



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**EU-rechtelijke aspecten van de Wet inhoudingsplicht
houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling**
Vleggeert, J.

Citation

Vleggeert, J. (2018). EU-rechtelijke aspecten van de Wet inhoudingsplicht
houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. *Tijdschrift Fiscaal
Ondernemingsrecht*, 2018(156), 47-53. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/70363>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/70363>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EU-Rechtelijke aspecten van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling

Mr. dr. J. Vleggeert, datum 07-05-2018

Datum

07-05-2018

Auteur

Mr. dr. J. Vleggeert^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Belastingrecht algemeen (V)

1. Inleiding

NV's en BV's zijn in beginsel inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting maar coöperaties waren voor 2018 uitgezonderd van de inhoudingsplicht. Dat was slechts anders in bepaalde misbruiksituaties die werden omschreven in het oude art. 1 lid 7 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: 'Wet DB 1965'). Als gevolg hiervan werden coöperaties steeds vaker in internationale structuren gebruikt om de dividendbelasting te omzeilen. Met de op 1 januari 2018 in werking getreden Wet inhoudingsplicht coöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling (hierna: 'de wet') wil het kabinet dit onbedoelde gebruik van de coöperatie tegengaan. Daarbij geldt als randvoorwaarde dat het reële coöperatieve bedrijfsleven niet door de wet geraakt mag worden.^[2] Om die reden introduceert de wet alleen een inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties. De herbezinning over het gebruik van de coöperatie is verder aanleiding geweest om de reikwijdte van de inhoudingsvrijstelling te bezien. Op grond van art. 4 lid 1 Wet DB 1965 mag in nationale verhoudingen inhouding van dividendbelasting namelijk achterwege blijven in deelnemingsrelaties waarbinnen dividenden bij de ontvanger onder de deelnemingsvrijstelling of de deelnemingsverrekening in de vennootschapsbelasting vallen. Op grond van art. 4 lid 2 Wet DB 1965 gold de inhoudingsvrijstelling tot 2018 ook voor situaties binnen de Europese Unie (hierna: 'EU') en de Europese economische ruimte (hierna: 'EER'). De wet breidt de inhoudingsvrijstelling uit richting derde landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in een dividendbepaling. Het kabinet is namelijk van mening dat fiscale belemmeringen binnen een ondernemingsstructuur zoveel mogelijk voorkomen dienen te worden.^[3] Deze uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling gaat gepaard met een wijziging van de antimisbruikregeling die is opgenomen in het derde lid van art. 4 Wet DB 1965.^[4]

In het regeerakkoord^[5] is voorgesteld om de dividendbelasting af te schaffen met ingang van 2020 in combinatie met de introductie van een bronheffing op dividenden, die zal worden geheven in relatie tot low tax jurisdictions en in misbruiksituaties.^[6] Het kabinet is echter van mening dat dit voornemen niet de noodzaak wegnam reeds eerder een einde te maken aan de ongelijke behandeling tussen kapitaalvennootschappen, zoals de NV en de BV, en de coöperatie. Behalve om budgettaire redenen^[7] was de invoering van de wet per 1 januari 2018 namelijk nodig om staatssteunrisico's zoveel mogelijk te beperken. In de woorden van de staatssecretaris: "Dan baseer ik me vooral op de mededeling van de Europese Commissie uit 2016 over het begrip 'staatssteun' en de opmerkingen hierin over de coöperatieve vennootschap. Daarom is het belangrijk dat we proactief handelen om de staatssteunrisico's op dit punt zo veel mogelijk te beperken. De meer gelijke behandeling moet daarom ook zo snel mogelijk worden ingevoerd. Wij zijn daar in 2016 op aangesproken en dit is het moment dat we daar invulling aan geven."^[8] Overigens wijst het kabinet erop dat de bronheffing op dividenden die zal worden geheven in relatie tot low tax jurisdictions en in misbruiksituaties ook zal voorzien in een inhoudingsplicht voor coöperaties. De wet kan op onderdelen als basis dienen voor het in te dienen wetsvoorstel over de nieuwe bronheffing.^[9]

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de inhoudingsplicht van de houdstercoöperatie (par. 2) en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling richting derde landen waarmee Nederland een belastingverdrag met een regeling voor dividenden heeft gesloten (par. 3). In dat kader zal worden verkend of de wet EU-rechtelijk door de beugel kan. Verkend, want de grenzen die aan de omvang van dit artikel zijn gesteld, laten een uitvoerige analyse niet toe. Ik ga niet in op de nieuwe antimisbruikbepaling: deze regeling zal in een komend nummer door een andere auteur worden besproken. Ik sluit af met een conclusie.

2. Inhoudingsplicht houdstercoöperatie

2.1. Reikwijdte inhoudingsplicht houdstercoöperatie

In art. 1 lid 2 Wet DB 1965 worden kwalificerende lidmaatschapsrechten in in Nederland gevestigde houdstercoöperaties gelijkgesteld met aandelen in vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. De uitdrukkingen 'kwalificerend lidmaatschapsrecht' en 'houdstercoöperatie' worden gedefinieerd in het lid 7 en 8 van art. 1 Wet DB 1965. Om ervoor te zorgen dat het reële coöperatieve bedrijfsleven zo veel mogelijk buiten de inhoudingsplicht blijft,^[10] wordt een houdstercoöperatie gedefinieerd als een coöperatie waarvan de feitelijke werkzaamheid hoofdzakelijk bestaat uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van met haar verbonden lichamen of natuurlijke personen. De term 'hoofdzakelijk' komt neer op een grens van 70%. Bij de toets of sprake is van een houdstercoöperatie wordt gekeken of de feitelijke werkzaamheid in het aan de dividenduitkering voorafgaande jaar doorgaans aan de grens van 70% voldoet. Daarnaast wordt met het reële coöperatieve bedrijfsleven rekening gehouden doordat de houdstercoöperatie alleen inhoudingsplichtig wordt voor zover sprake is van kwalificerende lidmaatschapsrechten.^[11] Van een kwalificerend lidmaatschapsrecht is sprake indien het lidmaatschapsrecht betrekking heeft op ten minste 5% van de jaarwinst van een coöperatie dan wel op ten minste 5% van hetgeen bij liquidatie van de coöperatie wordt uitgekeerd.^[12] Daarbij worden de lidmaatschapsrechten van een lid en de met dat lid verbonden natuurlijke personen en verbonden lichamen gezamenlijk in aanmerking genomen.^[13] Van de 10.000 actieve coöperaties die Nederland telt, vallen naar verwachting bijna 2000 coöperaties onder de inhoudingsplicht.^[14] Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de invulling van de uitdrukkingen 'houdstercoöperatie' (par. 2.2) en 'kwalificerend lidmaatschapsrecht' (par. 2.3). In par. 2.4 verken ik de staatssteunrisico's die aan het nieuwe regime zijn verbonden.

2.2. Afbakening van de uitdrukking 'houdstercoöperatie'

Er is pas sprake van een houdstercoöperatie wanneer de feitelijke werkzaamheid van de coöperatie voor meer dan 70% bestaat uit het houden van deelnemingen of het financieren van verbonden personen. In eerste aanleg wordt aan de hand van het balanstotaal bekeken of aan de grens van 70% wordt voldaan. Maar ook andere factoren kunnen bij het toetsen aan die grens een rol spelen, zoals soorten van activa en passiva op de balans, omzet, activiteiten waaruit de winst afkomstig is en de tijdsbesteding van werknemers: "Zo zal een tophoudster die voor meer dan 70% aan deelnemingen op haar balans houdt, maar deze deelnemingen actief houdt, personeel in dienst heeft en overige hoofdkantoorfuncties uitoefent, niet als houdstercoöperatie in de zin van genoemd achtste lid worden aangemerkt. Ook is het onder omstandigheden voorstelbaar dat een coöperatie die gebruikt wordt in een private-equitystructuur waarbij het balanstotaal voor meer dan 70% bestaat uit deelnemingen, toch niet als houdstercoöperatie wordt aangemerkt op basis van de overige factoren, zoals werknemers, kantoorruimte en actieve betrokkenheid bij de onderneming van de deelnemingen." ^[15] Het kabinet maakt derhalve onderscheid tussen een passieve houdstercoöperatie enerzijds en een coöperatie die niet uitsluitend als houdstercoöperatie functioneert, maar ook nog andere functies uitoefent zoals hoofdkantoorfuncties of andere bedrijfsmatige activiteiten anderzijds: "Deze functies worden weerspiegeld in een bijbehorende substance in Nederland, waardoor de coöperatie een reële economische betekenis heeft." ^[16] Met de wet wil het kabinet alleen de passieve houdstercoöperatie treffen. Vanuit de doelstelling van de wet om kapitaalvennootschappen en coöperaties voor de dividendbelasting meer gelijk te behandelen, lijkt het onderscheid tussen passieve en actieve houdstercoöperaties mij niet relevant. Kapitaalvennootschappen die als houdstermaatschappij fungeren en voldoende substance hebben dan wel andere functies uitoefenen, zijn immers wel inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. In het licht van de doelstelling van de wet is het daarom niet verklaarbaar dat vergelijkbare houdstercoöperaties niet inhoudingsplichtig zijn.

2.3. Invulling van de uitdrukking 'kwalificerend lidmaatschapsrecht'

Slechts voor zover leden een belang van ten minste 5% in een houdstercoöperatie hebben, is sprake van inhoudingsplicht voor de coöperatie ter zake van uitkeringen aan die leden. Dat maakt nieuwsgierig naar de achtergrond van de 5% grens. De staatssecretaris merkt daar het volgende over op: "Die drempel van 5% is wenselijk om coöperaties met een groot ledenaantal en die mogelijk onder de definitie van houdstercoöperatie zouden kunnen vallen, op voorhand van de inhoudingsplicht uit te sluiten. De in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen uitbreiding van de inhoudingsplicht is namelijk niet bedoeld voor dergelijke coöperaties." ^[17] De vraag waarom dan niet beantwoordt de staatssecretaris door erop te wijzen dat een coöperatie het coöperatieve bedrijf ook geheel of gedeeltelijk door bijvoorbeeld een dochtermaatschappij mag laten uitoefenen. De coöperatie zelf valt dan niet meer samen met de coöperatieve onderneming: "Nederland kent grote houdstercoöperaties met zeer veel leden in onder andere de verzekeringsbranche, de bancaire sector en de landbouwsector. Dit zijn coöperaties waarvan de onderneming kan zijn 'uitgezaakt' in een dochtermaatschappij. Hierdoor kan de feitelijke werkzaamheid van deze coöperatie hoofdzakelijk bestaan uit het houden van deelnemingen. Voor dergelijke coöperaties brengt een inhoudingsplicht voor de dividendbelasting veel administratieve lasten met zich, terwijl de in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen uitbreiding van de inhoudingsplicht niet is bedoeld voor deze coöperaties." ^[18] Dat moge zo zijn, maar in het licht van de doelstelling van de wet om kapitaalvennootschappen en coöperaties voor de dividendbelasting meer gelijk te behandelen, is de uitleg van de staatssecretaris niet bevredigend. Die doelstelling kan de

voordeligere behandeling van grote houdstercoöperaties met een groot aantal relatief kleine leden ten opzichte van kapitaalvennootschappen die als tophoudstermaatschappij fungeren naar mijn mening niet rechtvaardigen.^[19]

2.4. Verkenning van de staatssteunrisico's

Tijdens de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema 'staatssteun en fiscaliteit', gehouden op 27 september 2017, is aan G.J. Koopman, plaatsvervangend directeur-generaal van het DG Mededinging van de Europese Commissie, de vraag voorgelegd of hij een voorbeeld kon geven van situaties waarin de afwezigheid van inhoudingsplicht voor de dividendbelasting bij een coöperatie staatssteun op zou leveren. Het zou daarbij moeten gaan om gevallen in het grijze gebied tussen de houdstercoöperatie en een reële coöperatie. Koopman antwoordde daarop dat de voorgestelde wetgeving is voorgelegd aan de Europese Commissie en dat hij niet direct voorbeelden kon noemen in het grijze gebied.^[20] Dat is opmerkelijk want de 'Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van art. 107 lid 1 VWEU' (hierna: '2016 mededeling over staatssteun') ^[21] legt andere maatstaven aan om coöperaties te onderscheiden van kapitaalvennootschappen dan de wet: "Met name gelden voor hen specifieke lidmaatschapsregels en hun activiteiten strekken tot wederzijds voordeel van hun leden, niet het belang van externe investeerders. Bovendien kunnen reserves en activa niet worden uitgekeerd en moeten deze voor het gemeenschappelijke belang van de leden worden ingezet. Ten slotte hebben coöperaties doorgaans beperkte toegang tot kapitaalmarkten en genereren zij lage winstmarges." ^[22] Gelet op deze kenmerken zijn coöperaties volgens de mededeling niet vergelijkbaar met commerciële vennootschappen: "voor zover:

- â•f zij in het economische belang van hun leden optreden;
- â•f zij met hun leden niet een zuiver commerciële maar een bijzondere persoonlijke relatie onderhouden;
- â•f de leden actief betrokken zijn bij het beheer van de activiteiten; en
- â•f zij recht hebben op een billijk aandeel in de economische resultaten." ^[23]

Ter onderbouwing van deze criteria verwijst de mededeling naar HvJ EU 8 september 2011, C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*). In dit arrest wijst het Hof er onder andere op dat coöperaties 'niet ten voordele van externe investeerders worden bestuurd'. ^[24] Verder is volgens het Hof: 'de winstmarge van deze specifieke soort van vennootschap aanzienlijk kleiner dan die van kapitaalvennootschappen'. ^[25] Volgens de staatssecretaris heeft de Europese Commissie met de bovengenoemde kenmerken van coöperaties willen aangeven op basis waarvan zij zich onderscheiden van commerciële vennootschappen: "Het kabinet heeft met de gekozen definitie van houdstercoöperatie in combinatie met de definitie van kwalificerende lidmaatschapsrechten tot doel geen coöperaties te raken die voldoen aan de door de EC genoemde criteria." ^[26] Het is mij niet duidelijk waarom de Nederlandse wetgever meent dat alleen de in de Wet DB 1965 omschreven houdstercoöperaties niet aan de bovengenoemde kenmerken voldoen.^[27] Voor zover ook andere coöperaties niet aan deze kenmerken voldoen, is het staatssteunrisico dan ook allerm minst geweken.

Uit de hierboven geciteerde opmerking van Koopman kan niet worden afgeleid dat de Europese Commissie niet uit eigen beweging een onderzoeksprocedure zal openen naar mogelijke staatssteun die is verleend aan (bepaalde) niet-inhoudingsplichtige coöperaties. Bovendien kan iedere belanghebbende een klacht indienen om de Commissie in kennis te stellen van mogelijk onrechtmatige steun op grond van art. 24 lid 2 Verordening 2015/1589/EU van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: 'de procedureverordening'). ^[28] Op grond van art 12 lid 1 Procedureverordening moet de Commissie een klacht zo snel mogelijk onderzoeken. Het is daarom niet ondenkbaar dat de Commissie zal worden gedwongen om te onderzoeken of staatssteun is verleend aan niet-inhoudingsplichtige coöperaties. Indien sprake is van onrechtmatige steun, dient de Commissie ingevolge art. 16 lid 1 Procedureverordening te besluiten dat Nederland alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigten terug te vorderen. Art. 1 letter f Procedureverordening definieert onrechtmatige steun als nieuwe steun die niet is genotificeerd. Ingevolge art. 1 letter c Procedureverordening is nieuwe steun, alle steun, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun, die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun. Bestaande steun omvat op grond van art. 1 letter b onderdeel (i) Procedureverordening onder andere alle steun die voor de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: 'VwEU') in de respectieve lidstaat bestond. Ten aanzien van Nederland moet het dan gaan om steun die voor 1958 al bestond.

Coöperaties waren voor 1958 niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Er is dus in beginsel sprake van bestaande steun. De vraag is vervolgens of de invoering van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties een wijziging in bestaande steun is die op grond van art. 1 letter c Procedureverordening als nieuwe steun kwalificeert. Volgens de tekst van deze bepaling moet niet elke gewijzigde bestaande steun als nieuwe steun worden beschouwd, maar kan enkel de wijziging als zodanig als nieuwe steun worden gekwalificeerd.^[29] De oorspronkelijke regeling wordt slechts in een nieuwe steunregeling omgezet wanneer de wijziging de kern van die regeling raakt. Van een dergelijke substantiële wijziging kan echter geen sprake zijn wanneer het nieuwe element duidelijk los van de oorspronkelijke regeling kan worden beschouwd.^[30] Volgens art. 4 Verordening 794/2004/EG van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van de Procedure verordening^[31] vormt niet elke wijziging van bestaande steun noodzakelijkerwijs nieuwe steun. Blijkens deze bepaling worden aanpassingen van

louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de steunmaatregel niet kunnen beïnvloeden, niet beschouwd als wijzigingen van bestaande steun. Om nieuwe steun te vormen, moet de wijziging van bestaande steun dus substantieel zijn.^[32] De invoering van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties is geen aanpassing van louter formele of administratieve aard maar een substantiële wijziging ten opzichte van het regime dat voor 2018 gold. Bovendien raakt de wet naar mijn mening de kern van de regeling van de inhoudingsplicht voor coöperaties. Waar coöperaties voor 2018 alleen inhoudingsplichtig waren in bepaalde misbruiksituaties, geldt de inhoudingsplicht vanaf 2018 voor houdstercoöperaties. De wetgever heeft hiervoor gekozen omdat hij kapitaalvennootschappen en coöperaties meer gelijk wil behandelen. Dat uitgangspunt verschilt fundamenteel van de anti-misbruikbenadering die voor 2018 werd gehanteerd. Eventuele steun zou daarom als nieuwe steun moeten worden gekwalificeerd. Tegen deze conclusie pleit echter dat de kring van begunstigden door de introductie van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties niet wordt uitgebreid maar juist wordt beperkt. Indien sprake zou zijn van nieuwe steun, wordt het terugvorderingsrisico overigens beperkt in die gevallen waarin de inhoudingsvrijstelling toepassing kan vinden.

3. Uitbreiding inhoudingsvrijstelling

3.1. Reikwijdte uitbreiding inhoudingsvrijstelling

Voor 2018 gold de inhoudingsvrijstelling alleen nationaal en richting staten die tot de EU of de EER behoren. Met ingang van dit jaar is het bereik van deze vrijstelling uitgebreid richting landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden (hierna: 'het verdragsvereiste'). Deze uitbreiding richting derde landen waarmee Nederland kort gezegd een volledig belastingverdrag heeft gesloten, is neergelegd in art. 4 lid 2 letter a onderdeel (i) Wet DB 1965.^[33] De opbrengstgerechtigde dient daarnaast op het tijdstip waarop het dividend ter beschikking wordt gesteld een belang in de inhoudingsplichtige te hebben waarop de deelnemingsvrijstelling of de deelnemingsverrekening van toepassing zou zijn indien hij in Nederland zou zijn gevestigd. Deze voorwaarde voor de vrijstelling gold ook al onder de oude regeling. De antimisbruikbepaling die is neergelegd in art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 is geheel vernieuwd. Op grond van deze bepaling is sprake van misbruik als de aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstercoöperatie worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie (objectieve toets). Een constructie wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Van geldige zakelijke redenen is volgens de staatssecretaris sprake indien: 'deze worden gereflecteerd in de substance van een lichaam dat het belang in het Nederlandse lichaam onmiddellijk houdt'.^[34]

Aan de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling liggen zowel beleidsmatige als juridische overwegingen ten grondslag. Het Nederlandse verdragsbeleid is er op gericht in belastingverdragen een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden overeen te komen. Maar, zo merkt de staatssecretaris op, dit streven wordt door Nederland niet altijd (ten volle) gerealiseerd: "Daarom wordt in het onderhavige wetsvoorstel de inhoudingsvrijstelling uitgebreid richting derde landen."^[35] Bovendien dwingt het EU-recht Nederland tot uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling. Het onderscheid dat voor 2018 werd gemaakt tussen EU/EER-landen en derde landen is namelijk een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VWEU). Ten aanzien van kapitaalvennootschappen mag Nederland deze belemmering volgens de staatssecretaris op grond van de zogenoemde standstillbepaling^[36] echter handhaven omdat deze belemmering al bestond op 31 december 1993. Voor houdstercoöperaties kan Nederland zich echter niet beroepen op de standstillbepaling. Dat betekent dat de inhoudingsvrijstelling voor houdstercoöperaties moet worden uitgebreid richting derde landen. En dat moet volgens de staatssecretaris dan tot gevolg hebben dat deze uitbreiding ook gaat gelden voor kapitaalvennootschappen: "In het licht van het streven om kapitaalvennootschappen en houdstercoöperaties zo veel mogelijk gelijk te behandelen ligt een beperking van de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling tot alleen houdstercoöperaties niet voor de hand. Houdstercoöperaties zouden in dat geval alsnog niet gelijk behandeld worden met kapitaalvennootschappen."^[37] Sterker nog, het niet zetten van deze stap zou volgens de staatssecretaris: "een risico op staatssteun met zich meebrengen. Zonder die stap ontstaat er immers een ongelijke behandeling tussen houdstercoöperaties (wel inhoudingsvrijstelling naar derde landen) en kapitaalvennootschappen (geen inhoudingsvrijstelling naar derde landen)."^[38]

Over de doelstelling van de inhoudingsvrijstelling laat de staatssecretaris geen misverstand bestaan: "Het niet heffen van dividendbelasting in deelnemingsverhoudingen is erop gericht om economisch dubbele belasting over dezelfde winsten binnen een concern te voorkomen."^[39] Het uitgangspunt dat economisch dubbele belasting voorkomen of beperkt moet worden, is internationaal geaccepteerd. In dit kader merkt de staatssecretaris op dat Nederland met vijftien OESO-lidstaten belastingverdragen heeft gesloten waarin een exclusieve woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden is overeengekomen.^[40] Bovendien wordt binnen de EU in deelnemingsverhoudingen geen bronbelasting geheven op dividend op grond van de moeder-dochterrichtlijn.^[41] Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het verdragsvereiste (par. 3.2) en de Europeesrechtelijke aspecten daarvan (par. 3.3).

3.2. Het verdragsvereiste

De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling heeft alleen betrekking op derde landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden want: “[e]en ongelimiteerde doorstroom van vrijgestelde dividenden staat haaks op het gevoerde beleid.” ^[42] In het licht van de initiatieven van de EU en de OESO inzake de bestrijding van belastingontwijking is namelijk een proactieve houding van landen gewenst. Interessant is dat de staatssecretaris er kennelijk van uitgaat dat het onderscheid tussen derde landen waarmee Nederland wel respectievelijk geen volledig belastingverdrag heeft, een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt. Hij merkt namelijk op dat belemmeringen kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op het voorkomen van belastingontwijking. De staatssecretaris heeft hier hoge verwachtingen van: “De ontwikkelingen in de jurisprudentie inzake dwingende redenen van algemeen belang vinden naar hun aard plaats in de context van de internationale ontwikkelingen binnen de OESO en de EU inzake de strijd tegen belastingontwijking. De samenwerking met de OESO wordt ook genoemd in art. 220 VWEU. Ook in het licht van de ontwikkelingen die op dit terrein in de nabije toekomst te verwachten zijn, zoals de totstandkoming van een gezamenlijke zwarte lijst van de EU, is deze voorwaarde voor de inhoudingsvrijstelling gerechtvaardigd door de strijd tegen belastingontwijking.” ^[43] De staatssecretaris wijst er bovendien op dat het verdragsvereiste de belastingdienst in staat stelt om: “de buitenlandse autoriteiten om informatie [te] verzoeken op basis van de regelgeving inzake informatie-uitwisseling om (mede) aan de hand van die informatie zelfstandig de substance-eisen te toetsen.” ^[44] Op basis van deze informatie en de informatie van de inhoudingsplichtige kan de inspecteur vervolgens de toepassing van de inhoudingsvrijstelling beoordelen. Overigens stelt de staatssecretaris met betrekking tot de controle op de toepassing van de inhoudingsvrijstelling dat hiervoor digitalisering van de dividendbelasting noodzakelijk is. Dit is op korte termijn echter niet haalbaar: “Dit betekent dat het niet mogelijk is geautomatiseerde analyses te maken, waardoor het toezicht op de juiste toepassing van de vrijstelling de eerste jaren wordt bemoeilijkt en slechts selectief zal kunnen plaatsvinden.” ^[45]

3.3. De EU-rechtelijke aspecten van het verdragsvereiste

De inhoudingsvrijstelling maakt onderscheid tussen derde landen waarmee een volledig belastingverdrag is gesloten en derde landen waarmee dat niet het geval is. Belastingplichtigen die kunnen voldoen aan het verdragsvereiste zijn daardoor beter af dan andere belastingplichtigen. Zij genieten een voordeel ter zake waarvan de vraag kan opkomen of sprake is van steun. Tegelijkertijd worden belastingplichtigen die niet aan het verdragsvereiste kunnen voldoen, nadeliger behandeld ten opzichte van belastingplichtigen die dat wel kunnen. Hier rijst de vraag of wellicht sprake is van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. ^[46] Om deze vragen te beantwoorden, moet worden nagegaan of de gevallen die verschillend worden behandeld vergelijkbaar zijn. Een en ander moet worden beoordeeld vanuit de doelstelling van de regeling. De doelstelling is het voorkomen van economisch dubbele heffing over dividenden. Deze dubbele heffing kan zich voordoen ongeacht of met derde landen een volledig belastingverdrag is gesloten. Derde landen waarmee een volledig belastingverdrag is gesloten zijn daarom vergelijkbaar met derde landen waarmee dat niet het geval is.

Belastingplichtigen die voldoen aan het verdragsvereiste genieten dus een voordeel dat prima facie selectief is. ^[47] De volgende stap in de steunanalyse is dan dat moet worden nagegaan of het voordeel kan worden gerechtvaardigd. De doelstelling om economisch dubbele heffing te voorkomen, kan in beginsel als rechtvaardigingsgrond dienen. ^[48] De vraag is echter hoe deze doelstelling moet worden uitgelegd. Douma betoogt dat deze doelstelling alleen kan worden bereikt als de belastingplichtige in zijn woonstaat niet wordt belast over het dividend. Heeft de woonstaat daarentegen een verrekeningssysteem en wordt de belastingplichtige in de woonstaat ter zake van het dividend in de heffing betrokken, dan kan de doelstelling om economisch dubbele heffing te voorkomen niet door de bronstaat worden bereikt. ^[49] De prima facie selectiviteit kan in die visie niet worden gerechtvaardigd door de doelstelling om economisch dubbele heffing over het dividend te voorkomen.

Waarschijnlijk zal het HvJ EU de doelstelling om economisch dubbele heffing over dividenden te voorkomen in staatssteunzaken echter op dezelfde wijze uitleggen als in zijn jurisprudentie over de vrijheden. Zo oordeelde het Hof in het arrest *Amurta* ten aanzien van het niet toepassen van de inhoudingsvrijstelling door Nederland op een dividend dat werd uitgekeerd aan een Portugese vennootschap, dat de economisch dubbele belasting over het dividend uitsluitend aan Nederland was te wijten. ^[50] De Portugese aandeelhouder was daarom vergelijkbaar met de Nederlandse aandeelhouder. De belemmering (het niet toepassen van de inhoudingsvrijstelling) kon echter worden geneutraliseerd indien de Nederlandse dividendbelasting op grond van een belastingverdrag volledig kon worden verrekend met de Portugese belasting. ^[51] Wanneer het Hof in staatssteunzaken in vergelijkbare zin zou oordelen, kan de prima facie selectiviteit wel worden gerechtvaardigd met een beroep op de doelstelling om economisch dubbele heffing over het dividend te voorkomen ongeacht of de woonstaat voor dividenden een vrijstellings- of verrekeningssysteem heeft. ^[52]

Ten aanzien van belastingplichtigen die niet kunnen voldoen aan het verdragsvereiste, is sprake van een prima facie belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. ^[53] Deze belemmering is geïntroduceerd met ingang van 2018: belastingplichtigen die niet kunnen voldoen aan het verdragsvereiste worden nadeliger behandeld dan belastingplichtigen die daar wel aan kunnen voldoen. ^[54] Nederland kan ter zake van deze belemmering geen beroep doen op de

standstillbepaling. Het gaat hier immers niet om de nadeliger behandeling van een grensoverschrijdend geval ten opzichte van de binnenlandse situatie. Dat zou wel een bestaande belemmering zijn die onder het bereik van de standstillbepaling kan vallen. Hier is echter een andere belemmering aan de orde: de ene grensoverschrijdende situatie (geen verdrag) wordt nadeliger behandeld dan de andere grensoverschrijdende situatie (wel een verdrag). Deze belemmering is pas met ingang van 2018 geïntroduceerd en ter zake van deze belemmering kan daarom geen beroep worden gedaan op de standstillbepaling.

De staatssecretaris denkt de belemmering te kunnen rechtvaardigen met een beroep op de doelstelling om belastingontwijking te bestrijden. Het verdragsvereiste heeft echter niet als specifiek doel om volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen maar ziet in het algemeen op elke situatie waarin een belastingplichtige inwoner is van een land waarmee Nederland geen volledig belastingverdrag heeft gesloten.^[55] Het beroep op de voorkoming van belastingontwijking lijkt mij daarom niet kansrijk. De staatssecretaris beroept zich daarnaast op de noodzaak om de doeltreffendheid van fiscale controles te verzekeren. Met betrekking tot deze rechtvaardigingsgrond heeft het Hof er meermalen op gewezen dat het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen in een andere juridische context valt dan de context die binnen de Unie geldt.^[56] Hieruit vloeit voort dat Nederland de inhoudingsvrijstelling mag weigeren wanneer: “wegens het ontbreken van een uit een overeenkomst of verdrag voortvloeiende verplichting voor [het] derde land om inlichtingen te verstrekken, het onmogelijk blijkt om (...) inlichtingen van dit derde land te verkrijgen”^[57] Het verdragsvereiste stelt de toepassing van de inhoudingsvrijstelling echter niet afhankelijk van de voorwaarde om inlichtingen van een derde land te verkrijgen maar van de voorwaarde dat een belastingverdrag met het derde land is gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden. Bovendien heeft de uitwisseling van informatie de laatste jaren een hoge vlucht genomen.^[58] De staatssecretaris maakt echter niet voldoende duidelijk waarom de informatie die nodig is om de inhoudingsvrijstelling te kunnen toepassen alleen verkregen zou kunnen worden als met het betreffende derde land een belastingverdrag is gesloten dat een regeling voor dividenden bevat.

4. Conclusie

In dit artikel is verkend of de inhoudingsplicht van de houdstercoöperatie en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling EU-rechtelijk door de beugel kunnen. Dat lijkt niet het geval te zijn. In de eerste plaats is het niet duidelijk waarom de Nederlandse wetgever meent dat de introductie van de inhoudingsplicht van de houdstercoöperatie geschikt is om onderscheid te maken tussen kapitaalvennootschappen en coöperaties. Het staatssteunrisico lijkt mij dan ook allerm minst geweken. Bovendien is het niet ondenkbaar dat eventuele steun kan worden aangemerkt als nieuwe steun met alle terugvorderingsrisico's van dien. In de tweede plaats maakt de inhoudingsvrijstelling een onderscheid tussen derde landen waarmee Nederland een verdrag met een regeling voor dividenden heeft gesloten en andere derde landen. Dit onderscheid is een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer ter zake waarvan geen beroep kan worden gedaan op de standstillbepaling. Het onderscheid is immers geïntroduceerd met ingang van 2018. De wetgever wil de belemmering rechtvaardigen met een beroep op het voorkomen van belastingontwijking en de noodzaak om de doeltreffendheid van fiscale controles te verzekeren. De onderbouwing hiervan is echter dermate mager dat zij niet overtuigt. Alles overziend, kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever de Europeesrechtelijke risico's van de wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling heeft onderschat.

Voetnoten

[1]

Mr. dr. J. Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

[2]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 2.

[3]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 2.

[4]

Tegelijkertijd is de zogenoemde technisch aanmerkelijk belangregeling die is opgenomen in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) aangepast. Deze wijziging blijft in dit artikel onbesproken.

[5]

Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, [Kamerstukken II 2017/18, 34700, 34](#), bijlage.

[6]

Bovendien zal in 2021 een conditionele bronheffing op rente en royalty's worden gerealiseerd. [Kamerstukken II 2017/18, 25097, 188](#), p. 10.

[7]

De derving van belastinginkomsten waar de wet toe leidt, wordt gedekt binnen het totale lastenbeeld van 2018. Zie [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 22.

[8]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 11](#), p. 5. De staatssecretaris wijst bovendien expliciet op het risico van terugvordering. Zie ook [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 11](#), p. 7 en p. 29.

[9]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 11](#), p. 6.

[10]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 3.

[11]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 3.

[12]

Hierbij is aansluiting gezocht bij de beoordeling of sprake is van een aanmerkelijk belang in een coöperatie. [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 16.

[13]

Met betrekking tot de begrippen 'verbondenheid' en 'samenwerkende groep' is aansluiting gezocht bij art. 10a Wet VPB 1969, met dien verstande dat ook verbonden natuurlijke personen deel kunnen uitmaken van een samenwerkende groep. [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 16/17.

[14]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), bijlage p. 5.

[15]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 17/18.

[16]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 13.

[17]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 5.

[18]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 3. Zie ook [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 5.

[19]

In deze zin ook P.H.G. Albert, 'Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', *WFR* 2017/192, par. 3.3.

[20]

C. Maas, 'Staatssteun en fiscaliteit, verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema "staatssteun en fiscaliteit", gehouden op 27 september 2017 te 's-Gravenhage', *WFR* 2017/219, par. 4.

[21]

PbEU 2016, C 262/01.

[22]

Zie punt 157 van de 2016 mededeling over staatssteun.

[23]

Zie punt 158 van de 2016 mededeling over staatssteun.

[24]

HvJ EU 8 september 2011, C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*), punt 57.

[25]

HvJ EU 8 september 2011, C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*), punt 60.

[26]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 7.

[27]

In deze zin ook O.C.R. Marres, 'Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', *MBB* 2017/10-01, par. 1.

[28]

PbEU 2015, L 248/9.

[29]

Zie Gerecht 30 april 2002, T-195/01 en T-207/01 (*Gibraltar/Commissie*), punt 109.

[30]

Zie Gerecht 30 april 2002, T-195/01 en T-207/01 (*Gibraltar/Commissie*), punt 111.

[31]

PbEU 2004, L 140/1.

[32]

Zie Gerecht 11 juli 2014, T-151/11 (*Telefónica de España/Commissie*), punt 62.

[33]

De toepassing van de inhoudingsvrijstelling met betrekking tot de eilanden die deel uitmaakten van de voormalige Nederlandse Antillen laat ik onbesproken.

[34]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 7.

[35]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 4.

[36]

Art. 64 lid 1 VWEU bepaalt namelijk dat de vrijheid van kapitaalverkeer geen afbreuk doet aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan in verband met onder meer directe investeringen. De staatssecretaris gaat er kennelijk van uit dat deelnemingen altijd kwalificeren als directe investeringen. Ik laat dit verder onbesproken.

[37]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 4.

[38]

[Kamerstukken I 2017/18, 34785, D](#), p. 29.

[39]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 8.

[40]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 8.

[41]

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345/8) zoals gewijzigd bij Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 (*PbEU* 2014, L 219/40) en Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 (*PbEU* 2015, L 21/1).

[42]

[Kamerstukken II, 2017/18, 34788, 3](#), p. 5. Tax Information Exchange Agreements voldoen niet. Zie [Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3](#), p. 18.

[43]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6](#), p. 12.

[44]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788, 12](#), p. 3/4.

[45]

[Kamerstukken II 2017/18, 34788](#), Bijlage bij 3, p. 5.

[46]

De inhoudingsvrijstelling is immers een generieke regeling. Dit betekent dat in de verhouding met derde landen de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is ongeacht de omvang van de participatie van de belastingplichtige. Zie HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*FII II*), punt 99.

[47]

Overigens genieten ook belastingplichtigen in lidstaten van de EU een voordeel maar dat vloeit voor zover sprake is van een belang van ten minste 10% voort uit de moeder-dochterrichtlijn. Van steun is dan geen sprake omdat het voordeel niet toerekenbaar is aan Nederland.

[48]

Zie punt 139 van de 2016 mededeling over staatssteun.

[49]

S. Douma, *Optimization of Tax Sovereignty and the Free Movement*, p. 224, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/17973>. Naar ik aanneem, berust het betoog van Douma op de gedachte dat verrekeningssystemen doorgaans voorzien in een beperkte verrekening. De verrekening van de winstbelasting die op het niveau van de dochtervennootschap is geheven, wordt dan beperkt tot het bedrag van de winstbelasting die op het niveau van

de moedervennootschap wordt geheven over de netto winstuitkering (dus over het dividend minus de toerekenbare kosten). Deze aftrek van de toerekenbare kosten kan tot gevolg hebben dat de winstbelasting die op het niveau van de dochtervennootschap is geheven, bij de moedervennootschap niet of slechts beperkt verrekenbaar is.

[50]

HvJ EU 8 november 2007, C-379/05 (*Amurta*), punt 39.

[51]

HvJ EU 8 november 2007, C-379/05 (*Amurta*), punten 79 t/m 83.

[52]

Waarbij dan wel de vraag rijst hoe in staatssteunzaken moet worden omgegaan met de neutralisatiekwestie.

[53]

Indien het Hof zou terugkomen op de vergelijkbaarheidsanalyse die het in *Amurta* heeft gemaakt, zou de prima facie belemmering zich alleen voordoen in gevallen waarin de woonstaat van de belastingplichtige het dividend niet in de heffing betreft.

[54]

Vergelijk HvJ EU 24 februari 2015, C-512/13 (*Sopora*), punt 25.

[55]

Vergelijk HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom*), punt 33 en HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (*Deister Holding*), punt 64.

[56]

Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 november 2016, C-464/14 (*SECIL*), punt 63.

[57]

HvJ EU 24 november 2016, C-464/14 (*SECIL*), punt 64.

[58]

Aldus de staatssecretaris in [Kamerstukken II 2016/17, Aanhangsel 2696](#), p. 2. Hij wijst onder meer op de Common Reporting Standard (CRS). A.P. Dourado & P.J. Wattel, *European Tax Law*, vol. 1, 7th Student edition, fed fiscale studieresie, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 106 wijzen bovendien op het mogelijke belang van Tax Information Exchange Agreements.