzien van derdentransacties is in het kader van de tweede volzin in de parlementaire geschiedenis bevestigd dat er geen ontgaansmotief aanwezig is indien er bij de verkoper van het belang geen sprake was van een effectieve dividendbelastingclaim. Hierbij komt de vraag op wanneer er een effectieve dividendbelastingclaim aanwezig is. In onze optiek is er pas sprake van een effectieve claim indien de dividendbelasting (als eindheffing) daadwerkelijk drukt op uitkeringen van de BV aan de verkoper. Indien er bijvoorbeeld sprake is van een vrijstelling op grond van een belastingverdrag of er recht bestaat op volledige teruggaaf of verrekening van de ingehouden dividendbelasting, is er naar onze mening geen sprake van een effectieve dividendbelastingclaim. Voorts komt de vraag op waarom deze uitzondering niet ook zou moeten gelden voor de eerste volzin, dus in de situatie dat er geen beclaimde buitenlandse winstreserves aanwezig zijn.
- Bij interne reorganisaties of verhangingen lijkt de aanwezigheid van een dividendbelastingclaim niet of minder relevant. Deze benadering is in onze visie onjuist, aangezien er in een dergelijk geval geen sprake is van misbruik. Er wordt immers geen bestaande dividendbelastingclaim vrijdeld. Eventueel nog te generen winstreserves van een BV zouden weliswaar zonder dividendbelasting uitgekeerd kunnen worden, maar dit zou ook het geval zijn geweest indien het belang in de BV niet was verhangen. In zoverre wordt er dus geen claim omzeild.
- Wij bespraken dat art. 25 Wet VPB 1969 erin voorziet dat de dividendbelasting die op voet van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 is geheven in beginsel is uitgezonderd als verrekenbare voorheffing. Enige uitzondering is als de met de dividendbelasting verband houdende opbrengst deel uit maakt van het Nederlands inkomen als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet VPB 1969 (buitenlandse belastingplicht). Een letterlijke lezing van dit artikel heeft tot gevolg dat Nederlandse leden de op grond van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 geheven dividendbelasting niet kunnen verrekenen. Er is dan immers geen sprake van Nederlands inkomen in de zin van art. 17 lid 3 Wet VPB 1969, hetgeen een vereiste is voor verrekening. Naar onze mening bevestigt dit de gedachte dat binnenlands belastingplichtige leden in een coöperatie nooit een ontgaansmotief kunnen hebben voor toepassing van de tweede volzin.
- In de praktijk zijn er situaties denkbaar dat leden van een inhoudingsplichtige coöperatie beter af zouden zijn geweest indien geopteerd was voor een, eveneens inhoudingsplichtige, BV. Dat is bijvoorbeeld het geval indien geopteerd zou kunnen worden voor de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965, die expliciet is uitgesloten voor uitkeringen door inhoudingsplichtige coöperaties, of indien de mogelijkheid bestaat tot onbelaste terugbetaling van nominaal aandelenkapitaal. Hoewel bij de beoordeling of er sprake is van een ontgaansmotief de vergelijking met de situatie dat de coöperatie een BV zou zijn geweest niet gemaakt mag worden, de coöperatie moet immers weggedacht worden en niet vervangen, zouden wij ons kunnen voorstellen dat de coöperatie in die gevallen eerder een reële functie vervult.

Het voorgaande illustreert dat er nog een aantal onduidelijkheden is waarbij de praktijk gebaat is met een nadere toelichting van de wetgever. Alhoewel het uitgangspunt volgens de wetgever onveranderd is gebleven: een coöperatie is niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, lijkt het nu soms wel of de belastingdienst het standpunt inneemt dat het uitgangspunt is dat de coöperatie wel inhoudingsplichtig is. En dat kan toch niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever.

Voetnoten

[1]

Auteurs zijn beide zijn als fiscalist werkzaam bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

[2]

Bij Wet van 22 december 2011 houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639.

[3]

Behalve indien de coöperatie wordt beschouwd als een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld als bedoeld in art. 1 lid 1 Wet DB 1965. Op grond van jurisprudentie, met name HR 24 november 1976, nr. 17 998, *BNB* 1978/13, is dit in principe het geval indien (i) het vennootschappelijk kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige aandelen en (ii) voor de vervreemding niet de toestemming van alle leden is vereist.

[4]

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 31.

[5]

HR 28 juni 1978, nr. 18 937, *BNB* 1978/256.

[6]

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 29-32.

[7]

[Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10](#), p. 29-32.

[8]

Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D, p. 13 en nr. G, p. 2.

[9]

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 29-32.

[10]

De staatssecretaris verwijst naar HvJ EG 16 juli 1998, nr. C-264/96 (ICI), *BNB* 1998/420 en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196-04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54.

[11]

Wij verwijzen hierbij naar de bijdrage van Monteiro en Van Gool, 'Misbruik van coöperaties; het is duidelijk dat het niet duidelijk is', *NtFR* 2013/26.

[12]

Zie de brief van 30 augustus 2013 inzake de kabinetsreactie op het SEO-rapport Overige Financiële Instellingen en het IBFD-rapport Ontwikkelingslanden en het per 1 januari 2014 aangepaste Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (*Stb.* 2013, 569).

[13]

Zie voetnoot 12.

[14]

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 78.

[15]

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 111-112.

[16]

Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D, p. 14.

[17]

Zie in dit kader ook de noot van P.J. Wattel bij HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196-04, *BNB* 2007/54.

[18]

Of de vereisten als bedoeld in het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen (*Stb.* 2013, 569).

[19]

Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, *BNB* 2011/244.

[20]

Zie hierover o.a. Schutz, 'Het aanmerkelijk belangregime in de vennootschapsbelasting en het Nederlandse vestigingsklimaat voor hoofdkantoren', *WFR* 2013/80 en de aanbeveling van Zoetmulder en De Klijn in 'De main purpose-test in Nederlandse verdragen en buitenlands AB: een aanbeveling', *NtFR* 2013/20.

[21]

Overigens zou gesteld kunnen worden dat deze toets ook aangelegd zou moeten worden bij eerste volzin situaties, waarbij in dat geval gekeken zou worden of er beclaimde buitenlandse winstreserves aanwezig zijn.

[22]

Kamerstukken I 2011/2012, 33 003, nr. D, p. 13 en nr. G, p. 2.

[23]

Indien de verkoper een binnenlandsbelastingplichtige natuurlijk persoon zou zijn, zou de dividendbelasting ook worden verrekend met de verschuldigde inkomstenbelasting of worden teruggegeven.

[24]

[Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10](#), p. 95-96.

[25]

Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D, p. 13.

[26]

Hierbij komt overigens wel de vraag op of er in dit voorbeeld wel sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, aangezien het hoofddoel — herstructureren — volledig om commerciële redenen plaatsvindt. Op basis van een grammaticale interpretatie van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 kan worden verdedigd dat een eventueel fiscaal voordeel niet een van de voornaamste doelen is.

[27]

Gesteld zou kunnen worden dat nu de coöperatie als houdster van de Nederlandse entiteiten van een multinational gaat fungeren, zij een reële betekenis heeft.

[28]

Vergelijk de analyse bij derdentransacties, waarbij het niet relevant of er dividendbelasting over toekomstige winsten van de BV wordt ontgaan.

[29]

Zie hierover [Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D](#), p.13, waarin de staatssecretaris het volgende opmerkt: "Bij interne transacties ziet de maatregel bijvoorbeeld ook op gevallen waarin na een structuurwijziging de dividenden van de Nederlandse bv worden uitgekeerd aan lichamen ter zake waarvan zonder het tussenschuiven van de coöperatie dividendbelasting zou kunnen worden geheven."

[30]

De leden van de coöperatie zijn overigens niet gerechtigd tot een volledige vrijstelling van Nederlandse dividendbelasting onder het verdrag Nederland-VS. Anders zou er naar onze mening überhaupt geen ontgaansmotief zijn.

[31]

Nu er een claim in het leven lijkt te worden geroepen zou je kunnen zeggen dat er blijkbaar andere dan fiscale motieven aanwezig zijn, waardoor de coöperatie een reële functie vervult en om die reden geen dividendbelasting verschuldigd is.

[32]

Dezelfde onevenwichtigheid kan zich overigens ook bij eerste- volzin-situaties voordoen.

[33]

In [Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10](#), p. 95 is bevestigd dat de bepalingen die op nominale waarde zien, zoals art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965, niet van toepassing zijn op een coöperatie omdat lidmaatschapsrechten in een coöperatie geen nominale waarde kennen.