

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



## **De positie van de coöperatie in de dividendbelasting**

Naam: Joey Schellingerhout  
Studentnummer: 384566  
Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars  
Tweede beoordelaar: mr. D.E. van Sprundel  
Rotterdam, augustus 2017

# Inhoudsopgave

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. Inleiding .....</b>  | <b>5</b>  |
| 1.1 Aanleiding.....  | 5         |
| 1.2 Probleemstelling en deelvragen .....   | 9         |
| 1.3 Toetsingskader .....   | 10        |
| 1.4 Afbakening.....  | 11        |
| 1.5 Opzet .....  | 12        |
| <b>2. De rol van de coöperatie in belastingontwijking en -ontduiking.....</b>                | <b>13</b> |
| 2.1 Inleiding .....  | 13        |
| 2.2 Het algemene kader van belastingontwijking en -ontduiking.....                           | 14        |
| 2.2.1 Algemeen.....  | 14        |
| 2.2.2 Drijfveren voor belastingontwijking.....   | 14        |
| 2.2.3. 'Fair share' en normering .....   | 16        |
| 2.3 De rol van de coöperatie in internationale belastingstructuren.....                      | 21        |
| 2.3.1 Algemeen.....  | 21        |
| 2.3.2 De coöperatie in de dividendbelasting vóór 2012.....                                   | 21        |
| 2.3.3 De coöperatie in de dividendbelasting tussen 2012 en 2015 .....                        | 25        |
| 2.3.4 De coöperatie in de dividendbelasting vanaf 2016.....                                  | 29        |
| 2.4 Conclusie.....   | 32        |
| <b>3. Huidige positie van de coöperatie in de Wet DB 1965.....</b>                           | <b>34</b> |
| 3.1 Inleiding .....  | 34        |
| 3.2 Civiel- en fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid .....                                    | 35        |
| 3.2.1 Algemeen.....  | 35        |
| 3.2.2 Civielrechtelijke vergelijkbaarheid.....   | 35        |
| 3.2.3 Fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid .....   | 37        |
| 3.3 De coöperatie in de dividendbelasting en staatssteun .....                               | 39        |
| 3.3.1 Algemeen.....  | 39        |
| 3.3.2 Begunstiging .....   | 40        |
| 3.3.2 Van bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit).....                          | 41        |
| 3.3.3 Met staatsmiddelen bekostigd.....  | 49        |
| 3.3.4 De mededinging wordt vervalst en het tussenstaatse handelsverkeer wordt beïnvloed..... | 49        |
| 3.3.5 Bestaande- of nieuwe steun .....   | 51        |
| 3.4 Conclusie.....   | 52        |
| <b>4. Aanpassing behandeling coöperatie in de dividendbelasting .....</b>                    | <b>54</b> |
| 4.1 Inleiding .....  | 54        |

|                                   |  |            |
|-----------------------------------|--|------------|
| <b>4.2</b>                        | <b>Voorstel tot wijziging van de behandeling van de coöperatie .....</b> | <b>55</b>  |
| <b>4.2.1</b>                      | <b>Algemeen .....</b>  | <b>55</b>  |
| 4.2.2                             | Het voorstel.....  | 56         |
| <b>4.3</b>                        | <b>Analyse van het voorstel .....</b>                                    | <b>64</b>  |
| 4.3.1                             | Algemeen.....  | 64         |
| 4.3.2                             | Effectiviteit .....  | 64         |
| 4.3.3                             | Efficiëntie .....  | 70         |
| 4.3.4                             | Uitvoerbaarheid .....  | 70         |
| 4.3.5                             | Rechtszekerheid.....   | 71         |
| 4.3.6                             | Internationale en Europese inpasbaarheid .....                           | 72         |
| <b>4.4</b>                        | <b>Conclusie.....</b>  | <b>73</b>  |
| <b>5.</b>                         | <b>Alternatieven voor het conceptwetsvoorstel .....</b>                  | <b>75</b>  |
| <b>5.1</b>                        | <b>Inleiding .....</b>   | <b>75</b>  |
| <b>5.2</b>                        | <b>Wijziging conceptwetsvoorstel.....</b>                                | <b>75</b>  |
| 5.2.1                             | Algemeen.....  | 75         |
| 5.2.2                             | Coöperatie niet inhoudingsplichtig in ondernemingsstructuren .....       | 76         |
| 5.2.3                             | Analyse op basis van de toetsingscriteria .....                          | 81         |
| 5.2.4                             | Geen inhoudingsplicht in ondernemingsstructuren .....                    | 83         |
| 5.2.5                             | Gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV .....              | 84         |
| <b>5.3</b>                        | <b>Dividendbelasting afschaffen .....</b>                                | <b>87</b>  |
| 5.3.1                             | Algemeen.....  | 87         |
| 5.3.2                             | Argumenten vóór afschaffing van de dividendbelasting .....               | 88         |
| 5.3.3                             | Argumenten tegen afschaffing van de dividendbelasting .....              | 89         |
| 5.3.4                             | Afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse .....      | 91         |
| 5.3.5                             | Analyse van de afschaffing van de dividendbelasting.....                 | 93         |
| <b>5.4</b>                        | <b>Conclusie.....</b>  | <b>94</b>  |
| <b>6.</b>                         | <b>Conclusie.....</b>  | <b>96</b>  |
| <b>6.1</b>                        | <b>Inleiding .....</b>   | <b>96</b>  |
| <b>6.2</b>                        | <b>Deelvragen .....</b>  | <b>97</b>  |
| <b>6.3</b>                        | <b>Slot en aanbeveling.....</b>  | <b>101</b> |
| <b>Bijlage I.....</b>             |  | <b>103</b> |
| <b>Literatuurlijst.....</b>       |  | <b>104</b> |
| <b>Artikelen .....</b>            |  | <b>104</b> |
| <b>Parlementaire stukken.....</b> |  | <b>105</b> |
| <b>Verdragen .....</b>            |  | <b>107</b> |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Boeken .....</b>  | <b>107</b> |
| <b>Rapporten, scripties en niet uitgegeven teksten .....</b> | <b>107</b> |
| <b>Overige stukken.....</b>                                  | <b>108</b> |
| <b>Jurisprudentie .....</b>                                  | <b>108</b> |
| <b>Digitale bronnen.....</b>                                 | <b>109</b> |

# 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding

De discussie omtrent belastingontwijking en -ontduiking is heden ten dage niet meer weg te denken uit het politieke debat.<sup>1</sup> Dit blijkt onder meer uit het onderzoek in juni 2017 naar aanleiding van de Panama Papers in de parlementaire enquête door de ondervragingscommissie Fiscale constructies.<sup>2</sup> Daarnaast is de politieke opinie verdeeld over de ernst van belastingontwijking en -ontduiking en de rol van Nederland daarin. Zo is Grashoff (GroenLinks) van mening dat Nederland zich moet schamen dat ze zo hoog staat in de lijst met belastingparadijzen. Daarentegen betogen De Vries (VVD) en Groot (PvdA) dat Nederland de laatste jaren al veel actie heeft ondernomen om belastingontwijking en -ontduiking in de kiem te smoren. De aanleiding van het debat was een rapport van Oxfam Novib over de vraag of Nederland een belastingparadijs is.<sup>3</sup> Oxfam Novib legt Nederland tegen de meetlat van de Europese Commissie, de OESO, het IMF en de Nederlandse overheid. Ze komt tot de conclusie dat Nederland volgens de criteria van de Europese Commissie, de OESO en het IMF dient te worden aangemerkt als belastingparadijs. Volgens de maatstaven van de Nederlandse overheid is Nederland evenwel geen belastingparadijs. Moeten wij ons in Nederland zorgen baren over de vraag of wij een belastingparadijs zijn? Het feit is dat Nederland op zich een normaal winst-belastingtarief en in beginsel een normale winstgrondslag kent. Nederland wordt daarentegen wel gebruikt als doorstroomland in internationale financiële stromen.<sup>4</sup> Als doorstroomland is Nederland voordelig door het rulingsbeleid<sup>5</sup>, het grote verdragennetwerk<sup>6</sup> en omdat weinig tot geen bronbelasting wordt geheven op uitgaande royalty's, interest en dividenden.<sup>7</sup> In een debat tussen Klaver en Kavelaars in de talkshow Pauw en Witteman van 27 maart 2013<sup>8</sup> is duidelijk te zien hoe academici en de politiek zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of Nederland een belastingparadijs is. Kavelaars is van mening dat het probleem van belastingontwijking moet worden aangepakt in de landen waar de dividend- en royaltystromen heengaan. Deze landen dienen deze stromen simpelweg aldaar in de belastingheffing te betrekken. Daarnaast kan het probleem volgens hem alleen worden verholpen als mondiaal tot één uniforme

---

<sup>1</sup> Tweede Kamer, 19 januari 2017, 25 087, “debat over belastingontwijking”.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2016/17, 34 566, nr. 3.

<sup>3</sup> E. Berkhout, *Nederland belastingparadijs; Leuker kunnen we het niet maken, wel eerlijker*, 2016, Den Haag: Oxfam Novib.

<sup>4</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 114, p. 3.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 114, p. 7.

<sup>6</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000148647, Fiscaal vestigingsklimaat.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> [http://www.npo.nl/pauw-witteman/27-03-2013/VARA\\_101306592](http://www.npo.nl/pauw-witteman/27-03-2013/VARA_101306592).

oplossing wordt gekomen. Klaver stelt daarentegen dat Nederland unilateraal maatregelen moet treffen om te zorgen dat BV's zonder substance (brievenbusmaatschappijen) uit Nederland verdwijnen. Zij komen in het debat niet tot één gezamenlijke oplossing.

Eén van de mogelijkheden om dividendstromen vanuit Nederland naar het buitenland te krijgen zonder dat in Nederland heffing van dividendbelasting plaatsvindt, is het gebruik van de coöperatie. De coöperatie is de afgelopen jaren in populariteit toegenomen om dividendbelasting te kunnen ontwijken.<sup>9</sup> In de discussie omtrent belastingontwijking en -ontduiking wordt de coöperatie als één van de factoren genoemd die Nederland dient aan te pakken.<sup>10</sup> Een korte tocht door de geschiedenis van de coöperatie in de dividendbelasting leert waarom de coöperatie als schakel in internationale structuren aantrekkelijk is.

Nederland kende in de voorloper op het Besluit op de Dividendbelasting 1941, de Wet op de dividend- en tantiëmebelasting 1917, een belastingplicht voor sommige coöperaties.<sup>11</sup> Bij invoering van de Wet IB 1914 was de insteek dat sommige winsten juist alleen bij de coöperatie werden belast, terwijl uitdelingen aan de leden werden vrijgesteld en vice versa. Aan de ene kant vond bij zogenoemde productiecoöperaties heffing plaats bij de leden en niet bij de coöperatie zelf. Terwijl aan de andere kant bij de verbruikcoöperatie de heffing juist plaatsvond bij de coöperatie zelf en niet bij de leden. De gedachte hierachter was dat de verbruikcoöperatie voor de leden leidt tot een besparing, hetgeen niet als inkomen werd aangemerkt bij de leden.<sup>12</sup> Deze lijn is voortgezet bij de invoering van de Wet op de dividend- en tantiëmebelasting 1917. Het onderscheid tussen de productiecoöperatie en de verbruikcoöperatie bleef bestaan. De visie in de parlementaire behandeling van de Wet op de dividend- en tantiëmebelasting 1917 was dat de productiecoöperatie wezenlijk verschilt van de naamloze vennootschap. In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel werd gesteld dat tussen de participant en de coöperatie een andere band bestond dan tussen de aandeelhouder naamloze vennootschap. De aandeelhouder van een naamloze vennootschap werd meer gezien als een geldbelegger, die van de vennootschap is gescheiden door zijn aandeel.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> F. Horzen, Coöperaties en dividendbelasting: een historische zoektocht, *NTR* 2011/2611.

<sup>12</sup> Handelingen, Bijlagen, 1911-1912, 144, nr. 3, p. 31.

<sup>13</sup> Handelingen, Bijlagen, 1915-1916, 202, nr. 6, p. 21.

Het onderscheid tussen een productiecoöperatie en een verbruikcoöperatie is bij invoering van het Besluit op de Dividendbelasting 1941 niet voortgezet. In dit Besluit is gekozen voor het geheel niet inhoudingsplichtig maken van de coöperatie in welke vorm dan ook. Doordat de coöperatie niet inhoudingsplichtig was voor de dividendbelasting, ontstond er in 1956 uiteindelijk een discussie in de Eerste Kamer over het feit dat daardoor aan coöperaties belastingvoordelen werden toegekend. De Kamerleden stelden dat door deze belastingvoordelen de coöperatie niet meer voor zijn oorspronkelijke doel van de coöperatieve gedachte werd gebruikt, maar om belastingvoordelen te behalen.<sup>14</sup> De minister van Financiën heeft aan de hand van de voorgaande discussie in de Eerste Kamer vervolgens in de memorie van antwoord gesteld dat bij de volgende algehele wijziging van het belastingstelsel beoordeeld zou worden of het onderscheid tussen coöperaties en andere rechtsvormen gerechtvaardigd is.<sup>15</sup>

Bij parlementaire behandeling van de huidige Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) is echter met geen woord gerept over het onderscheid tussen niet-inhoudingsplichtige coöperaties en andere rechtsvormen die wel inhoudingsplichtig waren. In de Wet DB 1965 is dit onderscheid blijven voortbestaan; de coöperatie was derhalve ook onder deze wet niet inhoudingsplichtig voor dividenduitdelingen aan haar leden.

Het heeft tot 2012 geduurd voordat het kabinet actie heeft ondernomen met betrekking tot de belastingplicht van coöperaties in de Wet DB 1965. In het Belastingplan 2012 is voorgesteld om in bepaalde gevallen de coöperatie inhoudingsplichtig te maken voor de Wet DB 1965. De wetswijziging kwam er op neer dat de coöperatie in beginsel niet inhoudingsplichtig blijft voor de dividendbelasting, maar dat hier in sommige gevallen een uitzondering op wordt gemaakt. De eerste uitzonderingssituatie betreft het geval dat de coöperatie deel uitmaakt van een beleggingsstructuur, waarbij dividendbelasting of een buitenlandse belasting bij een ander wordt ontgaan. De tweede uitzonderingssituatie betreft het geval dat de coöperatie deel uitmaakt van een ondernemingsstructuur, waarbij dividendbelasting bij een ander wordt ontgaan. Het voorgaande is per 1 januari 2012 wettelijk geregeld in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965(oud). Wil sprake zijn van inhoudingsplicht van de coöperatie, dan moet cumulatief worden voldaan aan drie voorwaarden<sup>16</sup>: (i) de coöperatie houdt direct of indirect aandelen, (ii) met als voornaamste of een van de voornaamste doelen om heffing van Nederlandse dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te

---

<sup>14</sup> Kamerstukken I, 1955/56, 4100 VIIB, nr. 68, p. 3.

<sup>15</sup> Kamerstukken I, 1955/56, 4100 VIIB, nr. 68a, p. 4.

<sup>16</sup> Art. 1, lid 7, Wet DB 1965 (oud).

ontgaan, en (iii) het direct of indirect door die ander gehouden lidmaatschapsrecht in de coöperatie niet tot het ondernemingsvermogen van dat lid behoort.

Per 1 januari 2016 is de per 2012 ingevoerde bepaling nog iets aangescherpt. In 2012 was het nog mogelijk om onder inhoudingsplicht uit te komen indien de lidmaatschapsrechten van de coöperatie toerekenbaar waren aan het ondernemingsvermogen van een vennootschap, maar door de wijziging per 1 januari 2016 moet ook worden gekeken naar de positie van het directe lid van de coöperatie.<sup>17</sup> Het voorgaande weerspiegelt zich in de opgenomen kunstmatigheidstoets, die de toets (iii) of het lidmaatschapsrecht in de coöperatie was toe te rekenen aan het ondernemingsvermogen van het lid vervangt. De overige voorwaarden worden weliswaar qua bewoording aangepast, maar van een andere interpretatie is geen sprake.<sup>18</sup>

Vanaf 1 januari 2016 geldt echter nog steeds de hoofdregel dat de coöperatie niet als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt. Slechts in bepaalde misbruiksituaties wordt de coöperatie als inhoudingsplichtige aangemerkt voor de Wet DB 1965. De discussie rondom de coöperatie is daarom blijven voortbestaan. Dit heeft ertoe geleid dat de staatssecretaris in zijn schrijven van 20 september 2016 heeft aangekondigd per 1 januari 2018 een wijziging in de Wet DB 1965 door te willen voeren voor coöperaties.<sup>19</sup> Deze brief is een vervolg op de brieven van 27 november 2015<sup>20</sup> en 2 februari 2016<sup>21</sup> waarin werd aangekondigd dat Nederland belastingontwijking gaat aanpakken en meer in het bijzonder de verschillende behandeling van kapitaalvennootschappen en coöperaties in de dividendbelasting wordt onderzocht. In zijn brief van 20 september 2016<sup>22</sup> geeft de staatssecretaris aan dat het toenemende gebruik van de coöperatie in internationale fiscale structuren de aanleiding voor het onderzoek is geweest. Daarnaast is er volgens de staatssecretaris sprake van een staatssteunrisico indien de wetgeving niet wordt aangepast. Dit vermoeden is ingegeven door de staatssteunmededeling van de Europese Commissie van 19 juli 2016. In punt 157 tot en met 160 staat de coöperatie expliciet vermeld als een mogelijke staatssteunregeling.<sup>23</sup> Uit de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016 blijkt echter niet dat de behandeling van de

---

<sup>17</sup> Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 1 Wet DB 1965, aant. 14, Inhoudingsplicht coöperaties in ontgaansstructuren.

<sup>18</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 10.

<sup>19</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, 2016-0000224153, antwoorden Kamervragen.

<sup>20</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 113.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 114, p. 25.

<sup>22</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

<sup>23</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1).



coöperatie in de Wet DB 1965 door Nederland ook daadwerkelijk is getoetst aan de staatssteunbepaling.

De staatssecretaris wenst de inhoudingsplicht in de Wet DB 1965 voor de coöperatie en de NV en de BV integraal gelijk te trekken.<sup>24</sup> Op 16 mei 2017 is een conceptwetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling ter consultatie aangeboden. Uit dit conceptwetsvoorstel blijkt dat de staatssecretaris de positie van de coöperatie wenst aan te pakken. Het conceptwetsvoorstel leidt echter niet tot een volledig gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV in de Wet DB 1965.

## 1.2 Probleemstelling en deelvragen

Door de steeds groter wordende discussie omtrent belastingontwijking en -ontduiking en de rol van Nederland in belastingontwijkingsstructuren is een adequate aanpak van de schakels in deze structuren noodzakelijk. De coöperatie is de afgelopen decennia in populariteit toegenomen om als vehikel in internationale structuren te gebruiken zonder additionele dividendbelastinglast. Daarnaast is volgens de staatssecretaris het risico aanwezig dat de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 als staatssteun wordt aangemerkt. Deze constatering hebben ertoe geleid dat de staatssecretaris de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 wenst te wijzigen. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 20 september 2016 een voorzet gegeven van de aanpassing van het belastingplicht van de coöperatie in de Wet DB 1965.<sup>25</sup> Door te zorgen dat coöperaties in internationale structuren inhoudingsplichtig worden voor de dividendbelasting, is het niet meer mogelijk om dividendbelasting te ontwijken met behulp van een (tussengeschoven) coöperatie. Inmiddels is een conceptwetsvoorstel gepubliceerd. Hoe de definitieve bepaling concreet wordt ingevuld is echter nog onbekend. Het voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

*Is een gelijke behandeling van de coöperatie en de NV/BV in de Wet DB 1965 noodzakelijk en/of gewenst en zo ja, op welke wijze dient deze gelijke behandeling dan te worden ingevuld?*

De probleemstelling wordt beantwoord met behulp van een zevental deelvragen:

- Wat zijn de drijfveren van belastingontwijking en -ontduiking en hoe kan ieders ‘fair share’ bijdrage worden afgedwongen (Hoofdstuk 2)?

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

- Hoe ziet het probleem van de rol van de coöperatie in internationale belastingstructuren eruit (Hoofdstuk 2)?
- Is de coöperatie zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk vergelijkbaar met een NV of een BV (Hoofdstuk 3)?
- Dient de huidige behandeling van de coöperatie binnen de Wet DB 1965 te worden aangemerkt als verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU (Hoofdstuk 3)?
- Hoe ziet het huidige conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling eruit en wat is het doel van het wetsvoorstel (Hoofdstuk 4)?
- Voldoet het conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling aan de in toetsingskader genoemde toetsingscriteria (Hoofdstuk 4)?
- Welke alternatieven zijn er voor de aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 en passen deze alternatieven beter binnen het toetsingskader (Hoofdstuk 5)?

### **1.3 Toetsingskader**

Om te toetsen op welke wijze de coöperatie dient te worden behandeld in de Wet DB 1965, wordt gebruik gemaakt van een vijftal toetsingscriteria:

- effectiviteit;
- efficiëntie;
- uitvoerbaarheid;
- rechtszekerheid; en
- internationale en Europese inpasbaarheid.

De meest optimale invulling van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 voldoet aan alle van de hierboven genoemde criteria. Effectiviteit en efficiëntie zijn twee sleutelcriteria voor een deugdelijke wettelijke bepaling.<sup>26</sup> De effectiviteit (doeltreffendheid) van een wettelijke bepaling houdt simpelweg in dat de bepaling aan de door de wetgever beoogde doelstellingen moet voldoen. De efficiëntie (doelmatigheid) van een wettelijke bepaling houdt daarnaast in dat deze niet tot een ongunstige betrekking tussen baten en lasten voor de samenleving of de overheid leidt. Een wettelijke bepaling wordt als optimaal beschouwd als de voordelen groter zijn dan de uitvoeringskosten ervan.

---

<sup>26</sup> Kamerstukken II, 1990/91, 22 008, nrs. 1 – 2, p. 25.

Naast effectiviteit en efficiëntie wordt getoetst aan de uitvoerbaarheid en rechtszekerheid. Uitvoerbaarheid is een noodzakelijk criterium indien de wens van een wettelijke bepaling is om een gedragsverandering te verwezenlijken.<sup>27</sup> Uitvoerbaarheid houdt in dat het mogelijk is om eerbiediging van de wettelijke bepaling te forceren. De uitvoerende instanties, in belangrijke mate de Belastingdienst, spelen een grote rol bij de uitvoering van een wettelijke bepaling. Kennis en de informatiesystemen zijn hier belangrijke factoren in. De rechtszekerheid van een bepaalde maatregel is van belang voor het vertrouwen van belastingplichtigen in het rechtssysteem waar hun onderneming is gevestigd. Een lage mate van rechtszekerheid heeft invloed op het vestigingsklimaat.

Tevens wordt getoetst op de internationale en Europese inpasbaarheid. Bij de aanpassing van een wet moet rekening worden gehouden met de internationale en Europese afspraken. Zo mag een wettelijke bepaling vanuit de Europese context geen staatssteunelementen bevatten en mag de bepaling ook niet in strijd zijn met de verkeersvrijheden. Daarnaast gelden ook een aantal internationale afspraken. Alhoewel de OESO afspraken niet rechtens afdwingbaar zijn, doet Nederland er toch goed aan om met deze afspraken rekening te houden. De belangrijkste afspraken betreffen de 15 actiepunten van het BEPS-project van de OESO. Ook mag een aanpassing in de nationale wetgeving van Nederland niet tot gevolg hebben dat Nederland het heffingsrecht in het verdrag naar zich toetrekt.<sup>28</sup>

#### **1.4 Afbakening**

In deze scriptie wordt uitsluitend de optimale invulling van de coöperatie in de Wet DB 1965 onderzocht om te zorgen dat de coöperatie niet meer (onrechtmatig) kan worden gebruikt in internationale constructies om Nederlandse dividendbelasting te ontwijken. De positie van de coöperatie binnen andere wetten komt alleen aan bod als dit van toegevoegde waarde is om de probleemstelling te beantwoorden. Daarnaast wordt in bredere context de rol van de coöperatie in de totale belastingontwijking en -ontduiking problematiek bezien. Bij de behandeling van het conceptwetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling wordt naast de positie van de coöperatie voor zover noodzakelijk voor de beoordeling van de probleemstelling ook de positie van de BV en de NV besproken.

Aangezien niet voor elk toetsingscriterium data voorhanden zijn is het niet mogelijk om tot de volledig optimale invulling van de positie van de coöperatie binnen de Wet DB 1965 te komen. Aan

---

<sup>27</sup> Kamerstukken II, 1990/91, 22 008, nrs. 1 – 2, p. 27.

<sup>28</sup> Art. 26, Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

de hand van de toetsingscriteria wordt echter wel getracht een zo objectief mogelijk oordeel te geven van de optimale invulling. De optimale invulling wordt gezien vanuit een breed scala aan betrokken partijen. Zo zijn de belastingplichtigen en de overheid (Belastingdienst en wetgever) belangrijke partijen in de aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965. Daarnaast zijn de Europese Commissie, de OESO en de publieke- en politieke opinie ook van belang in de bredere context van het belastingontwijking en -ontduiking vraagstuk.

## **1.5 Opzet**

De behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 staat in deze scriptie centraal. Om te zien hoe het probleem van de coöperatie binnen internationale structuren eruit ziet, wordt in hoofdstuk twee allereerst toegelicht wat de precieze rol van de coöperatie in deze structuren is en waarom dit dient te worden ingeperkt. Daarnaast komt in dit hoofdstuk ook aan bod wat in zijn algemeenheid de drijfveren van belastingontwijking en -ontduiking zijn en hoe ieders 'fair share' bijdrage kan worden afgedwongen. In hoofdstuk drie wordt vervolgens onderzocht wat de positie van de coöperatie in de huidige Wet DB 1965 is. Hierbij wordt ingegaan op het staatssteunrisico van de huidige behandeling van de coöperatie binnen de Wet DB 1965 en ook wordt beoordeeld of de coöperatie fiscaalrechtelijk en civielrechtelijk vergelijkbaar is met de NV en de BV. In hoofdstuk vier wordt het huidige conceptwetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling uiteengezet en geanalyseerd op basis van de vijf toetsingscriteria. In hoofdstuk vijf komt uiteindelijk een viertal alternatieven voor de wijziging van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 aan bod. Tot slot komt het geheel in hoofdstuk zes samen en wordt een samenvatting van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen gegeven.

## 2. De rol van de coöperatie in belastingontwijking en -ontduiking

### 2.1 Inleiding

De discussie omtrent belastingontwijking en -ontduiking heeft zich in het afgelopen decennium in een sneltreinvaart ontwikkeld. Daar waar het in het verleden gebruikelijk was om (altijd) de fiscaal meest gunstige route te kiezen, wordt de nadruk heden ten dagen steeds meer op de ‘fair-share’ gedachte gelegd. Deze discussie heeft de afgelopen jaren al geleid tot een groot aantal ontwikkelingen om te zorgen dat belastingontwijking en – ontduiking in de kiem wordt gesmoord. Het betreft hier niet alleen unilaterale ontwikkelingen, maar ook op multilateraal en zelfs op mondiaal niveau is een duidelijke kentering merkbaar. De ontwikkeling van de gedachtegang achter het tegen gaan van Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) was al gedurende enkele decennia gaande. Het ontstaan van de budgettaire tekorten tijdens de in 2008 ontstane economische crisis heeft ertoe geleid dat BEPS hoog op de politieke agenda kwam te staan in de westerse wereld.<sup>29</sup> De OESO kwam als voorloper op 12 februari 2013 met de aankondiging dat mondiale oplossingen nodig zijn om te zorgen dat belastingsystemen niet onnodig in het voordeel werken van multinationale ondernemingen, terwijl particulieren en kleine ondernemingen worden opgescheept met een hogere belastingdruk. De OESO verwijst in haar eerste aankondiging naar een onderzoek in opdracht van de G-20 met betrekking tot BEPS. In navolging op deze mededeling is de OESO uiteindelijk op 5 oktober 2015 met een definitief rapport gekomen met actiepunten voor het tegen gaan van BEPS. In de voetsporen van de OESO is de Europese Commissie op 18 maart 2015 met een mededeling gekomen met daarin haar eigen visie ter bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking. In dit hoofdstuk staan allereest de algemene ontwikkelingen omtrent belastingontwijking en -ontduiking centraal. Vervolgens wordt in het bijzonder ingegaan op de rol van de coöperatie binnen het bredere belastingontwijking en -ontduikingskader. Binnen dit kader valt ook het tegen gaan van het ontgaan van belasting. In de deelconclusie wordt een antwoord gegeven op de eerste twee deelvragen:

- Wat zijn de drijfveren van belastingontwijking en –ontduiking en hoe kan ieders ‘fair share’ bijdrage worden afgedwongen?
- Hoe ziet het probleem van de rol van de coöperatie in internationale belastingstructuren eruit?

---

<sup>29</sup> P.B.W.L. Lamberts, Fair taxation: Truth is in The Eye of het Beholder, *WFR* 2016/123, par. 7.

## **2.2 Het algemene kader van belastingontwijking en -ontduiking**

### **2.2.1 Algemeen**

Om een goed begrip te krijgen van de huidige discussie, is het allereerst noodzakelijk om een onderscheid te maken tussen belastingontwijking enerzijds en belastingontduiking anderzijds. Belastingontduiking en belastingontwijking worden in de publieke opinie vaak in één adem genoemd: het is beide ‘fout’. Tussen beide termen zit echter een fundamenteel verschil. Belastingontduiking is handelen in strijd met de wet en dus illegaal. Belastingontwijking is daarentegen handelen in overeenstemming met de wet en dus legaal. Beide vormen leiden overigens wel tot eenzelfde uitkomst: de belastinggrondslag wordt verminderd. De huidige discussie richt zich vooral op multinationals die via fiscale structurering de belastinggrondslag uithollen en kunstmatig winsten verschuiven.<sup>30</sup> Multinationals maken veelal gebruik van belastingontwijkingsmethoden om zo hun belastinggrondslag uit te hollen of hun winsten kunstmatig te verschuiven. Zij handelen dus in lijn met de wet. De gedachte is dat naarmate de belastingdruk stijgt, het rendabeler is om meer advieskosten te maken en op zoek te gaan naar meer legale manieren van belastingvermijding.<sup>31</sup> De huidige discussie richt zich dus niet zo zeer op belastingontduiking, maar belastingontwijking is hetgeen centraal staat. In deze discussie gaat het mede om de morele aspecten die samenhangen met de belastingplanning van multinationals. Multinationals zouden een morele plicht hebben om hun ‘fair share’ bij te dragen. Wat met deze ‘fair share’ wordt bedoeld en wat de drijfveren van multinationals zijn om hun belastingdruk te verlagen komt in de hierna volgende paragrafen aan bod. Vervolgens worden ook kort de ontwikkelingen benoemd die momenteel gaande zijn om de belastingontwijking van multinationals de kiem in te smoren.

### **2.2.2 Drijfveren voor belastingontwijking**

In de literatuur wordt betoogd dat winstmaximalisatie de belangrijkste drijfveer is voor multinationals om gebruik te maken van belastingontwijkingsstructuren.<sup>32</sup> Volgens deze visie vormt belasting een kostenpost voor deze ondernemingen, die dient te worden geminimaliseerd. Deze visie is echter te eng: het betalen van belasting kan namelijk ook voordelen met zich brengen voor multinationals. Bij deze voordelen kan worden gedacht aan een goede infrastructuur, een goed opgeleide beroepsbevolking en een goed werkend rechtssysteem. Daarnaast toont het betalen van

---

<sup>30</sup> L. Rijff, De rol van Nederland in belastingoptimalisatie: hoe zit de vork echt in de steel?, *WFR* 2013/1547, par. 2.

<sup>31</sup> D.A. Albregtse, De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!, *WFR* 2017/8, par. 3.6.

<sup>32</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938, par. 4; C. Bruijsten, Belastingrecht en ethiek: een mogelijk denkkader, *WFR* 2014/580, par. 3; D.A. Albregtse, De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!, *WFR* 2017/8, par. 3.1.

belasting aan dat een multinational betrokken is bij het land van vestiging, hetgeen goed is voor de reputatie van de multinational. Een juiste visie is derhalve dat multinationals naar winstmaximalisatie streven door middel van belastingoptimalisatie (in plaats van belastingminimalisatie). Deze nuance houdt in dat multinationals weliswaar uit puur eigenbelang handelen, maar dat zij in hun analyse tot winstmaximalisatie het gehele spectrum van de gevolgen van belastingheffing meewegen. Zo is het voor multinationals van belang dat zij in het land van vestiging gebruik kunnen maken van een goede infrastructuur, goed geschoolde arbeidskrachten en een goed werkend rechtssysteem. De baten van deze – door belastingen gefinancierde – factoren, moeten worden afgewogen tegen de baten van het minimaliseren van de te betalen belasting. In het licht van de doelstelling van winstmaximalisatie stellen multinationals zich onschuldig op met betrekking tot het gebruik van belastingontwijkingsstructuren. Ten eerste is volgens hen belastingontwijking gerechtvaardigd indien geen sprake is van bedrog of fraude. En ten tweede is het hen toegestaan om het eigen belang voorop te stellen, waarbij de ruimte wordt geboden om fiscaal de voordeligste route te kiezen.<sup>33</sup> Vanuit het eigenbelang is het voor multinationals ook rationeel om aan belastingoptimalisatie te doen: het nalaten ervan heeft immers invloed op de concurrentiepositie indien concurrenten wel gebruik maken van belastingoptimalisatie.

Naast winstmaximalisatie zijn nog andere doelstellingen denkbaar. Zo is er de afgelopen jaren steeds meer aandacht gekomen voor maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). Hierbij past het niet om alleen uit te gaan van puur eigen belang. Binnen dit kader dienen ondernemingen rekening te houden met maatschappelijke, bijvoorbeeld morele, overwegingen en deze overwegingen te verdisconteren in hun economisch handelen. Indien een multinational naar de buitenwereld uitdraagt dat zij doet aan maatschappelijk verantwoord ondernemen, past binnen deze uitdraging niet dat zij aan agressieve belastingplanning doet om zodoende de belastingpositie te optimaliseren. Het past immers niet binnen de morele visie van deze multinationals om op het scherpst van de snede aan belastingontwijking te doen.

Naast het feit dat multinationals intrinsiek gemotiveerd kunnen zijn om maatschappelijk verantwoord te ondernemen en dus vanuit zichzelf bereid zijn om minder agressief aan belastingplanning te doen, worden multinationals door de huidige discussie ook extrinsiek gemotiveerd om minder agressief aan belastingplanning te doen.<sup>34</sup> Het gaat hier vooral om de multinationals die niet naar de

---

<sup>33</sup> HR 19 januari 1994, nr. 28 646, *BNB* 1994/87 en recent HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, *V-N* 2015/27.16.

<sup>34</sup> R.H. Happé, *Fiscale ethiek voor multinationals*, *WFR* 2015/938, par. 13.

buitenwereld toe uitdragen dat zij hun ‘fair share’ willen bijdragen, maar dit toch doen omdat zij bang zijn voor reputatieschade. Het betreft hier geen juridisch afdwingbare plicht, ze handelen immers in overeenstemming met de wet, maar een morele plicht. Vooral de multinationals die business to consumer leveren voelen een grotere druk om aan deze morele plicht te voldoen. Onderzoeken naar de invloed van berichtgeving over belastingplanning van multinationals wijzen overigens niet unaniem op een werkelijk risico van (blijvende) reputatieschade.<sup>35</sup>

### **2.2.3. ‘Fair share’ en normering**

De fair-shareplicht houdt in dat iedereen zijn ‘fair share’ moet bijdragen om te zorgen dat de samenleving waarvan hij deel uitmaakt in stand kan worden gehouden.<sup>36</sup> Het probleem van ‘fair share’ is dat het begrip niet valt te concretiseren: wat voor de een fair is, hoeft niet per definitie voor de ander ook fair te zijn. Daarnaast laat een ‘fair share’ zich niet alleen uitdrukken in belastingafdrachten. Met name bij multinationals neemt de bijdrage aan het in stand houden van de samenleving in diverse vormen aan. Zo spelen multinationals een belangrijke rol in de werkgelegenheid van de landen waarin zij zijn gevestigd. De discussie over de invulling van ‘fair share’ wordt hier verder losgelaten. De stellingname is dat het huidige handelen in elk geval niet als ‘fair share’ kan worden aangemerkt en derhalve een gedragsverandering noodzakelijk is.

Om deze gedragsverandering te bewerkstelligen zijn incentives nodig voor multinationals om hun gedrag ook daadwerkelijk aan te passen. Op het ene uiterste zijn er critici<sup>37</sup> die zeggen dat de gedragsverandering moet worden afgedwongen door het aanpassen en verbeteren van regels, terwijl er zich op het andere uiterste critici<sup>38</sup> bevinden die stellen dat de gedragsverandering moet worden afgedwongen met behulp van een meer ethische benadering. Daarnaast is ook nog een tussenvariant denkbaar, die uitgaat van beide uitersten.

#### *Benadering vanuit de wet*

Volgens deze benadering is het de taak van de wetgever om fiscale normen vast te stellen en deze te verankeren in de wet. Van belastingplichtigen wordt vervolgens verwacht dat zij deze wettelijke normen volgen. Volgens Stevens is het “begrijpelijk dat de samenleving met afstandelijk cynisme

---

<sup>35</sup> T. Bender, Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20, par. 4.

<sup>36</sup> T. Bender, Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20, par. 2.4.

<sup>37</sup> L.G.M. Stevens, Fiscale ethiek voor iedereen, *WFR* 2015/1060; J.L.M. Gribnau, Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstige driespan, *NTFR* 2017/660.

<sup>38</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938.



reageert op deze belastingidealen als de wetgeving overkill en lekken vertoont”.<sup>39</sup> Met belastingidealen doelt hij op de beginselen solidariteit en sociale rechtvaardigheid. Stevens is van mening dat te vaak wetgeving wordt ingevoerd met als doel de schatkist te vullen. Dit heeft negatieve invloed op de belastingmoraal om de ‘fair share’ te voldoen. Daarnaast vertoont de wet veel – bewuste en onbewuste – lekken, waar met name multinationals gebruik van maken in hun belastingplanning. Het wordt multinationals verweten dat zij gebruik maken van deze lekken om zo hun belastinggrondslag uit te hollen, maar de lekken worden soms met dit doel gecreëerd. Het zijn dus niet alleen de multinationals die hier als schuldige moeten worden aangewezen, de overheid werkt belastingontwijking ook in de hand.

Een definitie van ‘fair share’ laat zich niet eenvoudig vertalen in een wettelijke bepaling, daarvoor heeft het begrip een te veel moreel-ethische lading. Het is wel mogelijk om via de wet de mogelijkheid tot belastingplanning te beperken. Hiervoor dienen allereerst de lekken die de wet kent te worden gedicht. Daarnaast moet volgens Stevens een “breed gedragen rechtsnorm die voldoende concreet is om ook geïmplementeerd te worden in de geldende – onderling nogal verschillende – internationale rechtsstelsels, die voldoende handhaafbaar is en voor de rechter kan fungeren als krachtige bron van rechtsvinding” worden ontwikkeld.<sup>40</sup> Dit laatste is tegelijkertijd ook het grootste struikelblok van een benadering vanuit de wet. Een aanpak vanuit de wet werkt alleen indien dit mondiaal geschiedt. Het verzaken van één land kan er al toe leiden dat een wettelijke aanpak niet de gewenste uitwerking heeft, er ontstaat hier dus een free-rider probleem. Een bijkomend probleem is dat de leden van de organisaties die deze fair-taxation maatregelen treffen niet democratisch worden gekozen door het volk.<sup>41</sup> Dit leidt ertoe dat de maatregelen die worden getroffen om fair-taxation en het bijdragen van een ‘fair share’ te bewerkstelligen niet per definitie een weerspiegeling zijn van de wensen van de samenleving.

De huidige stand van zaken bij de OESO en de EU laten wel zien dat ontwikkelingen gaande zijn om een mondiale aanpak te bewerkstelligen. Het feit dat deze plannen nog niet tot concrete – op elkaar afgestemde – regelgeving heeft geleid, laat zien dat de praktijk weerbarstig blijft. De harmonisatie van fiscale rechtsstelsels lijkt om die reden (nog) een utopie. Dit hoeft niet te betekenen dat landen stil moeten blijven staan. Een unilaterale aanpak is wellicht niet even effectief als een mondiale

---

<sup>39</sup> L.G.M. Stevens, Fiscale ethiek voor iedereen, *WFR* 2015/1060.

<sup>40</sup> L.G.M. Stevens, Fiscale ethiek voor iedereen, *WFR* 2015/1060.

<sup>41</sup> P.B.W.L. Lamberts, Fair taxation: Truth is in The Eye of het Beholder, *WFR* 2016/123, par. 6.

aanpak - en leidt ook tot negatieve gevolgen voor het desbetreffende land -, maar zorgt er wel voor dat landen voldoen aan hun morele plicht om belastingplanning van multinationals in te perken.

### *Benadering vanuit de ethiek*

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de benadering vanuit de ethiek. Deze benadering gaat ervan uit dat multinationals zich zelfstandig onthouden van agressieve belastingplanning, omdat de samenleving kan worden gezien als een samenwerkingsverband tot wederzijds voordeel.<sup>42</sup> Deze zienswijze is gebaseerd op *A Theory of Justice*<sup>43</sup> van John Rawls. Zijn theorie gaat niet uit van puur rationeel eigenbelang. Van eenieder mag worden verwacht dat hij naast het nastreven van een eigenbelang, tevens rekening houdt met de belangen van anderen en van de samenleving als geheel waarvan hij onderdeel is. De samenleving handelt dus volgens een morele plicht. Volgens Happé<sup>44</sup> zijn er een tweetal morele plichten die moeten worden nagekomen: de ‘fair share’ plicht en de nakomingsplicht.

De ‘fair share’ plicht houdt in dat van ieder individu in de samenleving mag worden verwacht dat hij zijn ‘fair share’ bijdraagt om de samenleving waarvan hij onderdeel is in stand te houden. Het nadeel van deze ‘fair share’ plicht is dat deze niet valt te concretiseren. Happé pleit daarom voor het ‘single tax principle’: inkomen moet slechts één keer in de belastingheffing worden betrokken – niet meer en ook niet minder.<sup>45</sup> Aan de ‘fair share’ plicht wordt door multinationals voldaan indien zij double-dips vermijden en de overwegingen die ten grondslag liggen aan agressieve belastingplanning evalueren. Dit dient met name in samenhang te worden gezien met waar de multinational economische activiteiten verricht. De vraag is echter hoe ver een multinational moet gaan in het toetsen van deze aanknopingspunten. Moet bij iedere handeling eerst de vraag worden gesteld of dit niet in strijd is met de morele plicht? Of heeft de multinational een bandbreedte waarin hij ethiekvrij kan opereren? Dit soort kwesties maken een open norm als een ‘fair share’ plicht lastig uitvoerbaar in een samenleving waarin de meningen over de invulling van ‘fair share’ sterk uiteen lopen.

Naast de ‘fair share’ plicht is er de nakomingsplicht; deze houdt in dat multinationals zich niet alleen naar de letter van de wet gedragen maar ook naar de geest van de wet handelen. Dit wordt door Happé als volgt ingevuld: “men behoort geen structuren toe te passen die voor de wetgever, ware hij

---

<sup>42</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938, par. 9.

<sup>43</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press 1972.

<sup>44</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938, par. 9.

<sup>45</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938, par. 12.

bij het opstellen van de wet daarvan op de hoogte geweest, aanleiding zou zijn geweest de wet anders te formuleren".<sup>46</sup> Het probleem van de grondslaguitholling en het kunstmatig verschuiven van winsten door multinationals zit echter niet zo zeer in het feit dat zij niet handelen naar de geest van de wet, maar zit in het feit dat zij gebruik kunnen maken van dispariteiten tussen de nationale wetgeving van verschillende landen.<sup>47</sup> Het gebruikmaken van dispariteiten voldoet weliswaar aan de nakomingsplicht, maar kan vanuit moreel-ethisch perspectief niet worden aanvaard. Op dit punt schiet de nakomingsplicht van Happé dus zeker tekort. Daarnaast is moreel-ethisch handelen niet afdwingbaar indien het geen verplichting is. Het free-rider probleem is bij een benadering vanuit de ethiek aanzienlijk.

### *Tussenvariant*

Naast de benadering vanuit de wet of de benadering vanuit de ethiek, is ook nog een tussenvariant denkbaar. Bender<sup>48</sup> komt met een tussenvariant die uitgaat van beide uitersten. Bender is zich ervan bewust dat deze oplossing niet sluitend is, maar dat het wel het maatschappelijke probleem dat speelt kan verminderen. In deze benadering wordt van een multinational verwacht dat deze zich in de planning van een fiscale route laat leiden door wat anderen verwachten van de multinational op het gebied van belastingplanning.<sup>49</sup> Deze koers kan worden bepaald met behulp van een zogenoemde stakeholder engagement, waarbij een multinational de fiscale positie bepaalt op basis van overleg met relevante partijen. Het is voor de multinational niet de plicht om rekening te houden met alle standpunten, maar het geeft wel weer wat de stakeholders belangrijk vinden. Door het houden van een stakeholders engagement wettelijk vast te leggen is het voor multinationals verplicht om de standpunten van de stakeholders te peilen. Deze standpunten vertalen zich vanzelf in handelen conform deze standpunten door de multinational. De multinational wenst immers geen reputatieschade op te lopen naar haar stakeholders toe. De stakeholders engagement is vormvrij, aangezien deze per bedrijf kan verschillen.

Het nadeel van de stakeholders engagement is dat ook hier – evenals bij de benadering vanuit de ethiek – niets kan worden geconcretiseerd. De (gewenste) fiscale koers hangt af van de relevante stakeholders en van de markt waarin de multinational opereert. Het is weliswaar een goede ontwikkeling door de stakeholders engagement wettelijk af te dwingen, maar de uitkomst ervan is

---

<sup>46</sup> R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938, par. 11.

<sup>47</sup> T. Bender, Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20, par. 2.4.

<sup>48</sup> T. Bender, Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20.

<sup>49</sup> T. Bender, Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20, par. 3.1.

nog altijd sterk te manipuleren. Het is de multinational die bepaalt welke stakeholders hij belangrijk acht en aan welke stakeholders de meeste waarde wordt gehecht.

Van de drie genoemde methoden lijkt de benadering vanuit de wet de beste oplossing. Deze benadering biedt de meeste rechtszekerheid voor belastingplichtigen en kent geen free-rider probleem. Het is hier wel noodzakelijk dat de huidige lekken in de wet worden gedicht en dat meer antimisbruikbepalingen worden ingevoerd. In een ideale wereld zou een benadering vanuit de wet op zichzelf staand ook volledig werken, maar doordat hier een mondiale aanpak is vereist - die momenteel nog niet uitvoerbaar is - zijn naast de wettelijke benadering nog andere incentives nodig om te zorgen dat multinationals hun 'fair share' bijdragen. Bij deze incentives kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het openbaar maken van adviesrapporten van belastingstructuren, het openbaar maken van de gemiddelde belastingdruk in de verschillende vestigingslanden (Country by Country Reporting openbaar toegankelijk maken) en het openbaar maken belastingrulings. Strikte wetgeving in combinatie met deze incentives zorgt ervoor dat multinationals hun gedrag met betrekking tot belastingplanning aanpassen en leidt ertoe dat multinationals beter aan hun 'fair share' bijdrage voldoen.

#### *Maatregelen om (agressieve) belastingplanning tegen te gaan*

De afgelopen jaren is al een groot aantal ontwikkelingen zichtbaar om het probleem van belastingontwijking aan te pakken. Zo heeft de OESO met zijn 15 anti-BEPS actiepunten en de ontwikkelingen in de informatie uitwisseling gezorgd voor de ontwikkelingen op mondiaal niveau, de EU met haar richtlijnen (met name ATAD) voor de ontwikkelingen op Unieniveau en de landen zelf met hun nationale wetgeving voor de ontwikkelingen op unilateraal niveau.

De tot nu toe ingevoerde maatregelen liggen het dichtst bij de benadering vanuit de wet. Daarbij worden – met name in de OESO maatregelen – verschillende incentives aan belastingplichtigen (multinationals) gegeven om te zorgen dat zij hun 'fair share' voldoen. De maatregelen die momenteel worden genomen, liggen dus in lijn met de in mijn optiek enige juiste benadering om te zorgen dat multinationals aan hun 'fair share' verplichting voldoen.

## **2.3 De rol van de coöperatie in internationale belastingstructuren**

### **2.3.1 Algemeen**

De behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 heeft de afgelopen jaren diverse veranderingen ondergaan. Tot 2012 was geen sprake van inhoudingsplicht voor coöperaties in de Wet DB 1965. De gedachte hierachter was dat de coöperatie kan worden gezien als een samenwerkingsverband tussen verschillende ondernemers waarbij functies en taken bijeen worden gebracht, terwijl de ondernemers zelf voor hun overige taken zelfstandig blijven. De coöperatie vormt een verlengstuk van (de onderneming van) haar leden. Bij een coöperatie gaat het dus om samenwerking, in tegenstelling tot kapitaaldeelname bij een NV of BV. Een NV of BV oefent een bedrijf uit ten behoeve van hun aandeelhouders en kapitaalverstrekkers, terwijl de coöperatie een bedrijf uitoefent ten behoeve van de onderneming van hun leden.<sup>50</sup> Dit verschil tussen de NV en de BV enerzijds en de coöperatie anderzijds heeft de afwijkende behandeling tussen de verschillende rechtsvormen in de Wet DB 1965 altijd gerechtvaardigd. Dit duidelijke verschil tussen de NV en de BV enerzijds en de coöperatie anderzijds vertroebelde echter steeds meer. De coöperatie werd steeds minder voor zijn oorspronkelijke doel gebruikt en steeds meer gebruikt vanuit fiscale overwegingen. De coöperatie nam in (met name) internationale structuren de rol van de NV of BV (als tussenhouder) over om zodoende de dividendbelasting te kunnen ontwijken. De dividendbelasting op uitgaande dividenden vormt namelijk een eindheffing bij de buitenlandse aandeelhouders. Dit heeft ertoe geleid dat met ingang van 1 januari 2012 een antimisbruikbepaling is opgenomen in artikel 1, lid 7, Wet DB 1969. Deze antimisbruikregel is ingevoerd om te voorkomen dat de coöperatie oneigenlijk wordt gebruikt in ontgaansstructuren, kortom in situaties waarbij de coöperatie niet meer wordt gebruikt waarvoor deze oorspronkelijk is bedoeld. Per 1 januari 2016 is het hiervoor genoemde artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 wederom aangepast naar aanleiding van de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. In de hiernavolgende paragrafen worden de ontgaanssituaties uitgewerkt en wordt eveneens ingegaan op de wijzigingen van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 per 2012 en 2016.

### **2.3.2 De coöperatie in de dividendbelasting vóór 2012**

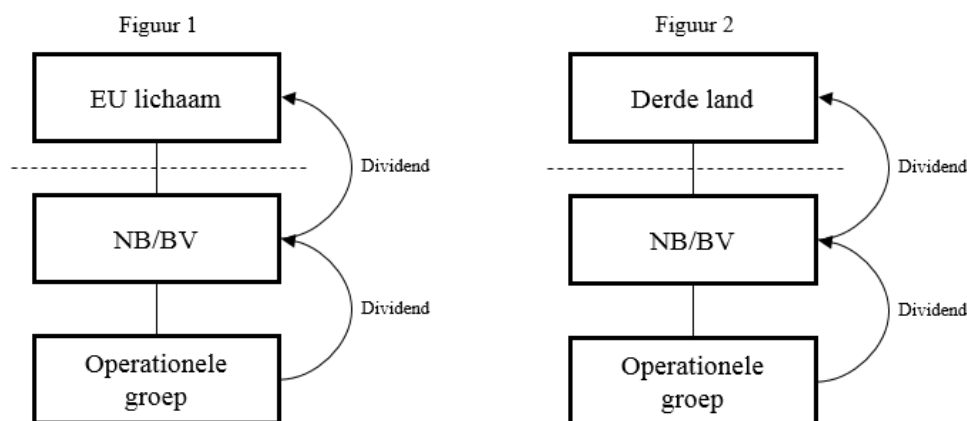
Tot 1 januari 2012 werd de coöperatie niet beschouwd – ook niet in ontgaanssituaties – als inhoudingsplichtige voor de Wet DB 1965. Zoals in de vorige paragraaf geschetst, had dit te maken met het feit dat de coöperatie een bepaald doel diende. Het gevolg hiervan was dat de coöperatie niet als inhoudingsplichtige werd aangemerkt voor de Wet DB 1965. Dit leidde er vervolgens toe dat de

---

<sup>50</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

coöperatie steeds meer werd gebruikt om dividendbelasting te ontwijken. Met name in grensoverschrijdende situaties was het lucratief om door het tussenschuiven van een coöperatie geldstromen zonder de heffing van dividendbelasting naar het buitenland te laten vloeien. In grensoverschrijdende situaties vormt de dividendbelasting doorgaans een eindheffing, derhalve proberen internationaal opererende belastingplichtigen structuren op te zetten om de dividendbelasting te ontwijken.

In sommige situaties was het mogelijk om dit resultaat ook te bereiken indien de geldstromen naar het buitenland vloeiden vanuit een NV of BV. Het betreft hier de situaties waarbij op de dividenduitkering van de NV of BV naar het buitenland de inhoudingsvrijstelling van artikel 4, lid 2, Wet DB 1965 van toepassing was. Dit hield in dat de NV of BV werd vrijgesteld van inhoudingsplicht, indien de opbrengstgerechtigde (buitenlands lichaam) in de EU was gevestigd, en op dit lichaam – indien in Nederland gevestigd – de deelnemingsvrijstelling of –verrekening van toepassing zou zijn. Daarnaast was het in de relatie met derde landen soms nog mogelijk om via de verdragstoepassing de dividendbelasting naar 5% of 0% te brengen. Hieronder wordt schematisch weergegeven om welke structuren het hier gaat.

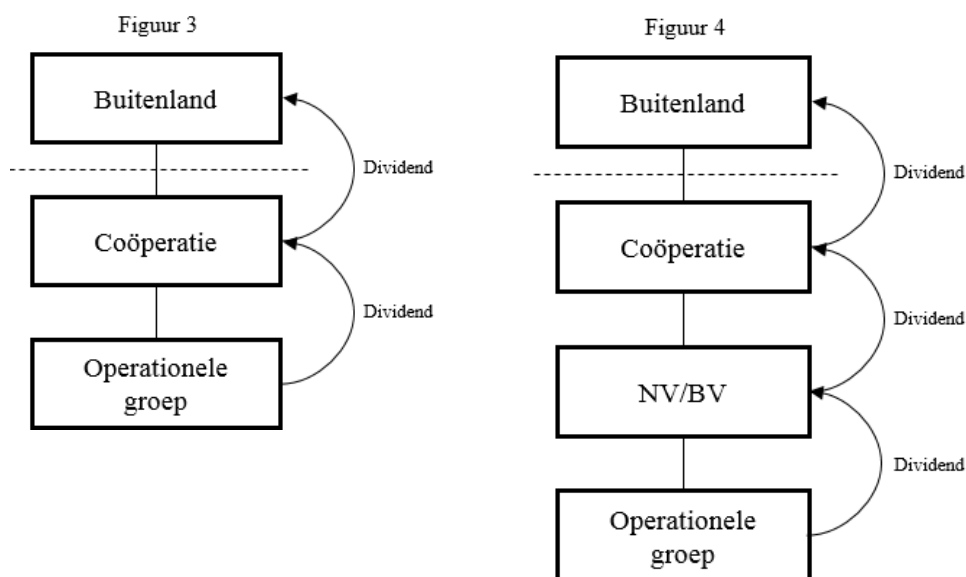


In figuur 1 wordt vanuit de operationele groep een dividend uitgekeerd naar de in Nederland gevestigde NV of BV. Op grond van artikel 4 Wet DB 1965 hoeft de groep op deze dividenduitkering geen dividendbelasting in te houden. De dividenduitkering valt bij de NV of de BV onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB en is derhalve niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen bij de NV of BV. De tweede dividenduitkering van de NV of de BV naar een in een andere EU lidstaat gevestigd lichaam is eveneens vrijgesteld van dividendbelasting op grond van artikel 4, lid 2, Wet DB 1965 indien aan de aldaar genoemde voorwaarden wordt voldaan.

In figuur 2 wordt vanuit de groep dividend uitgekeerd waarop wederom geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden op grond van artikel 4 Wet DB 1965. Op de tweede dividenduitkering is de inhoudingsvrijstelling echter niet van toepassing, aangezien niet aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2, Wet DB 1965 wordt voldaan. In deze situatie kan een eventueel aanwezig belastingverdrag tussen Nederland en het derde land een uitkomst bieden. Indien in een dergelijk belastingbedrag een bepaling is opgenomen over de heffing van bronbelasting op dividenduitkeringen, wordt het bronbelastingpercentage – afhankelijk van het verdrag – verlaagd naar 5% of 0%.

Het tussenschuiven van een coöperatie was in de hierboven genoemde situaties niet noodzakelijk om de dividendbelasting te ontwijken. De coöperatie werd dus met name gebruikt in de situaties waar de inhoudingsvrijstelling voor de NV of BV niet van toepassing was, of waar het belastingverdrag de mogelijkheid niet bood om de bronheffing te verminderen. Dit was mogelijk doordat het percentage niet werd verlaagd indien een verdrag van toepassing was, of omdat er in het geheel geen verdrag aanwezig was. Ten aanzien van het laatste diende te worden teruggevallen op het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001, dat niet voorzag in een vermindering van bronbelasting op uitgaande dividenden.

De coöperatie was dus bij uitstek een ideale oplossing voor deze “problematiek”. Enerzijds omdat de coöperatie niet inhoudingsplichtig was voor de Wet DB 1965 en anderzijds omdat de coöperatie onder de werking van de deelnemingsvrijstelling viel. Zo waren dus inkomende dividenduitkeringen – in binnenlandse verhouding – bij de coöperatie niet belast door de werking van de deelnemingsvrijstelling en was op de uitgaande dividendstromen naar het buitenland toe geen dividendbelasting verschuldigd. Hieronder wordt schematisch weergegeven om welke structuren het hier gaat.



Figuur 3 is vergelijkbaar met de situatie in figuur 1 en 2, met als verschil dat bij het opzetten van de structuur in plaats van een NV of een BV een coöperatie aan de top van de structuur staat. Zoals hiervoor al toegelicht is dit met name lucratief indien de inhoudingsvrijstelling van artikel 4, lid 2, Wet DB 1965 niet van toepassing is op de dividenduitkering van de NV of de BV naar het buitenland of in het geval dat er geen verdrag is tussen Nederland en het buitenland. De dividendbetaling van de operationele groep<sup>51</sup> aan de coöperatie wordt bij de coöperatie niet in de vennootschapsbelasting betrokken door de werking van de deelnemingsvrijstelling. Tevens hoeft op deze dividenduitkering geen dividendbelasting te worden ingehouden door de werking van de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965. De dividendbetaling van de coöperatie naar het buitenland toe is wederom niet onderworpen aan de dividendbelasting, de coöperatie was immers vóór 2012 niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Op deze manier konden geldstromen vrij van dividendbelasting naar het buitenland vloeien.

Figuur 4 geeft de situatie weer dat de coöperatie niet al bij het opzetten van de structuur aan de top is gezet, maar op een later moment is tussengeschoven. Op deze manier kon een bestaande latente dividendbelastingclaim – op de winstreserves in de NV of de BV – worden ontweken door het tussenschuiven van een coöperatie. Na het tussenschuiven van de coöperatie was namelijk de situatie gelijk aan figuur 3: geen dividendbelasting. Hier moet wel nadrukkelijk een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin een coöperatie wordt tussengeschoven en de situatie waarbij een bestaande NV of BV wordt omgezet in een coöperatie om tot een dergelijke structuur te komen. In het laatste geval is namelijk wel sprake van een heffingsmoment in de dividendbelasting.<sup>52</sup> Bij een omzetting van een NV of een BV in een coöperatie wordt volgens artikel 28a, eerste lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) de NV of de BV geacht te zijn geliquideerd waarbij het vermogen wordt geacht te zijn uitgekeerd aan de achterliggende aandeelhouders naar de mate van hun gerechtigheid. Op grond van artikel 3, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965 wordt vervolgens dividendbelasting geheven over hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd boven het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal.

Naast de voorbeelden in de figuren 1-4 is het ook nog mogelijk om een (Nederlandse) coöperatie tussen twee buitenlandse vennootschappen te plaatsen. Op deze manier kan – indien de belastingverdragen dit mogelijk maken – buitenlandse bronbelasting worden ontweken. Een

---

<sup>51</sup> Het is ook mogelijk dat dit een beleggende groep betreft, mits aan de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt voldaan.

<sup>52</sup> E.C.C.M. Kemmeren, Dividendbelasting in internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar, *TFO* 2008/66.



coöperatie is volgens Nederlands recht namelijk een non-transparant lichaam, hetgeen verdragstoepassing mogelijk maakt indien de coöperatie voor verdragsdoeleinden in Nederland is gevestigd.

Kort samengevat geeft de onderstaande tabel de mogelijkheden onder de regelgeving van vóór 2012 weer om de dividendbelasting op uitgaande dividenduitkeringen te ontwijken.

|            | Binnen EU/EER en deelnemingsvrijstelling of -verrekening van toepassing | Binnen EU/EER, maar deelnemingsvrijstelling of -verrekening niet van toepassing                | Derde landen met verdrag                               | Derde landen zonder verdrag |
|------------|---|--|--|-----------------------------|
| NV/BV      | Mogelijk, want inhoudingsvrijstelling.                                  | Niet mogelijk, want geen inhoudingsvrijstelling. Wellicht biedt het verdrag nog een oplossing. | Mogelijk indien het verdrag de bronbelasting verlaagt. | Niet mogelijk.              |
| Coöperatie | Mogelijk  | Mogelijk   | Mogelijk   | Mogelijk                    |

### 2.3.3 De coöperatie in de dividendbelasting tussen 2012 en 2015

Vanaf 1 januari 2012 is de inhoudingsplicht voor coöperaties in de Wet DB 1965 aangepast. De wetgever heeft toen-der-tijd inhoudingsplicht gecreëerd voor de coöperatie in misbruiksituaties. Het gaat hier om de situaties dat met fiscale motieven een coöperatie zonder reële betekenis wordt tussengeschoven om belasting te ontwijken.<sup>53</sup> De hoofdregel bleef echter dat de coöperatie in het algemeen niet als inhoudingsplichtige werd aangemerkt voor de Wet DB 1965. In het per 1 januari 2012 ingevoerde artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 zijn twee situaties te onderscheiden waarin de coöperatie als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt:

- Indien de coöperatie deel uitmaakt van een beleggingsstructuur met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te ontgaan.
- Indien de coöperatie deel uitmaakt van een ondernemingsstructuur met het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan.

Het is allereerst van belang om te bepalen of het lidmaatschapsrecht tot het ondernemingsvermogen van het lid behoort; immers de voorwaarden en gevolgen van het behoren tot een ondernemingsstructuur respectievelijk beleggingsstructuur zijn nogal verschillend. Om te bepalen of

<sup>53</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 17.

het belang tot het ondernemingsvermogen van het lid behoort, is in de parlementaire behandeling aangegeven dat dient te worden aangesloten bij de oogmerctoets in de deelnemingsvrijstelling.<sup>54</sup> Dit houdt in dat op het niveau van het lid het lidmaatschapsrecht niet mag worden aangehouden “met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht”.<sup>55</sup> Het is hierbij mogelijk dat sprake is van een gemengd oogmerk indien op het niveau van de coöperatie zowel beleggingen worden aangehouden als ondernemingsactiviteiten worden uitgevoerd die in het verlengde liggen van de ondernemingsactiviteiten van het lid. In dat geval dient te worden beoordeeld welk oogmerk doorslaggevend is. Als de coöperatie een schakelfunctie vervult, behoren de lidmaatschapsrechten per definitie tot het ondernemingsvermogen van het lid van de coöperatie.

Indien de coöperatie deel uitmaakt van een beleggingsstructuur, dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan om de coöperatie als inhoudingsplichtige voor de Wet DB 1965 aan te merken. Allereerst dient de coöperatie direct of indirect aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969 te houden. Ten tweede dienen de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969 te worden gehouden met het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen om dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te ontgaan. Volgens de staatssecretaris dient hier te worden gekeken of de coöperatie een reële functie vervult en wat de drijfveren van de leden zijn.<sup>56</sup> Deze drijfveren moeten op het niveau van de coöperatie tezamen worden afgewogen.<sup>57</sup> Om deze drijfveren te bepalen wordt de situatie vergeleken waarbij de coöperatie de aandelen, winstbewijzen of geldleningen zelf houdt, ten opzichte van de situatie dat deze direct zouden worden gehouden door de achterliggende leden zelf. Indien het tussenschuiven van de coöperatie leidt tot een lagere dividendbelastingclaim of buitenlandse belastingclaim, is sprake van een ontgaansmotief. Volgens de staatssecretaris dient bij de invulling van deze toets te worden aangesloten bij de jurisprudentie gewezen door het HvJ<sup>58</sup> op dit gebied waarin wordt gesproken van “een volstrekt kunstmatige constructie”. Hiervoor dient te worden onderzocht of de economische werkelijkheid overeenkomt met de juridische vorm.<sup>59</sup> Hierbij kunnen zowel subjectieve- als objectieve elementen van belang zijn. Het subjectieve element gaat in op het motief van de belastingplichtige om een

---

<sup>54</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 78.

<sup>55</sup> Kamerstukken II, 2009/10, 33 129, nr. 3, p. 58.

<sup>56</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 30.

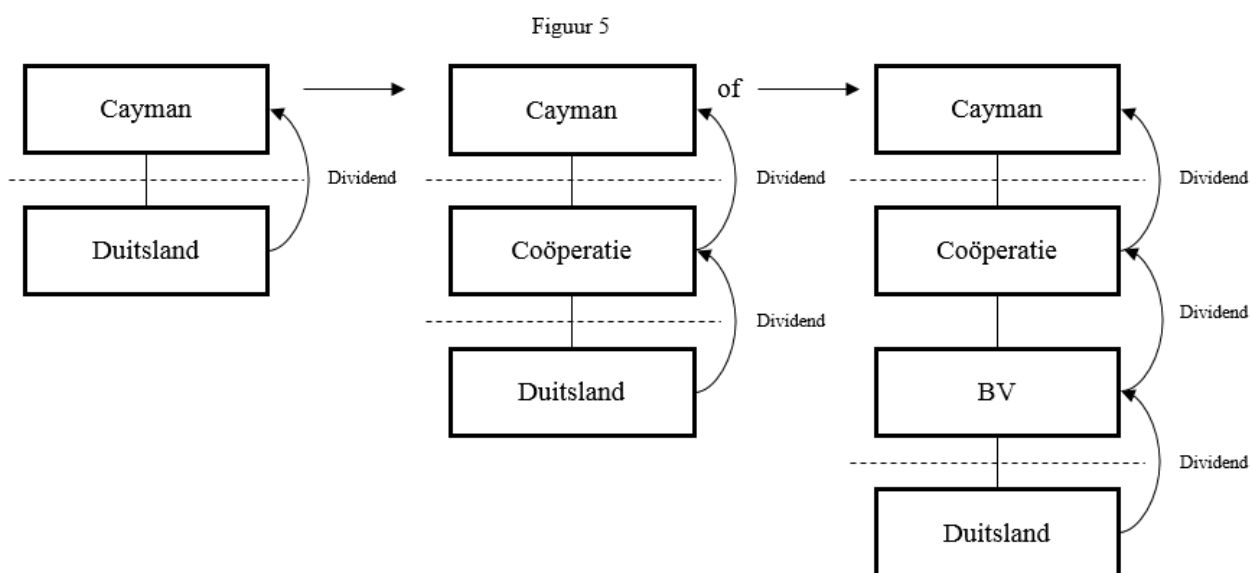
<sup>57</sup> Brandsma, R.P.C.W.M., En de boer hij ploegde voort: soms dividendbelasting voor leden van een coöperatie en soms niet, *WFR* 2011/1355, par. 4.3.

<sup>58</sup> HvJ EG 12 september 2016, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), *BNB* 2007/54.

<sup>59</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 30.

belastingvoordeel de bewerkstelligen. Het is echter niet zo strikt dat iedere voordelige structurering een volstrekt kunstmatige constructie tot gevolg heeft.<sup>60</sup> Daarnaast kunnen ook objectieve elementen zoals de plaats van de werkelijke leiding, substance<sup>61</sup> en het reële risico dat de coöperatie draagt een rol spelen.<sup>62</sup> Door aan te sluiten bij het criterium “volstrekt kunstmatige constructie”, bestaat nog steeds voldoende ruimte om met behulp van een coöperatie structuren op te zetten waarbij dividendbelasting wordt ontweken.

Het ontgaan van buitenlandse belasting bij een ander verdient nog enige aandacht. De staatssecretaris geeft in de memorie van toelichting aan dat deze wijziging is doorgevoerd omdat dit anders negatieve gevolgen heeft voor het imago van Nederland in het buitenland.<sup>63</sup> Deze wijziging is dus puur ingegeven vanuit eigenbelang en niet omdat het ontgaan van buitenlandse belasting negatief uitpakt voor de buitenlanden. Hieronder wordt schematisch weergegeven om welke situaties het hier gaat.



Door het tussenschuiven van de coöperatie in Nederland wordt de buitenlandse bronbelastingclaim op de winstreserves in het Duitse lichaam verlaagd of zelfs geheel afgeschud, afhankelijk van het gesloten belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland.<sup>64</sup> Deze situatie wordt ondervangen door de eerste volzin van het per 2012 ingevoerde artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 (oud). In de derde structuur

<sup>60</sup> W.W. Moneiro en J. van Gool, Misbruik van coöperaties; het is duidelijk dat het niet duidelijk is, *NFR-A* 2013/26, par. 5.1.

<sup>61</sup> Substance kan worden bepaald aan de hand van de in het besluit van 12 juni 2014, nr. *DGB/3099* vastgelegde objectieve criteria.

<sup>62</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 30.

<sup>63</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 112.

<sup>64</sup> In het verdrag tussen Nederland en Duitsland leidt dit er door de werking van artikel 10 van het belastingverdrag toe dat de bronbelasting wordt verminderd tot 5%.

wordt voor het bepalen of de coöperatie wordt gebruikt om de buitenlandse bronbelasting te ontgaan de tussengeschoven BV genegeerd. Ook een dergelijke situatie valt dus onder de reikwijdte van artikel 1, lid 7, Wet DB (oud). In de literatuur wordt betoogd dat het tegengaan van deze structuren met de coöperatie eigenlijk geen waarde heeft, aangezien de buitenlandse bronbelasting ook simpelweg kan worden ontgaan of verminderd door het tussenschuiven van een BV.<sup>65</sup>

De tweede situatie die wordt ondervangen door artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 (oud) is de situatie waar weliswaar sprake is van een ondernemingsstructuur, maar waarbij het doel of een van de voornaamste doelen is om een bestaande dividendbelastingclaim bij een ander te ontgaan (tweede volzin). De reikwijdte van deze maatregel is een stuk beperkter dan de maatregel in beleggingsstructuren. De maatregel gaat alleen op indien het motief het ontgaan van Nederlandse dividendbelasting is (en dus niet ook buitenlandse bronbelasting) en daarnaast is de grondslag waarover dividendbelasting wordt geheven beperkt. In ondernemingsstructuren moet evenals in beleggingsstructuren worden getoetst of het doel of een van de voornaamste doelen is om een dividendbelastingclaim bij een ander te ontgaan. De tweede volzin verwijst terug naar de eerste volzin, hetgeen inhoudt dat eenzelfde toets moet plaatsvinden als bij beleggingsstructuren. Het gaat echter - ondanks dat de wettekst anders doet vermoeden - slechts om het ontgaan van dividendbelasting.<sup>66</sup> In ondernemingsstructuren dient getoetst te worden wat de motieven van de leden zijn om de coöperatie tussen te schuiven. Het is dus van belang welke functie de coöperatie vervult binnen het (ondernemende) concern. Een 'schakelende' coöperatie wijst weliswaar op een ondernemingsmotief, maar hoeft niet per definitie te betekenen dat geen sprake is van oneigenlijk gebruik. Indien de coöperatie namelijk wordt tussengeschoven in een ondernemingsstructuur waar al een Nederlandse schakel (tussenhoudster) in zit, is het mogelijk dat een bestaande dividendbelastingclaim op de 'zuivere winst' van de al aanwezige schakel wordt ontweken. Dit ontgaansmotief leidt ertoe dat voor de coöperatie subjectief belastingplicht in de Wet DB 1965 ontstaat voor de dividenden die worden uitgekeerd tot een totaal van de reeds aanwezige 'zuivere winst' op het moment van het tussenschuiven van de coöperatie. Uit de jurisprudentie gewezen over de bepaling van de zuivere winst bij een (gedeeltelijke) teruggave van kapitaal in de dividendbelasting heeft de Hoge Raad een definitie van het begrip zuivere winst gegeven. Hieronder moet worden verstaan al het vermogen dat aanwezig is boven het gestort kapitaal.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, En de boer hij ploegde voort: soms dividendbelasting voor leden van een coöperatie en soms niet, *WFR* 2011/1355, par. 4.4.

<sup>66</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 17.

<sup>67</sup> HR 28 juni 1978, nr. 18 031, *BNB* 1978/256.

De aanwezigheid van zuivere winst is echter geen vereiste voor het ontstaan van subjectief belastingplicht, het houdt slechts een beperking in op de grondslag waarover dividendbelasting is verschuldigd. Indien wel zuivere winst aanwezig is maar waar geen dividendbelastingclaim op rust door bijvoorbeeld de werking van een belastingverdrag, ontstaat voor de coöperatie geen inhoudingsplicht in de Wet DB 1965.

Indien de coöperatie onder de reikwijdte van artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 valt, worden de lidmaatschapsrechten gelijkgesteld met aandelen en wordt de coöperatie zelf gelijk gesteld met een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het gelijkstellen van lidmaatschapsrechten met aandelen leidt ertoe dat ook een liquidatie-uitkering van de coöperatie of een teruggaaf van hetgeen op de lidmaatschapsrechten is gestort (voor zover zuivere winst aanwezig) wordt belast onder de Wet DB 1965. De toepassing van de inhoudingsvrijstelling van artikel 4, lid 2, eerste en tweede lid, Wet DB 1965 wordt echter expliciet uitgesloten voor coöperaties. Was dit niet zo, dan had de antimisbruikbepaling geen effect gesorteerd in EU situaties. De coöperatie had dan namelijk alsnog een beroep kunnen doen op de Moeder-dochterrichtlijn, waardoor deze alsnog geen dividendbelasting zou zijn verschuldigd.

Met de invoering van het subjectief belastingplicht voor coöperaties in misbruiksituaties is getracht om het oneigenlijk gebruik van coöperaties tegen te gaan. Door de opmerking van de staatssecretaris in de parlementaire behandeling is het echter nog maar de vraag of dit doel ook wordt bereikt. Hij stelt namelijk dat met de invoering van artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 geen wijziging is beoogd ten opzichte van de in de huidige uitvoeringspraktijk van het APA/ATR team van de Belastingdienst gehanteerde uitgangspunten.<sup>68</sup> Daarnaast valt uit de literatuur op te maken dat veel onduidelijkheid bestaat over de toepasbaarheid van de antimisbruikbepaling.<sup>69</sup>

### **2.3.4 De coöperatie in de dividendbelasting vanaf 2016**

Met ingang van 1 januari 2016 is de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 wederom aangepast. Door de wijzigingen in de Moeder-dochterrichtlijn die op 27 januari 2015 zijn vastgesteld, werden de lidstaten verplicht om deze wijziging per 1 januari 2016 te implementeren in hun nationale wetgeving. De wijziging hield in dat in de Moeder-dochterrichtlijn een algemene

---

<sup>68</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 31.

<sup>69</sup> Zie in dit kader: R.P.C.W.M. Brandsma, En de boer hij ploegde voort: soms dividendbelasting voor leden van een coöperatie en soms niet, *WFR* 2011/1355; W.W. Moneiro en J. van Gool, Misbruik van coöperaties; het is duidelijk dat het niet duidelijk is, *NTFR-A* 2013/26; M.H.G.M Linden, E. van der en Houtgraaf, De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober, *WFR* 2011/1617; M.M. Wierenga, en A.J. Secker, Inhoudingsplicht voor coöperaties- een nadere analyse, *WFR* 2014/221.

antimisbruikbepaling werd opgenomen (GAAR), waardoor kort gezegd de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn worden ontzegd indien sprake is van een misbruiksituatie. Nederland heeft de GAAR geïmplementeerd door onder andere een wijziging door te voeren in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Nederland was niet verplicht om een wijziging door te voeren in de antimisbruikbepaling voor de coöperatie in de Wet DB 1965, deze bepaling valt immers niet onder de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn. Wat hier ook van zij, Nederland heeft er toch voor gekozen om de GAAR te laten doorwerken naar de antimisbruikbepaling voor coöperaties in de Wet DB 1965. Nederland heeft hier tevens gekozen voor een wereldwijde aanpak, terwijl de Moeder-dochterrichtlijn slechts verplicht om de GAAR te implementeren voor EU situaties.

Per 1 januari 2016 is de zinsnede ‘met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen’ in de eerste volzin vervangen de zinsnede ‘met als hoofddoel of een van de hoofddoelen’. Hierbij is in de parlementaire behandeling opgemerkt dat door deze wijziging geen andere behandeling wordt beoogd, dus de toets is gelijk aan de toets onder de regeling in de periode 2012-2015.<sup>70</sup> Daarnaast is de zinsnede ‘en het direct of indirect door die ander gehouden lidmaatschapsrecht van die coöperatie niet tot het vermogen van een onderneming van het lid behoort’ in de eerste volzin vervangen door ‘en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies’. Tevens wordt aan de eerste volzin toegevoegd: ‘een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan. Een constructie of reeks van constructies wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen’. Het onderscheid tussen lidmaatschapsrechten die wel en niet tot het ondernemingsvermogen behoren komt in de eerste volzin dus te vervallen. De staatssecretaris merkt hierbij in de parlementaire behandeling op dat sprake is van geldige zakelijke redenen “indien de coöperatie een zelfstandige reële economische betekenis heeft”.<sup>71</sup> Hiervan is volgens de staatssecretaris geen sprake indien de coöperatie geen materiële onderneming drijft.<sup>72</sup> Daarnaast is er sprake van geldige zakelijke redenen indien het lidmaatschapsrecht tot het ondernemingsvermogen van het lid behoort. Het voorgaande dient dus op dezelfde wijze te worden getoetst als onder de ondernemingstoets in het oude artikel 1, lid 7, Wet

---

<sup>70</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3, p.10.

<sup>71</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3, p.10.

<sup>72</sup> In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat indien de coöperatie mensen op de loonlijst heeft staan en over een eigen kantoorruimte beschikt, de coöperatie geacht wordt een materiële onderneming te drijven. Later is nog een verzachtende opmerking gemaakt dat de coöperatie niet daadwerkelijk personeel op de loonlijst hoeft te hebben staan en het ook voldoende is als de coöperatie een eigen kantoorruimte huurt of in eigen bezit heeft.

DB 1965.<sup>73</sup> Voor het ‘schakelende’ lid (tussenhoudster), die op basis daarvan onder de oude regeling per definitie niet als kunstmatig werd beschouwd, heeft de aanpassing van de eerste volzin wel gevolgen. De aanpassing leidt ertoe dat het ‘schakelende’ lid in het land van vestiging moet voldoen aan de naar Nederlandse maatstaven vastgestelde minimum substance-eisen<sup>74</sup> om te voorkomen dat de constructie als kunstmatig wordt beschouwd.<sup>75</sup> Indien de coöperatie zelf geen reële zelfstandige economische betekenis heeft, is het volgens de staatssecretaris nog mogelijk dat er wel sprake is van geldige zakelijke redenen wanneer het lidmaatschapsrecht wordt gehouden door “een tophoudster die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep”.<sup>76</sup> De overige coöperatie structuren waarop de antimisbruikbepaling ziet zijn niet gewijzigd ten opzichte van de per 2012 ingevoerde antimisbruikbepaling, deze werken derhalve hetzelfde uit zoals de bepaling die gold van 2012-2015.

Ook na de wijzigingen die zijn doorgevoerd per 1 januari 2016 blijft het lastig te beoordelen wanneer een coöperatie een reële economische functie vervult en welke situaties dus onder de antimisbruikbepaling vallen. Het moge duidelijk zijn dat de echte misbruiksituaties worden ondervangen door de antimisbruikbepaling, zo is het bijvoorbeeld niet meer mogelijk voor beleggers om hun belangen onder te brengen in een coöperatie om zodoende dividendbelasting te ontwijken. Overigens is het belang hiervan door de arresten HvJ Miljoen, X en Société Générale<sup>77</sup> enigszins komen te vervallen voor buitenlandse beleggers. De situaties waarin niet duidelijk blijkt of sprake is van ontgaansmotieven of waarbij verschillende motieven een rol spelen zijn echter lastiger te beoordelen op het wel of niet van toepassing zijn van de antimisbruikbepaling. De discussie rondom de coöperatie is daarom blijven voortbestaan. Dit heeft ertoe geleid dat de staatssecretaris in zijn brief van 20 september 2016 heeft aangekondigd per 1 januari 2018 een wijziging in de Wet DB 1965 te willen doorvoeren voor coöperaties.<sup>78</sup> Deze brief is een vervolg op de brieven van 27 november 2015<sup>79</sup> en 2 februari 2016<sup>80</sup> waarin werd aangekondigd dat Nederland belastingontwijking

---

<sup>73</sup> M.E. Lukkien, Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, *MBB* 2016/02, par. 2.4.

<sup>74</sup> Besluit van 12 juni 2014, nr. *DGB/3099*.

<sup>75</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 16.

<sup>76</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3, p.9.

<sup>77</sup> HR 4 maart 2016, nr. 12/03235, *BNB* 2016/88.

<sup>78</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, 2016-0000224153, antwoorden Kamervragen.

<sup>79</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 113.

<sup>80</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 114, p. 25.

gaat aanpakken en meer in het bijzonder de verschillende behandeling van kapitaalvennootschappen en coöperaties in de dividendbelasting wordt onderzocht. In zijn brief van 20 september 2016<sup>81</sup> gaf de staatssecretaris aan dat het toenemende gebruik van de coöperatie in internationale fiscale structuren de aanleiding voor het onderzoek is geweest. Op 16 mei 2017 heeft de staatssecretaris uiteindelijk woord bij daad gevoegd en het conceptwetsvoorstel ter consultatie aangeboden. Het voorstel komt er kort gezegd op neer dat de coöperatie inhoudingsplichtig wordt voor de Wet DB 1965 indien er sprake is van een kwalificerende lidmaatschapsrechten in een houdstercoöperatie. Voor een verdere bespreking van dit wetsvoorstel, het commentaar op het voorstel en eventuele andere alternatieven wordt verwezen naar hoofdstukken vier en vijf.

## **2.4 Conclusie**

De discussie omtrent belastingontwijking- en ontduiking is niet meer weg te denken in het huidige politieke en publieke debat. Met name de grootschalige belastingontduiking door multinationals staat centraal in deze discussie. Verschillende projecten door onder andere de OESO, de EU en eenzijdige aanpak door de verschillende landen zelf hebben er de afgelopen twee jaar toe geleid dat het probleem van belastingontwijking- en ontduiking wordt aangepakt. In dit hoofdstuk zijn de drijfveren van belastingontwijking voor multinationals besproken en tevens is aandacht besteed aan de manier waarop gezorgd kan worden dat multinationals hun fair share bijdragen. Verschillende factoren spelen een rol bij de keuze van multinationals om aan belastingontwijking te doen. Enerzijds zien zij belastingen als een kostenpost, maar anderzijds brengt het betalen van belasting ook voordelen met zich (locatie gebonden voordelen). Daarnaast hebben multinationals die naar de buitenwereld uitstralen maatschappelijk verantwoord te ondernemen juist een incentive om niet aan belastingontwijking te doen vanwege het risico op reputatieschade. Om de drijfveren van belastingontwijking door multinationals te beïnvloeden zodat zij hun ‘fair share’ bijdragen, is in dit hoofdstuk een drietal methoden aan bod gekomen. Van deze drie methoden (benadering vanuit de ethiek, benadering vanuit de wet en tussenvariant) is de benadering vanuit de wet het meest effectief om de ‘fair share’ bijdrage van multinationals af te dwingen. Als aanvulling op de wettelijke benadering is het uiteraard wel mogelijk om vanuit een meer ethisch oogpunt incentives aan multinationals te geven om hun ‘fair share’ bij te dragen. De tot nu toe ingevoerde maatregelen liggen het dichtst bij de benadering vanuit de wet. Daarnaast worden – met name in de OESO maatregelen – vanuit een meer ethisch oogpunt verschillende incentives aan belastingplichtigen

---

<sup>81</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.



(multinationals) gegeven om te zorgen dat zij hun 'fair share' voldoen. De maatregelen die momenteel worden genomen, liggen dus in lijn met de in mijn optiek enige juiste benadering om te zorgen dat multinationals aan hun 'fair share' verplichting voldoen. De nuance die moet worden aangebracht is dat een mondiaal gecoördineerde aanpak cruciaal is om het probleem van belastingontwijking effectief te kunnen aanpakken. Helaas is een mondiale aanpak bij de huidige stand van zaken nog niet (geheel) mogelijk.

In het tweede deel van dit hoofdstuk is de rol van de coöperatie binnen het bredere belastingontwikkingskader besproken. De coöperatie was tot 2012 niet inhoudingsplichtig voor de Wet DB 1965, aangezien de gedachte altijd was dat dit niet binnen het gedachtegoed van de coöperatie paste. Door dit kenmerk werd de coöperatie als rechtsvorm in internationale structuren steeds aantrekkelijker om zodoende de Nederlandse dividendbelasting of buitenlandse bronbelasting te kunnen ontwijken. Dit heeft de wetgever er in 2012 toe doen besluiten om een antimisbruikbepaling in te voeren in de Wet DB 1965. Deze antimisbruikbepaling tracht te voorkomen dat met fiscale motieven een coöperatie zonder reële betekenis wordt tussengeschoven om belasting te ontwijken. In 2016 is de antimisbruikbepaling nog aangepast bij de implementatie van de GAAR uit de Moeder-dochterrichtlijn. Tot echte materiële wijzigingen – los van de substance eisen voor een buitenlandse 'schakelende' tussenhoudster – heeft de aanpassing in 2016 voor de praktijk echter niet gezorgd. Tot een echte gedragsverandering van de praktijk heeft het invoeren van de antimisbruikbepaling echter niet geleid. Dit blijkt onder andere uit de opmerking van de staatssecretaris in zijn brief van 20 september 2016, waarin hij aangeeft dat het gebruik van houdstercoöperaties – zonder reële economische betekenis – in de periode 2006 tot 2015 flink is toegenomen. Daarnaast wordt de antimisbruikbepaling in het algemeen als onduidelijk ervaren. Het is nog altijd onzeker wat nu precies met een reële coöperatie wordt bedoeld. Ook wijst de staatssecretaris in zijn brief van 20 september 2016 op een mogelijk staatssteunrisico van de huidige behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965. Of dit staatssteunrisico daadwerkelijk aanwezig is, wordt in het volgende hoofdstuk besproken. Daarnaast komt in het volgende hoofdstuk ook de vraag aan bod of een coöperatie (in juridische) zin wel vergelijkbaar is met een NV of BV. De wens van de staatssecretaris is namelijk om de coöperatie, de NV en de BV gelijk te behandelen in de Wet DB 1965.

### **3. Huidige positie van de coöperatie in de Wet DB 1965**

#### **3.1 Inleiding**

In het voorgaande hoofdstuk is aan bod gekomen hoe de huidige discussie omtrent belastingontwijking en -ontduiking zich heeft ontwikkeld en wat de rol van de coöperatie in ontgaansstructuren is. De huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 is uitvoerig besproken en komt derhalve in dit hoofdstuk niet meer aan bod. Het is wel van belang om de conclusie - dat de coöperatie ook na het invoeren (en aanpassen) van de antimisbruikbepaling nog steeds aantrekkelijk is om te gebruiken in internationale structuren zonder additionele dividendbelastinglast - in het komende en daaropvolgende hoofdstuk in het achterhoofd te houden om een goed begrip te krijgen van mogelijke wijzigingen die de coöperatie in de Wet DB 1965 moet ondergaan. In zijn brief van 20 september 2016 heeft de staatssecretaris aangekondigd dat hij de positie van de coöperatie in de dividendbelasting wil aanpakken. In deze brief wijst hij op de verschillende behandeling van de NV en de BV enerzijds en de coöperatie anderzijds in de Wet DB 1965. Deze verschillende behandeling wenst hij op te heffen in de situatie dat geen sprake is van een zogenoemde reële coöperatie.<sup>82</sup> Naast deze (in zijn ogen ongewenste) verschillende behandeling wijst de staatssecretaris ook op het feit dat de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 een staatssteunrisico met zich brengt.<sup>83</sup> Het valt de staatssecretaris te verwijten dat hij geen nadere onderbouwing geeft van het veronderstelde staatssteunrisico. Het staatssteunrisico is immers voor de huidige gebruikers van de (houdster)coöperatie nogal van belang in het kader van een eventuele terugvordering van de steun. In dit hoofdstuk komt allereerst de vergelijkbaarheid van de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds aan bod. Dit is van belang voor de vormgeving van de aanpassingen met betrekking tot de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965. Vervolgens komt het veronderstelde staatssteunrisico aan bod, waarbij wordt getoetst of dit risico ook daadwerkelijk aanwezig is. In de deelconclusie wordt uiteindelijk een antwoord gegeven op de volgende twee deelvragen:

- Is de coöperatie zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk vergelijkbaar met een NV of een BV?
- Dient de huidige behandeling van de coöperatie binnen de Wet DB 1965 te worden aangemerkt als verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU?

---

<sup>82</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

<sup>83</sup> Ibidem.

## **3.2 Civiel- en fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid**

### **3.2.1 Algemeen**

De staatssecretaris geeft in zijn brief van 20 september 2016 aan dat hij de fiscale behandeling van de coöperatie, de NV en de BV in de Wet DB 1965 naar elkaar wil toetrekken. Het is echter de vraag of dit civiel- en fiscaalrechtelijk ook daadwerkelijk gerechtvaardigd is. Aan de NV en de BV enerzijds en de coöperatie anderzijds liggen immers zowel civiel- als fiscaalrechtelijk andere beginselen ten grondslag. In deze paragraaf worden de aan de coöperatie en de NV en BV ten grondslag liggende civiel- en fiscaalrechtelijke beginselen besproken. Daarnaast komt ook aan bod of deze verschillen onoverkomelijk zijn voor het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV in de Wet DB 1965. De juridische vergelijkbaarheid die in deze paragraaf wordt getoetst komt ook weer terug bij de behandeling van het selectiviteitscriterium in de staatssteunanalyse.

### **3.2.2 Civielrechtelijke vergelijkbaarheid**

De coöperatie is volgens artikel 2:53 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een vereniging die bij notariële akte wordt opgericht. Statutair moet de coöperatie het doel hebben om in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien<sup>84</sup> en moet worden opgericht door ten minste twee leden. De coöperatie bezit volgens artikel 2:3 BW rechtspersoonlijkheid en kan derhalve zelfstandig bezittingen en schulden hebben. De statuten van een coöperatie behoeven niet volgens een bepaalde wijze te worden ingevuld, hier zijn de leden van de coöperatie vrij in.<sup>85</sup> Een lid krijgt in de praktijk bij het toetreden tot een coöperatie een ledenrekening (voor de inbreng) en een reserverekening (voor de exploitatieoverschotten). Ook is het mogelijk dat ieder lid één rekening heeft waar zowel de inbreng als de exploitatieoverschotten op worden bijgehouden.<sup>86</sup> De coöperatie mag dus - anders dan een vereniging - wel winst aan haar leden uitkeren. De aansprakelijkheid van de leden strekt volgens artikel 2:55 BW tot de in de statuten aangegeven maatstaf. Indien de statuten deze maatstaf niet bevatten is ieder lid aansprakelijk voor gelijke delen. De leden van een coöperatie kunnen geld van hun rekening halen, het lidmaatschap vervreemden of het lidmaatschap beëindigen. Indien een dergelijke transactie zich voordoet, kunnen de statuten bepaalde eisen stellen. Op deze vereisten wordt hier niet verder ingegaan. Voorts is het bij de coöperatie niet mogelijk om de lidmaatschapsrechten in te kopen, zoals dit bij de BV wel mogelijk is met de inkoop van eigen

---

<sup>84</sup> Artikel 2:53, eerste lid, BW.

<sup>85</sup> M.H.G.M. van der Linden, De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober, *WFR* 2011/1617.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

aandelen.<sup>87</sup> Bij de coöperatie is het volgens artikel 2:21, eerste lid, onderdeel c, juncto artikel 2:19, eerste lid, onderdeel f, BW mogelijk dat deze wordt ontbonden indien de coöperatie niet onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm valt. Kortom: de coöperatie moet daadwerkelijk zo zijn vormgegeven zoals in het BW staat omschreven.

De NV en de BV zijn twee vergelijkbare rechtsvormen. Tenzij anders vermeld geldt wat hierna over de BV wordt uiteengezet ook voor de NV. Volgens artikel 2:175 BW is een BV met beperkte aansprakelijkheid een rechtspersoon met een in een of meer overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal. Anders dan bij de NV zijn bij de BV de aandelen op naam gesteld. De aandeelhouders zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de BV wordt verricht en zijn niet gehouden boven het bedrag van hetgeen op aandelen is gestort bij te dragen in de verliezen van de vennootschap.<sup>88</sup> De BV wordt tevens opgericht bij notariële akte. De aandelen van een BV zijn volgens artikel 2:195 BW vrij overdraagbaar. De aandelen dienen wel - tenzij de statuten anders bepalen - eerst aan de medeaandeelhouders te worden aangeboden. Voor de NV geldt volgens artikel 2:87 BW dat de overdracht van aandelen op naam kan worden beperkt, maar niet zo ver dat de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt. Ook kan een BV zijn eigen aandelen inkopen.

Ondanks de hierboven genoemde verschillende kenmerken, vertonen de verschillende rechtsvormen wel degelijk overeenkomsten met elkaar. Duidelijke verschillen tussen de coöperatie en de NV en de BV zijn de persoonlijke betrokkenheid, de overdraagbaarheid van aandelen/lidmaatschapsrechten en de aansprakelijkheid.<sup>89</sup> De leden van een coöperatie zijn in de praktijk veelal boven hun deelname in de coöperatie aansprakelijk voor de schulden van de coöperatie, terwijl dit bij de NV of de BV in beginsel is beperkt tot het bedrag dat op de aandelen is gestort.<sup>90</sup> In de praktijk hoeven deze verschillen zich echter niet altijd zo duidelijk voor te doen. Het is goed mogelijk dat de relatie van de coöperatie met haar leden gelijkenis vertoont met de relatie tussen een NV of een BV en haar aandeelhouder(s).<sup>91</sup> Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het een grote coöperatie betreft met een groot aantal leden, waarbij de leden feitelijk als kapitaalverschaffers optreden en nauwelijks

---

<sup>87</sup> M.H.G.M. van der Linden, De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober, *WFR* 2011/1617.

<sup>88</sup> Artikel 2:175, eerste lid, BW.

<sup>89</sup> J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997, Hoofdstuk VI, paragraaf 2.

<sup>90</sup> J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Deventer: Kluwer 1996, p. 36.

<sup>91</sup> R.C.J. Galle, *Handboek coöperaties. Deel 6 Fiscale onderwerpen*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2010, p. 708-709.

betrokken zijn bij het wel en wee van de coöperatie. De nuance is hier wel dat de leden van een coöperatie altijd ondernemers zijn, terwijl dit voor de aandeelhouders van een BV geen vereiste is. Een omgekeerde vorm is ook mogelijk: een BV met betrekkelijk weinig aandeelhouders, die nauw betrokken zijn bij het reilen en zeilen van de onderneming die door de BV wordt gedreven. Deze overeenkomsten staan er echter niet aan in de weg dat de coöperatie en de BV of de NV civielrechtelijk als verschillende rechtsvorm worden gezien, zolang maar aan de materiële en formele eisen wordt voldaan.

### **3.2.3 Fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid**

De fiscale wetgeving volgt in veel gevallen de civielrechtelijke duiding van verschillende begrippen. Dit hoeft echter niet per definitie te betekenen dat de fiscale wetgeving ook de civielrechtelijke kwalificatie van een bepaalde term volgt.<sup>92</sup> Zo hoeft het gebruik van de term coöperatie in de fiscale wetgeving dus niet per definitie te betekenen dat de fiscale wetgeving dezelfde invulling aan dit begrip geeft als het civiele recht. In de fiscale wetgeving zijn echter wel aanwijzingen te vinden dat voor de coöperatie de civielrechtelijke duiding dient te worden gevolgd en dat de coöperatie dus niet als vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal kan worden aangemerkt. De eerste aanwijzing is te vinden in artikel 2, lid 1, Wet VPB 1969. Hier worden coöperaties expliciet onderscheiden van andersoortige rechtsvormen. Een tweede aanwijzing is te vinden in de inkomstenbelasting: in artikel 4.6, onderdeel d, Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) worden de stemrechten in een coöperatie expliciet onderscheiden van andersoortige belangen. Daarnaast wordt in artikel 4.5a, lid 1, Wet IB 2001 een lidmaatschapsrecht in een coöperatie gelijkgesteld met een winstbewijs in een vennootschap. In de parlementaire behandeling van dit artikel is expliciet aangegeven dat door middel van deze gelijkstelling de coöperatie als rechtsvorm niet kan worden gebruikt om het aanmerkelijk belang regime te ontlopen. Door het opnemen van deze gelijkstelling wordt rechtsvormneutraliteit gecreëerd zonder dat ingrijpende wijzigingen in het wettelijke systeem zijn genoodzaakt.<sup>93</sup> Volgens een a contrario benadering is uit deze opmerking van de wetgever af te leiden dat zonder deze gelijkstelling de coöperatie fiscaal – in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 - niet gelijk is aan een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal. Ook duidt de expliciete antimisbruikbepaling voor coöperaties opgenomen in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 op het feit dat een coöperatie wordt onderscheiden van vennootschappen met in aandelen verdeeld kapitaal als bedoeld in artikel 1, lid 1, Wet DB 1965. Daarnaast is ook de afwijkende behandeling van de coöperatie in artikel 9, lid 1, onderdeel g, juncto lid 2, Wet VPB 1969 een teken van de

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 709.

<sup>93</sup> Kamerstukken II, 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 40-41.

fiscaalrechtelijke ongelijkheid tussen de verschillende rechtsvormen. Deze afwijkende behandeling gaat uit van de verlengstukgedachte die ten grondslag ligt aan de coöperatie, waarbij de zogenoemde verlengstukwinst in aftrek mag worden gebracht op de winst van de coöperatie. Zodoende is alleen de “zelfstandig” door de coöperatie gemaakte winst belast. Aan de hand van de toelichting bij de afgeschafte kapitaalsbelasting is desalniettemin in de literatuur nog de vraag opgeworpen of een coöperatie een in aandelen verdeeld kapitaal kan hebben. Dit zou slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn.<sup>94</sup>

Met betrekking tot de fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid is de conclusie dat zolang de coöperatie voldoet aan de materiële en formele vereisten zoals gesteld in het civiele recht, fiscaalrechtelijk dezelfde duiding wordt gevolgd als de civielrechtelijke. Fiscaalrechtelijk is de coöperatie derhalve ook een op zichzelf staande rechtsvorm die dient te worden onderscheiden van andersoortige rechtsvormen. De coöperatie kwalificeert fiscaalrechtelijk dus niet als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Een gelijke behandeling van de coöperatie enerzijds en de vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal anderzijds in de Wet DB 1965 is echter wel mogelijk. Hier kan de gelijkstelling van lidmaatschapsrechten in een coöperatie met winstbewijzen in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 als voorbeeld worden genomen. Deze gelijkstelling is in het leven geroepen om rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen en zegt niet dat coöperaties en vennootschappen gelijke zijn, doch dat het niet mag uitmaken of een natuurlijk persoon in zekere mate gerechtigd is tot de winst van een coöperatie of van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. In beide gevallen dient het belang op een identieke manier te worden behandeld en onder het aanmerkelijk belang regime te vallen. Eenzelfde methodiek is mogelijk onder de Wet DB 1965, zonder dat daarbij de coöperatie en de vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal als gelijke worden gezien. Bij deze gelijke behandeling in de Wet DB 1965 dient echter de eerder besproken verlengstukgedachte wel in het achterhoofd te worden gehouden. Deze verlengstukgedachte speelt met name een rol bij het reële coöperatieve bedrijfsleven zoals in het voorgaande hoofdstuk al kort aan bod is gekomen en in hoofdstuk vier uitvoerig aan bod komt. In de situaties waar de verlengstukgedachte nog een rol speelt, is een gelijke behandeling van de NV, de BV en de coöperatie mogelijk niet rechtvaardig.

---

<sup>94</sup> Zie: J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Deventer: Kluwer 1996, p. 177 en R.T.G. Verstraaten, *Overdrachtsbelasting en kapitaalbelasting*, Gouda: Quint 1999, p. 146-147.

### 3.3 De coöperatie in de dividendbelasting en staatssteun

#### 3.3.1 Algemeen

In zijn brief van 20 september 2016 stelt de staatssecretaris dat zich in de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 een mogelijk staatssteunrisico schuil houdt. Hij concretiseert of onderbouwt dit risico echter niet. Deze opmerking is ingegeven door de op 19 juli 2016 gepubliceerde mededeling van de Europese Commissie (EC) betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU. In deze mededeling is een paragraaf gewijd aan coöperatieve vennootschappen.<sup>95</sup> In deze paragraaf geeft de EC haar visie over de eventuele aanwezigheid van staatssteun bij een bepaalde voordelige behandeling van coöperaties. De EC noemt een aantal voorwaarden waaraan een coöperatie moet voldoen, wil een afwijkende voordelige behandeling van de coöperatie buiten de staatssteunregels vallen. Het is niet verwonderlijk dat de staatssecretaris door deze mededeling bevreesd is voor een staatssteundiscussie. De huidige staatssteundiscussies met o.a. Starbucks<sup>96</sup> zorgt voor toenemende aandacht voor een eventuele staatssteundiscussie ten aanzien van de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. In deze paragraaf wordt getoetst of dit staatssteunrisico daadwerkelijk aan de orde is. Om te kunnen spreken van staatssteun dient volgens artikel 107, lid 1, VwEU aan een aantal voorwaarden te worden voldaan:

- begunstiging (voordeel);
- van bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit);
- met staatsmiddelen bekostigd; en
- waardoor de mededinging wordt vervalst en het tussenstaatse handelsverkeer wordt beïnvloed.

In het tweede en derde lid van artikel 107 VwEU staan nog een aantal specifieke uitzonderingen genoemd van soorten regelingen die verenigbaar (kunnen) zijn met de interne markt. Deze uitzonderingen zijn in het kader van de afwijkende behandeling van de coöperatie niet van belang en komen derhalve in het vervolg van de analyse niet aan bod. Indien op basis van vier bovengenoemde voorwaarden wordt geconcludeerd dat sprake is van staatssteun, is het nog de vraag of de staatssteun ook daadwerkelijk dient te worden teruggevorderd. Indien sprake is van zogenoemde bestaande steun geldt geen terugbetalingsverplichting, terwijl bij nieuwe steun wel een terugbetalingsverplichting geldt. Dit onderscheid komt aan bod nadat in de navolgende paragrafen

---

<sup>95</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU (*pbEU* 2016, C 262/1), par. 5.4.1.

<sup>96</sup> Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd, C(2015) 7143.

eerst de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 aan de vier voorwaarden is getoetst.

### 3.2.2 Begunstiging

Iedere positieve prestatie die om niet door de overheid wordt verricht, zonder dat hier een tegenprestatie door de begunstigde voor nodig is wordt als een begunstiging aangemerkt indien dit voordeel onder normale economische marktomstandigheden niet zou zijn opgekomen.<sup>97</sup> Deze begunstiging kan in verschillende vormen opkomen; zo kan het gaan om een subsidie, maar ook een lastenverlichting kan een begunstiging zijn. Een vermindering van de lasten die een onderneming normaliter moet dragen, door bijvoorbeeld een vermindering van de belastingdruk van een onderneming, kan ook verschillende vormen aannemen.<sup>98</sup> Zo kan er sprake zijn van een vermindering van de belastinggrondslag, het belastingbedrag of uitstel of kwijtschelding van een belastingschuld.

In de literatuur wordt betoogd dat het vereiste van begunstiging niet afzonderlijk kan worden gezien van het vereiste van selectiviteit (van bepaalde ondernemingen of producties).<sup>99</sup> Van der Vegt wijst op het feit dat voor zowel het vereiste voordeel als de vereiste selectiviteit getoetst dient te worden of de fiscale behandeling van bepaalde ondernemingen of producties verschilt van de normale behandeling. Hiervoor dient volgens hem een vergelijking te worden gemaakt tussen belastingplichtigen die objectief vergelijkbaar zijn. Dit kan alleen als dus al sprake is van selectiviteit. Van der Vegt heeft het aan het juiste eind met zijn opmerking dat de begunstigde behandeling dient te worden vergeleken met de normale behandeling. Maar zijn opmerking dat een begunstiging automatisch a priori selectiviteit met zich brengt is te kort door de bocht. In mijn optiek dient de begunstiging los van de selectiviteit te worden beoordeeld. Voor een begunstiging is het niet noodzakelijk om twee belastingplichtigen met elkaar te vergelijken. Het is bij een begunstiging van belang of wordt afgeweken van de normale behandeling, waardoor een bepaalde (groep) onderneming(en) een voordeel ondervindt ten opzichte van de situatie waarin wel de normale behandeling van toepassing is. Deze normale behandeling hoeft niet per definitie te betekenen dat de groep belastingplichtigen die deze normale behandeling heeft ook daadwerkelijk juridisch en feitelijk

---

<sup>97</sup> Zie HvJ 11 juli 1999, nr. C-39/94 (Syndicat français de l'Espresso international (SFEI) e.a./La poste e.a.), punt 60; HvJ 29 april 1999, nr. C-342/96 (Spanje/Commissie), punt 41 en Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), par. 4.

<sup>98</sup> Mededeling 384/03 van de Commissie op 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van directe belastingen op ondernemingen (*pbEU* 1998, C 384/3), punt 9.

<sup>99</sup> P.C. van der Vegt, Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip "selectieve belastingvoordelen", *WFR* 2017/3, par. 4.1.



objectief vergelijkbaar is met de groep belastingplichtigen die het voordeel verkrijgt. Pas nadat het voordeel is vastgesteld voor een bepaalde groep belastingplichtigen, dient te worden onderzocht of dit voordeel ook een selectieve uitwerking heeft ten opzichte van een vergelijkbare groep belastingplichtigen.

Toegesplitst op de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 is de conclusie dat sprake is van een begunstiging. De voordelige behandeling van de coöperatie leidt namelijk tot een verlaging van het belastingbedrag. Bij een 'normale' behandeling in de Wet DB 1965 had de coöperatie namelijk volledig inhoudingsplichtig geweest en dus 15% dividendbelasting moeten inhouden (hier wordt voor het gemak geabstraheerd van de inhoudingsvrijstelling die dan voor coöperaties ook toegankelijk zou zijn). Deze normale behandeling hoeft echter niet in alle gevallen de reguliere 15% heffing in de Wet DB 1965 te zijn. Voor coöperaties die zijn vormgegeven conform de verlangstukgedachte is historisch gezien het niet in de heffing van de dividendbelasting betrekken de 'normale' behandeling. Slechts voor coöperaties die niet volgens deze verlangstukgedachte zijn vormgegeven is de verplichting tot het inhouden van 15% dividendbelasting de 'normale' behandeling. Dit betreft met name de coöperaties die voor fiscale doeleinden worden gebruikt in internationale structuren. Deze begunstiging werkt niet ten faveure van de coöperatie zelf, doch van haar buitenlandse leden die op de winstuitkering op hun lidmaatschapsrechten in de coöperatie geen dividendbelasting als eindheffing zien drukken.

### **3.2.2 Van bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit)**

De toets van selectiviteit vormt de meest ingewikkelde toets van de vier toetsen die dienen te worden uitgevoerd en wordt vaak als een groot struikelblok ervaren.<sup>100</sup> Zuiver algemene maatregelen die niet slechts voor bepaalde ondernemingen en producties open staan, worden in beginsel niet geraakt door de staatssteunbepaling van artikel 107, lid 1, VwEU.<sup>101</sup> Uit de jurisprudentie is evenwel gebleken dat ondanks het feit dat het om een algemene maatregel gaat die open lijkt te staan voor alle ondernemingen, er toch sprake kan zijn van een maatregel met een selectief karakter (zogenoemde feitelijke selectiviteit).<sup>102</sup> De EC maakt onderscheid tussen regionale selectiviteit en materiële

---

<sup>100</sup> R.H.C. Luja, Fiscale rulings en staatssteun, Tussen rechtszekerheid en belastingontwijking, *NJB* 2015/678, par. 3.

<sup>101</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 118.

<sup>102</sup> Zie: HvJ 17 juni 1999, nr. C-75/97 (commissie/België), *jur.* 1999, p. I-3671, punt 32; HvJ 8 november 2001, nr. C-143/99 (Adriaan Piplin en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke), *jur.* 2001, p. I-8365, punt 48.

selectiviteit.<sup>103</sup> In het vervolg van deze paragraaf wordt alleen ingegaan op materiële selectiviteit, daar regionale selectiviteit bij de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 geen rol speelt. Binnen de (materiële) selectiviteitstoets dient een drietal toetsen te worden uitgevoerd om te bepalen of sprake is van selectiviteit<sup>104</sup>:

- Wat is de referentieregeling (algemene regeling)?;
- Wijkt de maatregel af van de referentieregeling doordat de maatregel differentieert tussen marktdeelnemers die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden?; en
- Wordt de afwijking gerechtvaardigd door de aard of de opzet van de referentieregeling?

Indien op basis van de eerste twee toetsen wordt geconcludeerd dat sprake is van een afwijking van de referentieregeling, wordt de maatregel als a priori selectief beschouwd en dient de derde toets te worden uitgevoerd. Indien hier geen sprake van is, hoeft de derde toets ook niet te worden uitgevoerd en is de maatregel niet selectief.

### *De referentieregeling*

De referentieregeling (of algemene regel) is de regeling waaraan de mate van selectiviteit van een bepaalde regeling wordt getoetst.<sup>105</sup> De referentieregeling vormt derhalve het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst.<sup>106</sup> De referentieregeling wordt gedefinieerd als het geheel van regels die van toepassing zijn op alle ondernemingen die binnen het bereik van de regels vallen. Specifiek voor de Wet DB 1965 houdt dit in dat de algemene regel is dat in beginsel alle in artikel 1 Wet DB 1965 genoemde lichamen belastingplichtig zijn voor de Wet DB 1965. In beginsel zijn deze belastingplichtigen - abstraherend van een eventueel van toepassing zijnde vrijstelling - eraan gehouden om 15% dividendbelasting in te houden op dividenduitkeringen.

### *Afwijking van de referentieregeling*

In deze stap wordt bepaald of de afwijkende behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965 differentieert tussen marktdeelnemers die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Het is dus van belang om te onderzoeken of in de Wet DB 1965 de coöperatie enerzijds en

---

<sup>103</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 118.

<sup>104</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 128.

<sup>105</sup> A. van den Bossche, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, *SEW* 2016, nr. 7/8, p. 310.

<sup>106</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 132.

de NV of de BV anderzijds feitelijk en juridisch vergelijkbaar zijn. Dat de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 afwijkt van de referentieregeling staat vast: de coöperatie is immers in beginsel niet inhoudingsplichtig<sup>107</sup> voor de Wet DB 1965. De juridische vergelijkbaarheid is in paragraaf 3.2 uitvoerig aan bod gekomen. In deze paragraaf is geconcludeerd dat de coöperatie enerzijds en de NV of de BV anderzijds weliswaar juridisch vergelijkbaar zijn in bepaalde situaties, maar niet (fiscaal)juridisch als gelijke kunnen worden beschouwd. In de staatssteundiscussie speelt de juridische vergelijkbaarheid in mijn optiek een beperkte rol. Het moet gaan om hoe de verschillende rechtsvormen daadwerkelijk worden gebruikt, dit ziet meer op een economische vergelijkbaarheid. Hierna wordt derhalve de nadruk gelegd op de vraag of de coöperatie en de BV of NV ook daadwerkelijk feitelijk vergelijkbaar zijn. Indien sprake is van vergelijkbare situaties, dan is de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 a priori selectief.<sup>108</sup>

De EC heeft in de Mededeling van 19 juli 2016 haar visie gegeven op de afwijkende fiscale behandeling van coöperatieve vennootschappen. De EC geeft aan dat coöperatieve vennootschappen die volgens bepaalde specifieke beginselen worden gebruikt door de manier waarop zij functioneren eenvoudig zijn te onderscheiden van andere marktdeelnemers.<sup>109</sup> Ze wijst hier op een aantal specifieke kenmerken van een coöperatie, zoals het wederzijdse voordeel van de leden (zijnde niet het belang van externe investeerders), de (on)mogelijkheid tot het uitkeren van reserves en activa en de beperkte toegang tot de kapitaalmarkt.<sup>110</sup> Deze kenmerken komen sterk overeen met de argumenten die in het verleden ten grondslag lagen om de coöperatie buiten de heffing van de Wet DB 1965 te houden.<sup>111</sup> De doelstelling van het gebruik van een coöperatie is in de afgelopen jaren echter steeds meer verschoven van deze specifieke kenmerken naar meer fiscaal gedreven kenmerken. Het is derhalve de vraag of deze kentering in doelstelling achter het gebruik van de coöperatie voldoende is om te kunnen spreken van een feitelijke en juridische objectieve vergelijkbaarheid tussen de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds. Het onderscheid op

---

<sup>107</sup> Voor een nadere toelichting van de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 wordt verwezen naar paragraaf 2.3.4.

<sup>108</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 137.

<sup>109</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 157.

<sup>110</sup> Deze specifieke kenmerken heeft de EC herleid uit de jurisprudentie gewezen over de coöperatieve vennootschap en staatssteun. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), *RvdW* 2011/1378.

<sup>111</sup> De staatssecretaris wijst in zijn brief van 20 september 2016 op deze specifieke kenmerken die aan de coöperatie ten grondslag lagen in het verleden.

basis van deze kenmerken is in mijn optiek echter weinig zinvol, aangezien een rechtsvorm anders dan een coöperatie eveneens aan deze specifieke kenmerken kan voldoen in bepaalde situaties (indien een BV aan deze kenmerken voldoet blijft immers inhoudingsplicht voor de Wet DB 1965 bestaan).

Uit HvJ 8 september 2011 inzake de toelaatbaarheid van de Italiaanse belastingvrijstelling toegekend aan productie- en arbeidscoöperaties blijkt dat de coöperatie in bepaalde gevallen zowel juridisch als feitelijk vergelijkbaar is met commerciële ondernemingen (lees: NV of BV). Het HvJ gaat hier in punt 61 als volgt op in<sup>112</sup>:

*“Gelet op specifieke kenmerken van coöperatieve vennootschappen moet dus worden gesteld dat productie- en arbeidscoöperaties zoals die in het hoofdgeding aan de orde, in beginsel niet kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie te bevinden als commerciële ondernemingen, voor zover zij evenwel in het economisch belang van hun leden optreden en zij met deze laatste niet een zuiver commerciële, maar een bijzondere persoonlijke relatie onderhouden, waarin de leden actief betrokken worden en recht hebben op een billijk aandeel in de economische resultaten.” (onderstreping JS)*

Het HvJ zegt hiermee met zoveel woorden dat indien de coöperatie voor hetzelfde doel wordt gebruikt als commerciële ondernemingen, sprake is van een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie tussen coöperaties enerzijds en commerciële ondernemingen anderzijds. In het specifieke geval van de behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965 houdt dit in dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de door de staatssecretaris genoemde reële coöperaties en de coöperaties die als houdster worden gebruikt en niet vallen onder de antimisbruikbepaling van artikel 1, lid 7, Wet DB 1965.<sup>113</sup> Deze laatste bevinden zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie als een NV of een BV die als houdstermaatschappij functioneert<sup>114</sup> en wél is onderworpen aan de Wet DB 1965. De niet-reële coöperaties die niet worden geraakt door de antimisbruikbepaling van artikel 1,

---

<sup>112</sup> HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), RvdW 2011/1378, punt 61.

<sup>113</sup> Voor een uitvoerige bespreking van deze antimisbruikbepaling verwijs ik terug naar paragraaf 2.3.4.

<sup>114</sup> De nuance die hier moet worden aangebracht is dat een coöperatie met een uitgezakte onderneming zich wellicht niet in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevindt als een BV of NV die als houdstermaatschappij functioneert. Dergelijke coöperaties, waarvan de leden belangen hebben kleiner dan 5%, zijn niet inhoudingsplichtig voor dividenduitkeringen aan de leden met dergelijke belangen. Bij de bespreking van de voorgestelde regeling in hoofdstuk 4 wordt expliciet ingegaan op dit onderdeel, daar uit de voorgestelde regeling impliciet kan worden opgemaakt dat de staatssecretaris van mening is dat het niet inhoudingsplichtig maken van houdstercoöperaties met een uitgezakte onderneming geen staatssteunrisico met zich brengt.

lid 7, Wet DB 1965 worden aldus begunstigd ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. De afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 dient volgens deze benadering in bepaalde gevallen dus als een a priori selectieve maatregel te worden beschouwd.

Het is echter de vraag of de visie van de staatssecretaris de juiste is. Om dit te beoordelen worden de vier specifieke kenmerken waar de EC op wijst apart besproken:

- Economisch belang van de leden: volgens artikel 2:53 BW dient een naar Nederlands recht opgerichte coöperatie zich “blijkens de statuten ten doel te stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voldoen”.<sup>115</sup> Zoals in paragraaf 3.2.2. is besproken dient een coöperatie te zijn vormgegeven volgens de wettelijke omschrijving. Indien dit namelijk niet het geval is, wordt de coöperatie ontbonden. Aan het kenmerk van in het economisch belang van haar leden optreden zal een Nederlandse coöperatie doorgaans dus voldoen.
- De relatie met de leden is niet puur commercieel, maar is een bijzondere persoonlijke relatie: uit praktijkervaringen en het rullingbeleid van de Belastingdienst blijkt dat voor het niet inhoudingsplichtig zijn van een coöperatie wordt vereist dat uit de oprichtingsakte van de coöperatie voldoende moet blijken dat de lidmaatschapsrechten niet vrij overdraagbaar zijn, maar dat toe- en uittreding van de leden van een coöperatie alleen mogelijk is bij unanieme toestemming van alle leden.<sup>116</sup> De Belastingdienst is bereid om een schriftelijke bevestiging te geven dat coöperaties die op een dergelijke wijze zijn vormgegeven niet worden aangemerkt als een kapitaalvennootschap, maar als een (fiscaal transparant) samenwerkingsverband. Het op een lijn stellen met een samenwerkingsverband wijst op een relatie die niet puur commercieel van aard is, maar uitgaat van een niet vrij overdraagbare bijzondere persoonlijke relatie.<sup>117</sup> Aan deze voorwaarde wordt doorgaans niet

---

<sup>115</sup> Artikel 2:53 BW.

<sup>116</sup> Zie: Lezingen Commissie Vaktechniek 2008/2009 JOB, Amersfoort: Sdu Uitgevers, p. 11 en H.A. Schuurman, Pandrecht op een commanditair belang of een lidmaatschap van een coöperatie, V&O 2009, nummer 1, p. 19.

<sup>117</sup> In het algemeen worden de leden van een samenwerkingsverband (VOF/CV) geacht een nauwere band te hebben met de onderneming die wordt gedreven door het samenwerkingsverband. De leden zijn immers hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van het samenwerkingsverband in tegenstelling tot een kapitaalvennootschap waar de aansprakelijkheid (los van de bestuurdersaansprakelijkheid) is gemaximeerd tot de inleg. Een samenwerkingsverband kan echter ook vanuit commerciële overwegingen zijn vormgegeven; ondernemers die hun onderneming inbrengen in een samenwerkingsverband om daarmee hun winstgevendheid te vergroten doen dit vanuit commerciële overwegingen. Het is dus vaak een mix van commerciële overwegingen met daarbij een bijzondere persoonlijke relatie van de leden met het samenwerkingsverband.

vanzelfsprekend voldaan, de beperkte overdraagbaarheid moet immers statutair zijn vastgelegd.

- De leden worden actief betrokken bij de activiteiten van het samenwerkingsverband: in dit kenmerk dient te worden gelezen dat de leden betrokken zijn bij de onderneming. Om onder de reikwijdte van artikel 107 VwEU te vallen dient sprake te zijn van een onderneming, derhalve wordt hier alleen gesproken over een coöperatie die een onderneming drijft in de zin van artikel 107 VwEU. De leden van een coöperatie hebben lidmaatschapsrechten. Deze lidmaatschapsrechten geven de leden ook een stemrecht in de ledenvergadering van de coöperatie. De mogelijkheid tot het kunnen uitoefenen van dit stemrecht en het daadwerkelijk uitvoeren daarvan duidt op een (actieve) betrokkenheid bij de onderneming. Evenals het voorgaande kenmerk wordt aan dit kenmerk eveneens niet vanzelfsprekend voldaan. Per coöperatie zal aan de hand van de feitelijke vormgeving moeten worden beoordeeld of sprake is van een onderneming en zo ja of de leden ook daadwerkelijk actief betrokken zijn bij de onderneming door bijvoorbeeld een zekere mate van zeggenschap in de vorm van het (kunnen) uitoefenen van hun stemrecht.
- Een billijk aandeel in de economische resultaten: de leden moeten gerechtigd zijn tot een rendement dat afhankelijk is van de economische resultaten van de coöperatie. Het is dus niet toegestaan dat de leden gerechtigd zijn tot een vast rendement op hun lidmaatschapsrecht. Dit kan bijvoorbeeld worden vergeleken met preferente aandelen in een BV die recht geven op een vast rendement op de aandelen onafhankelijk van de economische resultaten van de BV. Een dergelijke gelijke vormgeving bij lidmaatschapsrechten in een coöperatie is dus niet toegestaan.

Uit het bovenstaande blijkt dat het doorgaans betrekkelijk eenvoudig is om een coöperatie conform deze vier kenmerken vorm te geven, waarbij aan sommige kenmerken zelfs al automatisch wordt voldaan. In mijn optiek moet de groep coöperaties waarvoor het staatssteunrisico daadwerkelijk aanwezig is beperkter worden uitgelegd dan in de visie van de staatssecretaris. Het is namelijk goed mogelijk dat bepaalde houdstercoöperaties waar de staatssecretaris op doelt wél aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoen. Desalniettemin is voor de situaties waarin niet wordt voldaan aan de bovengenoemde kenmerken wel sprake van a priori selectiviteit en dient te worden getoetst of sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor de a priori selectiviteit.

### *Rechtvaardiging*

Een a priori selectieve maatregel kan nog als non-selectief worden beschouwd indien deze kan worden gerechtvaardigd door de opzet van de referentieregeling. In punt 81 van het arrest HvJ 6 september 2006 gaat het HvJ in op de rechtvaardiging van een a priori selectieve maatregel<sup>118</sup>:

*“Een maatregel die een uitzondering op de toepassing van het algemene belastingstelsel maakt, kan door de aard en de algemene opzet van het belastingstelsel worden gerechtvaardigd, wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat deze maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel voortvloeit. In dit verband moet een onderscheid gemaakt worden tussen de doelstellingen van een specifiek belastingstelsel die buiten dat stelsel zijn gelegen, en de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan het belastingstelsel zelf.”*

In HvJ 8 september 2011 voegt het HvJ hier aan toe<sup>119</sup>:

*“Bijgevolg kunnen belastingvrijstellingen die een doelstelling nastreven die vreemd is aan het belastingstelsel waarvan zij onderdeel uitmaken, niet ontsnappen aan de vereisten die uit artikel 87, lid 1, EG voortvloeien.” (Artikel 87 EG was de identieke voorloper van het huidige artikel 107 VwEU)*

De conclusie is dus dat als rechtvaardigingsgrond alleen argumenten kunnen worden aangevoerd die ten grondslag liggen aan het belastingstelsel zelf; overige argumenten kunnen niet worden aangevoerd. Voor deze rechtvaardigingsgronden dient te worden aangesloten bij de jurisprudentie gewezen met betrekking tot de verkeersvrijheden. In de staatssteunjurisprudentie zijn de rechtvaardigingsgronden fiscale coherentie<sup>120</sup>, de bestrijding van misbruik<sup>121</sup> en de noodzaak om dubbele belasting te vermijden<sup>122</sup> inmiddels gehonoreerd. De overige onder de verkeersvrijhedenjurisprudentie gehonoreerde rechtvaardigingsgronden kunnen volgens de mededeling van de EC op 19 juli 2016 eveneens worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een a

---

<sup>118</sup> HvJ EG 6 september 2006, nr. C-88/03 (Portugal/Commissie), *RvdW* 2006/1009, punt 81.

<sup>119</sup> HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), *RvdW* 2011/1378, punt 70.

<sup>120</sup> HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), *RvdW* 2011/1378, punt 73 en 74.

<sup>121</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. 308/01 (GIL Insurance).

<sup>122</sup> HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), *RvdW* 2011/1378, punt 71.

priori selectieve maatregel.<sup>123</sup> Deze rechtvaardigingsgronden bieden echter geen soelaas om een afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 te rechtvaardigen. De bepaling werkt - zoals in hoofdstuk 2 al uitvoerig aan bod is gekomen - het creëren van internationale ontgaansstructuren immers in de hand.

Daarnaast zijn er nog andere rechtvaardigingsgronden denkbaar. Zo wordt in de mededeling van 19 juli 2016 aangegeven dat een afwijkende behandeling van coöperaties (geen belastingheffing op het niveau van de coöperatie) is gerechtvaardigd indien de gehele winst wordt uitgekeerd en deze winst bij de individuele leden in de belastingheffing wordt betrokken. Ook deze rechtvaardigingsgrond gaat voor de coöperatie niet in alle situaties op. Bij een coöperatie met leden in Nederland of een land dat de opbrengsten uit de lidmaatschapsrechten bij de leden in de heffing betreft kan deze rechtvaardigingsgrond wel een uitkomst bieden voor het niet heffen van dividendbelasting op het niveau van de coöperatie. Deze behandeling van de coöperatie zal doorgaans in binnenlandse situaties en in EU situaties voor kapitaalvennootschappen hetzelfde zijn: geen dividendbelasting in dergelijke deelnemingsverhoudingen. Deze rechtvaardigingsgrond sorteert voor de situaties waarin kapitaalvennootschappen en coöperaties verschillend worden behandeld dus geen effect.

Ook het Nederlandse verdragsbeleid ten aanzien van bronbelasting op dividenden kan een rechtvaardigingsgrond zijn voor het niet in de heffing van de dividendbelasting betrekken van dividenduitkeringen door coöperaties. In paragraaf 2.7.1 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 wordt aangegeven dat Nederland in de verdragsonderhandelingen streeft naar uitsluitend een woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden. Dit standpunt in combinatie met de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 kan een mogelijke rechtvaardigingsgrond zijn om de coöperatie niet in de heffing van de dividendbelasting te betrekken. Hierbij moet wel in het achterhoofd worden gehouden dat de afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 evenredig dient te zijn en niet verder mag gaan dan noodzakelijk.<sup>124</sup> Aan dit evenredigheids-/noodzakelijkheidsbeginsel wordt bij het geheel niet in de Wet DB 1965 betrekken van de coöperatie - op misbruikgevallen na - niet voldaan. De conclusie is dat de afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 niet (geheel) kan worden gerechtvaardigd door de opzet van de referentieregeling.

---

<sup>123</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 139.

<sup>124</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 140.



### 3.2.3 Met staatsmiddelen bekostigd

Indien een fiscale maatregel ertoe leidt dat bepaalde ondernemingen een verlichting krijgen van de lasten die zij normaal moeten dragen, is in principe al sprake van een voordeel dat met staatsmiddelen is bekostigd.<sup>125</sup> Het voordeelcriterium hangt nauw samen met het feit of dit voordeel al dan niet met staatsmiddelen is bekostigd. Bij fiscale maatregelen is vrijwel altijd sprake van een voordeel dat met staatsmiddelen is bekostigd. Een verlies van belastingopbrengsten, zij het door een verlaging van de belastbare grondslag, een vermindering van het belastingbedrag of een (gedeeltelijke) kwijtschelding of uitstel van de belastingschuld, leidt tot hetzelfde resultaat als het verbruik van staatsmiddelen om een begunstiging van bepaalde ondernemingen te realiseren.<sup>126</sup> De afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 vormt een voordeel voor de achterliggende leden in de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag tot nihil (eigenlijk is het voordeel het geheel niet in de Wet DB 1965 betrokken worden van de winstuitkering). Dit voordeel is gefinancierd door het verlies aan belastingopbrengsten van de overheid ten opzichte van situatie waar sprake is van een ‘normale’ behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965.

### 3.2.4 De mededinging wordt vervalst en het tussenstaatse handelsverkeer wordt beïnvloed

In het criterium van de vervalsing van de mededinging zit verscholen dat de begunstigde een economische activiteit uitoefent. Door de ruime uitleg van het ondernemingsbegrip in artikel 107 VwEU is het uitoefenen van een economische activiteit voldoende om van een onderneming te spreken.<sup>127</sup> Van het uitoefenen van een economische activiteit is sprake indien de activiteiten bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.<sup>128</sup> Een winststreven is hierbij niet relevant.<sup>129</sup> Het uitoefenen van economische activiteiten dient niet op het niveau van de coöperatie zelf te worden getoetst, maar op het niveau van het begunstigde concern als geheel. Indien de horde van *begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties* dus is doorlopen, is in elk geval sprake van een economische activiteit en wordt aan het criterium van een vervalsing van de mededinging al snel voldaan. Een begunstigende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen wanneer de concurrentiepositie van de ondernemingen die gebruik kunnen maken van de begunstigende regeling

---

<sup>125</sup> A. Van den Bossche, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, SEW 2016, nr. 7/8, p. 302.

<sup>126</sup> Mededeling van de Commissie van 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (*pbEU* 1998, C 384/3), punt 10.

<sup>127</sup> HvJ EG 10 januari 2006, nr. C-222/04 (Cassa Risparmio di Firenze), *V-N* 2006/13.19, punt 107.

<sup>128</sup> *Ibidem*, punt 108.

<sup>129</sup> *Ibidem*, punt 123.

wordt verbeterd ten opzichte van andere concurrente ondernemingen.<sup>130</sup> Het is voldoende dat een financieel voordeel wordt verleend aan een onderneming in een sector waar concurrentie zou kunnen zijn. Hierbij hoeft geen uitvoerige analyse van de begunstigende maatregel te worden uitgevoerd.

De beïnvloeding van het handelsverkeer hangt nauw samen met de vervalsing van de mededinging. Dat is de reden dat deze twee criteria altijd tezamen worden getoetst.<sup>131</sup> Een begunstigende maatregel voor een onderneming die actief is op een markt die (potentieel) open staat voor concurrentie, wordt geacht de mededinging te vervalsen en dit kan er ook toe leiden dat het handelsverkeer tussen lidstaten wordt beïnvloed.<sup>132</sup> Het is ook hier niet vereist dat het handelsverkeer daadwerkelijk wordt beïnvloed, alleen de mogelijkheid hiertoe is al voldoende om aan het criterium te voldoen.<sup>133</sup> Daarnaast is het niet vereist dat de begunstigde onderneming ook daadwerkelijk grensoverschrijdende activiteiten uitoefent.<sup>134</sup>

De afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 vervalst de mededinging en beïnvloedt het tussenstaatse handelsverkeer. Het gebruik van de coöperatie om de dividendbelasting te kunnen ontwijken staat namelijk niet voor iedereen open, slechts internationaal opererende ondernemingen hebben baat bij het gebruik van de coöperatie als tussenhoudster. Zodoende bestaat er een potentieel concurrentievoordeel voor de ondernemingen waarvoor het wel loont om gebruik te maken van de coöperatie als tussenhoudster ten opzichte van de ondernemingen waarvoor het niet loont om een coöperatie in de structuur op te nemen. Daarnaast leidt deze concurrentieverstoring er automatisch toe dat ook het handelsverkeer tussen de staten onderling ongunstig wordt beïnvloed. Internationaal opererende bedrijven maken immers liever gebruik van een Nederlandse tussenhoudster (waarbij geen dividendbelastingplicht ontstaat en gebruik kan worden gemaakt van het Nederlandse verdragennetwerk) dan van een andersoortige variant via een andere lidstaat, waarbij wellicht meer belasting is verschuldigd.

---

<sup>130</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 187.

<sup>131</sup> A. Van den Bossche, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, SEW 2016, nr. 7/8, p. 303.

<sup>132</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 191.

<sup>133</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 190.

<sup>134</sup> Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1), punt 191.

### 3.2.5 Bestaande- of nieuwe steun

Nu de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 is getoetst aan de vier staatssteuncriteria is de conclusie dat er een reëel risico bestaat dat de huidige behandeling in bepaalde gevallen in strijd is met het verbod op staatssteun als bedoeld in artikel 107 VwEU. Nu rest nog de vraag of deze mogelijke verboden staatssteun ook daadwerkelijk teruggevorderd dient te worden van de ondernemingen die van deze maatregel gebruik hebben gemaakt. Hiervoor dient een onderscheid te worden gemaakt tussen ‘bestaande steun’ en ‘nieuwe steun’. Van bestaande steun is sprake indien een bepaalde regeling dateert van vóór de voeging van de betreffende lidstaat bij de EU. De steun hoeft niet te worden teruggevorderd indien sprake is van onrechtmatige bestaande staatssteun. Van nieuwe steun is sprake indien een bepaalde regeling dateert van na de voeging bij de EU. De steun dient wel te worden teruggevorderd indien sprake is van onrechtmatige nieuwe staatssteun.

De dividendbelasting als zodanig bestaat al sinds het Besluit op de Dividendbelasting 1941. Sinds die tijd is de coöperatie altijd van inhoudingsplicht uitgesloten voor de heffing van de dividendbelasting. Nederland is in 1958 tot de EU toegetreden, de maatregel ten aanzien van coöperaties dateert dus uit een jaartal dat vóór de voeging van Nederland tot de EU ligt en vormt derhalve een bestaande steunmaatregel. Het is nog wel van belang dat sinds de toetreding van Nederland tot de EU de regeling niet essentieel mag zijn gewijzigd. Het gevolg hiervan is dat indien sprake is van een kwalificatie als onrechtmatige staatssteun, dat deze steun niet kan worden teruggevorderd van de ondernemingen die gebruik hebben gemaakt van deze steunmaatregel.

Enige discussie kan nog ontstaan ten aanzien van de wijzigingen die de Wet DB 1965 in 2012 en 2016 heeft ondergaan met betrekking tot van de behandeling van de coöperatie. In 2012 werd de antimisbruikbepaling voor coöperaties ingevoerd in artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Het is de vraag of er door de invoering van deze antimisbruikbepaling een nieuwe regeling is ontstaan. Mijns inziens is dit niet het geval, het gaat hier namelijk om een aangepaste begrenzing van een bepaalde bestaande steunmaatregel. Dit leidt er niet toe dat er een essentiële aanpassing is geweest van de regeling voor coöperaties ten opzichte van de vroegere behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965. Deze begrenzing vormt derhalve geen nieuwe regeling. De antimisbruikbepaling is met ingang van 2016 wederom aangepast bij de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. Niet alleen de antimisbruikbepaling van de coöperatie is toen aangepast, maar de gehele dividendbelasting is aangepast als gevolg van de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. Hier kan het standpunt worden ingenomen dat door deze implementatie de Wet DB 1965 integraal is gewijzigd, waardoor er sprake is van een nieuwe steunmaatregel. Bij de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn was

Nederland er echter niet toe verplicht om de antimisbruikbepaling voor coöperaties ook aan te passen, dus is het risico op de kwalificatie van nieuwe onrechtmatige staatssteun na de wijziging van de Wet DB 1965 per 2016 niet groot. Daarnaast vindt ook hier - evenals bij de invoering van de antimisbruikbepaling in 2012 - een begrenzing van een bepaalde bestaande steunmaatregel plaats en is dus wederom geen sprake geweest van een essentiële wijziging van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. Deze begrenzing in 2016 leidt dus niet tot het ontstaan van een nieuwe steunmaatregel. De behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 dient derhalve in bepaalde gevallen te worden gezien als een bestaande onrechtmatige steunmaatregel. Het gevolg hiervan is dat de eventuele steun niet hoeft te worden teruggevorderd van de ondernemingen die van deze steunmaatregel gebruik hebben gemaakt.

### **3.4 Conclusie**

Door de toenemende druk vanuit de EU om schadelijke belastingconcurrentie tegen te gaan heeft het - niet vanuit fiscale oorsprong ontstane - begrip staatssteun de laatste jaren ook terrein gewonnen in de fiscaliteit. Met haar mededeling van 19 juli 2016 en de lopende staatssteunzaken tegen o.a. Starbucks geeft de EC signalen af dat regelgeving strikter wordt gecontroleerd op strijdigheid met de staatssteunbepaling van artikel 107 VwEU. Deze ontwikkeling is voor Nederland aanleiding geweest om de EU-rechtelijke aanvaardbaarheid ten aanzien van de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 in twijfel te trekken. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 20 september 2016 aangegeven dat de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 mogelijkwjs in strijd is met de staatssteunbepaling van artikel 107 VwEU. Hij noemt dit als een van de oorzaken waarom een aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 dient te worden onderzocht. Naar aanleiding van deze opmerking van de staatssecretaris - en het feit dat behalve deze opmerking door de staatssecretaris niet inhoudelijk is ingegaan op de argumenten voor eventuele strijdigheid - is in dit hoofdstuk de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 getoetst aan de staatssteunbepaling van artikel 107 VwEU. Om de staatssteunanalyse te kunnen uitvoeren en naar aanleiding van de wens van de staatssecretaris om coöperaties en kapitaalvennootschappen gelijk te behandelen in de Wet DB 1965 is allereerst de civiel- en fiscaalrechtelijke vergelijkbaarheid van de coöperatie en de NV en de BV besproken. De algemene conclusie is hier dat zowel civiel- als fiscaalrechtelijk de coöperatie als zelfstandige rechtsvorm dient te worden onderscheiden van vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het is echter wel mogelijk om – met het behoud van dit onderscheid - coöperaties en kapitaalvennootschappen op een gelijke wijze te behandelen in de Wet DB 1965. Voor deze gelijke behandeling kan aansluiting

worden gezocht bij de behandeling van lidmaatschapsrechten in een coöperatie zoals in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001.

De staatssteunanalyse die in dit hoofdstuk aan bod is gekomen leidt tot de conclusie dat de afwijkende behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965 in bepaalde gevallen in strijd is met het verbod op staatssteun. Dit is slechts beperkt tot de situaties waarin een coöperatie en een kapitaalvennootschap zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden en de coöperatie dus niet meer voor zijn oorspronkelijke doel wordt gebruikt; bijvoorbeeld indien een coöperatie als tussenhoudster fungeert. Deze steun hoeft echter niet te worden teruggevorderd, aangezien het bestaande onrechtmatige staatssteun betreft.

Nu duidelijk is dat de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 niet meer wenselijk is en vanuit een staatssteun oogpunt mogelijkerwijs zelfs niet gerechtvaardigd is, wordt in het volgende hoofdstuk de aangepaste behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965 besproken zoals voorgesteld in de op 16 mei 2017 gepubliceerde internetconsultatie. De regeling wordt getoetst aan het in hoofdstuk 1 geformuleerde toetsingskader. Daarnaast wordt de regeling ook uitvoerig becommentarieerd en passeren alternatieve regelingen voor de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 de revue.

## 4. Aanpassing behandeling coöperatie in de dividendbelasting

### 4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is uitvoerig ingegaan op de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 en de tekortkomingen van deze behandeling. In hoofdstuk twee is geconcludeerd dat de coöperatie een aantrekkelijke rechtsvorm is als fiscaal efficiënt vehikel in internationale structuren. In het voorgaande hoofdstuk is vervolgens geconcludeerd dat de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 in bepaalde situaties mogelijk in strijd is met het verbod op staatssteun als bedoeld in artikel 107 VwEU. Een coöperatie dient echter wel civiel- en fiscaalrechtelijk als zelfstandige rechtsvorm te worden onderscheiden van een NV of een. Een gelijke behandeling van de verschillende rechtsvormen is fiscaal overigens wel mogelijk. De voorgaande conclusies rechtvaardigen een aanpassing van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965.

De tekortkomingen van de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 zijn ook de staatssecretaris niet onopgemerkt gebleven. In zijn brief van 27 november 2015<sup>135</sup> geeft de staatssecretaris een eerste aanwijzing dat de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 op de schop moet. Het heeft nog tot 16 mei 2017 geduurd totdat daadwerkelijk een voorstel tot wijziging van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 is gepubliceerd en ter consultatie is aangeboden.<sup>136</sup> In dit hoofdstuk wordt allereerst een tijdslijn geschetst vanaf de eerste aankondiging tot en met het daadwerkelijk publiceren van het concept voorstel tot wijziging van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. Vervolgens wordt het voorstel geanalyseerd aan de hand van de toetsingscriteria zoals genoemd in hoofdstuk 1. In de deelconclusie wordt een antwoord gegeven op de vijfde en zesde deelvraag:

- Hoe ziet het huidige conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling eruit en wat is het doel van het wetsvoorstel?
- Voldoet het conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling aan de in toetsingskader genoemde toetsingscriteria?

---

<sup>135</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 27 november 2015, Kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV.

<sup>136</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept wetteksten, 16 mei 2017.

## 4.2 Voorstel tot wijziging van de behandeling van de coöperatie

### 4.2.1 Algemeen

In dit algemene kader wordt het ontstaan van het conceptwetsvoorstel chronologisch uiteengezet. Op 27 november 2015 heeft de staatssecretaris een eerste mededeling gedaan met betrekking tot de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. Hij wijdt in zijn brief - die handelt over het besluit van de EC inzake Starbucks - een passage aan de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965.<sup>137</sup> De verschillende behandeling tussen de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds in de Wet DB 1965 wordt door het kabinet onderzocht. In zijn brief van 2 februari 2016 geeft de staatssecretaris een nadere achtergrond van het onderzoek naar de afwijkende behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965.<sup>138</sup> Het heeft vervolgens tot 27 mei 2016 moeten duren voordat de staatssecretaris een eerste aanwijzing gaf van de gewenste invulling van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. In zijn brief geeft de staatssecretaris aan dat hij met Prinsjesdag 2016 een voorstel zal doen om de verschillende behandeling van de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds op te heffen.<sup>139</sup> Bij dit voorstel wordt als uitgangspunt gehanteerd dat Nederland geen dividendbelasting wenst te heffen in deelnemingsverhoudingen, waar sprake is van een ondernemingsstructuur. Daarnaast is de randvoorwaarde dat het reële coöperatieve bedrijfsleven niet wordt geraakt. Op 20 september 2016 heeft de staatssecretaris uiteindelijk de resultaten van het onderzoek naar de coöperatie in de Wet DB 1965 en zijn voorstel tot wijziging van de inhoudingsplicht van coöperaties in een brief naar de Tweede Kamer gezonden.<sup>140</sup> Uit het onderzoek blijkt dat de afgelopen jaren het gebruik van coöperaties in internationale structuren is toegenomen, waarbij het de zogenoemde houdstercoöperaties zijn die een probleem vormen. Het voorstel is om de houdstercoöperatie inhoudingsplichtig te maken en flankerend hieraan de inhoudingsvrijstelling in de Wet DB 1965 uit te breiden naar verdragslanden. Bij een houdstercoöperatie in ondernemingsstructuren waarin geen sprake is van misbruik, is de inhoudingsvrijstelling van toepassing. In de beantwoording van de vragen uit de Tweede Kamer op de brief van 20 september 2016 heeft de staatssecretaris op 16 december 2016 invulling gegeven aan het begrip houdstercoöperatie en is het effect van het voorstel op het Nederlandse vestigingsklimaat

---

<sup>137</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 29 058, nr. 113.

<sup>138</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 februari 2016, AFP/2016/80, Antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende de kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV.

<sup>139</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 300 IX, nr. 26, p. 8.

<sup>140</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

besproken.<sup>141</sup> Enigszins opmerkelijk is de constatering dat de staatssecretaris in zijn brief van 16 december met betrekking tot de houdstercoöperatie op een andere lijn zit dan in zijn brief van 20 september. Op 20 september is hij nog van mening dat slechts een substance-arme houdstercoöperatie als inhoudingsplichtige dient te worden aangemerkt<sup>142</sup>, terwijl hij op 16 december een geheel andere invulling geeft en elke coöperatie waarvan feitelijke werkzaamheden voor ten minste 70% uit het houden of direct of indirect financieren van verbonden lichamen bestaat als houdstercoöperatie aanmerkt.<sup>143</sup> Na een half jaar radiostilte is op 16 mei 2017 uiteindelijk het voorstel tot wijziging van de inhoudingsplicht voor de houdstercoöperatie en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling gepubliceerd en ter consultatie aangeboden.<sup>144</sup> Dit voorstel wordt in de volgende paragraaf uitgebreid besproken.

#### **4.2.2 Het voorstel**

Het voorstel betreft grofweg een drietal aanpassingen: artikel 17 Wet VPB 1969 (buitenlands belastingplicht voor inkomen uit een aanmerkelijk belang), artikel 1 Wet DB 1965 (inhoudingsplicht houdstercoöperatie) en artikel 4 Wet DB 1965 (inhoudingsvrijstelling). Daarnaast worden in artikel 25 Wet VPB 1969 en artikel 3 Wet DB 1965 nog een tweetal kleine aanpassingen voorgesteld. De aanpassingen in de Wet VPB 1969 vallen buiten de reikwijdte van deze scriptie, hier wordt derhalve niet nader op ingegaan. De aanpassingen in artikel 1 en artikel 4 Wet DB 1965 komen wel uitvoerig aan bod. De aanpassing in artikel 1 Wet DB 1965 betreft de invoering van inhoudingsplicht voor zogenoemde houdstercoöperaties en de aanpassing in artikel 4 Wet DB 1965 ziet op de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling. Beide aanpassingen zijn van belang voor de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965. Allereerst wordt de doelstelling van de wijziging besproken, waarna vervolgens het technische gedeelte van de nieuwe bepalingen wordt behandeld.

#### *Doelstelling*

Uit de brief van de staatssecretaris van 20 september 2016<sup>145</sup>, de antwoorden op de Kamervragen<sup>146</sup> naar aanleiding van deze brief en de concept memorie van toelichting<sup>147</sup> bij het conceptwetsvoorstel

---

<sup>141</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting.

<sup>142</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting, p. 3.

<sup>143</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting, p. 1

<sup>144</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept wetteksten, 16 mei 2017.

<sup>145</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.



kan een aantal doelstellingen van de voorgestelde regeling worden gedestilleerd. Allereerst wordt als uitgangspunt bij de aanpassing gehanteerd dat in deelnemingsverhoudingen geen dividendbelasting wordt geheven indien het een ondernemingsstructuur betreft. Het is hierbij echter niet de bedoeling dat in misbruiksituaties geen dividendbelasting wordt geheven.<sup>148</sup> Daarnaast mag bij de aanpassing het reële coöperatieve bedrijfsleven geen hinder ondervinden (de door de staatssecretaris genoemde randvoorwaarde). Het reële coöperatieve bedrijfsleven moet worden gedefinieerd als coöperaties die niet voor hun oorspronkelijke doel worden gebruikt.<sup>149</sup> Dit oorspronkelijke doel wordt ingevuld als de verlengstukgedachte en het feit dat een zelfstandig bedrijf wordt uitgeoefend. In zijn brief van 20 september 2016 spreekt de staatssecretaris ook over coöperaties met reële economische betekenis.<sup>150</sup> Het is de vraag of hij met dit soort coöperaties ook doelt op het reële coöperatieve bedrijfsleven. Indien dit namelijk het geval is, moet het reële coöperatieve bedrijfsleven ruimer worden uitgelegd dan alleen de coöperaties die voor hun oorspronkelijke doel worden gebruikt. In dat geval dienen ook de coöperaties die voldoen aan de substance-eisen<sup>151</sup> te worden aangemerkt als het reële coöperatieve bedrijfsleven. Naast het uitgangspunt en de randvoorwaarde wordt ook nog expliciet vermeld dat Nederland aantrekkelijk moet blijven voor buitenlandse investeerders.<sup>152</sup> Het aantrekkelijke vestigingsklimaat is voor Nederland van groot belang, aangezien dit voor een groot gedeelte van de werkgelegenheid en economische groei zorgt. Bij het analyseren van het huidige voorstel tot wijziging van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties in het tweede gedeelte van dit hoofdstuk wordt nog regelmatig gerefereerd aan de hierboven beschreven doelstellingen. Om de regeling te kunnen analyseren wordt hieronder allereerst stapsgewijs de technische uitwerking van de voorgestelde regeling uiteengezet.

---

<sup>146</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting.

<sup>147</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>149</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting, p. 5.

<sup>150</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting, p. 4.

<sup>151</sup> Zie: het besluit van 12 juni 2014, nr. 2014/3099, *Stcrt.* 2014, 15956. Eventueel aangevuld met de relevante substancecriteria genoemd in de concept Memorie van toelichting bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling.

<sup>152</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017.

### *Houdstercoöperatie*

In het nieuwe artikel 1, lid 2 Wet DB 1965 worden *kwalificerende lidmaatschapsrechten* in een in Nederland gevestigde *houdstercoöperatie* gelijkgesteld met aandelen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De inhoudingsplicht voor de Wet DB 1965 blijft in zoverre dus beperkt tot houdstercoöperaties. In het nieuwe artikel 1, lid 8, Wet DB 1965 wordt het begrip houdstercoöperatie gedefinieerd. Van een houdstercoöperatie is sprake indien de feitelijke werkzaamheden in het jaar voorafgaande aan de dividenduitkering doorgaans hoofdzakelijk (voor meer dan 70%) hebben bestaan uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van, volgens artikel 10a, vierde tot en met zesde lid, Wet VPB 1969, verbonden lichamen of natuurlijk personen. De bepaling lijkt op het eerste gezicht betrekkelijk eenvoudig, bij toepassing van de regeling komt de belastingplichtige echter wel valkuilen tegen.

Allereerst is het de vraag hoe het 70%-criterium dient te worden getoetst. Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat deze toets is ontleend aan artikel 20, lid 4, Wet VPB 1969.<sup>153</sup> De 70%-toets wijkt wel af van de 90% die in artikel 20, lid 4, Wet VPB 1969 wordt aangehouden. Daarnaast wordt in de parlementaire behandeling expliciet genoemd dat de toets dient plaats te vinden op het niveau van de coöperatie zelf. Indien de coöperatie als moedermaatschappij van een fiscale eenheid fungeert, mogen het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappijen in tegenstelling tot de houdsterverliesregeling niet worden toegerekend aan de coöperatie. Het percentage dient in eerste instantie te worden bepaald aan de hand van het balanstotaal, daarnaast mogen ook factoren zoals soort activa en passiva, omzet, de soort activiteiten en de tijdsbesteding van personeel in acht worden genomen. Zo is bijvoorbeeld een tophoudster die voor meer dan 70% deelnemingen op de balans heeft staan, maar deze deelnemingen actief houdt, personeel in dienst heeft en een hoofdkantoorfunctie vervult niet aan te merken als een houdstercoöperatie.<sup>154</sup> Ook worden coöperaties in private-equity-structuren met een balanstotaal bestaande uit meer dan 70% deelnemingen expliciet genoemd als coöperaties die op basis van de overige factoren mogelijk niet worden aangemerkt als een houdstercoöperatie.

Daarnaast blijkt noch uit de concept wettekst, noch uit de concept memorie van toelichting hoe het begrip “voorafgaande jaar” dient te worden uitgelegd. Het is mogelijk dat hier een periode van 365 dagen wordt bedoeld, het voorafgaande kalenderjaar of het voorafgaande boekjaar. Een periode van

---

<sup>153</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 11.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 11.

365 dagen past in mijn optiek het best binnen een antimisbruikbepaling, aangezien zodoende voor iedere belastingplichtige eenzelfde termijn geldt ongeacht of de dividenduitkering aan het begin of eind van het jaar plaatsvindt. Ook is de term “doorgaans” niet geheel duidelijk.<sup>155</sup> Uit de parlementaire behandeling blijkt dat dit begrip moet worden uitgelegd in die zin dat afhankelijk van de omstandigheden gedurende een korte periode of een beperkt aantal korte perioden mag worden afgeweken van de 70%-grens.<sup>156</sup> Wat precies met ‘omstandigheden’ wordt bedoeld blijkt niet uit de parlementaire behandeling en behoeft nog enige verduidelijking in de verdere uitwerking van het wetsvoorstel. In mijn optiek is het vollediger indien wordt aangesloten bij de wettekst van de houdsterverliesregeling, waar wordt gesproken over “het gehele of nagenoeg gehele jaar”. Het begrip “doorgaans” is immers nogal vaag, terwijl het begrip “geheel of nagenoeg geheel” objectief wordt ingevuld met een percentage van 90%. De werkzaamheden van de coöperatie moeten derhalve het voorgaande jaar voor ten minste 90% van de tijd voor ten minste 70% hebben bestaan uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van verbonden lichamen of verbonden natuurlijk personen.

#### *Kwalificerende lidmaatschapsrechten*

Indien in de eerste stap de conclusie is dat de coöperatie dient te worden gekwalificeerd als een houdstercoöperatie betekent dit niet dat de houdstercoöperatie ook daadwerkelijk als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt voor de Wet DB 1965. Volgens het nieuwe artikel 1, lid 2, juncto lid 7, Wet DB 1965 is een houdstercoöperatie pas inhoudingsplichtig voor dividenduitkeringen aan leden met zogenoemde kwalificerende lidmaatschapsrechten. Als kwalificerend lidmaatschapsrecht wordt aangemerkt: een lidmaatschapsrecht dat recht geeft op ten minste 5% van de jaarwinst van een houdstercoöperatie dan wel hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd.<sup>157</sup> Lidmaatschapsrechten van verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, leden 4-6, Wet VPB 1969 worden in aanmerking genomen bij de bepaling van het percentage. Onder verbonden “lichaam” wordt mede verstaan verbonden “natuurlijk persoon”.

---

<sup>155</sup> Het begrip “doorgaans” kennen we ook in artikel 2b en 2c van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. Op de uitleg van dit begrip in de loonbelasting kan echter niet worden teruggevallen, aangezien het begrip daar betrekking heeft op de toekomst. Het begrip in de dividendbelasting ziet op het verleden.

<sup>156</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 3.

<sup>157</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept wetteksten, 16 mei 2017.

Met dit vereiste wordt getracht te bewerkstelligen dat het reële coöperatieve bedrijfsleven niet wordt geraakt door het nieuwe artikel 1, lid 2, Wet DB 1965.<sup>158</sup> Het is namelijk niet de bedoeling dat reële coöperaties met een uitgezakte onderneming inhoudingsplichtig worden voor de Wet DB 1965. Het zou voor deze coöperaties veel administratieve lasten met zich brengen indien zij wel als inhoudingsplichtige worden aangemerkt. Vooruitlopend op het toetsingskader wordt hier opgemerkt dat de keuze voor een percentage van 5% alleszins arbitrair is. Zo hoeft een coöperatie met meer dan 21 gelijkwaardige leden<sup>159</sup> niet per definitie een reële coöperatie te zijn. Het is heel goed mogelijk dat een dergelijke coöperatie in een beleggingsstructuur wordt gebruikt. Aan de andere kant is het ook mogelijk dat een coöperatie waarbij de leden zijn gerechtigd tot meer dan 5% van de jaarwinst of liquidatie-uitkeringen onder de definitie van een reële coöperatie valt<sup>160</sup>, deze coöperatie dient volgens de doelstelling van de nieuwe regeling evenmin te worden aangemerkt als inhoudingsplichtige. Indien een dergelijke coöperatie echter als houdstercoöperatie wordt aangemerkt, wordt zij wel aangemerkt als inhoudingsplichtig voor de Wet DB 1965.

In de artikelsgewijze toelichting in de concept memorie van toelichting wordt met betrekking tot de samenwerkende groep van artikel 10a, lid 6, Wet VPB 1969 - waarnaar in de definitie van kwalificerende lidmaatschapsrechten wordt verwezen - opgemerkt dat het moet gaan om een samenwerkende groep gericht op het ontlopen van inhoudingsplicht bij de individuele leden van de coöperatie.<sup>161</sup> Dit is het geval indien bijvoorbeeld een beleggingsmaatschappij zorg draagt voor de coördinatie en het lidmaatschapsrecht wordt aangeboden als beleggingsproduct, of indien een van de leden deze taak vervult. Samenwerking vanuit de coöperatieve gedachte wordt expliciet uitgezonderd van de definitie van een samenwerkende groep.<sup>162</sup> Ook hier wordt vooruitlopend op het toetsingskader opgemerkt dat de integrale verwijzing naar artikel 10a, lid 6, Wet VPB 1969 niet aansluit bij de doelstelling van deze verwijzing zoals blijkt uit de concept memorie van toelichting. Anders dan de concept wettekst namelijk doet vermoeden, is het de bedoeling dat alleen de samenwerkende groep met het doel om individuele inhoudingsplicht te ontlopen wordt meegenomen in de bepaling van het percentage van de gerechtigdheid tot de jaarwinst en liquidatie-uitkeringen van de coöperatie. Een samenwerkende groep in een andere vorm is wel gewoon toegestaan.

---

<sup>158</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 3.

<sup>159</sup> Waarbij ieder lid gerechtigd is tot <5% van de jaarwinst of liquidatie-uitkeringen.

<sup>160</sup> De definitie zoals genoemd in de brief van de Staatssecretaris van 20 september 2016.

<sup>161</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 10.

<sup>162</sup> Ibidem, p.11.

### *Uitbreiding inhoudingsvrijstelling*

Indien de coöperatie wordt aangemerkt als een houdstercoöperatie en er sprake is van kwalificerende lidmaatschapsrechten, is de coöperatie inhoudingsplichtig voor de Wet DB 1965 voor dividenduitkeringen aan haar leden met een kwalificerend lidmaatschapsrecht (partieel inhoudingsplicht). In het voorgestelde artikel 4, lid 2, Wet DB 1965 is het voor de coöperatie - anders dan onder de voorloper van dit artikel - in bepaalde gevallen mogelijk om onder de inhoudingsvrijstelling te vallen. De voorgestelde nieuwe inhoudingsvrijstelling is uitgebreid in de relatie met non-EU/EER landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden. De andere voorwaarde in het tweede lid, dat de opbrengstgerechtigde - indien gevestigd in Nederland - een belang heeft in de inhoudingsplichtige waarop de deelnemingsvrijstelling of -verrekening van toepassing zou zijn geweest, blijft hetzelfde.

In de relatie met non-EU/EER landen worden de regelingen ter voorkoming van dubbele belasting die gelden binnen het koninkrijk<sup>163</sup> ook aangemerkt als verdragen genoemd in het nieuwe tweede lid. Daarnaast moeten ook deze verdragen een regeling bevatten voor dividenden. Tax Information Exchange Agreements (TIEA's) en verdragen die alleen in een regeling voor dividenden in de relatie met natuurlijk personen voorzien voldoen niet. De opbrengstgerechtigde moet tevens verdragsinwoner zijn en mag in het vestigingsland niet als transparant worden aangemerkt. Het blijkt niet duidelijk uit de concept wettekst of hier wordt bedoeld op het inwonerschap volgens het verdrag of volgens de nationale wetgeving van de andere verdragsstaat. In het kader van het voorkomen van misbruiksituaties lijkt het consistent om uit te gaan van inwonerschap volgens de nationale wetgeving van de andere verdragsstaat. Indien hier immers geen sprake van is, zal deze andere lidstaat geen belasting heffen op inkomende dividendstromen. Het toepassen van de inhoudingsvrijstelling in een dergelijke situatie leidt dan tot een heffingslek.

### *Antimisbruikbepaling*

Geheel nieuw in de inhoudingsvrijstelling is de in het voorgestelde artikel 4, lid 3, onderdeel d, Wet DB 1965 opgenomen antimisbruikbepaling. Indien aan de voorwaarden van het tweede lid wordt voldaan, kan de inhoudingsvrijstelling alsnog niet van toepassing zijn indien niet wordt voldaan aan de antimisbruikbepaling van het voorgestelde derde lid onderdeel d. Indien het belang (lidmaatschapsrecht) wordt gehouden met het doel of een van de hoofdoelen om de heffing van

---

<sup>163</sup> Belastingregelingen met Curaçao, Sint-Maarten en Aruba en de Belastingregeling Nederland (BRN).

belasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties, is de inhoudingsvrijstelling alsnog niet van toepassing. Een constructie of transactie kan bestaan uit verscheidene stappen of onderdelen en wordt geacht kunstmatig te zijn voor zover deze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

Om te bepalen of sprake is van misbruik dient volgens de concept memorie van toelichting allereerst te worden vastgesteld of sprake is van een ondernemingsstructuur of van een beleggingsstructuur. Een beleggingsstructuur valt volgens de wetgever per definitie niet onder de inhoudingsvrijstelling.<sup>164</sup> Deze constatering is enigszins opmerkelijk, aangezien de concept wettekst geen onderscheid maakt tussen beleggingsstructuren of ondernemingsstructuren. In het hierna te behandelen toetsingskader komt aan bod waarom het geen juiste benadering is om de inhoudingsvrijstelling alleen toegankelijk te maken voor ondernemingsstructuren. De wijze om te bepalen of sprake is van een ondernemingsstructuur dient nog steeds plaats te vinden conform de huidige regelgeving in de Wet DB 1965 (i.e. artikel 1, lid 7, Wet DB 1965).<sup>165</sup>

Indien is geconstateerd dat sprake is van een ondernemingsstructuur, dient een tweetal toetsen te worden toegepast om te bepalen of sprake is van misbruik. Het betreft een subjectieve en een objectieve toets. De twee toetsen zijn cumulatief, indien aan beide wordt voldaan is de antimisbruikbepaling van toepassing. De subjectieve toets kijkt naar de doelstelling van de belastingplichtige. Hiervoor wordt gekeken naar de eerste schakel boven Nederland waar een materiële onderneming wordt gedreven. Indien er een of meer tussenhoudsters zijn wordt gekeken of deze tussenhoudster is tussengeschoven met het doel om de Nederlandse dividendbelasting te ontgaan.<sup>166</sup> Aan het subjectieve criterium wordt dus niet voldaan indien zonder tussenschakeling van het buitenlandse lichaam de dividendbelasting ook achterwege zou blijven. Bij de objectieve toets

---

<sup>164</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 12.

<sup>165</sup> Voor een uitgebreide uiteenzetting voor deze toetsing wordt verwezen naar paragraaf 2.3.3 en 2.3.4.

<sup>166</sup> Hier wordt de wegdenkgedachte toegepast zoals ook wordt toegepast in het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Het is echter de vraag of deze wegdenkgedachte overeenkomt met de wegdenkgedachte uit het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965, daar bij de parlementaire behandeling van dat lid wordt gesproken over het wegdenken van een in Nederland gevestigde coöperatie als tussenhoudster. In de wegdenkgedachte die wordt toegepast in de nieuwe antimisbruikbepaling wordt echter de tussenhoudster boven Nederland weggedacht. Ondanks dat het hier verschillende situaties betreft ben ik van mening dat de wegdenkgedachte op dezelfde wijze dient te worden toegepast onder de nieuwe antimisbruikbepaling als onder de antimisbruikbepaling van het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965.

dient te worden gekeken of er geldige zakelijke redenen zijn die de economische realiteit weerspiegelen. Voor deze bepaling is een nieuw begrip van substance ingevoerd: het lichaam dat een deelneming in een Nederlands lichaam houdt dient te voldoen aan de “relevante substance-eisen”. Relevante substance wordt gereflecteerd door de huidige substance-eisen<sup>167</sup> aangevuld met een tweetal nieuwe eisen:

- “Het lichaam voldoet aan een loonkostencriterium van minimaal € 100.000, waarbij de loonkosten een vergoeding vormt voor de werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie; de werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie worden uitgeoefend in het land waar het lichaam is gevestigd.
- Het lichaam heeft voor een periode van ten minste 24 maanden een in het land waar het lichaam is gevestigd gelegen onroerende zaak of een deel van een onroerende zaak ter beschikking gesteld voor de uitoefening van de werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie; in die onroerende zaak bevindt zich een eigen kantoor dat is voorzien van gebruikelijke faciliteiten voor houdsteractiviteiten en in die onroerende zaak worden ook daadwerkelijk de werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie uitgeoefend.”<sup>168</sup>

De eis met betrekking tot gekwalificeerd personeel en de financieringseis uit het besluit van 12 juni 2014 komen niet terug in de concept memorie van toelichting en lijken daarmee te komen vervallen. Voor het nieuwe loonkostencriterium is niet vereist dat het personeel in dienst is bij het desbetreffende lichaam, inlenen van relevant personeel binnen het concern telt ook mee. Het moet gaan om personeel dat wordt ingeleend voor relevante werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie van de tussenhoudster. Het is van belang dat de loonkosten kunnen worden toegerekend aan het land waar de tussenhoudster is gevestigd, het is niet van belang of dit land heffingsbevoegd is over het loon. Met betrekking tot het vereiste van een eigen kantoormuimte wordt opgemerkt dat het moet gaan om een kantoormuimte die niet alleen in bezit is, maar ook feitelijk wordt gebruikt voor het uitoefenen van de werkzaamheden ten behoeve van de schakelfunctie van de tussenhoudster.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> Besluit van 12 juni 2014, nr. *DGB/3099*.

<sup>168</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 14.

<sup>169</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 15.

## **4.3 Analyse van het voorstel**

### **4.3.1 Algemeen**

Nu de technische uitwerking van het voorstel tot wijziging van inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling en enige onduidelijkheden en tekortkomingen van dat wetsvoorstel zijn besproken, wordt het voorstel in deze paragraaf geanalyseerd aan de hand van het toetsingskader dat is besproken in hoofdstuk 1. Een sluitende wettekst dient in ieder geval te voldoen aan de volgende criteria:

- effectiviteit;
- efficiëntie;
- uitvoerbaarheid;
- rechtszekerheid; en
- internationale en Europese inpasbaarheid.

In optima forma voldoet een bepaalde wettelijke bepaling aan deze vijf vereisten, waarbij effectiviteit en efficiëntie twee sleutelcriteria zijn voor een deugdelijke wettelijke bepaling. In mijn optiek dienen de criteria effectiviteit en rechtszekerheid het zwaarst te wegen, waarbij de efficiëntie van de bepaling uiteraard wel in het oog dient te worden gehouden. Een regeling die immers met een bepaald doel is ingevoerd, moet dit doel ook dienen. Daarnaast is rechtszekerheid voor belastingplichtigen van belang, zodat zij niet voor verrassingen komen te staan. Het is mogelijk dat bepaalde criteria elkaar uitsluiten; zo kan bijvoorbeeld het vergroten van de effectiviteit of de rechtszekerheid ten koste gaan van de efficiëntie van de wettelijke bepaling. In deze paragraaf worden de criteria allereerst apart behandeld, waarna op basis van de vijf criteria in samenhang bezien wordt beoordeeld of het wetsvoorstel een sluitend geheel vormt.

### **4.3.2 Effectiviteit**

De effectiviteit (doeltreffendheid) van een wettelijke bepaling houdt simpelweg in dat de bepaling aan de door de wetgever beoogde doelstellingen moet voldoen. Dit criterium is voor de wijziging van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperatie uitermate relevant. In het antimisbruikarakter van de bepaling zit automatisch een doelstelling van de wetgever verscholen: niet-reële coöperaties die worden gebruikt in internationale structuren om de Nederlandse dividendbelasting te ontgaan dienen inhoudingsplichtig te zijn voor de heffing van de Wet DB 1965. Aan deze doelstelling is wel een aantal voorwaarden verbonden, zoals besproken in paragraaf 4.2.2. Het toetsingscriterium van effectiviteit toetst of het conceptwetsvoorstel aan deze beoogde doelstelling voldoet.



De invoering van inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties<sup>170</sup> leidt ertoe dat de coöperatie in meer situaties als inhoudingsplichtig wordt aangemerkt dan onder het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. De niet-reële coöperaties die onder het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 niet als inhoudingsplichtige worden aangemerkt<sup>171</sup>, worden indien zij aan de definitie van een houdstercoöperatie voldoen onder de nieuwe regeling wel als inhoudingsplichtige aangemerkt. De vervolgstap is de eventueel van toepassing zijnde inhoudingsvrijstelling. In de nieuwe inhoudingsvrijstelling zit een antimisbruiktoets verweven. Op deze manier worden meer ontgaanssituaties ondervangen dan het geval is onder het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965.

Het is echter de vraag of alle niet-reële coöperaties door de voorgestelde wijziging worden ondervangen. Een houdstercoöperatie is partieel inhoudingsplichtig voor dividenduitkeringen aan haar leden met een kwalificerend lidmaatschapsrecht. Een coöperatie met leden die ieder een belang in de jaarwinst of liquidatie-uitkeringen hebben van kleiner dan 5% zal dus niet inhoudingsplichtig zijn, ondanks het feit dat de coöperatie wel voor meer dan 70% deelnemingen op haar balans heeft staan. Een dergelijke coöperatie in een beleggingsstructuur wordt dus niet aangemerkt als houdstercoöperatie indien de leden geen samenwerkende groep vormen met als doel om individuele inhoudingsplicht te ontlopen. Het is echter de vraag of het hier voldoende is dat voor het bestaan van een dergelijke samenwerkende groep dient te worden gekeken naar het motief van de samenwerkende groep, of dat het alleen moet gaan om afspraken die zijn gemaakt tussen de investeerders. In de concept memorie van toelichting gaat de wetgever hier kort op in en stelt dat de bundeling van portfoliobelangen gecoördineerd dient plaats te vinden.<sup>172</sup> Als voorbeeld geeft hij een beleggingsmaatschappij die de lidmaatschapsrechten als beleggingsproduct aanbiedt en de coördinatie op zich neemt. Wat in dit kader onder coördinatie moet worden verstaan blijkt niet duidelijk uit de toelichting. Om discussie rondom dit samenwerkende groep criterium te voorkomen, wordt aanbevolen om bij het gebruik van een coöperatie in een beleggingsstructuur geen eis te stellen aan de lidmaatschapsrechten. Een extra toets die in het voorgestelde artikel 1, lid 2, Wet DB 1965 in dat geval dient te worden uitgevoerd is of sprake is van een ondernemings- of beleggingsstructuur. Indien de conclusie is dat sprake is van een beleggingsstructuur, dient de

---

<sup>170</sup> Voor zover er sprake is van kwalificerende lidmaatschapsrechten.

<sup>171</sup> Omdat bijvoorbeeld de lidmaatschapsrechten in de coöperatie aan de materiële onderneming van het lid kunnen worden toegerekend, het lid een schakelfunctie vervult en voldoet aan de substance eisen of omdat geen sprake is van een ontgaansmotief.

<sup>172</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 10.

coöperatie te worden aangemerkt als inhoudingsplichtige voor de Wet DB 1965 ongeacht het aandeel in de jaarwinst of liquidatie-uitkeringen.

Tot dusver is de conclusie dat het voorstel tot wijziging van de inhoudingsplicht van houdstercoöperaties gedeeltelijk voldoet aan de doelstelling van de wetgever met betrekking tot het creëren van inhoudingsplicht voor niet-reële coöperaties. Het zijn echter de nevendoelestellingen die voor discussie zorgen. De nevendoelestellingen zijn in paragraaf 4.2.2 besproken en luiden: het reële coöperatieve bedrijfsleven mag niet worden geraakt, Nederland moet aantrekkelijk blijven voor buitenlandse investeerders en het uitgangspunt is om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen. Daarnaast is niet zo zeer als doelstelling van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, maar meer als een algemene doelstelling van de Wet DB 1965, de gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV. De doelstellingen worden hieronder apart besproken.

#### *Het reële coöperatieve bedrijfsleven mag niet worden geraakt*

Bij deze doelstelling is het allereerst van belang wat de definitie van het reële coöperatieve bedrijfsleven is. Het gehele proces van de totstandkoming van het huidig conceptwetsvoorstel in ogenschouw nemende moet een reële coöperatie worden gedefinieerd als een coöperatie die voor haar oorspronkelijke doel wordt gebruikt.<sup>173</sup> De houdstercoöperatie wordt expliciet genoemd als een coöperatie die niet voor haar oorspronkelijke doel wordt gebruikt. Indien de houdstercoöperatie echter niet uitsluitend als houdster opereert kan uit de brief van 20 september 2016 worden gedestilleerd dat dergelijke coöperaties als reële coöperatie dienen te worden aangemerkt. Het voorgaande wordt gekenmerkt door het voldoen aan de minimum substance-eisen op het niveau van de coöperatie. Kortom: als reële coöperaties dienen te worden aangemerkt de coöperaties die voor hun oorspronkelijke doel worden gebruikt of voldoen aan de minimum substance-eisen.

Indien deze definitie wordt aangehouden is de conclusie dat het conceptwetsvoorstel niet voldoet aan deze (sub)doelstelling. Houdstercoöperaties die aan de minimum substance-eisen voldoen worden namelijk in sommige gevallen als inhoudingsplichtige aangemerkt voor de Wet DB 1965. Daarnaast is het nog de vraag of alleen het uitsluiten van reële coöperaties niet een te enge benadering is. Als doelstelling breder wordt getrokken naar de structuren waarin een coöperatie wordt gebruikt, valt er

---

<sup>173</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting, p. 5.

iets voor te zeggen om inhoudingsplicht voor coöperaties in de gehele reële economie uit te sluiten.<sup>174</sup> Volgens deze visie dienen alleen de coöperaties die in passieve beleggingsstructuren worden gebruikt te worden aangemerkt als inhoudingsplichtige voor de Wet DB 1965. Met name voor private-equity-fondsen is deze benadering relevant. Dergelijke fondsen verrichten doorgaans actieve investeringsactiviteiten<sup>175</sup> en zouden volgens de benadering van het ontzien van de reële economie niet mogen worden geraakt door de invoering van de inhoudingsplicht voor de houdstercoöperatie.<sup>176</sup>

### *Nederland moet aantrekkelijk blijven voor buitenlandse investeerders*

Nederland kenmerkt zich momenteel door zijn grote verdragenetwerk, gunstige rulingbeleid, veelheid aan belastingverdragen, stabiele economische omstandigheden en het niet heffen van bronheffing op uitgaande interest-, royalty- en dividendstromen als aantrekkelijk vestigingsland voor buitenlandse investeerders. Een coöperatie wordt doorgaans veelvuldig gebruikt door (actieve) investeringsfondsen om hun investeringen in Nederland en het buitenland fiscaal neutraal<sup>177</sup> vorm te geven. Indien de coöperaties - die dergelijke investeringsfondsen gebruiken om deze fiscale neutraliteit te bewerkstelligen - inhoudingsplichtig worden voor de Wet DB 1965, is het voor deze fondsen niet meer aantrekkelijk om via Nederland te investeren. Zij zullen op zoek gaan naar alternatieven om hun investeringen wel fiscaal neutraal vorm te geven. Een onderbouwing van het daadwerkelijk aanwezig zijn van dit risico blijkt uit een interne notitie gepubliceerd op 27 maart 2017 in het kader van het Wob-verzoek inzake het rulingbeleid.<sup>178</sup> De notitie gaat in op de gevolgen voor het Nederlandse vestigingsklimaat indien CV/BV structuren in de relatie met de VS door de werking van ATAD II niet meer mogelijk zijn. De conclusie in dit rapport is dat het verdwijnen van de mogelijkheid om dergelijke structuren toe te passen ertoe leidt dat de bedrijven die momenteel gebruik maken van dergelijke structuren op termijn uit Nederland zullen verdwijnen en op zoek gaan naar alternatieve structuren om hun Europese tak vorm te geven. Het blijkt namelijk dat bedrijven

---

<sup>174</sup> Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie P. Boonstra, Van Campen Liem, 12 juni 2017.

<sup>175</sup> Het actief bezighouden met het maken, onderhandelen, houden, managen, controleren en verkopen van investeringen.

<sup>176</sup> Uit praktijkervaringen blijkt dat dergelijke fondsen de coöperatie als vehikel gebruiken om hun targets aan te kopen.

<sup>177</sup> Onder fiscaal neutraal wordt verstaan dat het niet uitmaakt of de achterliggende investeerders van het investeringsfonds hun investering individueel doen of door middel van een private equity fonds, de belastingdruk wordt voor de achterliggende aandeelhouders niet hoger indien zij beleggen via de fondsentiteit.

<sup>178</sup> Minister van financiën, Besluit op uw Wob-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 61-80.

die gebruik maken van dergelijke structuren doorgaans mobiel zijn en dus vrij gemakkelijk een andere structuur kunnen opzetten.

### *In ondernemingsstructuren geen dividendbelasting heffen*

Nederland hanteert in zijn verdragsbeleid het uitgangspunt dat in deelnemingsverhoudingen geen dividendbelasting wordt geheven.<sup>179</sup> In nationale- en EU/EER verhoudingen wordt dit momenteel bewerkstelligd door de toepassing van de inhoudingsvrijstelling en in niet EU/EER verhoudingen door de toepassing van belastingverdragen.<sup>180</sup> Bij deze deelnemingsverhoudingen dient wel sprake te zijn van ondernemingsstructuren.

De invoering van inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties leidt ertoe dat de coöperatie in bepaalde ondernemingsstructuren als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt en in beginsel dividendbelasting dient af te dragen over dividenduitkeringen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een coöperatie wordt gebruikt als investeringsvehikel door een private-equity-fonds, waarbij wordt geïnvesteerd in een actieve Nederlandse groep. In het geval dat de coöperatie een ‘lege’ entiteit is, waarbij niet wordt voldaan aan de in de concept memorie van toelichting genoemde uitzondering<sup>181</sup>, is de coöperatie in beginsel inhoudingsplichtig. Indien dergelijke coöperaties als inhoudingsplichtig worden aangemerkt, wordt alsnog aan de doelstelling voldaan indien deze coöperaties gebruik kunnen maken van de inhoudingsvrijstelling. Toepassing hiervan leert echter dat lang niet in alle situaties de heffing van dividendbelasting achterwege blijft in ondernemingsstructuren. Voor een voorbeeld van een ondernemingsstructuur waar dit niet het geval is wordt verwezen naar bijlage I. Uit de concept memorie van toelichting blijkt dat op het niveau van de directe aandeelhouder in de Nederlandse coöperatie dient te worden getoetst of sprake is van relevante substance. Aangezien in deze casus niet op dit niveau wordt voldaan aan de relevante substance, wordt niet voldaan aan het objectieve criterium. De andere Luxemburgse entiteit voldoet echter wel aan de relevante substance vereisten, de activiteiten en activa van deze entiteit mogen echter niet worden meegenomen voor de bepaling van de relevante substance op het niveau van de Luxemburgse tussenhoudster. Het verdient hier de aanbeveling om de substance toets toe te passen per land en niet per entiteit.

---

<sup>179</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 2.

<sup>180</sup> In de belastingverdragen gaat overigens lang niet altijd de bronbelasting op dividenduitkeringen naar 0%.

<sup>181</sup> Waarbij de coöperatie meer dan 70% deelnemingen op de balans heft staan, maar aan de hand van overige omstandigheden zoals personeel, kantoorruimte en actieve betrokkenheid bij de onderneming van de deelnemingen toch niet als houdstercoöperatie kan worden aangemerkt.

Ook in ondernemingsstructuren met een niet-verdragsland direct boven Nederland kan de houdstercoöperatie geen gebruik maken van de inhoudingsvrijstelling, deze werkt immers alleen in de relatie met EU/EER-landen en landen waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten dat voorziet in een dividendbelastingbepaling. Ook hier schiet het conceptwetsvoorstel tekort in het behalen van de doelstelling van het niet heffen van dividendbelasting in ondernemingsstructuren. Het past beter binnen de doelstelling om ook in relatie tot niet-verdragslanden de inhoudingsvrijstelling uit te breiden. Hier kan worden gedacht aan een uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar de gehele wereld of alleen naar landen waarmee Nederland een verdrag tot informatie-uitwisseling heeft gesloten (TIEA dan wel CRS).

Desalniettemin is de algemene uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling in de relatie met verdragslanden al een verbetering ten opzichte van de huidige inhoudingsvrijstelling. Daar de aanpassingen voor de coöperatie zorgt voor een toename van de situaties waarin de coöperatie dividendbelasting is verschuldigd bij dividenduitkeringen, leidt de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling voor rechtspersonen die onder de huidige Wet DB 1965 al inhoudingsplichtig zijn tot een verbetering ten opzichte van de huidige inhoudingsvrijstelling.

#### *Gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV*

Deze doelstelling vindt zijn oorsprong in het beginsel van rechtsvormneutraliteit. Volgens dit beginsel mag het voor het fiscale resultaat niet uitmaken door middel van welke rechtsvorm activiteiten worden verricht. Ten opzichte van de huidige verschillende behandeling van de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds is de behandeling dichter bij elkaar komen te liggen. Desalniettemin zijn er toch nog een aantal belangrijke verschillen. Zo is een coöperatie slechts inhoudingsplichtig indien sprake is van een houdstercoöperatie met kwalificerende lidmaatschapsrechten, terwijl een NV of een BV volledig inhoudingsplichtig is ongeacht de activiteiten of de soort aandeelhouders. De wens tot rechtsvormneutraliteit rechtvaardigt het om ook dit verschil op te heffen. Dit is mogelijk door de coöperatie integraal inhoudingsplichtig te maken, hetgeen ik niet wenselijk acht in het kader van de doelstelling van het niet in de heffing van de dividendbelasting betrekken van reële coöperaties. Een alternatief is om eenzelfde soort kwalificatie voor de NV en de BV in te voeren. Als de NV of de BV als houdstervenootschap kwalificeert en sprake is van kwalificerende aandelenbelangen is sprake van inhoudingsplicht; in de overige situaties is dat niet het geval. Een nadere analyse van dit alternatief wordt besproken in hoofdstuk 5.

### 4.3.3 Efficiëntie

De efficiëntie (doelmatigheid) van een wettelijke bepaling houdt in dat de bepaling niet tot een ongunstige verhouding tussen de baten en lasten van de overheid of de belastingplichtige leidt. Het gaat om de verhouding tussen de uitvoeringskosten en de voordelen van de wettelijke bepaling. De huidige invulling van de wijziging inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling zal extra inzet vergen van de Belastingdienst. De Belastingdienst moet erop toezien dat de houdstercoöperatie inhoudingsplichtig wordt en dat de inhoudingsvrijstelling niet van toepassing is in misbruiksituaties. Door het subjectieve karakter van de antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling zal tussen de Belastingdienst en belastingplichtigen discussie ontstaan omtrent de interpretatie. Daarnaast zullen door de invoering van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties in toenemende mate rullingverzoeken worden ingediend bij de Belastingdienst om zekerheid te hebben dat geen sprake is van inhoudingsplicht.<sup>182</sup> Naast de uitvoeringskosten leidt de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar verwachting tot een budgettaire derving van € 30 miljoen per jaar.<sup>183</sup> De opbrengst van de invoering voor inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties is daarentegen verwaarloosbaar, hetgeen per saldo leidt tot een derving van de staatskas. Door de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling, hetgeen de doeltreffendheid van de regeling vergroot, dient dus te worden ingeleverd op doelmatigheid.

### 4.3.4 Uitvoerbaarheid

De uitvoerbaarheid is een noodzakelijk criterium indien de wens van een wettelijke bepaling is om een gedragsverandering te bewerkstelligen. De gewenste gedragsverandering die achter de invoering van inhoudingsplicht voor de houdstercoöperaties zit is dat coöperaties niet meer worden gebruikt in internationale structuren om de dividendbelasting te ontlopen. De uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling houdt in dat eerbiediging van de regeling kan worden geforceerd. De Belastingdienst speelt hierin een belangrijke rol. Het kennisniveau en de technische systemen moeten hiervoor op orde zijn. Met name het de controle van de substance-eisen van een buitenlandse tussenhouder is een aangelegenheid die met betrekking tot de uitvoerbaarheid de nodige problemen kan opleveren. Het moet namelijk voor de Belastingdienst controleerbaar zijn of relevante substance ook daadwekelijk aanwezig is bij de buitenlandse tussenhouder. Goede samenwerking met verdragspartners is hierbij noodzakelijk. Gezien het aantal door Nederland gesloten belasting- en

---

<sup>182</sup> Met name in de private-equity-sector wordt het belang van een rulling groter. Door de grote investeringen die hier plaatsvinden leidt het ontstaan van inhoudingsplicht namelijk tot een verstoring van de fiscale neutraliteit die in private-equity-structuren wordt nagestreefd.

<sup>183</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 8 en 9.

informatie uitwisselingsverdragen is het voor Nederland in de regel mogelijk om dergelijke informatie te vergaren. Daarnaast dient de Belastingdienst actief te controleren of de inhoudingsvrijstelling juist wordt toegepast en of de coöperaties die menen niet inhoudingsplichtig te zijn ook daadwerkelijk niet als houdstercoöperatie kunnen worden gekwalificeerd. Dit vergt inzet van extra mankracht bij de Belastingdienst. Desalniettemin acht ik het voorstel goed uitvoerbaar, mede door de informatie uitwisseling van Nederland met haar verdragspartners.

#### **4.3.5 Rechtszekerheid**

De rechtszekerheid van een bepaalde maatregel is van belang voor het vertrouwen van belastingplichtigen in het rechtssysteem waar hun onderneming is gevestigd. Een lage mate van rechtszekerheid heeft invloed op het vestigingsklimaat. De voorgestelde antimisbruikbepaling is in lijn met de door Nederland gekozen Principal Purpose Test (PPT) in het multilateraal instrument (MLI).<sup>184</sup> De nationale antimisbruikbepaling in het voorgestelde artikel 4, lid 3, onderdeel d, Wet DB 1965 zal een belangrijk handvat gaan vormen voor de Nederlandse interpretatie van de PPT.<sup>185</sup> Dit komt de rechtszekerheid van de PPT zeer ten goede.

De bepaling voor inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties is in beginsel een objectieve toets: beoordelen of het balanstotaal voor meer dan 70% uit deelnemingen bestaat. Met de genoemde uitzondering voor houdstercoöperaties die onder bepaalde omstandigheden toch geen houdstercoöperatie zijn wordt een subjectief element toegevoegd aan de bepaling. Dit subjectieve element komt de rechtszekerheid van de bepaling niet ten goede. Met name bij coöperaties in private-equity-structuren is het van belang om duidelijkheid te hebben ten aanzien van de aanwezigheid van inhoudingsplicht op het niveau van de coöperatie. Daarnaast leidt ook het feit dat met de voorgestelde wijzigingen de behandeling van coöperaties in de Wet DB 1965 de voorgaande vijf jaar driemaal is gewijzigd tot minder rechtszekerheid. Deze constatering geeft voor belastingplichtigen geen comfortabel gevoel, zij zullen zich immers afvragen of in de nabije toekomst niet weer een wijziging gaat plaatsvinden. Deze positie wordt alleen maar meer versterkt door het feit dat geen overgangsregeling is getroffen met betrekking tot de voorgestelde regeling. Coöperaties die in 2018 een dividenduitkering doen, moeten derhalve nu al voldoen aan de criteria zoals genoemd in het conceptwetsvoorstel. Dit komt ook de rechtszekerheid niet ten goede. De

---

<sup>184</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 8 en 9.

<sup>185</sup> Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie van 13 juni 2017 van de NOB.

aanbeveling is om een overgangsregeling op te nemen; in het volgende hoofdstuk wordt dit nader uitgewerkt.

De antimisbruikbepaling in de voorgestelde inhoudingsvrijstelling bevat zowel een subjectieve als een objectieve toets. De subjectieve toets wordt in mijn optiek ook aan objectieve criteria getoetst.<sup>186</sup> De antimisbruikbepaling is derhalve goed toepasbaar en komt de rechtszekerheid van de bepaling ten goede. Om de eenvoud en rechtszekerheid van de bepaling te vergroten dient echter wel de in artikel 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 opgenomen verwijzing naar de antimisbruikbepalingen in de belastingverdragen te komen vervallen. Deze bepaling is immers overbodig geworden door de werking van de voorgestelde antimisbruikbepaling in onderdeel d van dat lid.<sup>187</sup>

#### **4.3.6 Internationale en Europese inpasbaarheid**

De internationale en Europese inpasbaarheid van een bepaalde wettelijke bepaling is door de fiscale globalisering van de afgelopen jaren van groot belang om te zorgen dat in lijn wordt gehandeld met zowel Europese regelgeving (i.e. het verbod op staatssteun, de verschillende richtlijnen en de vrije verkeersbepalingen), als de wereldwijde niet-rechtens afdwingbare richtlijnen (i.e. OESO BEPS actiepunten).

Uit de brief van de staatssecretaris van 20 september 2016 blijkt dat hij bang is voor een staatssteundiscussie indien de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 niet wordt aangepast.<sup>188</sup> De vraag is of dit staatssteunrisico met de het conceptwetsvoorstel volledig is weggenomen. De coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds worden namelijk nog steeds niet gelijk behandeld. Indien het conceptwetsvoorstel wordt vergeleken met de conclusie uit de staatssteunanalyse van het voorgaande hoofdstuk, is de conclusie dat de coöperatie onder de het conceptwetsvoorstel als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt in de situaties dat de coöperatie juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met een NV of een BV. Enige discussie kan mogelijk wel ontstaan door het 70%-criterium dat voor houdstercoöperaties wordt gehanteerd; een NV of een BV is in tegenstelling tot de houdstercoöperatie namelijk ook inhoudingsplichtig indien deze voor minder dan 70% houdsteractiviteiten verricht. Daarnaast wordt er bij de NV en de BV geen eis

---

<sup>186</sup> De situatie vergelijken dat indien het eerste land boven Nederland waar een materiële onderneming wordt gedreven de aandelen (lidmaatschapsrechten) direct houdt met de situatie dat de tussenhoudster de aandelen (lidmaatschapsrechten) houdt is een objectieve toets.

<sup>187</sup> Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie van 13 juni 2017 van de NOB, reactie van 13 juni 2017 van Baker McKenzie, en reactie van 13 juni 2017 van NBCC.

<sup>188</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting, p. 1.



gesteld met betrekking tot het aandelenbelang. Dit probleem kan simpelweg worden verholpen door de coöperatie, de NV en de BV alsnog gelijk te behandelen in de Wet DB 1965. Hoe dit dient te worden vormgegeven wordt nader uiteengezet in het volgende hoofdstuk.

Daarnaast kan mogelijk strijdigheid met de Moeder-dochterrichtlijn ontstaan doordat in het conceptwetsvoorstel in beleggingsstructuren geen inhoudingsvrijstelling mogelijk is.<sup>189</sup> Het is de vraag of het geheel uitsluiten van de toepassing van de inhoudingsvrijstelling in beleggingsstructuren in lijn is met de algemene antimisbruikbepaling van artikel 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn. Volgens deze bepaling zijn de lidstaten namelijk niet verplicht de voordelen van de richtlijn toe te kennen indien sprake is van “een constructie of reeks van constructies die is opgezet met als doel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen” (subjectieve criterium) “en die alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is” (objectieve criterium).<sup>190</sup> Uit deze antimisbruikbepaling is te destilleren dat in een beleggingsstructuur geen dividendbelasting mag worden ingehouden op dividenduitkeringen indien het doel niet is om belasting te vermijden. De conclusie is dat beleggingsstructuren niet op voorhand mogen worden uitgesloten van de inhoudingsvrijstelling, doch slechts in situaties waar sprake is van misbruik (i.e. waar wordt voldaan aan het subjectieve en objectieve criterium).

De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling met daarin het opnemen van een antimisbruikbepaling is voor de internationale inpasbaarheid een goede ontwikkeling. De antimisbruikbepaling in het voorgestelde artikel 4, lid 3, onderdeel d, Wet DB 1965 kan fungeren als de Nederlandse uitleg van de PPT die na de ondertekening van het MLI op 7 juni 2017 onderdeel wordt van de verdragen gesloten door Nederland met andere staten die het MLI hebben ondertekend en de PPT hebben geaccepteerd. De uitleg van de antimisbruikbepaling is op sommige plaatsen nog onvolledig, maar ik acht een nationale variant van een verdragsrechtelijke antimisbruikbepaling een goede ontwikkeling. Een nadere uitwerking van de antimisbruikbepaling is derhalve aan te bevelen.

#### **4.4 Conclusie**

In dit hoofdstuk is het conceptwetsvoorstel Wet wijziging inhoudingsplicht houdstercoöperaties en de uitbreiding inhoudingsvrijstelling aan bod gekomen. In het eerste gedeelte is de achterliggende doelstelling van het conceptwetsvoorstel en de inhoud van het wetsvoorstel zelf besproken.

---

<sup>189</sup> J.J.H. Reijnen, Consultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, *NTFR* 2017/1313.

<sup>190</sup> Artikel 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn.

Daarnaast is in het eerste gedeelte ook een aantal kanttekeningen geplaatst bij de huidige vormgeving van het conceptwetsvoorstel. Zo is het nog steeds niet duidelijk wat nu met reële coöperaties wordt bedoeld, is de invulling van het 70%-criterium nog onduidelijk, is het criterium van het kwalificerend lidmaatschapsrecht alleszins arbitrair en is het merkwaardig dat de inhoudingsvrijstelling alleen toepasbaar is in ondernemingsstructuren.

In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk is het conceptwetsvoorstel getoetst aan een vijftal toetsingscriteria. De Wet wijziging inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling scoort door de objectieve vormgeving van de verschillende toetsen goed op rechtszekerheid en door de goede informatie-uitwisseling door Nederland met andere verdragslanden goed op uitvoerbaarheid. Op het criterium internationale en Europese inpasbaarheid scoort het wetsvoorstel neutraal, aangezien met name op Europees niveau nog enkele complicaties worden verwacht. Op de criteria efficiëntie en effectiviteit scoort het wetsvoorstel het slechtst. Met name de slechte score op het criterium effectiviteit baart zorgen; indien een bepaalde wettelijke bepaling niet overeenkomt met de beoogde doelstelling van de bepaling geeft dit blijk van een onjuiste of onvolledige vormgeving. Aan efficiëntie wordt daarnaast ingeleverd door de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling; dit is in het licht van de doelstelling van Nederland om in deelnemingsituaties geen dividendbelasting te heffen onvermijdbaar.

De in dit hoofdstuk genoemde tekortkomingen van het huidige conceptwetsvoorstel worden in het volgende hoofdstuk meegenomen om tot meer volledige en beter binnen het toetsingskader passende alternatieven tot de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 te komen.

## **5. Alternatieven voor het conceptwetsvoorstel**

### **5.1 Inleiding**

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat het conceptwetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling een aantal tekortkomingen vertoont en niet goed binnen het toetsingskader van deugdelijke wetgeving past. Het belangrijkste criterium waar nog terrein op kan worden gewonnen is de effectiviteit. Op dit criterium scoort het conceptwetsvoorstel het slechtst, terwijl dit juist een van de sleutelcriteria is voor een deugdelijke wettelijke bepaling. Daarnaast dienen ook de tekortkomingen - zowel inhoudelijke als wetstechnische - te worden aangepast. In dit hoofdstuk wordt allereerst een voorstel tot een verbeterde versie van het conceptwetsvoorstel gedaan; hierbij wordt in de basis de lijn van het conceptwetsvoorstel gevolgd. Vervolgens komen alternatieven aan bod die een verdergaande werking hebben dan de wijziging die is beoogd met het conceptwetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Tevens wordt elk van de alternatieven op basis van de toetsingscriteria effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid, rechtszekerheid en internationale en Europese inpasbaarheid vergeleken met het conceptwetsvoorstel. In de deelconclusie van dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de laatste deelvraag:

- Welke alternatieven zijn er voor de aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 en passen deze alternatieven beter binnen het toetsingskader?

### **5.2 Wijziging conceptwetsvoorstel**

#### **5.2.1 Algemeen**

Het minst ingrijpende alternatief voor het conceptwetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling is een aanpassing van dit conceptwetsvoorstel. De in het voorgaande hoofdstuk benoemde tekortkomingen worden in ogenschouw genomen om tot een verbeterde versie van het conceptwetsvoorstel te komen. Hierbij wordt de conceptwettekst aangepast en wordt het gewijzigde conceptwetsvoorstel voorzien van commentaar. In mijn optiek is het mogelijk om verschillende kanten op te gaan met de aanpassing van het conceptwetsvoorstel. Zo is het mogelijk om:

- de coöperatie in ondernemingsstructuren geheel uit te sluiten van inhoudingsplicht;
- de coöperatie, de NV en de BV geheel gelijk te behandelen in de Wet DB 1965 met als basis het conceptwetsvoorstel; en

- de coöperatie, de NV en de BV geheel gelijk te behandelen in de Wet DB 1965, waarbij ze worden uitgesloten van inhoudingsplicht in ondernemingsstructuren.

Allereest wordt de variant behandeld waarbij de coöperatie in ondernemingsstructuren geheel wordt uitgesloten van inhoudingsplicht.

### **5.2.2 Coöperatie niet inhoudingsplichtig in ondernemingsstructuren**

Bij het op voorhand uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in ondernemingsstructuren, wordt voldaan aan de doelstelling van het niet heffen van dividendbelasting in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur, aan de doelstelling van het niet raken van het reële coöperatieve bedrijfsleven en de aan doelstelling dat Nederland aantrekkelijk moet blijven voor buitenlandse investeerders. Om tot dit alternatief te komen dient een aantal aanpassingen plaats te vinden in het conceptwetsvoorstel. Deze aanpassingen worden hierna stapsgewijs toegelicht.

#### *Artikel 1, eerste lid, Wet DB 1965*

Het eerste lid blijft gelijkloidend aan het eerste lid zoals voorgesteld in het conceptwetsvoorstel. Echter wordt de term houdstercoöperatie nu vervangen door een verwijzing naar een coöperatie in een beleggingsstructuur. Het betreft hier slechts een tekstuele aanpassing, de definitie van een coöperatie in een beleggingsstructuur wordt in het zevende lid gegeven.

#### *Artikel 1, zevende en achtste lid, Wet DB 1965*

Het in het conceptwetsvoorstel opgenomen zevende lid, waarin een definitie wordt gegeven van kwalificerende lidmaatschapsrechten, komt door de aanpassing in de uitleg van het begrip houdstercoöperatie te vervallen. Bij de coöperatie in een beleggingsstructuur hoeft namelijk niet meer sprake te zijn van kwalificerende lidmaatschapsrechten. Indien de coöperatie wordt aangemerkt als coöperatie in een beleggingsstructuur wordt de coöperatie inhoudingsplichtig voor alle dividenduitkeringen, ongeacht de grootte van het belang. Zoals in het voorgaande hoofdstuk al aan bod is gekomen levert het begrip kwalificerende lidmaatschapsrechten veel complicaties op. Dit betreft met name de integrale verwijzing naar de samenwerkende groep van artikel 10a, lid 6, Wet VPB 1969 en de arbitraire keuze voor een percentage van 5%. Deze complicaties worden automatisch weggenomen door het vervallen van dit lid.

In het nieuwe zevende lid wordt een aangepaste definitie opgenomen van de coöperatie in een beleggingsstructuur. Voor deze definitie wordt in beginsel aangesloten bij de definitie van een

houdstercoöperatie zoals opgenomen in het conceptwetsvoorstel, met dien verstande dat deelnemingen waarvan de onderliggende waarde grotendeels wordt vertegenwoordigd door onroerende zaken of rechten die direct of indirect betrekking hebben op onroerende zaken niet worden meegenomen in de berekening van het 70%-criterium. De achterliggende gedachte is dat bij buitenlandse vastgoedvennootschappen het heffingsrecht over de inkomsten uit onroerende zaken altijd onbeperkt en exclusief wordt toegewezen aan het bronland. Het tussenschuiven van een coöperatie in een dergelijke situatie is derhalve niet gericht op het ontgaan van dividendbelasting; indien de coöperatie immers direct had geïnvesteerd in het onroerend goed, zou de waarde van dit onroerend goed ook niet kwalificeren als deelneming voor de bepaling van het percentage.<sup>191</sup> De keuze voor het feit dat de waarde van de deelneming grotendeels moet zijn ontleend aan onroerende zaken is ontleend aan het OESO modelverdrag. In artikel 13 van dit verdrag worden de vermogenswinsten op de verkoop van aandelen in een vennootschap waarvan de onderliggende waarde grotendeels zijn oorsprong vindt in onroerende zaken toegerekend aan de bronstaat (zijnde de staat waar de onroerende zaken zijn gelegen). Het opnemen van dit criterium zorgt ervoor dat Nederland meer in de pas loopt met de internationale ontwikkelingen. Daarnaast dient het begrip “doorgaans” te worden vervangen door het begrip “geheel of nagenoeg geheel”, dit begrip is immers gemakkelijker te toetsen.

Naast een wijziging in de definitie van houdstercoöperatie wordt een achtste lid toegevoegd. Het achtste lid noemt een aantal limitatieve situaties waarin geen sprake is van een coöperatie in een beleggingsstructuur. Het gaat om de volgende drie situaties:

- De lidmaatschapsrechten in de coöperatie kunnen worden toegerekend aan een het ondernemingsvermogen van de door directe lid gedreven onderneming;
- Het directe lid vervult een schakelfunctie; of
- De coöperatie heeft reële economische betekenis.

Deze criteria komen voort uit het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. In de parlementaire behandeling van het huidige zevende lid wordt gesteld dat sprake is van geldige zakelijke redenen indien het lidmaatschapsrecht tot het ondernemingsvermogen van de door het directe lid gedreven onderneming behoren of indien het directe lid een schakelfunctie vervult en aan bepaalde substance-eisen voldoet. De eis dat de coöperatie reële zelfstandige betekenis heeft komt letterlijk terug in het huidige zevende lid.

---

<sup>191</sup> Voor binnenlandse deelnemingen geldt hier dat bij het uitsluiten van vastgoedvennootschappen voor de 70%-berekening wordt aangesloten bij artikel 13, lid 11, onderdeel b jo. Lid 12 onderdeel a, Wet VPB 1969.

De uitleg van de verschillende voorwaarden wijkt in het hierboven voorgestelde achtste lid wel af van de uitleg onder het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Het vereiste van de toerekening van de lidmaatschapsrechten aan het ondernemingsvermogen van het directe lid spreekt voor zich: hiervoor dient te worden aangesloten bij de oogmerktoets in de deelnemingsvrijstelling. Dit houdt in dat op het niveau van het lid het lidmaatschapsrecht niet mag worden aangehouden “met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht”.<sup>192</sup> Het is hierbij mogelijk dat sprake is van een gemengd oogmerk indien op het niveau van de coöperatie zowel beleggingen worden aangehouden als ondernemingsactiviteiten worden uitgevoerd die in het verlengde liggen van de ondernemingsactiviteiten van het lid. In dat geval dient te worden beoordeeld welk oogmerk doorslaggevend is. Indien het directe lid naar Nederlandse maatstaven als fiscaal transparant wordt gezien, wordt op het niveau van de achterliggende participanten getoetst of sprake is van een onderneming waaraan de lidmaatschapsrechten in de coöperatie kunnen worden toegerekend. In dit kader is de notitie van de staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2000<sup>193</sup> nog van belang. Indien op het niveau van de directe aandeelhouder management van groepsentiteiten wordt ingeschakeld om de deelnemingen te managen, is sprake van een onderneming waaraan de lidmaatschapsrechten kunnen worden toegerekend.

De tweede situatie waarin geen sprake is van een coöperatie in een beleggingsstructuur zijn de gevallen waarin het directe lid een schakelfunctie vervult. Van een schakelfunctie is sprake indien het lid een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij (bijvoorbeeld het private-equity-huis) en de activiteiten van haar kleindochters.<sup>194</sup> Deze definitie wordt momenteel ook gehanteerd in het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Daarnaast wordt de eis gesteld dat het lid dat deze schakelfunctie vervult aan de substance-eisen<sup>195</sup> uit het meergenoemde Besluit van 12 juni 2014 moet voldoen. Deze eisen worden gesteld om misbruiksituaties te voorkomen: het tussenschuiven van een buitenlandse schakelende tussenhoudster zonder substance wordt als een kunstmatige constructie gezien.<sup>196</sup> Bezien vanuit de doelstelling en de aanvulling om ook in niet-verdragssituaties in deelnemingsrelaties binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen acht ik dergelijke substance-eisen niet

---

<sup>192</sup> Kamerstukken II, 2009/10, 33 129, nr. 3, p. 58.

<sup>193</sup> Brief van het Ministerie van Financiën van 19 juni 2000, WJB 2000/452M, FutD 27 juni 2000.

<sup>194</sup> Kamerstukken II, 2009/10, 33 129, nr. 3, p. 59.

<sup>195</sup> Besluit van 12 juni 2014, nr. *DGB/3099*.

<sup>196</sup> Staatssecretaris van financiën, wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn, p. 10.

noodzakelijk. Een buitenlandse tussenhoudster kan, indien de dividendbelasting in alle deelnemingsrelaties binnen ondernemingsstructuren nihil is, namelijk nooit meer zijn tussengeschoven met het doel om de dividendbelasting te ontwijken. Derhalve acht ik het voldoende om alleen de eis te stellen dat de directe aandeelhouder een schakel vormt tussen de ondernemingsactiviteiten van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij(en) lager in de structuur; in een dergelijke situatie is immers sprake van een ondernemingsstructuur.

De derde situatie waarin geen sprake is van een coöperatie in een beleggingsstructuur doet zich voor indien de coöperatie reële economische betekenis heeft. Dit criterium dient te worden ingevuld als een coöperatie die een onderneming drijft; “een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer”.<sup>197</sup> Een coöperatie met personeel in dienst en de beschikking heeft tot en het gebruik heeft van een kantoorruimte, drijft in beginsel een onderneming. Anders dan in het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965 wordt voorgesteld om bij deze toetsing alle activiteiten in ogenschouw te nemen om te bepalen of sprake is van een coöperatie met reële economische betekenis. Derhalve worden de activiteiten van dochtermaatschappijen ook meegenomen in deze toetsing. Volgens deze benadering wordt een coöperatie, waarvan de onderneming is uitgezakt, aangemerkt als een coöperatie met reële economische betekenis; het betreft immers een coöperatie binnen een ondernemingsstructuur.

Het uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in ondernemingsstructuren is in mijn optiek mogelijk. In een ondernemingsstructuur is immers geen sprake van het tussenschuiven van een coöperatie met het oog op misbruik indien de benadering wordt gevolgd dat ook in relatie tot niet-verdragslanden in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting wordt geheven. Het is derhalve niet nodig om in het eerste lid een antimisbruikbepaling op te nemen, aangezien de antimisbruiktoets al zit verweven in het onderscheid tussen een coöperatie in een ondernemingsstructuur of een beleggingsstructuur.

#### *Artikel 4, tweede lid, onderdeel a, Wet DB 1965*

Het tweede lid, onderdeel a van artikel 4 Wet DB 1965 komt te vervallen. Nu immers de inhoudingsvrijstelling van toepassing is, ongeacht waar de opbrengstgerechtigde is gevestigd, heeft het tweede lid, onderdeel a geen toegevoegde waarde meer. Uiteraard dient, al zou de

---

<sup>197</sup> Staatssecretaris van financiën, Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn, p. 11.

opbrengstgerechtigde in Nederland zijn gevestigd, nog steeds de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening van toepassing te zijn. De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar alle landen is goed voor de verbetering van het Nederlandse vestigingsklimaat. Daarnaast voldoet de uitbreiding ook beter aan de doelstelling van het niet heffen van dividendbelasting in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur. De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling werkt immers ook door naar bijvoorbeeld de NV en de BV. Indien de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar niet-verdragslanden te vergaand is, is het alternatief om de inhoudingsvrijstelling slechts uit te breiden naar landen waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de uitwisseling van informatie. Een dergelijke uitbreiding past beter bij het antimisbruikarakter van de bepaling; de uitwisseling van informatie leidt immers tot meer transparantie waardoor misbruiksituaties sneller kunnen worden opgemerkt. Deze uitbreiding past echter minder goed binnen de doelstelling van Nederland om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen.

*Artikel 4, derde lid, onderdeel d, Wet DB 1965*

Het derde lid, onderdeel d van artikel 4 Wet DB 1965 blijft gelijklopend aan de in het conceptwetsvoorstel opgenomen variant. De uitwerking van de bepaling dient echter wel op een andere wijze te worden vormgegeven. De subjectieve en de objectieve toets blijven nog steeds bestaan, echter worden deze toetsen op een andere wijze ingevuld. Bij de subjectieve toets dient, anders dan de in de concept memorie van toelichting uitgewerkte subjectieve toets, slechts op het niveau van de rechtspersoon te worden getoetst of deze is tussengeschoven met het doel om dividendbelasting te ontgaan. Hier dient eenzelfde soort wegdenkgedachte te worden toegepast als in het huidige artikel 1, lid 7, Wet DB 1965. Indien door het wegdenken van de rechtspersoon een situatie ontstaat waar wel dividendbelasting zou worden geheven, is sprake van een ontgaansmotief en wordt voldaan aan het subjectieve criterium. Bij het objectieve criterium dient te worden getoetst of sprake is van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Dit criterium wordt op dezelfde wijze ingevuld als in de concept memorie van toelichting, namelijk door middel van de relevante substance eisen. De substance dient, anders dan in de voorgestelde memorie van toelichting, niet per entiteit te worden bepaald maar per vestigingsland. Nederland handelt daarmee in lijn met de per-country-benadering van de OESO. Daarnaast kwalificeert niet alleen het inlenen van relevant personeel binnen het concern voor het loonkostencriterium, maar ook extern ingeleend personeel kwalificeert voor de berekening van de loonkosten. De werkzaamheden die worden verricht door het personeel dienen uiteraard wel relevant te zijn voor de activiteiten die door de rechtspersoon worden verricht.



### *Overgangsregeling*

Tevens dient een overgangsregeling te worden opgenomen voor dividenduitkeringen die worden gedaan binnen een jaar na invoering van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Het is namelijk disproportioneel om dividenduitkeringen die binnen een jaar na invoering van deze wet worden gedaan, worden getoetst aan omstandigheden vóór invoering van de wet. Het voorstel is om de belastingplichtige een keuze te laten maken voor de behandeling van de dividenduitkering binnen een jaar na invoering van de gewijzigde wet. Het is dan mogelijk om de huidige wet nog toe te passen, of indien dit gunstiger uitpakt voor de belastingplichtige om de nieuwe wet al toe te passen. Dit voorstel geldt eveneens voor de varianten 2 en 3 en wordt derhalve bij deze varianten onbesproken gelaten.

### **5.2.3 Analyse op basis van de toetsingscriteria**

Het voorstel om de coöperatie op voorhand uit te sluiten van inhoudingsplicht indien de coöperatie deel uitmaakt van een ondernemingsstructuur (hierna: alternatief 1) voldoet beter aan de doelstellingen die aan de wijziging inhoudingsplicht houdstercoöperatie ten grondslag liggen. Ten eerste is de coöperatie niet meer inhoudingsplichtig in ondernemingsstructuren, hetgeen goed past binnen de doelstelling om in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur geen dividendbelasting te heffen. Ten tweede zorgt het per definitie uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in ondernemingsstructuren voor een verbetering van de Nederlandse positie als investeringsstaat voor buitenlandse investeerders. Ook wordt door deze aanpassing het reële coöperatieve bedrijfsleven beter ontzien, er mag namelijk worden aangenomen dat het reële coöperatieve bedrijfsleven deel uitmaakt van een ondernemingsstructuur. De doelstelling waar alternatief 1 slechter op scoort dan het conceptwetsvoorstel is de gelijke behandeling van de coöperatie enerzijds en de NV en de BV anderzijds. Door het per definitie uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in een ondernemingsstructuur wordt de wig tussen de behandeling van de coöperatie enerzijds en de BV en de NV anderzijds alleen maar groter. Desalniettemin scoort het eerste alternatief beduidend beter op het criterium effectiviteit dan het conceptwetsvoorstel.

Op het criterium van efficiëntie scoort het eerste alternatief, ondanks het op voorhand uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in een ondernemingsstructuur, niet veel slechter dan het conceptwetsvoorstel. Uit de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel blijkt namelijk dat de opbrengst van de uitbreiding voor de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties verwaarloosbaar

is.<sup>198</sup> Tot zover heeft de aanpassing voor de coöperatie dus geen materiële budgettaire effecten. Het is echter de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar niet-verdragslanden die een negatief effect heeft op het budget. Ter compensatie van de budgettaire derving die hierdoor ontstaat, moeten meer opbrengsten worden opgehaald bij andere belastingen. Het valt buiten het kader van deze scriptie om nader op deze compensatie in te gaan.

Het op voorhand uitsluiten van inhoudingsplicht voor coöperaties in een ondernemingsstructuur tezamen met de objectieve criteria om te bepalen of sprake is van een ondernemingsstructuur leidt ertoe dat de regeling beter uitvoerbaar is. Dit is niet alleen voor de controlerende autoriteiten zoals de Belastingdienst het geval, maar ook voor de belastingplichtigen. Daarnaast nemen ook de administratieve lasten af wanneer op voorhand geen sprake is van inhoudingsplicht.

Door de objectieve toets voor het bepalen van de aanwezigheid van een coöperatie in een ondernemingsstructuur, het aansluiten bij het 90% criterium van de houdserverliesregeling in plaats van het “doorgaans” criterium zoals blijkt uit het conceptwetsvoorstel en de introductie van een overgangsregeling, scoort het eerste alternatief wat betreft rechtszekerheid ook beter dan het conceptwetsvoorstel.

Op internationale en Europese inpasbaarheid scoort het eerste alternatief minder goed dan het conceptwetsvoorstel. Dit heeft met name te maken met het feit dat het verschil in behandeling tussen de coöperatie enerzijds en de BV en de NV anderzijds een staatssteunrisico vertoont. Dit risico is wel kleiner dan het staatssteunrisico onder de huidige regeling, aangezien het nog maar de vraag is of de coöperatie in een ondernemingsstructuur juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met een NV of een BV.

---

<sup>198</sup> Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept Memorie van toelichting, 16 mei 2017, p. 8.

De onderstaande tabel vergelijkt het conceptwetsvoorstel met het voorstel uitsluiting inhoudingsplicht coöperaties in ondernemingsstructuren (alternatief 1) op basis van de vijf toetsingscriteria.<sup>199</sup>

| <u> criterium</u>                               | <u> Conceptwetsvoorstel</u> | <u> Alternatief 1</u> |
|---|-----------------------------|-----------------------|
| <b>Effectiviteit</b>                            | --                          | +                     |
| <b>Efficiëntie</b>                              | -                           | --                    |
| <b>Uitvoerbaarheid</b>                          | +                           | ++                    |
| <b>Rechtszekerheid</b>                          | +                           | ++                    |
| <b>Internationale en Europese inpasbaarheid</b> | 0                           | -                     |

#### 5.2.4 Geen inhoudingsplicht in ondernemingsstructuren

Een variant op alternatief 1 is het gelijk behandelen van de coöperatie, de NV en de BV, waarbij geen inhoudingsplicht geldt voor de Wet DB 1965 in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren. Dit kan worden vormgegeven door in artikel 1, eerste lid, Wet DB 1965 te bepalen dat alleen rechtspersonen in beleggingsstructuren zijn onderworpen aan de Wet DB 1965. Voor de definitie van rechtspersonen in beleggingsstructuren kan vervolgens worden verwezen naar de definitie van een coöperatie in een beleggingsstructuur zoals deze is besproken onder alternatief 1. Simpelweg komt alternatief 2 er op neer dat slechts in gevallen waar sprake is van beleggingsstructuren sprake is van inhoudingsplicht voor de Wet DB 1965, alle overige situaties vallen niet meer onder de reikwijdte van de Wet DB 1965.

Dit alternatief is het meest vergaand en heeft ten opzichte van het voorgaande alternatief een grotere budgettaire derving; ook op dividendbetalingen aan het buitenland drukt immers geen - niet in Nederland verrekenbare - dividendbelasting meer. Het is onder de huidige invulling van de Wet DB 1965 nu juist de dividendbelasting die als eindheffing drukt op dividenduitkeringen aan het buitenland die zorgt voor opbrengsten voor de Nederlandse schatkist. Door de gevolgen van de arresten Miljoen, X en Société Générale<sup>200</sup> dient de voorgaande conclusie echter wel te worden genuanceerd. De gevolgen van deze uitspraken van het HvJ voor de Nederlandse schatkist zijn nog onbekend, maar de voorzichtige conclusie die uit deze arresten kan worden getrokken is dat met

<sup>199</sup> Er wordt geen weging van de “plussen” en “minnen” gemaakt, de plussen en minnen geven slechts een indicatie weer met betrekking tot de score van het alternatief ten opzichte van het conceptwetsvoorstel (dit geldt eveneens voor alternatief 2-4).

<sup>200</sup> HR 4 maart 2016, nr. 12/03235, BNB 2016/88.

name voor buitenlandse portfolioaandeelhouders de dividendbelasting als eindheffing als opbrengst voor de Nederlandse schatkist afneemt. Het tweede alternatief biedt meer rechtszekerheid dan het conceptwetsvoorstel en het eerste alternatief: de objectieve criteria om te bepalen of sprake is van een ondernemingsstructuur zorgen hiervoor. Onder alternatief 2 is deze rechtszekerheid immers niet alleen voor coöperaties vergroot, maar ook voor andersoortige rechtsvormen. Het inperken van de inhoudingsplicht komt ook de uitvoerbaarheid ten goede, om dezelfde reden als onder alternatief 1. Daarnaast scoort dit alternatief ook beduidend beter op effectiviteit en internationale en Europese inpasbaarheid. Het tweede alternatief past namelijk nog beter binnen de doelstelling om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen en daarnaast wordt bij dit alternatief ook voldaan aan de doelstelling om de coöperatie, de NV en de BV gelijk te behandelen in de Wet DB 1965. De internationale en Europese inpasbaarheid wordt vergroot door het feit dat geen staatssteunrisico meer aanwezig is: de coöperatie kent onder het tweede alternatief geen afwijkende behandeling meer in de Wet DB 1965. De onderstaande tabel vergelijkt het conceptwetsvoorstel met het voorstel uitsluiting inhoudingsplicht in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur (alternatief 2) op basis van de vijf toetsingscriteria.

| <u> criterium </u>                              | <u> Conceptwetsvoorstel </u> | <u> Alternatief 2 </u> |
|---|------------------------------|------------------------|
| <b>Effectiviteit</b>                            | --                           | ++                     |
| <b>Efficiëntie</b>                              | -                            | ---                    |
| <b>Uitvoerbaarheid</b>                          | +                            | ++                     |
| <b>Rechtszekerheid</b>                          | +                            | ++                     |
| <b>Internationale en Europese inpasbaarheid</b> | 0                            | +                      |

### **5.2.5 Gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV**

Het derde en tevens minst vergaande alternatief is om binnen het conceptwetsvoorstel de behandeling van de coöperatie door te trekken naar de andere rechtspersonen die volgens artikel 1, eerste lid, Wet DB 1965 onder de reikwijdte van de Wet DB 1965 vallen. De definitie van de houdstercoöperatie dient dan niet alleen de coöperatie te omvatten, maar moet veralgemeniseerd worden naar de term houdstermaatschappij. Daarnaast dient de term kwalificerende lidmaatschapsrechten te worden omgevormd naar kwalificerende belangen (waar zowel aandelenbelangen als lidmaatschapsrechten onder vallen). Naast de gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV dienen de verschillende bepalingen te worden aangepast. Hierna wordt

per bepaling ingegaan op de aanpassingen die in mijn optiek noodzakelijk zijn om tot een beter binnen de doelstellingen passende regeling te komen.

### *Houdstermaatschappij*

De term houdstercoöperatie dient te worden vervangen door de term houdstermaatschappij. De definitie blijft desalniettemin wel gelijklopend aan de definitie in het conceptwetsvoorstel. Zoals in hoofdstuk vier naar voren is gekomen, zit het probleem met name in de uitleg van de definitie zoals aan bod is gekomen in de concept memorie van toelichting. Allereerst wordt voorgesteld om de toets van het 70%-criterium niet te laten plaatsvinden op het niveau van de maatschappij zelf, maar op het niveau van de fiscale eenheid indien aanwezig. Op deze wijze wordt aangesloten bij de uitwerking van artikel 20, lid 4, Wet VPB 1969. Aangezien in de parlementaire behandeling van het conceptwetsvoorstel uitdrukkelijk wordt verwezen naar artikel 20, lid 4, Wet VPB 1969, is het niet vreemd om voor de uitleg van het 70% criterium ook aan te sluiten bij de fiscale behandeling van dit artikel. Daarnaast dient ook te worden verduidelijkt wat de overige factoren zijn waardoor een maatschappij met een balanstotaal dat voor meer dan 70% uit deelnemingen bestaat niet als houdstermaatschappij wordt aangemerkt. Met name voor private-equity-structuren is dit van groot belang, aangezien in dergelijke structuren doorgaans sprake is van een ondernemingsstructuur. Het aanmerken van een rechtspersoon als houdstermaatschappij in een dergelijke structuur voldoet niet aan de doelstelling om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen. Naar mijn mening dienen niet alleen de factoren van de maatschappij zelf te worden meegenomen om te bepalen of sprake is van een houdstermaatschappij, maar dient breder te worden gekeken. Zo is het bijvoorbeeld goed denkbaar dat het management binnen een private-equity-structuur is ondergebracht in een zustermaatschappij. Het niet toerekenen van deze managementactiviteiten aan de maatschappij leidt dan tot een ongerijmde uitkomst. Een derde wijziging die binnen de definitie van houdstermaatschappij dient te worden doorgevoerd is dat het begrip “doorgaans” wordt vervangen door het begrip “geheel of nagenoeg geheel”, op deze manier wordt eveneens beter aangesloten bij artikel 20, lid 4, Wet VPB 1969.

### *Kwalificerende belangen*

De term kwalificerende lidmaatschapsrechten wordt vervangen door de term kwalificerende belangen, waardoor naast lidmaatschapsrechten ook aandelen onder deze definitie vallen. Zoals in hoofdstuk vier al aan bod is gekomen, is de keuze voor een 5% criterium alleszins arbitrair. Het is de vraag of een houdstermaatschappij met minder dan 21 gelijke leden - die niet als samenwerkende groep kwalificeren - wordt gebruikt voor ontgaansmotieven. Het is namelijk ook denkbaar dat de

maatschappij als een gezamenlijk vehikel wordt gebruikt om belangen samen te brengen en te structureren.<sup>201</sup> Het percentage dient in mijn optiek hoger te liggen dan 5%. Als immers evident blijkt dat het samenbrengen van belangen in de maatschappij is gericht op het ontgaan van dividendbelasting, dan worden de belangen ongeacht hun grootte volgens de samenwerkende groep bepaling alsnog aangemerkt als kwalificerende belangen. Daarnaast dient de integrale verwijzing naar de samenwerkende groep te worden aangevuld met de opmerking dat hier alleen sprake van is indien de samenwerkende groep tot doel heeft om individuele inhoudingsplicht voor de Wet DB 1965 te ontlopen.

### *Uitbreiding inhoudingsvrijstelling*

De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling blijft qua vormgeving gelijk aan de inhoudingsvrijstelling zoals opgenomen in het conceptwetsvoorstel. De aanpassing die hier wordt voorgesteld is een uitbreiding naar de gehele wereld, in plaats van een uitbreiding naar alleen de landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden. Met deze aanpassing wordt beter voldaan aan de doelstelling om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen. In het kader van het antimisbruikarakter van deze bepaling zou de nuance nog kunnen worden aangebracht dat de inhoudingsvrijstelling alleen geldt in de relatie met landen waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de uitwisseling van informatie. Vanuit een internationale optiek is dit een betere variant, aangezien dit de druk opvoert voor landen waarmee Nederland geen informatie-uitwisselingsverdrag heeft afgesloten. Naast de uitbreiding naar niet-verdragslanden dient de inhoudingsvrijstelling, anders dan de concept memorie van toelichting doet vermoeden, van toepassing te zijn in zowel ondernemings-, als in beleggingsstructuren. Uiteraard dient in de beleggingsstructuren ook te worden voldaan aan de antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling.

### *Antimisbruikbepaling*

De antimisbruikbepaling blijft gelijklopend aan de in het conceptwetsvoorstel opgenomen variant. De uitwerking van de bepaling dient echter wel op een andere wijze te worden vormgegeven. Voor deze uitwerking wordt verwezen naar paragraaf 5.2.2.

---

<sup>201</sup> Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie P. Boonstra, Van Campen Liem, 12 juni 2017.

## Analyse

Door de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling en de gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV in de Wet DB 1965 wordt beter voldaan aan de doelstelling om in deelnemingsverhoudingen binnen ondernemingsstructuren geen dividendbelasting te heffen, de coöperatie, de NV en de BV gelijk te behandelen en Nederland als investeringsland aantrekkelijk te houden. Op het criterium van effectiviteit scoort het derde alternatief derhalve beter dan het conceptwetsvoorstel. De keerzijde hiervan is dat wel iets wordt ingeleverd op efficiëntie; het leidt immers tot een grotere budgettaire derving. De rechtszekerheid wordt daarentegen wel weer vergroot, aangezien iedere belastingplichtige de zekerheid heeft dat de inhoudingsvrijstelling van toepassing is indien geen sprake is van misbruik. Alternatief 3 scoort op uitvoerbaarheid niet veel beter dan het conceptwetsvoorstel, alhoewel de marginale aanpassingen wel zorgen voor een beter toepasbare regelgeving. Op internationale en Europese inpasbaarheid steekt alternatief 3 er met kop en schouders bovenuit. Door de gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV is het staatssteunrisico volledig weggenomen. Daarnaast is de mogelijke strijdigheid met de Moederdochterrichtlijn komen te vervallen, doordat de inhoudingsvrijstelling ook in beleggingsstructuren toepasbaar is. De onderstaande tabel vergelijkt het conceptwetsvoorstel met het voorstel tot gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV (alternatief 3) op basis van de vijf toetsingscriteria.

| <u>Criterium</u>                                | <u>Conceptwetsvoorstel</u> | <u>Alternatief 3</u> |
|---|----------------------------|----------------------|
| <b>Effectiviteit</b>                            | --                         | +                    |
| <b>Efficiëntie</b>                              | -                          | --                   |
| <b>Uitvoerbaarheid</b>                          | +                          | +                    |
| <b>Rechtszekerheid</b>                          | +                          | ++                   |
| <b>Internationale en Europese inpasbaarheid</b> | 0                          | ++                   |

## 5.3 Dividendbelasting afschaffen

### 5.3.1 Algemeen

Zowel in de literatuur<sup>202</sup> als in de Eerste Kamer<sup>203</sup> en de Tweede Kamer<sup>204</sup> is een aantal malen de vraag opgeworpen of de Wet DB 1965 nog wel bestaansrecht heeft. Deze vraag kwam vooral op

<sup>202</sup> Zie o.a. D.F.L. Lemeer, Handboek in de ring voor de dividendbelasting, *Forfaitair* 2006/161, Position paper van de Nederlandse Order van Belastingadviseurs met betrekking tot het fiscaal vestigingsklimaat 25 juni 2008, gericht aan de vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, p. 4, D.E. van Sprundel, Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse, *WFR* 2009/511, F.P.J. Snel, Dividendbelasting afschaffen?, *NTFR* 2009/1982, D.A. Hofland en J.A. Lorié, De hoogste tijd

door de ontwikkelingen op internationaal en Europees niveau. Met name de regelgeving en jurisprudentie op Europees niveau heeft grote gevolgen gehad voor de Wet DB 1965. Daarnaast wordt de dividendbelasting in binnenlandse situaties toch vaak gezien als een administratieve lastenposten. De dividendbelasting is immers in beginsel verrekenbaar met de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting voor binnenlands belastingplichtige natuurlijk personen of lichamen. Allereerst wordt ingegaan op de argumenten vóór en tegen het heffen van dividendbelasting. Vervolgens wordt een economische analyse geschetst bij de afschaffing van de dividendbelasting. Waarna uiteindelijk de afschaffing van de dividendbelasting in het toetsingskader wordt geplaatst.

### 5.3.2 Argumenten vóór afschaffing van de dividendbelasting

Een veelgehoord argument vóór afschaffing van de Wet DB 1965 is dat deze belasting veel administratieve lasten met zich brengt.<sup>205</sup> Met name in puur binnenlandse situaties, waar de dividendbelasting verrekenbaar is met de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting acht ik deze administratieve lastendruk disproportioneel. Het is in deze situaties namelijk veel eenvoudiger om de heffing pas te laten plaatsvinden bij het heffen van de inkomstenbelasting dan wel de vennootschapsbelasting. Daarnaast leidt de heffing van dividendbelasting ook in grensoverschrijdende situaties steeds vaker tot een disproportionele administratieve lastendruk. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het verzoek om teruggave van dividendbelasting van artikel 10 Wet DB 1965 en de te veel geheven dividendbelasting die kan worden teruggevraagd op grond van artikel 10a Wet DB 1965.

Een tweede argument vóór afschaffing van de Wet DB 1965 is dat afschaffing zorgt voor een verbetering van het Nederlandse vestigingsklimaat.<sup>206</sup> Allereerst zorgt de afschaffing van de dividendbelasting ervoor dat voor buitenlandse investeerders geen sprake meer is van dubbele belastingheffing, zij worden immers alleen in hun woonland onderworpen naar een belasting op hun inkomsten en zien zij niet ook nog eens bronbelasting drukken op dividenduitkeringen uit Nederland. Naast deze dubbele heffing leidt de afschaffing van de dividendbelasting er ook toe dat de

---

voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse, *WFR* 2010/715, J.W. Rompen, Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland, *WFR* 2013/1009 en P. Kavelaars, Dividendbelasting: een duister bestaan, *NTRF-B* 2016/4.

<sup>203</sup> Kamerstukken I, 2015/16, 25 087 L, p.15 en Kamerstukken II, 2016/17, 34 554, nr. 7, p. 16.

<sup>204</sup> Zie o.a. Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting, p. 6.

<sup>205</sup> D.E. van Sprundel, Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse, *WFR* 2009/511, par. 7.4.

<sup>206</sup> D.E. van Sprundel, Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse, *WFR* 2009/511, par. 7.3 en J.W. Rompen, Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland, *WFR* 2013/1009, par. 3.



administratieve lastendruk van buitenlandse investeerders daalt. Dit alles verlaagt de drempel voor buitenlandse investeerders om in Nederland te investeren. Hoe hoger de kosten immers zijn, des te hoger het bruto rendement op de investering moet zijn om eenzelfde netto rendement te halen als bij een investering in een ander land.

Een derde argument vóór afschaffing van de Wet DB 1965 is dat inmiddels een zevental EU-lidstaten geen dividendbelasting kent. Het betreft Cyprus, Estland, Letland, Malta, Hongarije, Slowakije en het Verenigd Koninkrijk.<sup>207</sup> Bij afschaffing van de dividendbelasting wordt de concurrentiepositie van Nederland ten opzichte van deze landen verbeterd. Zonder in te gaan op welke wijze bepaalde antimisbruikwetgeving in deze landen is geïmplementeerd, lijkt het mij dat Nederland bij een afschaffing van de dividendbelasting niet uit de pas loopt met de rest van de wereld.

Een vierde argument vóór afschaffing van de Wet DB 1965 is gelegen in het profijtbeginsel. De dividendbelasting drukt in beginsel als eindheffing op buitenlandse investeerders. Dit leidt ertoe dat buitenlandse investeerders in de regel doorgaans meer belasting betalen over hun winsten dan Nederlandse investeerders. De buitenlandse investeerders maken echter minder gebruik van de voorzieningen die de Nederlandse overheid biedt.<sup>208</sup> Deze werking leidt tot een discriminerende en disproportionele uitkomst. Overigens is deze discriminerende werking door invoering van artikel 10a, Wet DB 1965 wel iets weggenomen. Desalniettemin blijven er voldoende situaties over waar buitenlandse investeerders belasting betalen, terwijl zij geen gebruik maken van de voorzieningen in Nederland.

### **5.3.3 Argumenten tegen afschaffing van de dividendbelasting**

Een veel gehoord argument tegen de afschaffing van de heffing van dividendbelasting is de budgettaire derving die optreedt.<sup>209</sup> Deze derving dient te worden gecompenseerd door het verhogen van andere belastingen, die in beginsel op de inwoners van Nederland drukken in plaats van de dividendbelasting die op niet-inwoners drukt. De bruto opbrengst van de dividendbelasting bedroeg in 2016 ongeveer € 3 miljard.<sup>210</sup> Door het karakter van een voorheffing valt de uiteindelijke netto opbrengst van de dividendbelasting een stuk lager uit. Over deze netto opbrengsten bestaat sinds jaar

---

<sup>207</sup> Zie o.a. Brief van de staatssecretaris van Financiën 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting, p. 7.

<sup>208</sup> F.P.J. Snel, Dividendbelasting afschaffen?, *NTR* 2009/1982, par. 2.

<sup>209</sup> Kamerstukken I, 2015/16, nr. 25 087 L, p.15 en Kamerstukken II, 2016/17, 34 554, nr. 7, p. 15.

<sup>210</sup> <http://statline.cbs.nl/statweb/publication/?dm=slnl&pa=82569ned>.

en dag onzekerheid, schattingen lopen derhalve nogal uiteen. De netto opbrengst in 2012 bedroeg volgens de staatssecretaris van Financiën € 1 miljard<sup>211</sup> bij een bruto opbrengst van ongeveer € 2,5 miljard<sup>212</sup>, de netto opbrengst bedroeg derhalve ongeveer 40% van de bruto opbrengsten in 2012. De netto opbrengst neemt naar verwachting alleen maar verder af door de ontwikkelingen op EU-niveau. De invoering van artikel 10a Wet DB 1965 leidt volgens het kabinet slechts tot een budgettaire derving van € 1 miljoen.<sup>213</sup> Deze inschatting lijkt mij aan de optimistische kant vanuit de optiek van de overheid. Bij het opmaken van de balans over 2017 verdient de derving door de teruggaveregelings van artikel 10a Wet DB 1965 derhalve extra aandacht. Het argument om de dividendbelasting te behouden vanwege de budgettaire derving die anders optreedt is mijns inziens niet sterk. Bij de bepaling van de budgettaire derving van de afschaffing van de Wet DB 1965 worden bijvoorbeeld de baten van de verbetering van het Nederlandse vestigingsklimaat niet meegenomen. In mijn optiek dienen ook de indirecte baten te worden meegewogen, zodat de uitkomst van de budgettaire derving alles omvat.

Een tweede argument tegen de afschaffing van de Wet DB 1965 is dat de dividendbelasting van belang is in de verdragsonderhandeling van Nederland om te bewerkstelligen dat de bronheffing op dividenden in het verdrag omlaag gaat.<sup>214</sup> In de verdragsonderhandeling geeft Nederland (bewust) een deel van zijn heffingsrechten over uitgaande dividendstromen prijs, op basis van reciprociteit. Dit argument is mijns inziens ook niet sterk. In de eerste plaats is het belang van de dividendbelasting in de verdragsonderhandeling met EU-lidstaten minimaal, aangezien de Moederdochterrichtlijn in de verhouding met EU-lidstaten al zorgt voor een verlaging van bronheffing op dividendbetalingen tot 0%.<sup>215</sup> In de tweede plaats heeft Nederland momenteel ongeveer 100 belastingverdragen gesloten, waardoor inmiddels met de meeste voor Nederland relevante landen een belastingverdrag tot stand is gekomen. Het is niet de verwachting dat door afschaffing van de dividendbelasting deze landen de belastingverdragen gaan opzeggen of het belastingverdrag wensen te heronderhandelen.<sup>216</sup> Ten derde is het Nederland in de verdragsonderhandeling ook altijd gelukt

---

<sup>211</sup> Kamerstukken I, 2015/16, nr. 25 087 L, p.15 en Kamerstukken II, 2016/17, 34 554, nr. 7, p. 14.

<sup>212</sup> <http://statline.cbs.nl/statweb/publication/?dm=slnl&pa=82569ned>.

<sup>213</sup> Kamerstukken II, 2016/2017, 34 552, wijzigingen van enkele belastingwetten en enige andere wetten (belastingplan 2017), p. 70.

<sup>214</sup> Kamerstukken I, 2015/16, nr. 25 087 L, p.15 en Kamerstukken II, 2016/17, 34 554, nr. 7, p. 15.

<sup>215</sup> Deze verlaging geldt overigens alleen indien aan de voorwaarden van de Moeder-dochterrichtlijn wordt voldaan. Het moet o.a. gaan om een dividendbetaling aan de moedermaatschappij die een belang van ten minste 10% heeft in de dividend betalende dochtermaatschappij. Dit leidt ertoe dat bij belangen tussen de 5% en 10% een beroep dient te worden gedaan op het belastingverdrag; in dergelijke gevallen zal de dividendbelasting in verdragsonderhandelingen dus nog wel van belang kunnen zijn.

<sup>216</sup> F.P.J. Snel, Dividendbelasting afschaffen?, *NtFR* 2009/1982, par. 1.

om een gunstige bepaling voor interest en royalty's te onderhandelen, dit terwijl Nederland geen belasting op interest en royalty's kent en dus niet kan gebruiken in de verdragsonderhandeling.<sup>217</sup>

Een derde argument tegen de afschaffing van de Wet DB 1965 is dat het belang van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen toeneemt<sup>218</sup>, de nationale component van de antimisbruikbepalingen komt immers te vervallen door de afschaffing van de dividendbelasting. Kennelijk doelt de staatssecretaris hiermee op het feit dat het in de verdragsonderhandeling niet altijd vanzelfsprekend is dat een antimisbruikbepaling wordt opgenomen in het verdrag. Dit argument heeft na de ondertekening van het MLI op 7 juni 2017 zijn belang verloren. Door het MLI wordt als standaard bij de belastingverdragen gesloten tussen Nederland en een verdragsland dat het MLI ook heeft ondertekend een PPT toegevoegd indien de verdragspartner in het MLI ook heeft gekozen voor toepassing van een PPT. Overigens is een nationale component van een antimisbruikbepaling nog wel van belang in de verhouding tot niet-verdragslanden en landen die het MLI niet hebben ondertekend.

#### **5.3.4 Afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse**

In de fiscale literatuur is er veel aandacht geweest voor de voor- en nadelen van het afschaffen van de dividendbelasting. Los van de publicatie van Hofland en Lorié<sup>219</sup> is in de fiscale literatuur tot nu toe nauwelijks aandacht geweest voor een echte economische analyse van het afschaffen van de dividendbelasting. Derhalve wordt in deze paragraaf een economische analyse gegeven van de afschaffing van de dividendbelasting.

In de economische literatuur wordt een tweetal visies onderscheiden met betrekking tot de heffing van dividendbelasting. Allereerst is er de "old view" die zegt dat kapitaalkosten van een onderneming en dus de kosten van investeren in een onderneming afhangen van de hoogte van de dividendbelasting.<sup>220</sup> Daarnaast is er de "new view" die zegt dat investeringen worden gefinancierd door ingehouden winsten in plaats van door nieuw kapitaal.<sup>221</sup> Chetty en Saez stellen in hun

---

<sup>217</sup> Ibidem.

<sup>218</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, Antwoorden op schriftelijke vragen over appreciatie uitkomst BEPS-rapport en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, 2015/936U.

<sup>219</sup> D.A. Hofland en J.A. Lorié, De hoogste tijd voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse, *WFR* 2010/715.

<sup>220</sup> Zie o.a. Poterba en Summers (1985), The economic effects of dividend taxation, Homewood: IL: Dow Jones-Irwin Publishing, p. 227-284.

<sup>221</sup> Zie o.a. Bradford (1981), The incidence and allocation effects of a tax on corporate distributions, *Journal of Public Economics*, 107, p. 1-24.

theoretische analyse dat een verlaging van de dividendbelasting tot gevolg heeft dat bedrijven met voldoende liquiditeit minder zullen gaan investeren, terwijl bedrijven met een tekort aan liquiditeit juist meer zullen gaan investeren.<sup>222</sup> Alstadsaeter, Jacob en Michaely geven een empirische onderbouwing voor de theorie van Chetty en Saez aan de hand van onderzoek naar de verlaging van de dividendbelasting in Zweden in 2006 voor niet-beursgenoteerde bedrijven.<sup>223</sup> De belastingverlaging bestond uit een tweetal elementen: een 5%-punt verlaging voor dividenduitkeringen door zogenoemde “widely held” bedrijven en een 10%-punt verlaging voor zogenoemde “closely held” bedrijven. Hieronder wordt ingegaan op de belangrijkste conclusies uit het onderzoek.

Uit het onderzoek komt naar voren dat bedrijven met onvoldoende liquiditeiten relatief meer gaan investeren dan bedrijven met voldoende liquiditeiten na een verlaging van het dividendbelastingtarief. Dit geldt zowel voor closely held bedrijven als voor widely held bedrijven, alhoewel bij de closely held bedrijven een relatief grotere toename van de investeringen was waar te nemen dan bij de widely held bedrijven. Dit is het gevolg van de grotere daling van het dividendbelastingtarief voor closely held bedrijven ten opzichte van widely held bedrijven. Deze observatie wordt onderbouwd door het feit dat bedrijven met onvoldoende liquiditeiten meer eigen vermogen ophalen om hun investeringen te financieren: financieren met eigen vermogen wordt immers goedkoper. Daarnaast gaan bedrijven met voldoende liquiditeiten meer dividend uitkeren, waardoor er minder liquiditeiten over blijven om te investeren. Er vindt dus eigenlijk een reallocatie plaats van bedrijven met voldoende liquiditeiten naar bedrijven met onvoldoende liquiditeiten. Deze ontwikkeling is goed voor de Nederlandse economie. Met name de crisisjaren hebben ervoor gezorgd dat bedrijven in een positie terecht zijn gekomen waar zij niet altijd voldoende liquiditeiten hebben om investeringen te doen. Bij de huidige stand van de economie, die weer tendeeft naar een hoogconjunctuur, zijn voldoende liquiditeiten om de investeringen te kunnen financieren van groot belang. Daarnaast is het mijns inziens een goede ontwikkeling indien het risico van de investeringen komt te liggen bij de aandeelhouders in plaats van bij externe financiers. Doorgaans zijn de aandeelhouders nauwer betrokken bij het reilen en zeilen van de onderneming dan de externe financiers, waardoor de aandeelhouders invloed kunnen uitoefenen op de onderneming om te zorgen dat zij hun inleg terug krijgen. Daarnaast leidt een toename van externe financieringen (vreemd vermogen) ertoe dat meer kosten (rentekosten) in aftrek worden gebracht op de winst, hetgeen leidt

---

<sup>222</sup> Chetty en Saez (2010), Dividend and corporate taxation in an agency model of the firm, *American Economic Journal: Economic Policy*, 2, p. 1-31.

<sup>223</sup> Alstadsaeter, Jacob en Michaely, Do Dividend Taxes Affect Corporate Investment?, *Journal of Public Economics*, Online first.

tot een lagere vennootschapsbelasting opbrengst. Dit leidt tot een budgettaire derving indien de renteopbrengsten bij de externe financier niet in Nederland zijn belast doordat deze externe financier bijvoorbeeld in een ander land is gevestigd; Nederland kent immers geen bronheffing op interest.

Een andere economische analyse gaat uit van het effect van de dividendbelasting op de keuze om te gaan investeren in Nederland. De dividendbelasting als eindheffing<sup>224</sup> verhoogt immers de prijs van kapitaal hetgeen tot gevolg heeft dat minder wordt geïnvesteerd in aandelen en dus in de Nederlandse economie als geheel.<sup>225</sup> De dividendbelasting zorgt er immers voor dat een hoger bruto rendement nodig is om te zorgen voor eenzelfde netto rendement als bij investering in een land dat geen dividendbelasting kent. Ook leidt het feit dat de eigen vermogensfinanciering lager is door de heffing van dividendbelasting ertoe dat de vreemd vermogensfinanciering toeneemt. Dit leidt tot een verstoring op de kapitaalmarkt. Daarnaast komen Hofland en Lorié tot de conclusie dat de prijs van een aandeel in de markt wordt bepaald door de marginale aandeelhouder met de hoogste belastingvoet. Deze marginale aandeelhouder zal door de heffing van dividendbelasting slechts bereid zijn om een lagere prijs te betalen voor zijn aandeel.<sup>226</sup>

### **5.3.5 Analyse van de afschaffing van de dividendbelasting**

Afschaffing van de dividendbelasting draagt allereest bij aan de vereenvoudiging van het Nederlandse belastingstelsel en leidt daardoor tot een beter uitvoerbaar belastingstelsel. Bij afschaffing van de dividendbelasting is een budgettaire derving onvermijdbaar, derhalve leidt de afschaffing tot een slechte score op het criterium van efficiëntie. Daarnaast wordt wel voldaan aan de doelstellingen die ten grondslag liggen aan het conceptwetsvoorstel. Zo wordt door afschaffing van de dividendbelasting geen dividendbelasting meer geheven in deelnemingsverhoudingen (weliswaar ook niet in beleggingsstructuren), wordt de concurrentiepositie van Nederland verbeterd en worden de coöperatie, de NV en de BV gelijk behandeld. Het afschaffen van de dividendbelasting leidt voor belastingplichtigen ook tot meer rechtszekerheid; zij zijn immers niet onderworpen aan een belastingheffing op dividenduitkeringen. De internationale en Europese inpasbaarheid van het afschaffen van de dividendbelasting is daarentegen wel een lastige aangelegenheid. Uiteraard worden door de ondertekening van het MLI de nationale componenten van antimisbruikregelgeving minder belangrijk, desalniettemin zijn nog genoeg situaties denkbaar waarin een nationale

---

<sup>224</sup> En niet verrekenbaar in de woonstaat van de aandeelhouder.

<sup>225</sup> D.A. Hofland en J.A. Lorié, De hoogste tijd voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse, *WFR* 2010/715, par. 1.

<sup>226</sup> *Ibidem*, par. 3.

antimisbruikbepaling wel van belang kan zijn. De onderstaande tabel vergelijkt het conceptwetsvoorstel met het voorstel tot afschaffing van de dividendbelasting (alternatief 4) op basis van de vijf toetsingscriteria.

| <u> criterium</u>                               | <u> Conceptwetsvoorstel</u> | <u> Alternatief 4</u> |
|---|-----------------------------|-----------------------|
| <b>Effectiviteit</b>                            | --                          | +                     |
| <b>Efficiëntie</b>                              | -                           | ---                   |
| <b>Uitvoerbaarheid</b>                          | +                           | ++                    |
| <b>Rechtszekerheid</b>                          | +                           | ++                    |
| <b>Internationale en Europese inpasbaarheid</b> | 0                           | 0                     |

Indien de afschaffing van de dividendbelasting te verstrekkende gevolgen heeft, is het ook mogelijk om te kiezen voor een mildere vorm. Het is bijvoorbeeld mogelijk om de Spaanse dividendbelasting als uitgangspunt te nemen.<sup>227</sup> In de Spaanse variant wordt geen dividendbelasting geheven als de dividendbetalingen ten grondslag liggen aan buitenlandse winst (opbrengsten uit buitenlandse deelnemingen, opbrengsten van vorderingen op deelnemingen of buitenlandse debiteuren, opbrengsten uit buitenlandse vaste inrichtingen of opbrengsten uit in het buitenland gelegen vastgoed). Op deze wijze wordt nog steeds recht gedaan aan het profijtbeginsel, maar blijft de dividendbelasting met haar antimisbruikbepalingen wel bestaan.

## 5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een viertal alternatieven aan bod gekomen voor de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965, waarbij het vierde alternatief - de afschaffing van de dividendbelasting als geheel - een bredere visie betreft. Allereerst is voorgesteld om de coöperatie niet als inhoudingsplichtige aan te merken in ondernemingsstructuren. Dit alternatief scoort op effectiviteit, uitvoerbaarheid en rechtszekerheid beduidend beter dan het conceptwetsvoorstel. Daarentegen wordt wel ingeleverd op efficiëntie en internationale en Europese inpasbaarheid. Het tweede alternatief houdt in dat geheel geen dividendbelasting wordt geheven in ondernemingsstructuren. Dit alternatief scoort naast effectiviteit, uitvoerbaarheid en rechtszekerheid ook beter op internationale en Europese inpasbaarheid en kan derhalve op basis van de toetsingscriteria als een beter alternatief worden beschouwd dan het eerste alternatief. Het derde alternatief is om binnen de kaders van het

<sup>227</sup> F.P.J. Snel, Dividendbelasting afschaffen?, *NtFR* 2009/1982, par. 4.

conceptwetsvoorstel de coöperatie, de NV en de BV gelijk te behandelen. Dit voorstel is het minst vergaand, hetgeen ertoe leidt dat minder goed wordt gescoord op effectiviteit ten opzichte van de eerste twee alternatieven. Desalniettemin scoort het derde alternatief ten opzichte van het conceptwetsvoorstel beter op effectiviteit, rechtszekerheid en internationale en Europese inpasbaarheid. Het vierde en tevens meest vergaande alternatief is de afschaffing van de dividendbelasting als geheel. Dit alternatief scoort ten opzichte van het conceptwetsvoorstel beter op effectiviteit, uitvoerbaarheid en rechtszekerheid. Met name de budgettaire derving en het vervallen van de nationale component van een antimisbruikbepaling vormen een struikelblok voor dit alternatief en leiden tot een slechte score op efficiëntie en internationale en Europese inpasbaarheid. Onderstaande tabel geeft de onderlinge verhoudingen weer van het conceptwetsvoorstel en de vier alternatieven.

| <u> criterium</u>                               | <u> Conceptwetsvoorstel</u> | <u> 1</u> | <u> 2</u> | <u> 3</u> | <u> 4</u> |
|---|-----------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| <b>Effectiviteit</b>                            | --                          | +         | ++        | +         | +         |
| <b>Efficiëntie</b>                              | -                           | --        | ---       | --        | ---       |
| <b>Uitvoerbaarheid</b>                          | +                           | ++        | ++        | +         | ++        |
| <b>Rechtszekerheid</b>                          | +                           | ++        | ++        | ++        | ++        |
| <b>Internationale en Europese inpasbaarheid</b> | 0                           | -         | +         | ++        | 0         |
| <b>Totaal</b>                                   | -                           | ++        | ++++      | ++++      | ++        |

## 6. Conclusie

### 6.1 Inleiding

De bestrijding van belastingontwijking- en ontduiking heeft zich in de afgelopen jaren in een sneltreinvaart ontwikkeld. De ontwikkelingen zijn waar ten nemen op mondiaal, multilateraal en unilateraal niveau. Van bedrijven wordt in de huidige veranderende maatschappelijke opvattingen verlangd dat zij zich transparant opstellen en een zogenoemde ‘fair share’ bijdragen aan de maatschappij. Nederland wordt in de discussie over belastingontwijking en -ontduiking vaak genoemd als een belastingparadijs, die het mogelijk maakt voor buitenlandse bedrijven om hun belastingroute zo gunstig mogelijk vorm te geven. Nederland kenmerkt zich door het gunstige rulingbeleid, het grote verdragenennetwerk en het feit dat op uitgaande interest-, royalty- en dividendstromen weinig tot geen bronbelasting wordt geheven. In het verleden werd de coöperatie vaak gebruikt als vehikel om te bewerkstelligen dat geen bronbelasting op uitgaande dividendstromen drukte. Dit is de aanleiding geweest van het in de heffing van de dividendbelasting betrekken van de coöperatie in 2012 indien sprake was van een misbruiksituatie. Het invoeren van inhoudingsplicht voor de coöperatie in misbruiksituaties heeft er echter niet toe geleid dat het gebruik van de coöperatie in internationale belastingstructuren daalde. Uit de brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016 blijkt zelfs dat het gebruik alleen maar is toegenomen. Dit was voor het kabinet een reden om de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 nader te onderzoeken. Het onderzoek heeft uiteindelijk geleid tot de publicatie van een conceptwetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. De definitieve invulling van de behandeling van de coöperatie is nog altijd onzeker en het is nog maar de vraag of het demissionair kabinet hier een beslissing in gaat maken. Deze onzekerheid heeft aanleiding gegeven tot het onderzoek dat in deze scriptie centraal staat. De huidige positie van de coöperatie, het staatssteunrisico en het conceptwetsvoorstel staan in het onderzoek van deze scriptie centraal. Deze verschillende deelonderwerpen maken het mogelijk om een antwoord te formuleren op de hoofdvraag die in deze scriptie centraal staat:

*Is een gelijke behandeling van de coöperatie en de NV/BV in de Wet DB 1965 noodzakelijk en/of gewenst en zo ja, op welke wijze dient deze gelijke behandeling dan te worden ingevuld?*

Om een sluitend antwoord te geven op de hoofdvraag zijn allereerst de zeven in deze scriptie centraal staande deelvragen beantwoord. Dit mondde uit in een antwoord op de hoofdvraag en in een algemene aanbeveling.



## 6.2 Deelvragen

*Wat zijn de drijfveren van belastingontwijking en –ontduiking en hoe kan ieders ‘fair share’ bijdrage worden afgedwongen?*

Verskillende factoren spelen een rol bij de keuze van multinationals om aan belastingontwijking te doen. Enerzijds zien zij belastingen als een kostenpost, maar anderzijds brengt het betalen van belasting ook voordelen met zich (locatie gebonden voordelen). Daarnaast hebben multinationals die naar de buitenwereld uitstralen maatschappelijk verantwoord te ondernemen juist een incentive om niet een belastingontwijking te doen vanwege het risico op reputatieschade. Om de drijfveren van belastingontwijking door multinationals te beïnvloeden zodat zij hun ‘fair share’ bijdragen, is een drietal methoden aan bod gekomen. Van deze drie methoden (benadering vanuit de ethiek, benadering vanuit de wet en tussenvariant) is de benadering vanuit de wet het meest effectief om de ‘fair share’ bijdrage van multinationals af te dwingen. Als aanvulling op de wettelijke benadering is het uiteraard wel mogelijk om vanuit een meer ethisch oogpunt incentives aan multinationals te geven om hun ‘fair share’ bij te dragen. De tot nu toe ingevoerde maatregelen liggen het dichtst bij de benadering vanuit de wet. Daarnaast worden – met name in de OESO maatregelen – vanuit een meer ethisch oogpunt verschillende incentives aan belastingplichtigen (multinationals) gegeven om te zorgen dat zij hun ‘fair share’ voldoen. De maatregelen die momenteel worden genomen, liggen dus in lijn met de enige juiste benadering om te zorgen dat multinationals hun aan hun ‘fair share’ verplichting voldoen. De nuance die moet worden aangebracht is dat een mondiaal gecoördineerde aanpak cruciaal is om het probleem van belastingontwijking effectief te kunnen aanpakken. Helaas is een mondiale aanpak bij de huidige stand van zaken nog niet (geheel) mogelijk.

*Hoe ziet het probleem van de rol van de coöperatie in internationale belastingstructuren eruit?*

De coöperatie was tot 2012 niet inhoudingsplichtig voor de Wet DB 1965, aangezien de gedachte altijd was dat dit niet binnen het gedachtegoed van de coöperatie paste. Door dit kenmerk werd de coöperatie als rechtsvorm in internationale structuren steeds aantrekkelijker om zodoende de Nederlandse dividendbelasting of buitenlandse bronbelasting te kunnen ontwijken. Dit heeft de wetgever er in 2012 toe doen besluiten om een antimisbruikbepaling in te voeren in de Wet DB 1965. Deze antimisbruikbepaling tracht te voorkomen dat met fiscale motieven een coöperatie zonder reële betekenis wordt tussengeschoven om belasting te ontwijken. In 2016 is de antimisbruikbepaling nog aangepast bij de implementatie van de GAAR uit de Moederdochterrichtlijn. Tot echte materiële wijzigingen – los van de substance eisen voor een buitenlandse ‘schakelende’ tussenhoudster – heeft de aanpassing in 2016 voor de praktijk echter niet geleid. De

gedragsverandering van de praktijk bleef hierdoor beperkt. De coöperatie werd ook na de wijzigingen in 2012 en 2016 nog veelvuldig gebruikt in internationale belastingstructuren.

*Is de coöperatie zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk vergelijkbaar met een NV of een BV?*

Zowel civiel- als fiscaalrechtelijk dient de coöperatie als zelfstandige rechtsvorm te worden onderscheiden van kapitaalvennootschappen. De verschillende rechtsvormen verschillen van elkaar met betrekking tot de persoonlijke betrokkenheid bij de onderneming, de overdraagbaarheid van de aandelen/lidmaatschapsrechten en de aansprakelijkheid. Deze verschillen maken dat de coöperatie, de NV en de BV civielrechtelijk niet vergelijkbaar zijn. In de praktijk is het verschil echter veelal niet zo evident. Desalniettemin leiden deze soms afwijkende gedragingen er niet toe dat de coöperatie, de NV en de BV fiscaalrechtelijk vergelijkbaar zijn. Op fiscaalrechtelijk niveau zijn de coöperatie, de NV en de BV evenmin vergelijkbaar. Dit komt duidelijk naar voren in de expliciete afwijkende behandeling van de coöperatie of lidmaatschapsrechten in een coöperatie in de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting. Het is echter wel mogelijk om – met het behoud van dit onderscheid - coöperaties en kapitaalvennootschappen op een gelijke wijze te behandelen in de Wet DB 1965. Voor deze gelijke behandeling kan aansluiting worden gezocht bij de behandeling van lidmaatschapsrechten in een coöperatie zoals in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001.

*Dient de huidige behandeling van de coöperatie binnen de Wet DB 1965 te worden aangemerkt als verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU?*

In de staatssteunanalyse is op basis van de vier voorwaarden uit artikel 107 VwEU getoetst of de huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 kan worden aangemerkt als staatssteun. Aan de criteria begunstiging, met staatsmiddelen bekostigd en de vervalsing van de mededinging en het beïnvloeden van het tussenstaatse handelsverkeer wordt vrij duidelijk voldaan. De voordelige behandeling van de coöperatie leidt immers tot een verlaging van het belastingbedrag. Dit voordeel voor de achterliggende leden heeft de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag tot nihil (eigenlijk is het voordeel het geheel niet in de Wet DB 1965 betrokken worden van de winstuitkering). Dit voordeel is gefinancierd door het verlies aan belastingopbrengsten van de overheid ten opzichte van situatie waar sprake is van een ‘normale’ behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. De afwijkende behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 vervalst de mededinging en beïnvloedt het tussenstaatse handelsverkeer. Het gebruik van de coöperatie om de dividendbelasting te kunnen ontwijken staat namelijk niet voor iedereen open, slechts internationaal opererende ondernemingen hebben baat bij het gebruik van de coöperatie als tussenhoudster.

Zodoende bestaat er een potentieel concurrentievoordeel voor de ondernemingen waarvoor het loont om gebruik te maken van de coöperatie als tussenhouder ten opzichte van de ondernemingen waarvoor het niet loont om een coöperatie in de structuur op te nemen. Of wordt voldaan aan het selectiviteitscriterium is echter lastiger te bepalen. De conclusie luidt dat binnen de benadering van de staatssecretaris het niet in de dividendbelasting betrekken van pure houdstercoöperaties als verboden staatssteun dient te worden aangemerkt. Echter kan op basis van de civielrechtelijke criteria en de feitelijke gedraging van een houdstercoöperatie worden verdedigd dat de visie van de staatssecretaris te ruim is. In elk geval is van a priori selectiviteit in minder situaties sprake dan waar de staatssecretaris bang voor is. Deze a priori selectiviteit kan niet of nauwelijks worden gerechtvaardigd, hetgeen ertoe leidt dat in specifieke situaties een daadwerkelijk staatssteunrisico bestaat. Mocht dit risico zich daadwerkelijk manifesteren, dan wordt de steun niet teruggevorderd van de begunstigen aangezien het bestaande steun betreft.

*Hoe ziet het huidige conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling eruit en wat is het doel van het wetsvoorstel?*

In het conceptwetsvoorstel wordt de coöperatie in sommige situaties als inhoudingsplichtige aangemerkt voor de Wet DB 1965. Indien de feitelijke werkzaamheden van de coöperatie in het jaar voorafgaande aan de dividenduitkering doorgaans hoofdzakelijk (voor meer dan 70%) hebben bestaan uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van, volgens artikel 10a, vierde tot en met zesde lid, Wet VPB 1969, verbonden lichamen of natuurlijk personen, wordt de coöperatie aangemerkt als houdstercoöperatie. Een houdstercoöperatie is inhoudingsplichtig voor dividenduitkeringen gedaan aan leden met een lidmaatschapsrecht dat ten minste recht geeft op 5% van de jaarwinst van de houdstercoöperatie of de liquidatie-uitkeringen. De systematiek is dat *kwalificerende lidmaatschapsrechten* in een in Nederland gevestigde *houdstercoöperatie* worden gelijkgesteld met aandelen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De houdstercoöperatie kan, anders dan onder de huidige positie van de coöperatie in de Wet DB 1965, wel een beroep doen op de inhoudingsvrijstelling. De inhoudingsvrijstelling wordt uitgebreid tot landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in een regeling voor dividenden. Tevens moet sprake zijn van een ondernemingsstructuur en dient aan een subjectief of objectief vereiste te worden voldaan om niet onder de antimisbruikbepaling te vallen. Uit de parlementaire behandeling van het conceptwetsvoorstel is een aantal doelstellingen te destilleren. Zo is het de wens van Nederland om in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur geen dividendbelasting te heffen, mag het reële coöperatieve bedrijfsleven niet worden geraakt, moet

het Nederlandse vestigingsklimaat aantrekkelijk blijven voor buitenlandse investeerders en dient sprake te zijn van een gelijke behandeling van de coöperatie, de NV en de BV in de Wet DB 1965. Deze doelstellingen zijn vervolgens gehanteerd bij het toetsingskader en bij de vormgeving van de alternatieven voor de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965.

*Voldoet het conceptwetsvoorstel wijziging behandeling houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling aan de in toetsingskader genoemde toetsingscriteria?*

De Wet wijziging inhoudingsplicht houdstercoöperaties en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling voldoet slechts zeer summier aan de toetsingscriteria. Van de vijf toetsingscriteria kan slechts van rechtszekerheid en uitvoerbaarheid met zekerheid worden gesteld dat het conceptwetsvoorstel goed scoort. Met betrekking tot de andere drie criteria, effectiviteit, efficiëntie en internationale en Europese inpasbaarheid scoort het conceptwetsvoorstel ondermaats. Door de objectieve vormgeving van de verschillende toetsen scoort het conceptwetsvoorstel goed op rechtszekerheid en door de goede informatie-uitwisseling door Nederland met andere verdragslanden goed op uitvoerbaarheid. Op het criterium internationale en Europese inpasbaarheid scoort het conceptwetsvoorstel neutraal, aangezien met name op Europees niveau nog enkele complicaties worden verwacht. Op de criteria efficiëntie en effectiviteit scoort het conceptwetsvoorstel het slechtst. Met name de slechte score op het criterium effectiviteit baart zorgen, indien een bepaalde wettelijke bepaling niet overeenkomt met de beoogde doelstelling van de bepaling geeft dit blijk van een onjuiste of onvolledige vormgeving. Aan efficiëntie wordt daarnaast ingeleverd door de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling, dit is in het licht van de doelstelling van Nederland om in deelnemingsituaties geen dividendbelasting te heffen onvermijdbaar.

*Welke alternatieven zijn er voor de aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965 en passen deze alternatieven beter binnen het toetsingskader?*

In het laatste hoofdstuk is een viertal aanbevelingen gedaan voor de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965:

- De coöperatie niet als inhoudingsplichtige aanmerken in ondernemingsstructuren: dit alternatief houdt in dat de coöperatie slechts als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt in ondernemingsstructuren, waarbij een beroep op de inhoudingsvrijstelling mogelijk is indien geen sprake is van een misbruiksituatie. Bij dit alternatief wordt beter voldaan aan de achterliggende doelstellingen voor de aanpassing van de positie van de coöperatie in de Wet DB 1965, is tevens beter uitvoerbaar en biedt meer rechtszekerheid dan het

conceptwetsvoorstel. Door het staatssteunrisico en de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling naar derde landen nemen de internationale en Europese inpasbaarheid en de efficiëntie echter wel af.

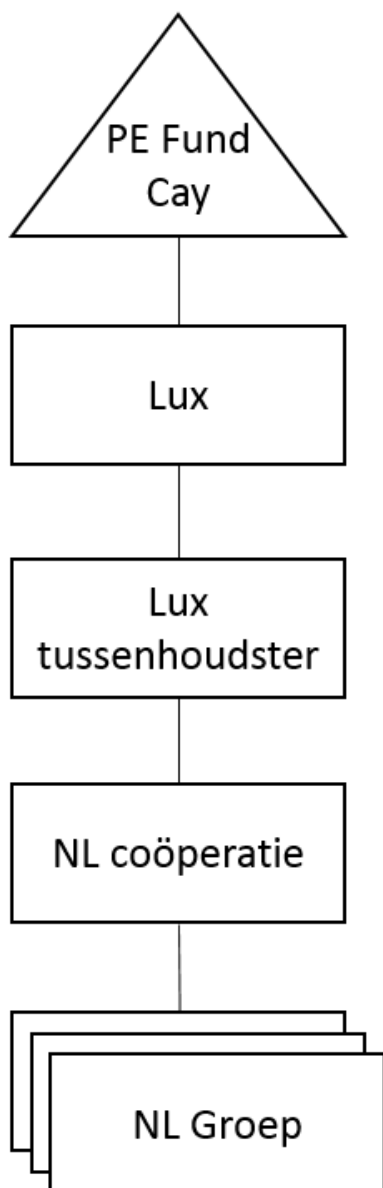
- In het geheel geen dividendbelasting heffen in ondernemingsstructuren: dit alternatief heeft dezelfde invulling als het eerste alternatief, echter met eenzelfde toepassing voor de andere rechtspersonen die vallen onder de Wet DB 1965. Derhalve wordt in het geheel geen dividendbelasting geheven in deelnemingsverhoudingen binnen een ondernemingsstructuur. Met dit alternatief wordt nog beter voldaan aan de doelstellingen (effectiviteit) en ook past dit alternatief beter in de internationale en Europese regelgeving. De uitbreiding naar alle rechtspersonen die vallen onder de Wet DB 1965 gaat echter wel ten koste van de efficiëntie.
- Binnen de kaders van het conceptwetsvoorstel de coöperatie, de NV en de BV gelijk behandelen: dit voorstel is het minst vergaand. Een aantal aanpassingen in het conceptwetsvoorstel tezamen met een gelijke behandeling voor zowel de NV en de BV als voor de coöperatie leidt echter wel tot een beter binnen het toetsingskader passende wetgeving. Alle vijf de toetsingscriteria in ogenschouw genomen leidt dit alternatief tot de beste uitkomst. De effectiviteit is minder groot dan het tweede alternatief, maar desalniettemin wel een stuk beter dan het conceptwetsvoorstel. De combinatie met een goede internationale en Europese inpasbaarheid en de verbetering van de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid maken dit alternatief het meest geschikt als vervanger voor het conceptwetsvoorstel.
- Afschaffen van de dividendbelasting: dit alternatief is het meest vergaand. De vóór- en tegenargumenten afwegend tezamen met de economische analyse leidt tot de conclusie dat afschaffing van de dividendbelasting mogelijk en vanuit een economisch perspectief zelfs gewenst is. Het zijn echter de budgettaire derving en de internationale en Europese inpasbaarheid die ervoor zorgen dat dit alternatief niet zal worden doorgevoerd.

### **6.3 Slot en aanbeveling**

Nederland dient zich proactief op te stellen ten aanzien van de internationale ontwikkelingen die gaande zijn om belastingontwijking in de kiem te smoren. Door het in lijn brengen van de nationale wetgeving met deze internationale ontwikkelingen toont Nederland aan zich betrokken te voelen in de discussie omtrent belastingontwijking. Het is daarnaast echter wel van belang dat Nederland zich bewust is van haar positie ten opzichte van andere landen; Nederland moet immers als vestigingsland wel aantrekkelijk blijven voor buitenlandse investeerders. Een van de belangrijke onderdelen waar

een aanpassing noodzakelijk is, is de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965. Als antwoord op de hoofdvraag is een aangepaste behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 gewenst en noodzakelijk. De noodzaak zit in het feit dat Nederland zich proactief moet opstellen in de internationale ontwikkelingen. De huidige behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 kan internationaal gezien namelijk niet meer door de beugel. Daarnaast is een aanpassing ook gewenst om beter aan de doelstellingen van het heffen van dividendbelasting te voldoen. Of door de wijziging van de behandeling van de coöperatie in de Wet DB 1965 ook daadwerkelijk een gelijke behandeling met de NV en de BV noodzakelijk is, hangt af van het staatssteunrisico. In de staatssteunanalyse is geconcludeerd dat dit risico vrij beperkt is en er slechts in specifieke situaties mogelijk sprake is van staatssteun. De invulling van het conceptwetsvoorstel is in ieder geval onvolledig en vertoont op veel punten tekortkomingen. Het voorgestelde derde alternatief vormt als ‘safe harbour’ het beste alternatief voor het conceptwetsvoorstel. Het mogelijk aanwezige staatssteunrisico wordt met dit alternatief verholpen. Dit alternatief past door de goede internationale en Europese inpasbaarheid het best binnen het toetsingskader van een deugdelijke wetgeving. De overige drie alternatieven zijn echter in meer of mindere mate eveneens mogelijk en voldoen beter aan de doelstellingen, maar hebben wel een verdergaande impact op de Nederlandse schatkist en de positie van Nederland in de discussie omtrent belastingontwijking.

## Bijlage I



### Feiten:

- Op het niveau van het Cayman private-equity-fund wordt een onderneming gedreven: het fonds houdt zich actief bezig met het maken, onderhandelen, houden, managen, controleren en verkopen van investeringen.

- De vennootschap in Luxemburg voldoet aan de relevante substance-eisen en fungeert als vehikel om EU investeringen van het Cayman PE fund te managen. Op het niveau van lux wordt geen onderneming gedreven.

- Voor de aankoop van een ondernemende NL Groep wordt een nieuwe Luxemburgse entiteit opgericht, Lux tussenhoudster. Deze Luxemburgse tussenhoudster schakelt tussen de Nederlandse ondernemende groep en de onderneming van het PE fund, maar voldoet zelfstandig niet aan de relevante substance-eisen.

### Fiscale behandeling onder het concept wetsvoorstel:

- De NL coöperatie wordt aangemerkt als houdstercoöperatie en is dus inhoudingsplichtig, aangezien het balanstotaal voor meer dan 70% uit deelnemingen bestaat. Verder zijn geen andere omstandigheden aanwezig.

- Aangezien Nederland en Luxemburg een belastingverdrag hebben met daarin een bepaling voor dividenden én Lux tussenhoudster in Luxemburg is gevestigd, is de inhoudingsvrijstelling in beginsel van toepassing.

- Vervolgens dient te worden getoetst of de antimisbruikbepaling van het derde lid van toepassing is. Hiervoor dient een subjectieve en een objectieve toetsing plaats te vinden.

- Bij de subjectieve toets wordt in dit voorbeeld gekeken of de Luxemburgse tussenhoudster tussen het Cayman PE fund en de Nederlandse groep is geschoven om de dividendbelasting te ontgaan. Aangezien geen belastingverdrag is gesloten tussen het eerste niveau waar een onderneming wordt gedreven (Cayman) en Nederland, wordt niet voldaan aan de subjectieve toets.

- Vervolgens dient de objectieve toets te worden uitgevoerd. Hiervoor dient de Lux tussenhoudster aan de relevante substance-eisen te voldoen. Aangezien dit op het niveau van de Lux tussenhoudster niet het geval is, wordt niet voldaan aan de objectieve toets.

- De conclusie is dat de NL coöperatie inhoudingsplichtig is voor de Wet DB 1965. De inhoudingsvrijstelling is niet van toepassing door de werking van de antimisbruikbepaling van het voorgestelde artikel 4, lid 3, onderdeel d, Wet VPB 1965.

# Literatuurlijst

## Artikelen

- Albregtse, D.A., De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!, *WFR* 2017/8.
- Alstadsaeter, Jacob en Michaely, Do Dividend Taxes Affect Corporate Investment?, *Journal of Public Economics*, Online first.
- Bender, T., Tussen ethiek en de wet: een derde weg, *WFR* 2017/20.
- Bossche, A. van den, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, *SEW* 2016, nr. 7/8.
- Bradford (1981), The incidence and allocation effects of a tax on corporate distributions, *Journal of Public Economics*, 107, p. 1-24.
- Brandsma, R.P.C.W.M., En de boer hij ploegde voort: soms dividendbelasting voor leden van een coöperatie en soms niet, *WFR* 2011/1355.
- Brandsma, R.P.C.W.M., De coöp in de dividendbelasting, *WFR* 2016/135.
- Bruijsten, C., Belastingrecht en ethiek: een mogelijk denkkader, *WFR* 2014/580.
- Chetty en Saez (2010), Dividend and corporate taxation in an agency model of the firm, *American Economic Journal: Economic Policy*, 2, p. 1-31.
- Gribnau, J.L.M., Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstige driespan, *NTFR* 2017/660.
- Happé, R.H., Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938.
- Hofland, D.A., en Lorié, J.A., De hoogste tijd voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse, *WFR* 2010/715.
- Horzen, F., Coöperaties en dividendbelasting: een historische zoektocht, *NTFR* 2011/2611.
- Kavelaars, P., Dividendbelasting: een duister bestaan, *NTFR-B* 2016/4.
- Kemmeren, E.C.C.M., Dividendbelasting in internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar, *TFO* 2008/66.
- Koster, H., Sprinkhanentaks en dividendbelasting bij coöperaties, *TFO* 2011/110.
- Lamberts, P.B.W.L., Fair taxation: Truth is in The Eye of het Beholder, *WFR* 2016/123.
- Lemeer, D.F.L., Handdoek in de ring voor de dividendbelasting, *Forfaitair* 2006/161.
- Linden, M.H.G.M. van der en Houtgraaf, E., De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober, *WFR* 2011/1617.
- Luja, R.H.C., Fiscale rulings en staatssteun, Tussen rechtszekerheid en belastingontwijking, *NJB* 2015/678.



Lukkien, M.E., Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, *MBB* 2016/02.

Marres, O.C.R. en Groot, I.M. de, Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn, *WFR* 2015/1185.

Monteiro, W.W. en Gool, J. van, Misbruik van coöperaties; het is duidelijk dat het niet duidelijk is, *NTFR-A* 2013/26.

Nillesen, J.T.L. en Hurk H.T.P.M. van den, De coöperatie in investeringsstructuren – fiscale aspecten, *TFO* 2012/80.

Poterba en Summers (1985), *The economic effects of dividend taxation*, Homewood: IL: Dow Jones-Irwin Publishing, p. 227-284.

Reijnen, J.J.H., Consultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, *NTFR* 2017/1313.

Rijff, L., De rol van Nederland in belastingoptimalisatie: hoe zit de vork echt in de steel?, *WFR* 2013/1547.

Rompen, J.W., Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland, *WFR* 2013/1009.

Schuurman, H.A., Pandrecht op een commanditair belang of een lidmaatschap van een coöperatie, *V&O* 2009, nummer 1.

Snel, F.P.J., Dividendbelasting afschaffen?, *NTFR* 2009/1982.

Stevens, L.G.M., Fiscale ethiek voor iedereen, *WFR* 2015/1060.

Sprundel, D.E. van, Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse, *WFR* 2009/511.

Vegt, P.C. van der, Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip "selectieve belastingvoordelen", *WFR* 2017/3.

Wierenga, M.M. en Secker, A.J., Inhoudingsplicht voor coöperaties- een nadere analyse, *WFR* 2014/221.

## **Parlementaire stukken**

Handelingen, Bijlagen, 1911-1912, 144, nr. 3.

Handelingen, Bijlagen, 1915-1916, 202, nr. 6.

Kamerstukken I, 1955/56, 4100 VIIB, nr. 68.

Kamerstukken I, 1955/56, 4100 VIIB, nr. 68a.

Kamerstukken II, 1990/91, 22 008, nrs. 1 – 2.

Kamerstukken II, 1999/00, 27 209, nr. 3

Kamerstukken II, 2009/10, 33 129, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10.  
Kamerstukken I, 2015/16, nr. 25 087 L.  
Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 113.  
Kamerstukken II, 2015/16, 25 087, nr. 114.  
Kamerstukken II, 2015/16, 29 058, nr. 113.  
Kamerstukken II, 2015/16, 34 300 IX, nr. 26.  
Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 6  
Kamerstukken II, 2016/2017, 34 552, wijzigingen van enkele belastingwetten en enige andere wetten (belastingplan 2017).  
Kamerstukken II, 2016/17, 34 554, nr. 7  
Kamerstukken II, 2016/17, 34 566, nr. 3.

Brief van het Ministerie van Financiën van 19 juni 2000, WJB 2000/452M, FutD 27 juni 2000.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, DGB 2014/3101.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 12 juni 2014, nr. DGB/3099.

Staatssecretaris van financiën (15 september 2015), Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, Antwoorden op schriftelijke vragen over appreciatie uitkomst BEPS-rapport en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, 2015/936U.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 27 november 2015, Kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 februari 2016, AFP/2016/80, Antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende de kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV.

Presentatie van de NOB, gehouden op 4 juli 2016, bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000148647, Fiscaal vestigingsklimaat.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, 2016-0000095077, Coöperaties en dividendbelasting.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, 2016-0000224153, antwoorden Kamervragen.

Antwoorden nav schriftelijk overleg over coöperaties en dividendbelasting, bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, 2016-0000224153, schriftelijk overleg brief van 20 september 2016 over coöperaties en dividendbelasting.

Tweede Kamer, 19 januari 2017, 25 087, “debat over belastingontwijking”.

Brief van het Minister van financiën van 27 maart 2017, Besluit op uw Wob-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179.

Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept wetteksten, 16 mei 2017.

Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, Concept memorie van toelichting, 16 mei 2017.

## **Verdragen**

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

Nederland-Duisland (2012).

## **Boeken**

Albers, J.B.H. en Pijnenburg, P.A.M., *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.

Brandsma, R.P.C.W.M., *Cursus Belastingrecht* (dividendbelasting), Deventer: Kluwer 2017.

Galbraith, John Kenneth, *The Great Crash 1929*, Boston/New York: Mariner books 2009 (1954).

Galle, R.C.J., *Handboek coöperaties. Deel 6 Fiscale onderwerpen*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2010.

Jansen, J.J.M., *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Deventer: Kluwer 1996.

Maeijer, J.M.M., *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press 1972.

## **Rapporten, scripties en niet uitgegeven teksten**

Berkhout, E., *Nederland belastingparadijs; Leuker kunnen we het niet maken, wel eerlijker*, 2016, Den Haag: Oxfam Novib.

## Overige stukken

Mededeling 384/03 van de Commissie op 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van directe belastingen op ondernemingen (*pbEU* 1998, C 384/3).

Position paper van de Nederlandse Order van Belastingadviseurs met betrekking tot het fiscaal vestigingsklimaat 25 juni 2008, gericht aan de vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Lezingen Commissie Vaktechniek 2008/2009 JOB, Amersfoort: Sdu Uitgevers.

Lohuis, H., Nota n.a.v. verslag Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015 (en NvW), *NtFR* 2015/2829.

Commentaar bij Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3, *V-N* 2015/47.13

Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd, C(2015) 7143.

Commentaar bij Aankondiging wetswijziging dividendbelasting coöperaties, *NtFR* 2016/2410.

Commentaar bij overzicht moties en toezeggingen Tweede Kamer, *V-N* 2016/31.4

Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (*pbEU* 2016, C 262/1).

Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie P. Boonstra, Van Campen Liem, 12 juni 2017.

Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie van 13 juni 2017 van de NOB.

Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie van 13 juni 2017 van Baker McKenzie.

Reacties op internetconsultatie Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling: reactie van 13 juni 2017 van NBCC.

## Jurisprudentie

HR 28 juni 1978, nr. 18 031, *BNB* 1978/256.

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, *BNB* 1994/87.

HvJ 29 april 1999, nr. C-342/96 (Spanje/Commissie).

HvJ 17 juni 1999, nr. C-75/97 (commissie/België), *jur.* 1999.

HvJ 11 juli 1999, nr. C-39/94 (Syndicat français de l’Espress international (SFEI) e.a./La poste e.a.).

HvJ 8 november 2001, nr. C-143/99 (Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke), *jur.* 2001.

HvJ EG 29 april 2004, nr. 308/01 (GIL Insurance).

HvJ EG 10 januari 2006, nr. C-222/04 (Cassa Risparmio di Firenze), *V-N* 2006/13.19.

HvJ EG 6 september 2006, nr. C-88/03 (Portugal/Commissie), *RvdW* 2006/1009.

HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), *BNB* 2007/54.

HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), *RvdW* 2011/1378.

HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, *V-N* 2015/27.16.

HR 4 maart 2016, nr. 12/03235, *BNB* 2016/88.

### **Digitale bronnen**

[http://www.npo.nl/pauw-witteman/27-03-2013/VARA\\_101306592](http://www.npo.nl/pauw-witteman/27-03-2013/VARA_101306592).

<http://statline.cbs.nl/statweb/publication/?dm=slnl&pa=82569ned>.