



De Nederlandse coöperatie in internationale structuren

Naam: Dursun Koker

Studentnummer: 373219

Begeleider: R.B.N. van Ovost

Rotterdam, juli 2019

Inhoud

Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Doelstelling	8
1.4 Afbakening onderwerp	9
1.5 Opzet van onderzoek	9
Hoofdstuk 2: Juridische aspecten van coöperaties in het Burgerlijk Wetboek	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Kenmerken van de coöperatie	11
2.3 Definitie concern-houdstercoöperatie	14
2.4 Verhouding tot de wettelijke omschrijving	16
2.5 Civielrechtelijke beperkingen van de coöperatie	21
2.6 Vergelijking tussen de coöperatie en de BV	23
2.7 Deelconclusie	26
Hoofdstuk 3: Financiering van de Coöperatie	27
3.1 inleiding	27
3.2 Financiering in verhouding tot de wettelijke omschrijving van de coöperatie	27
3.3 Financieringsvormen Eigen en Vreemd Vermogen	29
3.3.1 Eigen vermogen	29
3.3.2 Vreemd vermogen	30
3.4 Het systeem zelffinanciering	31
3.5 Knelpunten financieringsmodaliteiten	32
3.6 Deelconclusie	34
Hoofdstuk 4: Fiscale aspecten van coöperaties in de vennootschapsbelasting	36
4.1 Inleiding	36
4.2 Fiscale winstbepaling van de coöperatie	36

4.3 Deelnemingsvrijstelling	39
4.4 Fiscale eenheid	40
4.5 Belastingheffing bij de leden.....	40
4.5.1 Vangnetbepaling.....	41
4.5.2 Regeling per 1 januari 2018.....	43
4.5.3 Doelstelling art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969	43
4.5.4 Aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001	44
4.5.5 Toetsing art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.....	44
4.6 De coöperatie in investeringsstructuren	48
4.7 Deelconclusie	49
Hoofdstuk 5: Fiscale aspecten van coöperaties in de dividendbelasting.....	51
5.1 Inleiding	51
5.2 Geschiedenis van de coöperatie in de dividendbelasting	52
5.2.1 Tijdvak tot 2012.....	52
5.2.2 Tijdvak 2012 tot 2018.....	53
5.3 Regeling per 2018	57
5.3.1 Reële coöperatie	58
5.3.2 Houdstercoöperaties	62
5.4 Inhoudingsvrijstelling.....	62
5.4.1 Antimisbruikregeling.....	63
5.5 Deelconclusie	65
Hoofdstuk 6: Analyse coöperaties	67
6.1 Inleiding	67
6.2 Hybride mismatches.....	67
6.2.1 Aanpak belastingontwijking door kwalificatieverschillen	68
6.2.2 Hybride entiteiten in de wetgeving.....	68
6.2.3 Tijdperk Nederlandse coöperatie als hybride entiteit over.....	71

6.3 Civielrechtelijke vergelijking	71
6.4 Fiscaalrechtelijke vergelijking	73
6.5 Investeringsstructuren	74
6.5.1 Nationale structuren.....	74
6.5.2 Internationale structuren	75
6.6 Deelconclusie	78
Hoofdstuk 7: Conclusie.....	79
Literatuurlijst.....	84

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

De coöperatie als rechtsvorm bij samenwerkingsverbanden en de samenwerkingsverbanden in concernstructuren komen steeds vaker voor.¹ In Nederland is de oorsprong van die rechtsvorm te vinden in de agrarische sector en in de bank- en verzekeringssector. Zo begonnen in 1741 enkele timmerlieden elkaar te steunen bij ziekte. Zij stonden regelmatig een bedrag af om in een spaarpot te doen, waarmee de rekeningen van de dokter werden betaald.² De coöperatie heeft het doel om de zwakke positie van haar leden door samenwerking te verbeteren. De coöperatie wordt ook steeds meer gebruikt in andere sectoren, hetgeen blijkt in de zorg, de energiesector en de dienstverlening.³ Zzp'ers die tegenwoordig onder deze rechtsvorm de krachten bundelen, hebben onder andere voor de toename van coöperaties gezorgd. Verder is het gebruik van de coöperatie in internationale structuren toegenomen.⁴ Deze toename heeft te maken met de voordelen die te behalen zijn in het civiele recht en in de fiscale aspecten van de rechtsvorm.⁵

In Nederland zijn er momenteel ongeveer 9500 actieve coöperaties. Deze kunnen worden uitgesplitst in reële coöperaties en houdstercoöperaties. Er zijn circa 2000 coöperaties die als houdstercoöperatie in een internationale structuur worden gebruikt. De overige 7500 reële coöperaties hebben geen betrekking op de internationale structuren.⁶ Een coöperatie kan gezien worden als een reële coöperatie, indien er sprake is van een reële vestiging in Nederland die een actieve onderneming drijft en daarmee een 'reële economische betekenis' heeft. Van een reële economische betekenis is sprake indien de plaats van de werkelijke leiding en de tastbare aanwezigheid in Nederland zijn en het reële risico dat de tussengeschoven coöperatie loopt. Er dient te worden voldaan aan de substance-eisen die genoemd zijn in het besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099. Pas dan is er sprake van een reële coöperatie. Houdstercoöperaties daarentegen worden omschreven als coöperaties die deel uitmaken van internationale structuren die zich bezighouden met het houden van deelnemingen, het beleggen van vermogen en het financieren van verbonden lichamen. Daarnaast hebben houdstercoöperaties vaak een beperkt aantal leden.⁷ De aandacht voor belastingontduiking en internationale mismatches is

¹ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 2-3.

² <http://www.cooperatie.nl/actueel/oud-nieuw-cooperatie-springlevend>.

³ <https://www.cooperatie.nl/informatie/de-cooperatieve-sector/>

⁴ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 3.

⁵ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 4.

⁶ Id.

⁷ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 5.

toegenomen. Aangezien het gebruik van de coöperatie tot internationale mismatches kan leiden, is de aandacht voor coöperaties ook toegenomen. De wetgever is bezig met het aanpassen en bijsturen van regels die ervoor zullen zorgen dat de rechtsvorm van coöperaties in internationale structuren verandert en nog meer zal veranderen.

Zoals eerder aangehaald zijn er bepaalde voordelen te behalen voor coöperaties in internationale structuren en uiteindelijk voor de leden. De coöperatie kan gezien worden als een verlengstuk van de leden.⁸ Het civiele recht geeft coöperaties de mogelijkheid om niet zelf het bedrijf uit te oefenen ten behoeve van haar leden. Art 2:53 Burgerlijk Wetboek(BW) geeft aan dat een coöperatie een deel van het bedrijf of het gehele coöperatieve bedrijf ook door één of meerdere rechtspersonen kan laten uitoefenen. De structuur en opzet zorgen ervoor dat de coöperatie de wensen van de leden op een (in)directe wijze behartigt. De coöperatie zelf is dan apart van de coöperatieve onderneming te onderscheiden. Dit kan ertoe leiden dat een coöperatie als een houdstercoöperatie opgericht wordt. De coöperatieve onderneming wordt dan door bijvoorbeeld dochter-Bv's uitgeoefend. Vanuit fiscaal perspectief is de coöperatie een aantrekkelijke rechtsvorm in internationale structuren, omdat de coöperatie die gelegen is in Nederland gebruik kan maken van het verdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting en de beperkte inhoudingsplicht in de dividendbelasting. Coöperaties zijn sinds de invoering van art. 1 lid 7 Wet Dividendbelasting 1965 (Wet DB) in 2012 inhoudingsplichtig geworden.⁹ Verder kan een coöperatie een aantrekkelijk rechtsvorm zijn omdat de fiscaalrechtelijke kwalificatie per land kan verschillen. In Nederland wordt de coöperatie als een niet-transparante entiteit gekwalificeerd, waardoor zij belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Het is mogelijk dat de coöperatie in andere landen kwalificeert als een transparante entiteit. Dit kan tot gevolg hebben dat er misbruik wordt gemaakt door het gebruik van hybride mismatches. Om belastingontwijking en ontduiking door de coöperatie te voorkomen, speelde de invoering van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 een rol. Het gebruik van coöperaties als houdstercoöperaties in internationale structuren om belasting te ontduiken past niet bij het coöperatieve gedachtegoed¹⁰ dat wordt beschreven in art. 2:53 BW, maar heeft te maken met fiscale motieven die een rol spelen.

⁸ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. Van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 1.2.2.

⁹ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.1.1.4.A Situatie tot 1 januari 2012: geen subjectieve belastingplicht.

¹⁰ De definitie van het coöperatieve gedachtegoed wordt volgens de Internationale Coöperatieve Alliantie(ICA) beschreven als volgt: "een autonome organisatie van personen die zich vrijwillig verenigen om hun gemeenschappelijke economische, sociale en culturele behoeften en ambities te behartigen door middel van een onderneming waarvan ze samen eigenaar zijn en die ze democratisch controleren".

Het gebruik van coöperaties in internationale structuren was de meest eenvoudige weg om niet geconfronteerd te worden met dividendbelasting en om daarnaast te voorkomen dat er administratieve lasten zijn.¹¹ Om dit soort oneigenlijk gebruik te voorkomen heeft de wetgever in 2018 de dividendbelasting aangepast met betrekking tot de coöperaties. De wetgever probeert dit te doen door houdstercoöperaties inhoudingsplichtig te maken voor de dividendbelasting, oftewel het verschil tussen kapitaalvennootschappen en houdstercoöperaties te verkleinen. De wijzigingen kunnen leiden tot een vermindering van het gebruik van houdstercoöperaties in internationale structuren. De fiscale aantrekkelijkheid van de coöperatie zal aangetast worden door de maatregelen om de hybride mismatches tegen te gaan. Per 2020 was het kabinet van plan om de dividendbelasting af te schaffen om het vestigingsklimaat van Nederland te verbeteren. In plaats daarvan zou een nieuwe bronbelasting worden ingevoerd, waarbij dividenden alleen belast zouden worden in misbruiksituaties en in situaties waarbij dividenden worden uitgekeerd aan entiteiten in landen met een laag winstbelastingtarief.¹² De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat de afschaffing van de dividendbelasting per 1 januari 2020 niet doorgaat.¹³ Het kabinet heeft besloten het vestigingsklimaat van Nederland te verbeteren met behulp van andere maatregelen.¹⁴

1.2 Probleemstelling

Al deze wetwijzigingen rondom de coöperaties hebben ervoor gezorgd dat dit een interessant onderwerp is om een scriptie over te schrijven. Bedrijven die houdstercoöperaties oprichten, proberen door middel van die oprichting ervoor te zorgen dat zij een gunstiger fiscaal klimaat voor zichzelf ontwikkelen door te zoeken naar mazen in de wet. Als reactie op de inventiviteit van fiscalisten bij de bedrijven voelt de wetgever zich genoodzaakt om elke keer weer aanpassingen voor te stellen en door te voeren in de fiscale wetgeving. Dit gebeurt al sinds 2012 effectief, want daarvoor was het oneigenlijk gebruik van coöperaties al aan de gang, doordat de wetgever een belangrijk wetsartikel introduceerde in de dividendbelasting; namelijk Art. 1 lid 7 Wet DB 1965. Dit was een middel dat effectief kon worden gebruikt tegen misbruik van houdstercoöperaties die geen goede intenties hadden met het oprichten van zulke coöperaties. Zelfs na invoering van deze maatregel werd er alsnog misbruik gemaakt van deze rechtsvorm. Dit zorgt er uiteindelijk weer voor dat de wetgever opnieuw aanpassingen moet

¹¹ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 5.

¹² Brief Staatssecretaris van Financiën van 16 januari 2018, nr. 2018-0000005143.

¹³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.

¹⁴ Pakket maatregelen vestigingsklimaat door schrappen afschaffing dividendbelasting, V-N 2018/56.3.

aanbrengen in de bestaande wetgeving. De constante dynamiek tussen de bedrijven die misbruik proberen te maken van de rechtsvorm en de wetgever zorgen ervoor dat dit onderwerp actueel blijft. Doordat mijn aandacht naar dit onderwerp werd getrokken heb ik mij verder verdiept in deze materie, waardoor er vragen bij mij opkwamen die ik wilde beantwoorden. Vooral door literatuur te lezen en kamerstukken erbij te pakken, werd het mij duidelijk dat dit een gecompliceerd thema is in de praktijk. Wat mij toen vooral opviel en mij interessant leek was de internationale investeringsstructuur die betrekking heeft op coöperaties. Die internationale investeringsstructuur houdt in dat bij het opzetten van een internationale structuur een Nederlandse coöperatie gebruikt wordt als een houdstermaatschappij, omdat de Nederlandse wetgeving op het civielrechtelijke vlak en fiscale vlak meer ruimte biedt om kosten te besparen. De vraagstukken die in mij opkwamen en waarop ik een antwoord wilde, kwamen in een probleemstelling samen en die luidt als volgt:

‘‘Is de Nederlandse coöperatie een effectieve rechtsvorm die te gebruiken is in de internationale investeringsstructuur en heeft de fiscale wetgeving een effectieve dam opgeworpen tegen het gebruik van coöperaties in de internationale investeringsstructuur?’’

Deze probleemstelling zal ik aan de hand van de volgende deelvragen proberen te beantwoorden:

- Hoe wordt de coöperatie in het Burgerlijk Wetboek omschreven?
- Hoe komt de financiering van coöperaties tot stand?
- Wat zijn de fiscaalrechtelijke kenmerken van een coöperatie?

Fiscaalrechtelijk onder te verdelen in:

1. De vennootschapsbelasting
 2. De dividendbelasting
- In welk opzicht is de Nederlandse coöperatie in internationale investeringsstructuren een effectievere rechtsvorm in vergelijking tot de kapitaalvennootschap?

1.3 Doelstelling

Door middel van onderzoek te doen naar coöperaties en de ontwikkelingen die zich voordoen in het kader van de wetsveranderingen, wil ik proberen erachter te komen of de coöperatie nog steeds een effectieve rechtsvorm is. De effectiviteit van de rechtsvorm zal getoetst worden aan de hand van de voordelen die de coöperatie biedt ten opzichte van de BV of NV. De wetgever

probeert het verschil tussen de coöperatie en BV te verkleinen in de belastingwetgeving. In dit onderzoek zullen de wetswijzigingen met betrekking tot coöperaties aan bod komen alsmede andere literatuur die betrekking heeft op de internationale investeringsstructuur met het gebruik van de Nederlandse coöperatie. Door deze informatie samen te voegen, tracht ik een antwoord te krijgen op mijn probleemstelling.

1.4 Afbakening onderwerp

Om de scriptie af te bakenen zal ik genoodzaakt zijn de internationale structuren te bespreken, zodat het mogelijk wordt om te bekijken of de coöperatie een effectieve rechtsvorm is om te gebruiken. Daarbij zal natuurlijk ook de nationale structuur aan bod komen als inleiding op de internationale structuren. Om een zo goed mogelijk beeld te creëren zal ik mij beperken tot de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting. Tevens zal ik enkele concernstructuren naar voren brengen die betrekking hebben op coöperaties. Om tot een antwoord te komen op de probleemstelling, zal ik ook de aangekondigde aanpassingen omtrent de coöperaties in mijn scriptie opnemen, wat er voor zal zorgen dat de beantwoording zo volledig mogelijk wordt.

1.5 Opzet van onderzoek

Om een antwoord te krijgen op de geformuleerde probleemstelling heb ik deelvragen geformuleerd. Die deelvragen zullen er uiteindelijk toe moeten leiden dat een juist antwoord kan worden gegeven op de probleemstelling. Om een logische opbouw te krijgen zullen die deelvragen in afzonderlijke hoofdstukken aan bod moeten komen. In hoofdstuk 1 heb ik aangegeven wat de aanleiding is geweest om te schrijven over de coöperaties en wat mijn bedoeling is met dit thema. Om een goede basis te vormen is het van uiterst belang om eerst aan te geven waar de wettelijke bepalingen zijn omtrent de coöperaties in het Burgerlijk Wetboek. Dit aspect van mijn scriptie komt aan bod in hoofdstuk 2. Vervolgens zal de financiering van coöperaties in hoofdstuk 3 worden toegelicht, waarin er zal worden bekeken wat de financieringsmogelijkheden zijn met betrekking tot het oprichten van een coöperatie. Vervolgens komt er een onderwerp aan bod dat in twee hoofdstukken zal worden uitgewerkt; namelijk in hoofdstuk 4 de coöperatie met betrekking tot de vennootschapsbelasting en in hoofdstuk 5 de coöperatie met betrekking tot de dividendbelasting. In deze twee hoofdstukken komen de fiscaalrechtelijke kenmerken naar voren die zullen worden uitgewerkt. In deze hoofdstukken zal ook de invloed op Nederland als de fiscale vestigingsplaats besproken worden. In hoofdstuk 6 komt naar voren in welk opzicht de coöperatie in internationale

investeringsstructuren een effectievere rechtsvorm zal blijken in vergelijking met de kapitaalvennootschappen. Hierdoor zal ik die uitkomst kunnen gebruiken om een beter beeld te schetsen van het gebruik van een coöperatie in een internationale investeringsstructuur en wat daar als effectieve rechtsvorm in gezien kan worden. Tot slot zal in hoofdstuk 7 de conclusie aan bod komen. Dit hoofdstuk kan worden gezien als een samenvatting zodat het gehele onderzoek beter kan worden begrepen. Het is uiteindelijk de bedoeling om een antwoord te krijgen op de probleemstelling door middel van de beantwoorde deelvragen in de eerdere hoofdstukken. Dit zal dan ook duidelijk naar boven komen wanneer de conclusie wordt getrokken.

Hoofdstuk 2: Juridische aspecten van coöperaties in het Burgerlijk Wetboek

2.1 Inleiding

De coöperatie is een aantrekkelijke rechtsvorm om te gebruiken in internationale investeringsstructuren. Één van de voordelen van de coöperatie heeft te maken met de civielrechtelijke bepalingen waaraan een coöperatie moet voldoen. Dit voordeel is te vinden in de civielrechtelijke flexibiliteit. Coöperaties zijn namelijk aan minder dwingendrechtelijke regels onderworpen dan kapitaalvennootschappen.¹⁵ In dit hoofdstuk zal een beschrijving gegeven worden van de juridische aspecten van de coöperatie. Als eerste beschrijf ik in onderdeel 2.2 de civielrechtelijke kenmerken van de coöperatie. Vervolgens zal er in onderdeel 2.3 ingegaan worden op het begrip concern-houdstercoöperaties. In onderdeel 2.4 zal de coöperatie als houdstermaatschappij getoetst worden aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie, beschreven in art. 2:53 BW. In onderdeel 2.5 zal ik de civielrechtelijke beperkingen van de coöperatie bespreken. In het onderdeel daarna, onderdeel 2.6, ga ik een vergelijking maken tussen de wettelijke regeling van de coöperatie en de BV. Als laatste sluit ik af ik met een deelconclusie.

2.2 Kenmerken van de coöperatie

De wettelijke regeling van de rechtsvorm coöperatie ontstond in 1876.¹⁶ De toepassing van de coöperatie bestond daarvoor al zoals in hoofdstuk 1 aan bod kwam. De coöperaties werden veel gebruikt in de agrarische sector en in de bank- en verzekeringssector. De toepassing van de coöperatie is sinds het begin van de 21^e eeuw ook te vinden buiten de agrarische sector. Zo worden coöperaties tegenwoordig steeds vaker toegepast in fiscaal gedreven investeringsstructuren.¹⁷ De coöperatie was oorspronkelijk een niet-winstgerichte rechtsvorm voor haar leden, maar sinds de toepassing van de coöperatie in investeringsstructuren begint zij meer kenmerken te krijgen van een kapitaalvennootschap.

Het karakter van de coöperatie lijkt zowel op die van de personenvennootschappen als die van de kapitaalvennootschappen. De coöperatie is een aparte rechtsvorm die dus geplaatst kan worden tussen enerzijds de maatschap en de VOF, en anderzijds de NV en de BV.¹⁸ In Boek 2

¹⁵ S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (Serie Van der Heijden Instituut nr. 139) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, onderdeel 3.4.4.1, blz. 111.

¹⁶ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Juridische vormgeving, 2017/211.

¹⁷ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Ontwikkeling van coöperatie, 2012/210.

¹⁸ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 15.

BW staan de specifieke bepalingen¹⁹ voor de coöperatie. De coöperatie wordt in eerste instantie opgericht als een vereniging. Dit betekent dat de meeste artikelen uit Boek 2 BW inzake de vereniging ook van toepassing zijn op de coöperatie. Echter wordt de coöperatie als een aparte rechtsvorm beschouwd en niet als een bijzondere vorm van een vereniging. Het verschil tussen een vereniging en coöperatie zit in het winstuitkeringsverbod van art. 2:26 lid 3 BW. Een vereniging mag geen winst aan haar leden uitkeren, een coöperatie daarentegen wel, blijkens art. 2:53a BW.²⁰ Daardoor is de coöperatie geschikt als ondernemingsvorm. Bij de invoering van Boek 2 BW in 1976 werd de coöperatie gezien als een subvorm van de vereniging. De Wet van 16 juni 1988 heeft voor verandering gezorgd.²¹ Sinds deze wijziging in de wet is de coöperatie een eigen rechtsvorm geworden naast de vereniging. In de omschrijving van de coöperatie werden er bij de invoering van Boek 2 BW materiële criteria gesteld om als een coöperatie te worden aangemerkt in plaats van een vereniging. De huidige wettekst van art. 2:53 BW bestaat sinds de wijziging naast materiële elementen ook uit formele elementen. De omschrijving bestaat in hoofdzaak uit formele elementen, namelijk de notariële akte en de oprichting als coöperatie. Verder bepaalt art. 2:53 lid 1 BW wat materieel het statutaire doel van de coöperatie moet zijn. Dit wijkt niet af van wat er voorheen werd gesteld.²² De belangrijkste eigenschap van de coöperatie is dat zij zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, krachtens de gesloten overeenkomsten met haar leden in het bedrijf dat zij het doel van haar leden uiteindelijk uitoefent of doet uitoefenen.

Ondanks de doelomschrijving van de coöperatie, bevat de wettelijke regeling weinig bepalingen van dwingend recht. Dit zorgt voor hoge flexibiliteit van de rechtsvorm. Volgens Van der Waals zijn er enkele redenen die de aantrekkelijkheid van de coöperatie ondersteunen:

- *‘de civielrechtelijke bepalingen waaraan een coöperatie moet voldoen zijn flexibeler dan de bepalingen die gelden voor de kapitaalvennootschappen; de flexibiliteit is vergelijkbaar met die bij de maatschap;*
- *het uitgangspunt bij de coöperatie is, in tegenstelling tot de kapitaalvennootschappen maar net als bij de maatschap, samenwerking;*

¹⁹ Art.2:53-63j BW.

²⁰ M.J. Kroeze, L.Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 15.

²¹ Wet van 16 juni 1988, Stb. 1988, 305, behandeld onder Kamerstukken 19775.

²² Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Boek 2 BW, 2017/215.

- *de coöperatie heeft, in tegenstelling tot de maatschap maar net als de kapitaalvennootschappen, rechtspersoonlijkheid en dit brengt in beginsel beperkte aansprakelijkheid mee voor de leden;*
- *de coöperatie is fiscaal gezien op basis van de verlengstukwinstregeling, de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling (in veel gevallen) aantrekkelijker dan de kapitaalvennootschappen.* ²³²⁴

Deze redenen worden ook meegenomen in internationale investeringsstructuren om te kiezen voor een coöperatie als tussenhoudster. Aangezien de coöperatie flexibel is in de wettelijke bepalingen, kan in de statuten worden afgeweken van de wettelijke bepalingen. Dit zorgt ervoor dat een coöperatie, kijkend naar de structuur en opzet, volledig kan worden afgestemd op de wensen en omstandigheden in een concreet geval.²⁵ Volgens de wet heeft de coöperatie verplicht een algemene vergadering van leden en een bestuur.²⁶ Ook is het mogelijk dat de statuten bepalen dat een raad van commissarissen word ingesteld.²⁷ Ieder lid van een coöperatie heeft recht om één stem uit te brengen tijdens een algemene vergadering.²⁸ Dit is anders bij de NV en de BV. Daar zijn het aantal stemmen gerelateerd aan de hoeveelheid aandelen die men bezit. Echter kan er hiervan worden afgeweken in de statuten. Ook kan er afgeweken worden bij de benoeming en samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen.²⁹ De Wet biedt ruimte om de statuten naar eigen inzicht in te richten. Dit zorgt voor een grote vrijheid en flexibiliteit van een coöperatie, kijkend naar de governancestructuur.

Waar de kapitaalvennootschappen de regels moeten volgen die betrekking hebben op de kapitaalbescherming³⁰, is er in de wet geen enkele regeling van kapitaalbescherming voor de coöperatie.³¹ Doordat de kapitaalbescherming niet van toepassing is op de coöperatie, is het

²³ S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (Serie Van der Heijden Instituut nr. 139) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, onderdeel 3.4.4.1, blz. 111.

²⁴ Dit punt zal uitgebreid in hoofdstuk 4 en 5 besproken worden.

²⁵ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.1, blz. 3.

²⁶ Art. 2:27 lid 4 BW.

²⁷ Art. 2:57 BW.

²⁸ Art. 2:38 lid 1 jo. 53a BW.

²⁹ ²⁹ M.J. Kroeze, L.Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 133-134.

³⁰ Art. 2:216 BW. Uitkeringen door de BV aan aandeelhouders zijn niet toegestaan voor zover het eigen vermogen daardoor zakt onder de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden.

³¹ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Winstuitdeling aan leden, 2017/226.

voor de coöperatie ook mogelijk om ongelimiteerd uitkeringen te doen.³² Dit is een belangrijke reden om de coöperatie als een tussenhoudster te gebruiken, waardoor er een groter voordeel te behalen is. Dit brengt wel met zich mee dat als een coöperatie haar verplichtingen jegens derden(anderen) niet nakomt, dat er sprake kan zijn van een onrechtmatige daad art. 6:162 BW, wat kan inhouden dat bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur. Uit jurisprudentie is gebleken dat bestuurders en aandeelhouders van bijvoorbeeld een NV of een BV gelijk worden gesteld aan bestuurders en leden van een coöperatie, met betrekking tot de aansprakelijkheid.³³ Dit werd duidelijk in twee arresten van de Hoge Raad waarin hij heeft geoordeeld dat het onrechtmatig handelen door aandeelhouders en bestuurders ten opzichte van anderen waarin de belangen van de crediteuren werden geschaad, daadwerkelijk als onrechtmatige daad werd beschouwd, gepleegd door bestuurders. Als die uitkering van tegoeden uiteindelijk leidt tot niet-nakoming van verplichtingen jegens derden, dan worden de bestuurders of de leden van de coöperatie aansprakelijk gesteld voor onbehoorlijke taakvervulling, wat leidt tot een onrechtmatige daad.³⁴ Tot slot is het voor een coöperatie, net zoals de BV, niet vereist om een minimumkapitaal te hebben. Hierdoor kan de oprichting makkelijker geschieden dan een oprichting van een kapitaalvennootschap, zoals een NV³⁵.

2.3 Definitie concern-houdstercoöperatie

Het begrip concern wordt gecodificeerd als groep in art. 2:24b BW. Een groep wordt gedefinieerd als een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. De groep wordt gezien als één onderneming waarvan de economische eenheid ontstaat door de centrale leiding.³⁶ In de literatuur kan opgemerkt worden dat er verschillende benamingen worden gegeven aan coöperaties in internationale investeringsstructuren. Zo benoemt Rensen een coöperatie die optreedt als houdster van de aandelen in een of meer BV's of andere rechtspersonen en waarvan zijn leden bestaan uit investeringsmaatschappijen³⁷ die aan de coöperatie financiële middelen ter beschikking stellen

³² N. Zaman & J.J.M. Grapperhaus, De coöperatie of de (flex-)bv als samenwerkingsvorm voor beroepsbeoefenaren, FTV 2011/50, onderdeel 2.4, blz.3.

³³ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Winstuitdeling aan leden, 2017/226.

³⁴ HR 8 november 1991, 1992, 174(Nimox/van den End q.q.) en HR 6 februari 2004, 2004/67(Reinders/Didam).

³⁵ Voor de NV is nog altijd 45.000 euro startkapitaal vereist

³⁶ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 227.

³⁷ Hierbij kan gedacht worden aan private-equity partijen.

een ``investeringscoöperatie``.³⁸ Kemperink spreekt in dit geval over een ``beleggingscoöperatie``.³⁹ Bij een investeringscoöperatie wordt het ondernemende gedeelte van de coöperatie niet volledig of in ieder geval gedeeltelijk uitbesteed aan een dochtermaatschappij. Dit houdt in dat het ondernemende gedeelte bestaat uit investeren in andere rechtspersonen. Dit wijkt af van een houdstercoöperatie zoals wij die kennen waarbij de onderneming van de coöperatie wordt uitbesteed aan de dochtermaatschappijen om zo de risico's te spreiden in haar bedrijf. Van der Bijl onderscheidt deze twee typen coöperaties, alleen benoemt hij de investeringscoöperatie als ``concerncoöperatie``.⁴⁰ Een ander verschil tussen de houdstercoöperatie en de concerncoöperatie is te vinden in de wijze van de uitoefening van de coöperatieve onderneming. De ondernemingsactiviteiten die worden uitgeoefend door de dochtermaatschappijen van een houdstercoöperatie kunnen van allerlei aard zijn. Bij een concerncoöperatie worden de ondernemingsactiviteiten uitgeoefend door de coöperatie zelf. Dus de concerncoöperatie bepaalt waarin er wordt geïnvesteerd. In de praktijk heeft de coöperatie in internationale investeringsstructuren twee verschijningsvormen:

1. De coöperatie die uitsluitend opereert als substance-arme (tussen)houdster.
2. De coöperatie die niet uitsluitend als houdster opereert maar ook nog andere functies uitoefent, zoals hoofdkantoorfuncties of andere bedrijfsmatige activiteiten. Deze functies worden weerspiegeld in een bijhorende substance, waardoor de coöperatie fiscaal gezien een reële economische betekenis heeft.^{41,42}

De twee verschijningsvormen kunnen gelinkt worden aan de twee types coöperaties die van der Bijl beschrijft. De houdstercoöperatie zoals beschreven door van der Bijl kan gekoppeld worden aan een substance-arme tussenhoudster, aangezien de coöperatie zich niet bemoeit met de ondernemingsactiviteiten die worden uitgeoefend door de werkmaatschappijen. Deze dochtermaatschappijen kunnen ook in andere landen liggen. De concerncoöperatie kan gekoppeld worden aan punt twee, omdat deze coöperatie zelf de onderneming drijft en als het ware een hoofdkantoorfunctie uitoefent.

³⁸ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Coöperaties in financiële structuren, 2017/228.

³⁹ Kemperink, IVOR 53 2006(diss.) p. 234.

⁴⁰ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 1, blz. 1.

⁴¹ Er dient voldaan te worden aan de substance-eisen die genoemd zijn in het besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

⁴² Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 3.

2.4 Verhouding tot de wettelijke omschrijving

Het is belangrijk dat de coöperatie als houdstermaatschappij voldoet aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 BW. De houdster- en de concerncoöperaties voldoen aan de wettelijke omschrijving van coöperaties op een bepaalde eigen manier. Als er wordt gekeken of de verhouding tot de wettelijke omschrijving klopt, moeten de volgende punten in aanmerking worden genomen: Oprichting bij notariële akte, stoffelijke behoeften van de leden, ledenovereenkomsten, het coöperatieve bedrijf.⁴³ De oprichting bij notariële akte zorgt niet voor een belemmering van een coöperatie als houdstermaatschappij, aangezien de houdster- en concerncoöperaties worden opgericht zoals elke andere coöperatie.

Stoffelijke behoeften van de leden

De coöperatie moet volgens haar statuten in de stoffelijke behoeften van haar leden voorzien. Dit houdt in dat de coöperatie zich moet verplichten tot het behartigen van de economische belangen van de leden. In de literatuur wordt dit ook wel aangeduid als het onderhouden van economisch of zakelijk verkeer met de leden. Het is belangrijk dat het gaat om economische belangen van de leden. Een coöperatie die een ideëel doel nastreeft of een sociaal oogmerk beoogt, kan alleen worden opgericht indien de coöperatie tot stand is gekomen op basis van zakelijke overwegingen. De houdstercoöperatie voldoet aan het behartigen van de economische belangen van haar leden, omdat de houdstercoöperatie resultaten boekt dankzij haar werkmaatschappijen en die resultaten worden via de houdstercoöperatie uitgekeerd aan haar leden. Een andere reden is dat de houdstercoöperatie kan leiden tot functionele en organisatorische voordelen en daarnaast heeft zij ook een kostenbesparende functie kijkend naar de fiscale faciliteiten die in de volgende hoofdstukken behandeld zullen worden. Voor de concerncoöperaties zijn er ook twee redenen die ervoor zorgen dat de economische belangen van haar leden worden behartigd. Ten eerste worden de behoeften van haar leden voor financieel rendement behartigd.⁴⁴ Ten tweede heeft de concerncoöperatie net als de houdstercoöperatie een kostenbesparende functie vanwege de fiscale faciliteiten. Volgens van der Bijl is de concerncoöperatie alleen beperkt tot de kostenbesparende functie om de behoeften van haar leden te behartigen. Hij geeft aan dat de gerealiseerde winst van de dochtermaatschappijen weliswaar toekomen aan de leden, maar dat resultaat komt voort uit de ondernemingsactiviteiten van de dochtermaatschappijen en niet uit het coöperatieve

⁴³ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2, blz.2.

⁴⁴ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Coöperaties in financiële structuren, 2017/228

houdsterbedrijf.⁴⁵ Dit roept de vraag op of de concerncoöperatie de stoffelijke behoeften van haar leden kan behartigen. In de literatuur wordt aangenomen dat een coöperatie die geen winst realiseert maar wel een kostenbesparend karakter heeft ook voldoet aan de criteria van de wettelijke omschrijving van de coöperatie.⁴⁶ Uit de uitspraken van de Hoge Raad blijkt ook dat het besparen van kosten aangemerkt kan worden als winstoogmerk.⁴⁷ Naar mijn mening is dat ook wel logisch, omdat het besparen van kosten in principe een voordeel is. Dus uiteindelijk voldoet de houdster- en concerncoöperatie ook aan het criterium; namelijk het behartigen van stoffelijke behoeften van de leden.

Ledenovereenkomsten

Bij de coöperatie is het van belang dat er overeenkomsten (anders dan van verzekering) worden gesloten met haar leden met daarin opgenomen dat de coöperatie de economische belangen van haar leden behartigt door middel van het coöperatieve bedrijf.⁴⁸ De ledenovereenkomsten bij de houdstercoöperatie zijn afhankelijk van de aard van haar bedrijf. Dit zorgt ervoor dat de houdstercoöperatie niet tegen belemmeringen aanloopt wat betreft de wettelijke omschrijving. Voor de concerncoöperatie wordt er in de literatuur gezegd dat de kostenbesparing en andere voordelen die zij voor haar leden realiseert niet direct voortvloeit uit de overeenkomsten, maar uit haar functie als houdstermaatschappij en de fiscale faciliteiten. Maeijeres, Stille en Van Velten zijn van mening: *“voor het bestaan als coöperatie achten zij vereist dat het lidmaatschap leidt tot al dan niet bijkomstige overeenkomsten tussen de coöperatie en haar leden die verband houden met het coöperatieve bedrijf.”*⁴⁹ Van der Bijl vindt dat niet iedere bijkomstige overeenkomst overeenkomt met de wettelijke omschrijving. Van der Bijl concludeert voor de concerncoöperatie dat voor het waarborgen van haar bestaansrecht van wezenlijk belang is dat zij overeenkomsten sluit met haar leden die ten minste verband houden met het coöperatieve houdsterbedrijf en in meer of mindere mate bijdragen aan de

⁴⁵ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2.3, blz. 2.

⁴⁶ Galle 1993, p. 161-162; Van der Sangen 1999, p. 116; Dijk & Van der Ploeg 2002, p. 27; A.L.G.A. Stille, Rechtspersonen, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 2:53 BW, aant. 4, p. 53-6; Den Tonkelaar 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 105.

⁴⁷ HR 17 april 1939, NJ 1939, 690 (ANP); HR 13 januari 1966, NJ 1966, 189 (Mariahoeve);

⁴⁸ Art. 2:53 BW.

⁴⁹ A.L.G.A. Stille, 'De coöperatieve exploitatievereniging in het nieuwe rechtspersonenrecht', TVVS 1977, p. 581; A.A. van Velten, 'De coöperatieve flat- en serviceflatexploitatievereniging', TVVS 1981, p. 127-128; Stille (losbl.), art. 2:53 BW, aant. 4, p. 53-6. P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2.5, blz.5.

kostenbesparing en andere voordelen waarvan haar leden profiteren.⁵⁰ Het is op te merken dat de voordelen niet afhankelijk zijn van ledenovereenkomsten. Dit zijn de bijkomende zaken die ontstaan door het gebruik van een dergelijke concerncoöperatie. Er kan gedacht worden aan overeenkomsten waarbij de concerncoöperatie de verplichting op zich neemt voor de centrale administratie en dat zij ervoor zal zorgen dat de dochtermaatschappijen onder haar gezag het bedrijf op een zodanige wijze uitoefenen om winst te maximaliseren en dus ook kosten besparen door de structuur en opzet van de coöperatie.⁵¹ Hierdoor zullen de leden een positiever resultaat behalen, waardoor er kan worden geconcludeerd dat een dergelijke ledenovereenkomst overeenkomt met de wettelijke omschrijving. Het is in dit geval belangrijk dat de stoffelijke behoeften van de leden worden behartigd.

Het coöperatieve bedrijf

De coöperatie dient in de stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien door het uitoefenen of doen uitoefenen van haar bedrijf.⁵² Uit de wettekst kan dus opgemaakt worden dat de coöperatie zelf het bedrijf kan uitoefenen of dat het bedrijf uitgeoefend kan worden door een of meerdere rechtspersonen. Bij het doen uitoefenen is de coöperatieve onderneming als het ware uitgezakt. Dit was pas mogelijk na aanpassing van het begrip coöperatie in het BW in 1986.⁵³ In 1988 heeft de wetgever de zinsnede *door overeenkomsten* vervangen door *krachtens overeenkomsten*. Dit heeft ervoor gezorgd dat de ledenovereenkomsten ook met werkmaatschappijen gesloten kunnen worden.⁵⁴

Bij een houdstercoöperatie is er sprake van ``het doen uitoefenen van een bedrijf``. Het is in dit geval belangrijk dat de houdstercoöperatie niet ver verwijderd raakt van haar werkmaatschappijen, omdat dit ertoe kan leiden dat het lastiger wordt voor de houdstercoöperatie om het bedrijf te doen uitoefenen. Het niet voldoende overzicht houden over haar werkmaatschappijen kan ervoor zorgen dat haar statutaire doelstelling niet wordt nagestreefd. Dit kan ervoor zorgen dat er niet wordt voldaan aan de wettelijke omschrijving waardoor de rechtspersoon ontbonden kan worden door de rechtbank op grond van art. 2:21 BW.

⁵⁰ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2.4, blz. 5.

⁵¹ Id.

⁵² Art. 2:53 BW.

⁵³ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 4.

⁵⁴ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2.5, blz.6.

Wat betreft de concerncoöperatie zijn er geen belemmeringen gezien de wettelijke omschrijving, omdat de concerncoöperatie als houdsterbedrijf zelf het bedrijf uitoefent, ongeacht de dochtermaatschappijen die de onderneming drijven. Dit houdt in dat de ledenovereenkomsten slechts met de concerncoöperatie aangegaan kunnen worden. Om te voldoen aan het bestaansrecht van een coöperatie is het van belang dat de houdsteractiviteiten kwalificeren als het uitoefenen of doen uitoefenen van een bedrijf. Dus moeten de activiteiten die de concerncoöperatie verricht kwalificeren als het uitoefenen van een bedrijf. In de wet wordt er geen definitie van het begrip bedrijf gegeven, blijkens de literatuur wordt er aangenomen dat het bedrijfsuitoefening in ruime zin is.⁵⁵ Uit een arrest van de Hoge Raad blijkt dat er sprake is van bedrijfsuitoefening in ruime zin indien het behalen van winst wordt beoogd.⁵⁶ Aangezien de concerncoöperatie het doel heeft om kosten te besparen, wat aangemerkt kan worden als een winsttoogmerk, kan er geconcludeerd worden dat de concerncoöperatie als houdstermaatschappij een bedrijf is.⁵⁷ Al met al kan er geconcludeerd worden dat de concerncoöperatie en houdstercoöperatie voldoen aan de wettelijke omschrijving van het begrip coöperatie.

Ontbinding van rechtspersonen

Zoals eerder vermeld heeft de rechtbank de mogelijkheid om een rechtspersoon te ontbinden indien de rechtspersoon niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm op grond van art. 2:21 BW. Uit de voorgaande paragraaf kan er afgeleid worden dat de houdster- en concerncoöperatie voldoet aan de wettelijke omschrijving. Indien de structuur en opzet van een houdster- of concerncoöperatie niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie, loopt zij het gevaar van een gerechtelijke ontbinding. Op grond van art. 2:21 tweede lid BW kan de coöperatie binnen een termijn gewezen door de rechtbank de gebreken herstellen. Van der Bijl geeft aan dat in zo een situatie het onwaarschijnlijk is om de rechtsvorm coöperatie te behouden, de reparatie zou volgens hem ertoe kunnen leiden dat de coöperatie wordt omgezet in een kapitaalvennootschap.⁵⁸ De omzetting zal leiden tot een reorganisatie van de houdsterstructuur, om zo toch de beoogde voordelen van de coöperatie als houdstermaatschappij te kunnen behouden. De rechtbank kan slechts de ontbinding van een

⁵⁵ Galle 1993, p. 161; Engelaar 1995, p. 13; Maeijer 1997, p. 411; Van der Sangen 1999, p. 247; Engelaar 2000, p. 13; Kemperink 2006, p. 236; Den Tonkelaar 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 105.

⁵⁶ HR 13 januari 1966, NJ 1966, 189 (Mariahoeve).

⁵⁷ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 2.5, blz. 7.

⁵⁸ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 3, blz. 8.

rechtsvorm uitspreken op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie(OM).⁵⁹ Het OM zal hier niet snel een verzoek indienen voor een ontbinding, waardoor het OM geen bedreiging vormt voor een dergelijke ontbinding van de coöperatie. Alleen de belanghebbende kan dan nog hiervoor een bedreiging vormen.⁶⁰ Uit de literatuur blijkt dat degene die om een ontbinding van een rechtspersoon verzoekt daarbij een redelijk belang moet hebben.⁶¹ Dit criterium moet worden aangevuld met het door de Hoge Raad geformuleerde begrip 'meerkringenleer'. Kort gezegd houdt de meerkringenleer in dat een redelijk belang wordt verondersteld van degenen die bij de onderneming betrokken zijn en anderen zijn slechts ontvankelijk indien zij een specifiek en concreet nadeel ondervinden.⁶² Daarom is het vereist dat degene die verzoekt om een ontbinding van de coöperatie geconfronteerd moet zijn met een dreiging van een bepaald nadeel. Binnen de eerste kring van de belanghebbenden vallen aandeelhouders, certificaathouders, andere leden van organen, de ondernemingsraad en werknemers.⁶³ Voor de coöperatie geldt dat de leden een redelijk belang hebben uit hoofde van hun relatie tot de coöperatie waardoor zij kwalificeren tot de eerste kring van belanghebbenden. Het zou onlogisch zijn dat een lid van de coöperatie hiertoe zal verzoeken. Gezien het feit dat het lid zelf deel uit maakt van een houdster- of concerncoöperatie. Het zou kunnen dat de Belastingdienst een bepaald nadeel ondervindt, namelijk het ontgaan van belasting. Echter is de kans klein dat de Belastingdienst een verzoek tot ontbinding doet, omdat de Belastingdienst zich in de afgelopen jaren welwillend heeft opgesteld ten opzichte van de coöperatie als houdstermaatschappij in investeringsstructuren. Hierbij kan er gedacht worden aan advance tax ruling(ATR) waarbij de coöperatie de Belastingdienst om zekerheid vooraf kan verzoeken over de uitvoering van de geldende wetgeving.⁶⁴ Het ontgaan van belasting door middel van een coöperatie in een investeringsstructuur is opgelost door onder andere art. 17 lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 en art. 1 en art. 4 Wet DB 1964. Vanwege het feit dat de Belastingdienst geen financieel nadeel kan ondervinden, zal de kans tot verzoek van ontbinding van een rechtsvorm klein zijn. Kort samengevat concludeer ik dat het risico dat de coöperatie als

⁵⁹ Art. 2:21 lid 4 BW.

⁶⁰ Vgl. J.J.M. Maeijer, 'Omzetting van rechtspersonen', WPNR 1983, p. 246; Van der Grinten 1990, p. 5; Maeijer 1997, p. 174-175.

⁶¹ P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23, onderdeel 3, blz. 8.

⁶² HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149.

⁶³ HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (Dodewaard); Hof Amsterdam 26 juni 1986, NJ 1987, 976; HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (De Schelde).

⁶⁴ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.2.6, blz. 6.

houdstermaatschappij door de rechtbank ontbonden zal worden door het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm nihil is.

2.5 Civielrechtelijke beperkingen van de coöperatie

Ondanks de hoge flexibiliteit van de rechtsvorm coöperatie, zoals besproken in paragraaf 2.2, zijn er enkele civielrechtelijke beperkingen vanuit het oogpunt van de financiering van de coöperatie. Hierbij kan er gedacht worden aan de beperking in de overdraagbaarheid en ledenbinding van het lidmaatschapsrecht.

Persoonlijk lidmaatschap

Het lidmaatschap van een vereniging of coöperatie is geregeld in art. 2:34 BW. Leden kunnen bestaan uit natuurlijke personen en rechtspersonen. In de wettekst staat dat dit lidmaatschap persoonlijk is, tenzij de statuten anders bepalen.⁶⁵ Dit houdt in dat het lidmaatschap in principe niet overdraagbaar is. Dit kan natuurlijk anders bepaald worden in de statuten. Op grond van art. 2:35 BW kan in de statuten worden opgenomen dat het lidmaatschap van een lid beëindigd kan worden door de dood van het lid.⁶⁶ De belemmering die kan ontstaan door het persoonlijke lidmaatschap in vergelijking tot de NV is dat door de beperking in overdraagbaarheid van het lidmaatschap de vermogenswaarde die toegekend wordt aan het lidmaatschap niet gerealiseerd kan worden door middel van overdracht van het lidmaatschap.⁶⁷

Het is mogelijk dat de statuten de overdraagbaarheid van een lidmaatschap toestaan, maar meestal is dit beperkt tot een beperkte kring van (rechts)personen aan wie het lidmaatschap kan worden overgedragen. Het is van belang dat de persoon aan wie het lidmaatschap wordt toegekend verband heeft in het zakelijke verkeer met de coöperatie.⁶⁸ De toestemming tot de overdracht van het lidmaatschap wordt beslist door het bestuur van de coöperatie.⁶⁹

⁶⁵ Art. 2:34, eerste lid, BW.

⁶⁶ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 101.

⁶⁷ G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, blz. 152.

⁶⁸ G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, blz. 153.

⁶⁹ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 101.

Financiële verplichtingen

Een andere civielrechtelijke beperking van de coöperatie vindt zijn oorsprong in art. 2:34a BW. Dit artikel geeft aan dat verbintenissen slechts bij of krachtens de statuten aan het lidmaatschap verbonden kunnen worden. In de statuten moet de aard van de verbintenissen opgenomen worden, die aan de leden kunnen worden opgelegd.⁷⁰ In dit artikel worden er onder verbintenissen vermogensrechtelijke verplichtingen verstaan, dus financiële of geldelijke verplichtingen. Ook op niet-vermogensrechtelijke verplichtingen, oftewel overige verbintenissen, is dit artikel van toepassing.⁷¹ Art.2:36 derde lid BW sluit aan op art. 2:34a BW. Art.2:36 derde lid BW geeft het lid het recht om zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang op te zeggen binnen een tijdsbestek van een maand nadat een besluit waarbij zijn rechten zijn beperkt of als zijn verplichtingen tegenover de verenging zijn verzwaard. Verder is er een controversiële bepaling te vinden in art. 2:46 BW. Dit artikel geeft aan dat de verenging of coöperatie ten laste van haar leden verplichtingen kan aangaan, voor zover er in de statuten uitdrukkelijk is bepaald dat dit mag. Ook moet in de statuten uitdrukkelijk zijn vermeld wat de aard van de verplichtingen is. De bepaling kan voor de leden financiële gevolgen hebben.⁷² Voor de coöperatie is het in principe niet toegestaan om financiële verplichtingen te verbinden aan het lidmaatschap, tenzij de statuten anders bepalen. De coöperatie kan in de statuten de mogelijkheid van opzegging uitsluiten. Indien de coöperatie geen uitsluiting in de statuten opneemt, is het mogelijk dat de leden uittreden bij een bepaalde opgelegde verplichting.

Ledenbinding

Coöperaties proberen de leden te binden om lid te blijven door beperkingen te stellen aan de mogelijkheid tot beëindiging van het lidmaatschap en aan de uittreding bezwarende voorwaarden⁷³ te verbinden.⁷⁴ Voor de beëindiging van het lidmaatschap in internationale verhoudingen biedt het coöperatie- en verenigingsrecht relatief weinig flexibiliteit, omdat op grond van art. 2:36 eerste lid BW voorschrijft dat een lid voor de opzegging van het

⁷⁰ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 69.

⁷¹ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Verplichtingen verbonden aan lidmaatschap; jegens vereniging, 2017/51.

⁷² Zie voetnoot 54.

⁷³ Hierbij kan gedacht worden aan schulden die de coöperatie is aangegaan. Het lid dat wil uittreden, moet dan een evenredig deel afbetalen alvorens het uittreden. Dit kan een bezwarende voorwaarde zijn die is opgenomen in de statuten.

⁷⁴ G.J.H. van der Sangen, Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness, Ondernemingsrecht 2012/81, onderdeel 5, blz. 9.

lidmaatschap een bepaalde termijn in acht moet nemen; namelijk tegen het einde van het boekjaar volgend op het jaar waarin het werd opgezegd. De opzegtermijn kent geen flexibiliteit waardoor het niet verlengd kan worden. De beperking in de flexibiliteit van de opzegtermijn kan tot problemen leiden voor coöperaties die een kapitaalintensieve onderneming drijven, waarbij er een constante aanlevering of afname van leden plaatsvindt. Om dit probleem op te lossen kent de wet art. 2:60 BW waarbij een coöperatie in de statuten kan opnemen dat bij een dergelijke uittreding van het lid, het lid schadevergoeding of een boete is verschuldigd om de coöperatie te compenseren voor de misgelopen omzet. Uit een arrest van de Hoge Raad blijkt dat het redelijk kan zijn dat het uittredende lid de kosten via het betalen van een schadevergoeding aan de coöperatie vergoedt.⁷⁵ Art.2:60 BW is een regeling ter bevordering van de continuïteit van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming.⁷⁶ Zo blijkt ook uit rechtspraak dat het is toegestaan, waarbij een dergelijke uittreedvoorwaarde is toegestaan indien de continuïteit en solvabiliteit van de coöperatie en daarmee de belangen van de leden veilig worden gesteld. Het is dus van belang dat de uittreedvoorwaarde wordt opgesteld vanuit economische belangen.⁷⁷

2.6 Vergelijking tussen de coöperatie en de BV

Om het onderzoek compleet te maken, is het van belang om het BV-recht te vergelijken met dat van de coöperatie, omdat de wetgever op 1 oktober 2012 het BV-recht heeft herzien met de invoering van de ‘Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht’. Dit heeft de wetgever gedaan om in Nederland ondernemerschap te bevorderen. De invoering heeft ervoor moeten zorgen dat de BV als rechtspersoon aantrekkelijker wordt voor ondernemers door het BV-recht te vereenvoudigen en soepeler te maken. Een belangrijke verandering in het nieuwe BV-recht was de afschaffing van het minimumkapitaal van €18000.⁷⁸ Tevens wilde de wetgever het verschil tussen kapitaalvennootschappen en houdstercoöperaties verkleinen.⁷⁹ Om de onderzoeksvraag te beantwoorden en te kunnen onderzoeken of de coöperatie een effectieve rechtsvorm is om te gebruiken in de internationale investeringsstructuur is het van belang of de na de deze invoeringen de coöperatie (nog) een effectieve rechtsvorm is. In deze paragraaf

⁷⁵ HR 12 juni 2015, NJ 2015/437.

⁷⁶ G.J.H. van der Sangen, Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness, Ondernemingsrecht 2012/81, onderdeel 5, blz. 9.

⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2001, NJ 2002/99 (Kuijpers/The Greenery).

⁷⁸ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 6.

⁷⁹ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, p.5.

zal ik de civielrechtelijke overeenkomsten en verschillen tussen de coöperatie en BV behandelen.

Doel en Oprichting

Zowel de coöperatie als de BV hebben het doel om winst te maken, in het belang van hun leden/aandeelhouders. Het uiteindelijke doel van de coöperatie is dus het bestaan ‘voor en door haar leden’. Voor de BV zijn er geen beperkingen om zoveel mogelijk winst te maken die vervolgens onder de aandeelhouders wordt verdeeld. Natuurlijk moet het wel binnen de grenzen van de wet (Art. 2:20 BW) en het mag niet in strijd zijn met de openbare orde (Art. 3:40 BW).

Voor de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon is er zoals de wet voorschrijft in art. 2:4 BW een notariële oprichtingsakte vereist. Voor de oprichting van een BV worden specificaties gegeven in art. 2:175 lid 2 BW. Voor de coöperatie is dit in art. 2:53 lid 1 BW beschreven.

Kapitaalbescherming

De regels die voor een coöperatie gelden is dat een lid een bijdrage moet leveren om onderdeel te zijn van die rechtsvorm. Daarnaast is het ook een mogelijkheid om het geld bij elkaar te krijgen door middel van participatiebewijzen, die moeten worden uitgegeven aan niet-leden, wat inhoudt dat zij ook geen zeggenschap hebben. Een mogelijkheid waarbij niet-leden toch stemrecht hebben is aangegeven in art 2:38 lid 3 BW. Voor de BV, zoals ik al eerder heb aangehaald, is het stelsel van de kapitaalbeschermingsregels veel strenger dan bij de coöperatie, zowel bij als na de oprichting. De uitkeringen bij een BV zijn niet toegestaan als dat ervoor zorgt dat het eigen vermogen(EV) zakt onder het ingelegde kapitaal, wat er uiteindelijk ervoor kan zorgen dat de vennootschap in de problemen gaat komen. Als de BV deze uitkering toch doet en binnen een jaar failliet gaat, dan is de aandeelhouder bij wie de storting is gedaan, gehouden tot terugbetaling van het uitgekeerde bedrag, tenzij de aandeelhouder te goeder trouw was. Voor de coöperatie is dit allemaal niet van toepassing. Hier is alleen de onrechtmatige daad een gevaar, als de uitkering ervoor zorgt dat de verplichtingen jegens derden niet meer kunnen worden voldaan.⁸⁰

⁸⁰ N. Zaman & J.J.M. Grapperhaus, De coöperatie of de (flex-)bv als samenwerkingsvorm voor beroepsbeoefenaren, FTV 2011/50, onderdeel 2.4, blz. 3. HR 8 november 1991, 1992, 174(Nimox/van den End q.q.) en HR 6 februari 2004, 2004/67(Reinders/Didam).

Overeenkomsten tussen leden/aandeelhouders

Een lidmaatschapsverhouding en een contractuele verhouding zijn de twee relaties die tussen de leden en coöperaties bestaan (art. 2:53 BW); oftewel de dubbele band.⁸¹ Die twee relaties kunnen bij meerderheidsbesluit worden vastgesteld en gewijzigd, tenzij anders is bepaald zoals is aangegeven in art. 2:59 BW. De contractuele relatie tussen de BV en de aandeelhouders is mogelijk, maar dit is volgens de wet geen noodzakelijkheid.

Het verschil tussen de coöperatie en de BV is dat er bij de coöperatie geen statutaire verplichtingen kunnen worden opgelegd aan de leden, maar de leden kunnen wel afspreken dat zij dit vrijwillig overeenkomen.

Aansprakelijkheid

Bij zowel een BV als een coöperatie is de aandeelhouder respectievelijk het lid, altijd aansprakelijk voor zijn inleg. Bij opheffing van een coöperatie daarentegen, zoals aangegeven in art. 2:55 BW, zijn de leden die bij ontbinding lid waren of minder dan een jaar daarvoor eruit zijn gestapt, aansprakelijk tegenover de coöperatie als er sprake is van een tekort.⁸² Dit gegeven is van regelend recht, hetgeen ervoor zorgt dat de coöperatie de wettelijke aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk kan uitsluiten op basis van art. 2:56 BW. Daarnaast zijn ook de leden niet rechtstreeks aansprakelijk tegenover schuldeisers.⁸³

Toe- en uittreding

De statuten van een BV kunnen eisen stellen waaraan aandeelhouders moeten voldoen, zoals aangegeven in art. 2:187b BW. De gevolgen van niet-nakoming van die eisen kunnen ingrijpend zijn voor de aandeelhouder. In sommige gevallen moet de aandeelhouder zijn aandelen aanbieden en verplicht overdragen. Een aandeelhouder kan zich niet gemakkelijk terugtrekken, maar hij moet zorg dragen dat de aandelen bij iemand terecht komen die de aandelen wil overnemen, alvorens hij al zijn aandelen kan overdragen. De coöperatie is wat dat betreft veel vrijer, omdat een vrije toe- en uittreding mogelijk zijn, maar aan die vrijheid kunnen verplichtingen en voorwaarden worden verbonden (zie art. 2:60 BW). Deze punten heb ik al eerder aangehaald zie hierboven onder paragraaf 2.5, onderdeel ‘ledenbinding’.

⁸¹ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 102.

⁸² Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen Wettelijke regeling aansprakelijkheid, 2017/234.

⁸³ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Wettelijke aansprakelijkheidsregeling is van regelend recht, 2017/236.

2.7 Deelconclusie

Uit bovenstaande informatie volgt dat ik een antwoord kan geven met betrekking tot mijn deelvraag; namelijk: “Hoe wordt de coöperatie in het Burgerlijk Wetboek omschreven?”. De coöperatie is een rechtsvorm, die volgens de statuten de stoffelijke behoeften van haar leden moet voorzien. Bij de coöperatie is het van belang dat er overeenkomsten worden gesloten met haar leden met daarin opgenomen dat de coöperatie de economische belangen van haar leden behartigt door middel van het coöperatieve bedrijf. Uit de wettekst kan opgemaakt worden dat de coöperatie zelf het bedrijf kan uitoefenen of dat het bedrijf uitgeoefend kan worden door een of meerdere dochtermaatschappijen. Bij het doen uitoefenen is de coöperatieve onderneming als het ware uitgezakt. Terugkerend naar de onderzoeksvraag: ‘’Is de Nederlandse coöperatie een effectieve rechtsvorm die te gebruiken is in de internationale investeringsstructuur?’’. De geldende civielrechtelijke bepalingen voor de Nederlandse coöperatie, zoals beschreven in het Burgerlijk Wetboek, zijn flexibeler dan bepalingen die gelden voor kapitaalvennootschappen. Daarnaast is het uitgangspunt van de coöperatie samenwerking. In internationale investeringsstructuren komen veel coöperaties voor als houdstermaatschappij. In dit hoofdstuk is getoetst of de houdstercoöperatie voldoet aan de wettelijke omschrijving. Daaruit blijkt dat het civiele recht de houdstercoöperatie toestaat, aangezien de houdstercoöperatie in de stoffelijke behoeften van haar leden voorziet. Het civiele recht geeft de houdstercoöperatie in een internationale investeringsstructuur meer flexibiliteit dan kapitaalvennootschappen. Dit voordeel maakt de Nederlandse coöperatie in vergelijking tot de kapitaalvennootschap een effectieve rechtsvorm in internationale investeringsstructuren.

Hoofdstuk 3: Financiering van de Coöperatie

3.1 inleiding

In dit hoofdstuk zal er gekeken naar de financieringsmogelijkheden van de coöperatie. Voor de financiering van een coöperatie dient er rekening gehouden te worden met de wettelijke omschrijving van de coöperatie. In onderdeel 3.2 zal er ingegaan worden op de vormgeving van de financiering waaraan voldaan dient te worden kijkend naar de wettelijke omschrijving van de coöperatie. Er zijn verschillende manieren om een coöperatie te financieren, zo kan een financiering plaatsvinden door middel van eigen vermogen of vreemd vermogen. Dit kan zich weer onderscheiden in financiering door leden of door niet-leden. Dit zal behandeld worden in onderdeel 3.3. In onderdeel 3.4 zal het systeem van zelffinanciering aan bod komen. Hierin zullen de drie financieringsmodaliteiten worden behandeld. Vervolgens zal in onderdeel 3.5 de juridische knelpunten worden besproken voor de financieringsmodaliteiten. Tot slot sluit ik af met een deelconclusie.

3.2 Financiering in verhouding tot de wettelijke omschrijving van de coöperatie.

In hoofdstuk twee is er ingegaan op de wettelijke omschrijving van de coöperatie. Daaruit bleek dat de wettelijke omschrijving van de coöperatie ook materiële kenmerken bevat.⁸⁴ Voor de financiering van de coöperatie dient er rekening gehouden te worden met deze materiële kenmerken. Voor de financiering van de coöperatie heeft van der Sangen de volgende uitgangspunten geformuleerd:

- De coöperatie is blijkens haar statutaire doel opgericht om zakelijk verkeer te onderhouden voor de leden. Dit doel staat centraal.
- De coöperatie heeft voor de leden een inkomensvormende functie, waardoor de coöperatie van economisch voordeel voor de leden moet zijn. Dit wordt bewerkstelligd door met de leden een zakelijk verkeer te onderhouden.
- De coöperatie is een verlengstuk van de bedrijfshuishoudingen van de leden en heeft als uitgangspunt geen eigen winststreven. Ondanks het ontbreken van dat winstdoel van de coöperatie zelf, dient de winst wel gemaximaliseerd te worden om een vergoeding te kunnen verstrekken op het ingebracht kapitaal van de leden. Coöperaties waarbij het zakelijke verkeer met de leden op marktconforme prijzen is gebaseerd, zorgen ervoor dat er een winst ontstaat die vergelijkbaar is met die van kapitaalvennootschappen. De

⁸⁴ Materiele kenmerken: Stoffelijke behoeften van de leden, ledenovereenkomsten en het coöperatieve bedrijf.

opgeleverde winst mag daarentegen niet worden uitgekeerd aan ‘eigen vermogensverschaffers’ die geen zakelijk verkeer onderhouden met de coöperatie. Echter, is het wel toegestaan dat de leden boven op de marktconforme vergoeding in het kader van zakelijk verkeer, delen in de overwinst naar rato van het volume waarin zij extra hebben deelgenomen in het eigen vermogen van de coöperatie.

- Door het ontbreken van een eigen winststreven, dient de coöperatie in beginsel gefinancierd te worden door leden (dit noemt men ledenfinanciering). De wet biedt door middel van ledenaansprakelijkheid een soort uitgesteld garantievermogen voor de ledenfinanciering bij de ontbinding van de coöperatie.⁸⁵
- Ledendominantie is een zwaarwegende factor. Deze factor brengt met zich mee dat leden van de coöperatie overwegende zeggenschap behouden op de inrichting van hun coöperatie en het door haar met de leden onderhouden zakelijk verkeer en over de wijze van financiële afwikkeling daarvan. De ledendominantie kan door de wettelijke verankering problematisch zijn bij het verzamelen van eigen vermogensverschaffers die geen zakelijk verkeer onderhouden met de coöperatie zelf.
- De financiering van de coöperatie is in de regel afgestemd op de grootte van een bepaalde kwantiteit, het daarmee samenhangende zakelijke verkeer en de daarop afgestemde omvang van het door de coöperatie uit te oefenen bedrijf. Wat met dit uitgangspunt gepaard gaat, is dat de coöperatie streeft naar zoveel mogelijk binding van de leden aan een bepaalde coöperatie. Die ledenbinding kan worden bewerkstelligd door heldere statutaire verplichtingen op te stellen. Mocht dit niet duidelijk worden opgesteld, dan zou de consequentie van het niet goed opnemen van de regels in de statuten nietigheid met zich kunnen meebrengen, hetgeen ook blijkt uit constante rechtsspraak.⁸⁶

Deze uitgangspunten dienen te worden gezien als de kenmerken die horen bij het traditionele financieringsmodel dat gehanteerd wordt bij coöperaties. Bij dit model zullen externe eigen vermogensverschaffers normaal gesproken weinig interesse hebben om deel te nemen in de financiering van de coöperatie, omdat zij een vergoedingsprobleem en zeggenschapsprobleem zullen ondervinden, wanneer zij hun geld investeren in de coöperatie.⁸⁷

⁸⁵ Art. 2:55 en 2:56 BW.

⁸⁶ G.J.H. van der Sangen, De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief, TFO 2018/156.1, onderdeel 4, blz. 4.

⁸⁷ Id.

3.3 Financieringsvormen Eigen en Vreemd Vermogen

Een gevarieerd gebruik van verschillende vormen is voor de coöperatie in de praktijk geen vreemd verschijnsel. Leden kunnen voor de zelffinanciering en dus de bijdrage aan de eigenvermogensvorming op verschillende manieren stortingen doen. Die ledenrekeningen kunnen dan meer benamingen hebben.⁸⁸ De naam die aan de storting wordt gegeven is van geringe betekenis voor de civielrechtelijke, jaarrekening-technische en fiscale kwalificatie van het financieringsinstrument als eigen vermogen of als vreemd vermogen. Waar wel waarde aan gehecht dient te worden voor het bepalen van het karakter van de storting, is de regeling die in de statuten wordt aangegeven, want die is beslissend.⁸⁹ Op grond van de Richtlijn voor Jaarverslaggeving(RJ) 620.203 dient de coöperatie alle voorwaarden verbonden aan de participatie in aanmerking te nemen bij de classificatie als vreemd vermogen of eigen vermogen. Onder deze voorwaarden worden de toepasselijke wet- en regelgeving, de statuten en het huishoudelijk reglement van de coöperatie verstaan.⁹⁰

3.3.1 Eigen vermogen

Eigen vermogen kan gedefinieerd worden als het vermogen dat overblijft in de onderneming nadat het vreemd vermogen daarvan is afgetrokken. Wat dit met zich meebrengt is dat het eigen vermogen een risicodragend karakter heeft. Dus in het algemeen bij een liquidatie of een faillissement is het eigen vermogen achtergesteld bij de crediteuren van de rechtspersoon. Net als bij kapitaalvennootschappen geldt ook voor de coöperatie art. 2:23b, eerste lid BW. Dit artikel houdt in dat leden pas aanspraak kunnen maken op een batig liquidatiesaldo, nadat alle schuldeisers hun deel hebben ontvangen. Wat ook nog als kernmerk van eigen vermogen kan worden gezien zijn stortingen, die voor onbepaalde tijd ter beschikking dienen te staan van de onderneming.

Nadat de kwalificatie van eigen vermogen in civielrechtelijke zin vaststaat, kan de omvang van het eigen vermogen fluctueren. Dat komt doordat naast de gebruikelijke oorzaken die ervoor kunnen zorgen dat het eigen vermogen afneemt, gedacht kan worden aan het afboeken van verliezen, het eigen vermogen ook minder kan worden doordat er een lid is dat uittreedt. Dat

⁸⁸ Bijvoorbeeld: ledenbewijs, ledencertificaat en participatie.

⁸⁹ G.J.H. van der Sangen, De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief, TFO 2018/156.1, onderdeel 5, blz. 5.

⁹⁰ RJ 620.203.

uittredende lid kan recht hebben op een opeisbare uitkering ter hoogte van de totale omvang van de gedane storting op de ledenrekening, die dat lid heeft gedaan.

3.3.2 Vreemd vermogen

Naast het bestaan van eigen vermogen, kunnen er zich ook situaties voordoen waar het vreemd vermogen naar voren komt. Van vreemd vermogen kan sprake zijn als er een storting wordt gedaan door een lid waarbij de coöperatie geen mogelijkheid heeft tot weigering van het terugbetalen. Dit betekent dus dat aan die storting een terugbetalingsverplichting gekoppeld is, oftewel het kenmerk van vreemd vermogen. Ondanks de kwalificatie van vreemd vermogen, kan deze storting toch een bijdrage leveren aan kredietwaardigheid van de coöperatie. Deze situatie kan zich voordoen op het moment dat de statuten de mogelijkheid bieden om verliezen af te boeken door middel van een statutaire tussentijdse aansprakelijkheid voor tekorten of in het geval van een wettelijke of beperkte aansprakelijkheid die zich voordoet. Bepaalde vormen die als vreemd vermogen worden beschouwd, kunnen het karakter hebben van eigen vermogen doordat het een langere tijd ter beschikking staat aan de coöperatie en niet aflosbaar is voor die tijd.⁹¹ De kwalificatie van eigen en vreemd vermogen is vooral van belang in de fiscaliteit. De fiscaliteit brengt voordelen met zich mee indien gebruik gemaakt is van financiering door middel van vreemd vermogen. Voor zover er geen sprake is van een renteaftrekbeperking⁹², is het mogelijk om de rentekosten af te trekken van de fiscale winst. Voor een financiering met eigen vermogen is dit voordeel niet te behalen in de fiscaliteit. Civielrechtelijk is dit niet aan orde. Daar wordt geen onderscheid in gemaakt.

Wat ook nog in ogenschouw moet worden genomen, is de financiering van internationale investeringsstructuren. In internationale investeringsstructuren wordt er veel gebruik gemaakt van vreemd vermogen, zodat het uiteindelijke rendement op de investering wordt gemaximaliseerd. De hefboomwerking, ook wel leverage genoemd, is een aantrekkelijke optie. Dit komt door het feit dat investeringen die met eigen vermogen zijn gefinancierd, een lager rendement met zich meebrengen dan investeringen met vreemd vermogen. De hefboomwerking heeft als voordeel dat door het gebruik van vreemd vermogen het rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen toeneemt. Zoals hiervoor aangeven brengt het gebruik

⁹¹ Leningen zoals de schijnlenen, bodemloze putlenen en deelnemerschapsleningen die civielrechtelijke zin een lening zijn, worden in de fiscaliteit geherkwalificeerd als eigen vermogen omdat ze het karakter hebben van eigen vermogen.

⁹² Artikelen: 8b, 8c, 10a, 10b en 15b Wet VPB 1969.

van vreemd vermogen ook voordelen mee in de fiscaliteit. Dit maakt het gebruik van vreemd vermogen interessant voor de coöperatie. Het nadeel van het te veel gebruik van vreemd vermogen kan ervoor zorgen dat de continuïteit van de coöperatie in gevaar komt, omdat er veel kasstromen nodig zijn om de rentekosten van vreemd vermogen te betalen. Echter beperkt de fiscale wetgeving om veel vreemd vermogen aan te trekken door renteaftrekbeperkingen.⁹³

3.4 Het systeem zelffinanciering

Een coöperatie kan op verschillende manieren worden ingericht kijkend naar de financiering. Dit kan door eigen vermogenstitels toe te kennen aan leden of aan niet-leden. Die inrichting kan worden onderscheiden in drie modaliteiten. De traditionele financiering kan als de eerste modaliteit worden beschouwd. Daarbij wordt het zakelijke verkeer afgewikkeld met de leden op basis van het kostendekkingsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Hier worden leden van de coöperatie gevraagd om een aandeel te bekostigen voor zover zij daarvan gebruik hebben gemaakt. De rato van de omvang van het zakelijk verkeer dat een lid met de coöperatie ondervindt, wordt dan aan dat lid doorberekend. Hierbij is er dus geen echte winst, maar een exploitatieoverschot dat afhankelijk is van datgene wat is afgesproken in de statuten, wat vervolgens dan wordt doorbetaald aan de leden. Deze modaliteit zorgt ervoor dat de coöperatie volledig afhankelijk is van de zelffinanciering door de leden. Deze uitbetalingen aan individuele leden kan worden vergeleken met dividendreserves voor verschillende soorten aandelen bij BV's en NV's.⁹⁴ De leden kunnen ook eigen vermogen storten in ruil voor het nemen van vermogenspapieren^{95,96} Van deze modaliteit wordt steeds minder gebruik gemaakt, dit komt door art. 2:56 BW. Dit artikel geeft de coöperatie de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van de leden te beperken of zelfs uit te sluiten. Hierdoor is het traditionele systeem uit de gratie geraakt.⁹⁷

De tweede modaliteit is de coöperatie die gebruik maakt van marktconforme prijzen. Hierbij ontvangen de leden de vergoeding voor het onderhouden van het zakelijk verkeer waar zij op grond van het lidmaatschap recht hebben. De statuten kunnen bepalen dat er een andere

⁹³ Artikelen: 8b, 8c, 10a, 10b en 15b Wet VPB 1969.

⁹⁴ M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 3.5, blz.7.

⁹⁵ Hierbij kan er gedacht worden aan aandelen, certificaten of participatiebewijzen.

⁹⁶ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 6.1.

⁹⁷ G.J.H. van der Sangen, Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness, Ondernemingsrecht 2012/81, onderdeel 6, blz. 10.

verdeling komt, maar die moeten dan wel duidelijk zijn omschreven. Normaal gesproken moet dus het eigen vermogen van de coöperatie zoveel mogelijk in de eigen onderneming blijven. Door toevoeging van de winst aan de algemene reserves kunnen individuele leden via ledenparticipaties het eigen vermogen op naam krijgen. Die participaties kunnen verhandelbaar worden en daarnaast kunnen ze ook worden omgezet in geld. Dit zogeheten ‘vermogen in de dode hand’ kan in dit geval aan de dood ontsnappen, waardoor het principe van zoveel eigen vermogen behouden van de hand gedaan kan worden. Dit standpunt over het vermogen in de dode hand wordt door Nillesen en Van den Hurk onderschreven. Zij stellen dat de coöperatie in feite niet verschilt van de BV en de NV, omdat al die vormen als rechtspersoon, eigenaar zijn van het vermogen. Dit houdt dus ook in dat de individuele aandeelhouders, zowel bij de coöperaties als de bij de BV en de NV, geen recht hebben op een deel van het vermogen. Alleen bij liquidatie kan er aanspraak worden gemaakt op het eigen vermogen wanneer de liquidatieuitkering uitgekeerd dient te worden en alleen bij een positief saldo.⁹⁸

De derde modaliteit kan afgeleid worden uit de tweede modaliteit, want het heeft veel overeenkomsten. Het verschil zit in de verdergaande ontkoppeling tussen de afwikkeling en vergoeding voor het zakelijk verkeer en de deelname in het eigen vermogen van de coöperatie. Het verschil en daarmee de uitbreiding, ligt in het feit dat bij de derde modaliteit de coöperatie eigen vermogenstitels kan uitgeven aan leden en of niet-leden die dan daarvoor een vaste winstafhankelijke vergoeding krijgen uit de jaarwinst.⁹⁹

3.5 Knelpunten financieringsmodaliteiten.

Deze modaliteiten bieden veel vrijheid, maar zijn ook gebonden aan wettelijke beperkingen. Dit kan in de praktijk leiden tot knelpunten. Het eerste knelpunt waar een coöperatie vaak mee te maken krijgt, is de verenigingsstructuur. Doordat het toepassen van het verenigingsrecht op de coöperatie van toepassing is¹⁰⁰. Hier kan ook niet van worden afgeweken en dat kan voor problemen zorgen. Het lidmaatschap van een coöperatie kan worden opgezegd tegen het einde van het boekjaar volgend op het jaar waar het is opgezegd, met het in acht nemen van een opzegtermijn die vier weken bedraagt.¹⁰¹ Aan deze opzegging kunnen voorwaarden worden

⁹⁸ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 6.3.3.2.1.

⁹⁹ M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 3.4, blz.6.

¹⁰⁰ Art. 2:53a BW.

¹⁰¹ Art. 2:36, eerste lid BW.

gesteld, maar het blijft dus altijd mogelijk om het lidmaatschap op te zeggen. Naast het feit dat het lidmaatschap kan worden opgezegd, is het voor een individueel lid ook mogelijk om op grond van art. 2:36, derde lid BW met onmiddellijke ingang de beëindiging van het lidmaatschap te eisen. Dit scenario komt naar voren in het geval er verplichtingen worden opgelegd of als de rechten van het lid beperkt worden. Dit tast de onderlinge solidariteit tussen de leden van de coöperatie aan.¹⁰² De achterliggende gedachte van uittreedvoorwaarden is het waarborgen van de continuïteit. Stel, dat in de statuten een uittreedvoorwaarde, van maximaal tien leden per boekjaar mogen uittreden, is opgenomen. In een bepaald jaar is dit maximum bereikt en door een statutenwijziging zijn de verplichtingen van de leden verzwaaard. Het zou heel crux zijn dat de overige leden onmiddellijk kunnen uittreden en de continuïteit van de coöperatie in gevaar kan brengen.¹⁰³

Een ander knelpunt is dat de coöperatie in beginsel persoonlijk is, waarbij wel van afgeweken kan worden door middel van statuten, maar waar de dwingendrechtelijke bepalingen toch in acht moeten worden genomen. Het dwingendrechtelijke feit van het lidmaatschap, dat alleen open staat voor gebruikende leden en het zakelijke verkeer dat de coöperatie met haar leden moet onderhouden, zorgt ervoor dat een overdracht van het lidmaatschap, die gepaard gaat met verplichtingen om bij te dragen aan de eigen vermogensverschaffing, niet snel voor zal komen. Het lidmaatschap kan bij overdracht niet worden uitgeoefend, omdat het nieuwe lid in principe tussen het lidmaatschap en het zakelijk verkeer tevens een zakelijk verkeer met de coöperatie moet onderhouden. De wet voorziet niet in een regeling waarbij het zakelijk verkeer ontbreekt voor het lidmaatschap.¹⁰⁴ De wet zwijgt hierover. Uit de visie van Meijers kan afgeleid worden dat het wel mogelijk moet zijn om een lidmaatschap zonder ledenovereenkomsten aan te gaan. Ook het ontbreken van economische verkeer zou geen sta in de weg hoeven zijn.¹⁰⁵ Naar mijn mening is een lidmaatschap dat niet gepaard gaat met zakelijk verkeer in strijd met het gedachtegoed van de coöperatie, waardoor er niet voldaan is aan de wettelijke omschrijving. Dortmund is van mening dat het lidmaatschap van belang moet zijn voor het coöperatieve

¹⁰² M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 3.5, blz.7.

¹⁰³ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Uittreedvoorwaarden; inachtnemen bij onmiddellijke opzegging, 2017/246.

¹⁰⁴ M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 3.5, blz.8.

¹⁰⁵ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Eisen aan doel coöperatie: economisch verkeer met de leden., 2017/222, C.J. van Zeven, Parlementaire Geschiedenis BW Boek 2, 1 juni 1962, blz. 520 nr.2.

bedrijf. Ook van der Sangen is deze visie toegedaan. Van der Sangen kent daarnaast betekenis toe aan de mate van zeggenschap van leden. De zeggenschap binnen de coöperatie moet volgens hem blijven bij de leden die een zakelijk verkeer met de coöperatie onderhouden. Ook constateert van der Sangen dat daarmee de mogelijkheid tot uitbreiding van het aantal leden die kapitaalverschaffers zijn, beperkt lijkt.¹⁰⁶

Het grootste probleem dat zich voordoet, bij zowel de tweede als de derde modaliteit, is de onduidelijkheid over de mogelijkheid of enige zeggenschap toegekend kan worden aan eigen vermogensverschaffers die geen lid zijn van de coöperatie, waarmee zij hun rechten in de gaten kunnen houden. Het verenigingsrecht geeft alleen aan leden stemrecht, waardoor het belang van niet-leden niet gewaarborgd kan worden door de niet-leden.¹⁰⁷

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is er gezocht naar een antwoord op de volgende deelvraag: ‘‘Hoe komt de financiering van coöperaties tot stand?’’. Er is daarbij gekeken naar de financieringsmogelijkheden. De financieringsmogelijkheden van de coöperatie zijn van belang voor de beantwoording van de probleemstelling in dit onderzoek. Door dit gedeelte van de wet te onderzoeken, kan er een beeld worden gecreëerd over de mogelijkheden van de financiering in het civiele recht. De materiele kenmerken van de coöperatie zorgen ervoor dat de coöperatie een bepaalde structuur krijgt. Door deze structuur te hebben bepaald, is er duidelijk welke richting de coöperatie dient op te gaan. Deze deelvraag is van belang voor het uiteindelijke antwoord, omdat bij het bepalen van deze structuur duidelijk wordt of het loont dat er een coöperatie wordt gekozen in de internationale investeringsstructuur. Binnen die structuur is een coöperatie relatief vrij om haar eigen regels en statuten te bepalen die van invloed zijn op de financiering van de coöperatie, aangezien het verenigingsrecht van toepassing is. Door middel van eigen vermogen en vreemd vermogen kan een coöperatie aan de benodigde financiële middelen komen om de onderneming te drijven. Daarbij wordt natuurlijk ook getracht om de meest efficiënte manier van financiering te vinden, waardoor de hefboomwerking zijn werk kan doen. Aan de hand van de statuten is te bepalen welk modaliteit wordt gehanteerd. De tweede en derde modaliteit zullen meestal worden gekozen, omdat de eerste modaliteit een

¹⁰⁶ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Eisen aan doel coöperatie: economisch verkeer met de leden., 2017/222.

¹⁰⁷ M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 3.5, blz.8.

vorm is geworden die niet meer past in de huidige samenleving. Naast de vrije vorm van de coöperatie, waarin de modaliteit ook kan worden gekozen, zijn er natuurlijk ook dwingendrechtelijke bepalingen waaraan voldaan dient te worden. Het dwingendrechtelijke aspect zorgt ervoor dat bepaalde knelpunten tot uiting komen. Hierdoor is het bijvoorbeeld niet eenvoudig om vermogen aan te trekken van niet-leden. Niet-leden hebben geen zeggenschap in een coöperatie, omdat de wettelijke omschrijving geen directe mogelijkheid biedt om een lid te zijn wanneer het zakelijk verkeer ontbreekt. Uit het voorgaande blijkt dat de coöperatie voordelen heeft, maar die toch tegen de knelpunten moeten worden afgewogen om een juiste balans te vinden voor de vorm van de coöperatie. Op dit moment biedt de coöperatie vooral een niet al te rooskleurig beeld voor het beginnen van een coöperatie met als doelstelling het aantrekken van vreemd vermogen in een internationale investeringsstructuur is.

Hoofdstuk 4: Fiscale aspecten van coöperaties in de vennootschapsbelasting

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de fiscale aspecten met betrekking tot de vennootschapsbelasting. Voor de vennootschapsbelastingplicht van de coöperatie worden er twee visies in de literatuur verdedigd. De ene groep vindt dat de coöperatie niet zelfstandig in de VPB-heffing betrokken moet worden, omdat de coöperatie als een verlengstuk van de leden gezien moet worden. Hierdoor zou de belastingheffing bij de leden moeten plaats vinden. De andere visie is dat de coöperatie moet worden behandeld als een kapitaalvennootschap die een onderneming drijft. De leden van de coöperatie verschillen als zodanig niet van de aandeelhouders van de BV/NV, aangezien de BV/NV ook als een verlengstuk van haar aandeelhouders gezien kan worden.¹⁰⁸ Het zou oneerlijk zijn als de coöperatie niet betrokken wordt in de VPB-heffing, omdat de coöperatie zich ten opzichte van haar leden uit in een onafhankelijke en concurrerende deelname aan het economische verkeer.¹⁰⁹ Het feit dat de leden van de coöperatie winstuitkeringen ontvangen op basis van hun inleg, is geen reden om de winstuitkeringen van de coöperatie niet te belasten. In de huidige wetgeving blijkt dat de wetgever rekening heeft gehouden met deze twee standpunten. De coöperatie is op grond van art. 2 lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 volledig subjectief VPB-plichtig en zij wordt geacht met behulp van haar gehele vermogen een onderneming te drijven.¹¹⁰ Een coöperatie opgericht naar Nederlands recht wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd.¹¹¹ De winst van een coöperatie wordt gesplitst in een deel verlengstukwinst en een deel verzelfstandigde winst. Deze begrippen zullen in onderdeel 4.2 aan bod komen.

4.2 Fiscale winstbepaling van de coöperatie

Uit de Memorie van Toelichting(MvT) blijkt dat de coöperatie een tweeledig karakter heeft. In de vennootschapsbelasting wordt de coöperatie gezien als een zelfstandige entiteit en als een verlengstuk van de leden. De wetgever heeft daarom beoogd om een zo neutraal mogelijke houding in te nemen.¹¹² In de huidige wetgeving bestaat de winst van de coöperatie uit de verlengstukwinst en de verzelfstandigde winst. Aangezien de coöperatie zich ten opzichte van

¹⁰⁸ J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A.Stevens, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, Deventer, 2015, blz. 360.

¹⁰⁹ H. Vermeulen, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019, onderdeel Vpb.2.2.0.I.b., De controverse over de subjectieve belastingplicht van de coöperatie.

¹¹⁰ Art. 2 lid 5 Wet VPB 1969.

¹¹¹ Art. 2 lid 4 Wet VPB 1969.

¹¹² MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 9 laatste alinea en blz. 10 eerste en tweede alinea.

de leden heeft verzelfstandigd en concurreert als een zelfstandige onderneming met andere lichamen is de winst van de coöperatie, net als die van andere VPB-plichtige lichamen, onderworpen aan de vennootschapsbelasting.¹¹³ Vervolgens komen de specifieke regels voor de belastingheffing aan bod.

De wetgever heeft met art. 9 lid 1 onderdeel g en lid 2 Wet VPB 1969 beoogd om het tweeledige karakter van de coöperatie mee te nemen in de heffing.

In de MvT heeft de wetgever vier manieren aangegeven hoe een verzelfstandiging van de coöperatie zich openbaart¹¹⁴:

1. *‘Bij winstinhouding door de coöperatie — hetzij ter interne financiering van nieuwe investeringen, hetzij ter vorming van een algemene reserve — versterkt zij haar zelfstandige positie ten opzichte van haar leden.*
2. *Door toelating van niet-leden tot het afsluiten van dezelfde transacties als de leden.*
3. *Door het verrichten van activiteiten die technisch weinig of niets meer hebben uit te staan met de ondernemingen van de aangesloten leden (bijvoorbeeld een vergaande veredeling van leden-grondstoffen zoals bijvoorbeeld een melkfabriek, die uit bepaalde bijproducten van de melkverwerking limonades produceert).*
4. *Door de bundeling van diverse coöperaties in zogeheten ‘topcoöperaties’. Topcoöperaties, zijnde coöperaties waarvan de leden uitsluitend uit coöperaties bestaan, staan in de visie van de wetgever zo ver af van de ledenhuishoudingen ‘dat zij bezwaarlijk nog als een verlengstuk van die huishoudingen kunnen worden aangemerkt’. De door een topcoöperatie behaalde winst is dus in zijn geheel verzelfstandigde winst.’*¹¹⁵

Op grond van art. 9 lid 1 onderdeel g en lid 2 Wet VPB 1969 wordt de verlengstukwinst bepaald. Op deze manier heeft de wetgever met de regeling voor verlengstukwinst recht willen doen aan de verlengstukgedachte als aan de opvatting dat de coöperatie soms verzelfstandigde winst behaalt.¹¹⁶

¹¹³ Winstbepaling op grond van art. 8 Wet VPB.

¹¹⁴ MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 10.

¹¹⁵ H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2019, onderdeel Vpb.2.2.0.I.d1., Algemene opmerkingen over het belastingobject van coöperaties.

¹¹⁶ J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A. Stevens, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, Deventer, 2015, blz. 360.

De verlengstukwinst is een van de winst aftrekbare koste voor de bepaling van de VPB van de coöperatie. De verlengstukwinst bestaat uit de winstuitkeringen van de coöperatie aan haar leden. In art. 9 lid 1 onderdeel g Wet VPB 1969 worden er eisen gesteld waaraan voldaan dient te worden om de verlengstukwinst in aftrek te brengen van de totale winst. Die eisen luiden als volgt:

- De maximale verlengstukwinst moet worden uitgekeerd,
- De uitgekeerde verlengstukwinst moet komen uit de daartoe beschikbare, over het jaar genoten winst,
- De verlengstukwinst moet naar rato van de ledenprestaties worden uitgekeerd,
- Alleen uitkeringen aan leden die natuurlijke personen zijn, zijn aftrekbaar. De uitkeringen aan leden die rechtspersonen zijn, zijn niet aftrekbaar bij de coöperatie. De leden die rechtspersonen zijn, genieten hun voordeel door gebruik te maken van de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 Wet VPB 1969.¹¹⁷

De maximale aftrekbare verlengstukwinst wordt op grond van art. 9 lid 2 Wet VPB 1969 als volgt bepaald:

$$\frac{\text{Ledenkosten}}{\text{totale kosten}} \times \text{over het betreffende jaar genoten winst} + (\text{maximaal}) \text{ € } 2269.$$

Anderzijds kan men ook de minimale omvang van de verzelfstandigde winst bepalen met de volgende formule:

$$\frac{\text{niet} - \text{ledenkosten}}{\text{totale kosten}} \times \text{over het desbetreffende jaar genoten winst} \\ - (\text{maximaal}) \text{ € } 2269.$$

Onder ledenkosten worden de kosten van de coöperatie verstaan in een bepaald jaar, betrekking hebbend op de door (afzet- of productiecoöperaties) of jegens (inkoop- of dienstverlenende coöperaties) de leden verrichte prestaties. Deze prestaties kunnen bestaan uit goederen of diensten. Voorbeelden van dergelijke kosten zijn: kosten van het personeel van de coöperatie en inkoopkosten van de grondstoffen, indien er sprake is van inkoop verlenende coöperaties.¹¹⁸

¹¹⁷ J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A.Stevens, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, Deventer, 2015, blz. 363-365.

¹¹⁸ J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A.Stevens, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, Deventer, 2015, blz. 362.

In een internationale investeringsstructuur worden coöperaties gebruikt als houdster- of concerncoöperaties. Voor dit soort coöperaties is de verlengstukwinst meestal niet van toepassing, omdat deze leden van de coöperatie bestaan uit rechtspersonen. Hierdoor zullen geen transacties met leden/natuurlijke personen zijn, waardoor er geen gebruik gemaakt kan worden van de verlengstukwinst. De uitkeringen aan leden/rechtspersonen zijn dus niet aftrekbaar, gezien de eisen die vermeld zijn in art. 9 lid 1 onderdeel g Wet VPB 1969. De uitkeringen aan leden/rechtspersonen vallen onder de deelnemingsvrijstelling(art. 13 Wet VPB 1969).

4.3 Deelnemingsvrijstelling

Dividenduitkeringen aan rechtspersonen zijn niet aftrekbaar van de fiscale winst. Deze vallen onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969. Op grond van art. 13 lid 2 onderdeel c Wet VPB 1969 geldt de deelnemingsvrijstelling ook voor het lidmaatschap van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag. Het lidmaatschap is voor een deelneming een essentieel element.¹¹⁹ In art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 wordt er voor een kwalificerende deelneming de eis gesteld dat de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is.

In gevallen waarbij er wordt geparticipeerd in een NV of BV met meer dan 20 aandeelhouders kan dat leiden tot een dubbele heffing van vennootschapsbelasting, omdat de aandeelhouders een belang van minder dan 5% kunnen hebben in de NV of BV. Hierdoor zou er geen gebruik gemaakt kunnen worden van de deelnemingsvrijstelling. De coöperatie is een geschikte rechtsvorm in een dergelijk geval. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is er alleen een lidmaatschap vereist. Er wordt niet gekeken naar de omvang van het lidmaatschap. Het voordeel van de coöperatie is dus dat er met meer dan 20 aandeelhouders, in dit geval 20 leden, toch gebruik gemaakt kan worden van de deelnemingsvrijstelling. Het voordeel leidt ertoe dat de winst wordt gemaximaliseerd, waardoor vanuit fiscaal oogpunt de coöperatie voor de leden een gunstigere rechtsvorm is ten opzichte van de BV/NV.¹²⁰ In de nationale investeringsstructuren wordt de coöperatie vaak gebruikt door accountants- en

¹¹⁹ J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019, onderdeel Vpb.2.4.1.E.b., Deelneming in een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag.

¹²⁰ S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (Serie Van der Heijden Instituut nr. 139) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017 onderdeel 4.7, blz. 142.

advocatenkantoren met meer dan 20 partners en in het kader van (master) feederstructuren bij investeringen in kwalificerende beleggingsdeelnemingen.¹²¹

4.4 Fiscale eenheid

In de vennootschapsbelasting is het op grond van art. 15 en 15a Wet VPB 1969 mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen een coöperatie en haar dochtermaatschappijen. Art. 15 lid 4 onderdeel d Wet VPB 1969 geeft aan dat de coöperatie als een moedermaatschappij kan fungeren. Het is niet mogelijk om een coöperatie als dochtermaatschappij te hebben.¹²² Het voordeel van een fiscale eenheid is dat de belasting wordt geheven over de gehele fiscale eenheid bij de moedermaatschappij.¹²³ In dit geval zou de belasting dus geheven worden bij de coöperatie, omdat zij kwalificeert als de moedermaatschappij. De onderlinge transacties die plaatsvinden tussen de dochtermaatschappij en de moedermaatschappij zijn fiscaal niet te zien. De uitkeringen van de dochtermaatschappijen aan de moedermaatschappij worden dan ook niet in de winst opgenomen en dus niet belast.

Het gebruik van een coöperatie in een fiscale eenheid zal niet snel voorkomen in internationale investeringsstructuren. Aangezien art. 15 lid 4 onderdeel d Wet VPB 1969 vereist dat de lichamen die gevoegd mogen worden in de fiscale eenheid in Nederland gevestigd moeten zijn. Het fiscale eenheidsregime zal bij het gebruik van een houdstercoöperatie in een internationale investeringsstructuur bijna niet voorkomen omdat de dochtermaatschappijen niet gevestigd hoeven te zijn in Nederland. De meeste lichamen die deel uitmaken van een dergelijke structuur zijn buiten Nederland gevestigd waardoor zij niet gevoegd kunnen worden in de fiscale eenheid. Daarnaast werkt de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting niet door naar dividendbelasting.¹²⁴ Dat zijn twee redenen waarom ik niet dieper in ga op het fiscale eenheidsregime.

4.5 Belastingheffing bij de leden

De leden van een houdstercoöperatie zijn vaak gevestigd in het buitenland en worden belast op grond van art. 3 Wet VPB 1969. Deze buitenlandse belastingplichtigen zijn lichamen die niet in Nederland zijn gevestigd, maar die inkomen uit Nederlandse bron genieten. Het object van

¹²¹ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.2.

¹²² Art. 15 lid 4 onderdeel e, Wet VPB 1969.

¹²³ Art. 26 Wet VPB 1969.

¹²⁴ Internetconsultatie wetsvoorstel 'Inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', V-N 2017/27.14.

heffing voor buitenlandse belastingplichtigen is opgenomen in art. 17 tot en met 19 Wet VPB 1969. Art.17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 verwijst naar de aandelen of winstbewijzen in een in Nederland gevestigde vennootschap. Op grond van art. 17 lid 4 Wet VPB 1969 is de afdeling 4.2 van de Wet IB 2001 van toepassing op het derde lid. De toevoeging van dit lid leidt ertoe dat een lidmaatschapsrecht in een naar Nederlands recht opgerichte coöperatie kan leiden tot een buitenlandse belastingplicht uit hoofde van een aanmerkelijk belang in een Nederland gevestigde coöperatie.¹²⁵ Dus op grond van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 wordt een in het buitenland gevestigd lichaam dat een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 heeft in een Nederland gevestigde coöperatie in de heffing van de vennootschapsbelasting voor de dividenden en vervreemdingsvoordelen betrokken. Dit gebeurt indien het aanmerkelijk belang gehouden wordt in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om IB of DB te ontgaan (subjectieve toets) en de structuur niet is opgezet op grond van zakelijke redenen (objectieve toets).¹²⁶

4.5.1 Vangnetbepaling

De buitenlandse AB-heffing uit art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is in de afgelopen jaren vaak ingezet om structuren te bestrijden waarbij er sprake is van het ontgaan van dividendbelasting en inkomstenbelasting.¹²⁷ De buitenlandse AB-heffing wordt daarom ook wel gezien als een vangnetbepaling voor de Nederlandse dividendbelasting.¹²⁸

Enkele voorbeelden waarbij de buitenlandse AB-heffing kan worden ingezet zijn:

- In een structuur waarbij de dividendbelasting wordt ontgaan waarbij een EU-entiteit de aandelen in een Nederlandse vennootschap heeft waarvan de winstuitkeringen van de Nederlandse vennootschap niet in de dividendbelasting worden betrokken vanwege de inhoudingsvrijstelling in de DB en de EU-entiteit zelf niet aan de dividendbelasting is onderworpen, waardoor zij de dividenden weer onbelast kan uitdelen aan aandeelhouders buiten de EU.
- Een ander voorbeeld om de ab-heffing in te zetten is in situaties waarbij de dividendbelastingclaim wordt omgezet in een niet belastbare vervreemdingswinst om de dividendbelasting te ontgaan.¹²⁹

¹²⁵ Deze toevoeging is ingevoegd bij de Fiscale onderhoudswet 2004.

¹²⁶ Dit wordt ook wel de buitenlandse AB-regeling genoemd. Regelgeving tot 2018. Zie onderdeel 4.5.5.1 Voor de subjectieve toets. Zie onderdeel 4.5.5.2 voor de objectieve toets.

¹²⁷ Zie doelstelling van de regeling in onderdeel 4.5.3.

¹²⁸ R.C.C. de Wit & H.C. Reinoud, De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129, onderdeel 2.5. blz. 3.

¹²⁹ Id.

De Wit en Reinoud zijn van mening dat de buitenlandse AB-heffing van buitenlandse lichamen geen geschikte manier is om het ontgaan van dividendbelastingen tegen te gaan. Zij vinden namelijk dat de regeling te grof is, wat naar voren komt in twee punten. Aan de ene kant doet zich het geval voor dat de regeling te ruim is, omdat de gevallen worden getroffen waarin het ontgaan van dividendbelasting en misbruik van belastingverdragen geen rol speelt, terwijl aan de andere kant de regeling te beperkt is, omdat niet alle situaties worden getroffen waarin het ontgaan van dividendbelasting en het misbruik van belastingverdragen juist wel een rol speelt. Als voorbeeld voor de te ruime werking van de regeling kan worden gedacht aan de situatie waarbij een buitenlands lichaam een belang houdt van 20% in een Nederlandse vennootschap en zelf vijf aandeelhouders heeft. Dit zou betekenen dat elke achterliggende aandeelhouder indirect 4% heeft in de Nederlandse vennootschap.¹³⁰ Bij een rechtstreekse deelname in de Nederlandse vennootschap zouden de buitenlandse achterliggende aandeelhouders niet worden belast met de inkomstenbelasting en zou dus het ontgaan van de inkomstenbelasting nooit de achterliggende gedachte zijn geweest.¹³¹ De regeling wordt beperkt door de werking van de belastingverdragen. Op het moment dat een buitenlands lichaam inwoner is van een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten kan de ab-heffing veelal niet of slecht worden geëffectueerd, omdat het vervreemdingswinstartikel in de belastingverdragen veelal het heffingsrecht toewijst aan het woonland, oftewel het land van de buitenlandse aandeelhouder. Het is Nederland dan als bronland niet toegestaan om belasting te heffen over een door een buitenlands lichaam behaald vervreemdingsvoordeel.¹³² Daarnaast zijn zij van mening dat het ontgaan van dividendbelasting effectiever aangepakt kan worden in de Wet DB 1965 en het misbruik van belastingverdragen door het opnemen van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen.¹³³ Uiteindelijk heeft dit zich per 1 januari 2018 in de nieuwe wetgeving geuit. De toekomst zal moeten uitwijzen of dit het gewenste effect heeft gehad voor de fiscale wetgeving.

¹³⁰ $20\% \times 20\% = 4\%$

¹³¹ R.C.C. de Wit & H.C. Reinoud, De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129, onderdeel 2.5. blz. 3.

¹³² R.C.C. de Wit & H.C. Reinoud, De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129, onderdeel 2.5. blz. 2.

¹³³ R.C.C. de Wit & H.C. Reinoud, De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129, onderdeel 2.5. blz. 4.

4.5.2 Regeling per 1 januari 2018

Per 1 januari 2018 is de wettekst van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 aangepast, omdat er anders een overlap zou ontstaan met de voorgestelde antimisbruikbepaling in art. 4 Wet DB 1965 in situaties waarbij er sprake is van het ontgaan van dividendbelasting. De overlap wordt voorkomen doordat de buitenlandse AB-regeling alleen van toepassing zal zijn op vervreemdingsvoordelen¹³⁴ van het aanmerkelijk belang in situaties waarbij sprake is van het ontgaan van IB bij een ander. De buitenlandse AB-regeling blijft nog wel gelden voor de reguliere voordelen. Dit is van belang, omdat er anders een tariefsvoordeel behaald zou kunnen worden door de vervreemdingsvoordelen om te zetten in reguliere voordelen. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij een buitenlandse aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap een buitenlandse vennootschap tussen schuift, zodat er bij de vervreemding van de aandelen in de Nederlandse vennootschap geen inkomstenbelasting is verschuldigd. Bij de dividenduitkering door de Nederlandse vennootschap aan de tussengeschoven vennootschap zal er dan in het algemeen minder dividendbelasting verschuldigd zijn in vergelijking tot het rechtstreeks houden van de van de aandelen en dit is niet de bedoeling.¹³⁵¹³⁶ Een andere reden is dat in gevallen waarbij het belang van ten minste 5% in een coöperatie dat niet kwalificeert als een houdstercoöperatie ertoe kan leiden dat er niet meer geheven wordt over de reguliere voordelen.¹³⁷

4.5.3 Doelstelling art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969

De doelstelling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is om de algemene antimisbruikbepaling (General Anti Abuse Rule, oftewel GAAR) uit de moederdochterrichtlijn te implementeren in de Nederlandse vennootschapsbelasting. De regeling per 1 januari 2018 is tevens in lijn met de implementatie van de Principal Purpose Test (PPT) uit action 6 van het BEPS-project. Daarnaast maakt de PPT ook onderdeel uit van het Multilateraal Instrument; art. 7 lid 1 MLI. De PPT zorgt ervoor dat er geen verdragsvoordelen worden toegekend voor een bestanddeel van het inkomen indien het verkrijgen van dit verdragsvoordeel een van de voornaamste redenen was voor een constructie of transactie die tot dat voordeel heeft geleid.¹³⁸

¹³⁴ Vervreemdingsvoordelen in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001.

¹³⁵ Voor vervreemdingsvoordelen geldt de VPB van 20/25% door toepassing van de buitenlandse AB-regeling, terwijl voor reguliere voordelen de 15% DB van toepassing.

¹³⁶ G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 2.1, blz. 1.

¹³⁷ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 15.

¹³⁸ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 5 en 6.

Art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 heeft een wereldwijde reikwijdte, dus indien een buitenlands lichaam of een aanmerkelijkbelanghouder deel uit maakt van een belasting ontgaansstructuur om de heffing van inkomstenbelasting te ontlopen binnen of buiten de EU, wordt die alsnog in de heffing betrokken.¹³⁹

4.5.4 Aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001

Het lidmaatschapsrecht of een daarmee op één lijn te stellen bewijs van deelgerechtigdheid tot het vermogen van een coöperatie wordt op grond van art. 4.5a Wet IB 2001 gelijkgesteld met een winstbewijs waarbij de coöperatie of een vereniging op coöperatieve grondslag wordt gelijkgesteld met een vennootschap. Het doel van dit artikel is om het oneigenlijk gebruik van de rechtsvorm coöperatie te bestrijden. Het bleek namelijk dat leden/niet-ondernemers de coöperatie gebruikten om het aanmerkelijk belang regime te omzeilen. Door het lidmaatschapsrecht gelijk te stellen met een winstbewijs is dat voorkomen. Ook participatiebewijzen die uitgegeven zijn door de coöperatie vallen onder de gelijkstelling. Zonder deze bepaling zou de aanmerkelijk belang belastingheffing ontgaan worden door met lidmaatschapsrechten of daarmee op één lijn te stellen bewijzen van gerechtigdheid tot het vermogen of de winst van de coöperatie uit te geven.¹⁴⁰ Dit werkt door naar art. 4.6 onderdeel c en d Wet IB 2001 waarbij er sprake is van een aanmerkelijk belang indien het lidmaatschapsrecht recht geeft op ten minste 5% van de jaarwinst dan wel op ten minste 5% van de liquidatie-uitkeringen.¹⁴¹ Onderdeel d van dit artikel bepaalt dat er een aanmerkelijk belang is indien het lid van een coöperatie gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering. Door het opnemen van deze bepalingen wordt de coöperatie gelijk behandeld als de BV en de NV. De wetgever heeft door het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen de coöperatie en de kapitaalvennootschappen op een eenvoudige manier het oneigenlijk gebruik van de coöperatie voorkomen.¹⁴²

4.5.5 Toetsing art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969

De antimisbruikregeling bestaat uit twee elementen, namelijk de subjectieve toets en de objectieve toets. Voor 1 januari 2016 werd er voor de buitenlandse AB-regeling een onderscheid gemaakt tussen een aanmerkelijk belang dat tot het ondernemingsvermogen

¹³⁹ F.P.G. Pötgens, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019, onderdeel Vpb.3.0.7.A.b, De doelstelling van art. 17 lid 3 onderdeel b.

¹⁴⁰ MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 40-41.

¹⁴¹ Art. 4.6 onderdeel c Wet IB 2001.

¹⁴² MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 40-41.

behoort en een aanmerkelijk belang dat niet tot het ondernemingsvermogen behoort, oftewel een aanmerkelijk belang dat als belegging wordt gehouden. Alleen het aanmerkelijk belang dat niet tot het ondernemingsvermogen van het buitenlandse lichaam hoort, werd belast op grond van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969. De implementatie van wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn 2015 heeft ertoe geleid dat de terminologie van de buitenlandse AB-regeling meer overeenkomt met de bepalingen in de Moeder-dochterrichtlijn. Dit heeft ertoe geleid dat er geen onderscheid meer wordt gemaakt of het aanmerkelijk belang wel of niet tot het ondernemingsvermogen behoort.¹⁴³ Het vereiste voor buitenlandse belastingplicht van een aanmerkelijk belang dat niet tot het ondernemingsvermogen behoort is vervangen door het begrip kunstmatige constructie.¹⁴⁴ De toets is als het ware opgegaan in de subjectieve en objectieve toets.¹⁴⁵ Er moet dus getoetst worden of het belang wordt gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing is en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.¹⁴⁶ Uit MvT blijkt dat er sprake is van geldige zakelijke redenen indien deze worden gereflecteerd in de substance van de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt.¹⁴⁷ In de MvT worden er enkele situaties genoemd waarbij er sprake is van geldige zakelijke redenen, namelijk;

- *‘Indien de vennootschap die het belang houdt een materiële onderneming drijft en het aanmerkelijk belang ook functioneel tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend.*
- *Ook 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 kan worden geacht het aanmerkelijk belang om geldige zakelijke redenen te houden.*
- *Indien de vennootschap die het belang rechtstreeks houdt zelf geen materiële onderneming drijft, kan niettemin sprake zijn van geldige zakelijke redenen indien deze*

¹⁴³ Wetsvoorstel Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, blz. 8.

¹⁴⁴ O.C.R. Marres & I.M. de Groot, Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn, WFR 2015/1185, blz. 3.

¹⁴⁵ F.P.G. Pötgens, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019, onderdeel Vpb.3.0.7.A.a Algemeen. En G.K. Fibbe & M.J.C. Vedder LL.M, Enkele beschouwingen omtrent de buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijkbelanghouders, WFR 2018/83, blz. 8.

¹⁴⁶ Art. 17 lid 3 onderdeel b, Wet VPB 1969.

¹⁴⁷ Wetsvoorstel Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2014/15, 21 501-07, nr. 1213, blz. 5.

*vennootschap als tussenhouder een zogenoemde schakelfunctie¹⁴⁸ vervult en er is bij deze voldoende substance aanwezig.*¹⁴⁹

4.5.5.1 Subjectieve toets

In de wettekst van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 refereert ‘‘Het hoofddoel of een van de hoofddoelen is het ontgaan van IB bij een ander’’ naar de subjectieve toets. De subjectieve toets wordt nagegaan door middel van de ‘‘wegdenkgedachte’’. De wegdenkgedachte houdt in dat de buitenlandse aandeelhouder van de inhoudingsplichtige Nederlandse vennootschap of houdstercoöperatie wordt weggedacht en vervolgens nagegaan moet worden of na het wegdenken de achterliggende aandeelhouders met betrekking tot de Nederlandse entiteit geconfronteerd zouden worden met een hogere Nederlandse inkomstenbelasting.¹⁵⁰ In de situatie waarbij zonder tussenkomst van een buitenlandse entiteit geen hogere Nederlandse IB-claim zich voordoet, dan zal er ook geen sprake zijn van het ontgaan van Nederlandse inkomstenbelasting.¹⁵¹

Uit de literatuur blijkt dat er enkele haken en ogen aan de subjectieve toets zitten. Zo vraagt Marres zich af hoe bepaald moet worden welke schakels weggedacht moeten worden. Hij is van mening dat de juiste benadering is om een vergelijking te maken met de situatie waarin alleen de belastingplichtige wordt weggedacht. Deze benadering leidt er uiteindelijk toe dat indien de aandeelhouder van de belastingplichtige in een verdragsstaat is gevestigd en niet voldoet aan de objectieve toets¹⁵², er dan moet worden gekeken naar de volgende schakel voor het aanleggen van de subjectieve toets.¹⁵³ Cornelisse is van mening dat aan de toepassing van de wegdenkgedachte verbonden gevolgtrekking gebaseerd is op een fundamentele denkfout, waardoor de huidige regelgeving kan leiden tot ongerijmde gevolgen en tot overmaat van ramp ook nog eens tot overkill.¹⁵⁴ Daarbij geeft Cornelisse het voorbeeld waarbij een directeur grootaandeelhouder(DGA) samen met zijn holding naar België emigreert. Bij de uitkering van een dividend door de holding aan de DGA zal de toepassing van de wegdenkgedachte ertoe

¹⁴⁸ Van een schakelfunctie is sprake indien de tussenhouder een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de activiteiten van haar kleindochtermaatschappij(en).

¹⁴⁹ Wetsvoorstel Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, blz. 9.

¹⁵⁰ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 6.

¹⁵¹ Nota naar aanleiding van het verslag(NV), Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6, blz. 27 en 28

¹⁵² Zie onderdeel 4.5.5.2.

¹⁵³ O.C.R. Marres, Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, MMB 2017/10-01, onderdeel 5.2, blz. 7.

¹⁵⁴ R.P.C. Cornelisse, Enige bespiegelingen over art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969, NTFR 2018/359.

leiden dat er Nederlandse belastingheffing wordt ontweken. Echter, is daar geen sprake van omdat er een conserverende aanslag wordt opgelegd aan de DGA. Hij ziet niet in hoe de geformuleerde wegdenkgedachte een juiste oplossing kan bieden.¹⁵⁵

Daarentegen ziet de Vakstudie de wegdenkgedachte meer als een safe harbour-regel. De Vakstudie geeft als reactie op het voorbeeld van Cornelisse dat er vanuit mag worden gegaan dat er op basis van de wegdenkgedachte geen Nederlandse belastingheffing zou zijn verschuldigd, er ook geen sprake is van misbruik. Indien er op basis van de wegdenkgedachte Nederlandse belastingheffing zou zijn verschuldigd dan is er altijd sprake van misbruik. Indien er geen ondernemingsactiviteiten plaats vinden boven de Nederlandse vennootschap hoeft dit niet te betekenen dat er direct sprake is van misbruik. Dit geldt in de situatie waarbij de uiteindelijke gerechtigde bij een direct aanmerkelijke belang in Nederland meer belasting zou betalen.¹⁵⁶

Naar mijn mening berust de wegdenkgedachte op een fundamentele denkfout. Ik denk dat een bepaalde structuur waarbij niet beoogd is om belastingheffing te ontgaan er toch toe kan leiden dat de wegdenkgedachte het ontgaan van belasting kan inhouden. Dus de wegdenkgedachte kan zoals Cornelisse heeft beschreven leiden tot ongerijmde gevolgen.

4.5.5.2 Objectieve toets

Indien er voldaan is aan de subjectieve toets, moet er vervolgens getoetst worden aan de objectieve toets. Er dient beoordeeld te worden of sprake is van een kunstmatige constructie of transactie of een reeks van constructies of samenstel van transacties. Bij onvoldoende substance in de schakelende vennootschap is er sprake van een kunstmatige constructie waardoor heffing van VPB plaats kan vinden. Een structuur dient te zijn gevormd op basis van geldige zakelijke redenen.¹⁵⁷ Er is sprake van geldige zakelijke redenen indien het lichaam dat het aanmerkelijk belang houdt een materiele onderneming drijft waarbij het aanmerkelijk belang functioneel tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend.¹⁵⁸ Uit parlementaire toelichting blijkt dat

¹⁵⁵ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 17 Wet VPB 1969, 2019, Aant. 26.4.4 Hoofddoel of één van de hoofddoelen is ontgaan van inkomstenbelasting; wegdenkgedachte.

¹⁵⁶ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 17 Wet VPB 1969, 2019, Aant. 26.4.4 Hoofddoel of één van de hoofddoelen is ontgaan van inkomstenbelasting; wegdenkgedachte.

¹⁵⁷ Zoals in onderdeel 4.5.5.

¹⁵⁸ F.P.G. Pötgens, Cursus Belastingrecht Vpb, Kunstmatige constructie of transactie, 2019, onderdeel Vpb.3.0.7.A.f.

een schakelende tussenhoudster moet beschikken over relevante substance.¹⁵⁹ De criteria voor de relevante substance komen overeen met het besluit van 12 juni 2014 nr. DGB2014/3099 (Stcrt. 2014, 15956).¹⁶⁰ Op grond van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969 kunnen er via ministeriele regeling nadere regels worden opgesteld om te bepalen wanneer er sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Dit artikel verwijst naar art. 2d Uitvoeringsbeschikking VPB 1971 waarin voor een schakelende tussenhoudster de criteria voor relevante substance staan beschreven. Per 1 april 2018 zijn de criteria voor relevante substance aangevuld met twee nieuwe voorwaarden, namelijk; het loonkostencriterium en de kantooreis.¹⁶¹ Het loonkostencriterium houdt in dat de belastingplichtige ten minste €100.000 aan loonkosten moet hebben, dit bedrag dient vermenigvuldigd te worden met de woonlandfactor.¹⁶² Voor de kantooreis dient de belastingplichtige een kantoorruimte in een onroerende zaak of een deel van de onroerende zaak tot haar beschikking te hebben voor een periode van ten minste 24 maanden. Dit kantoor moet voorzien zijn van de gebruikelijke faciliteiten die benodigd zijn voor de uitoefening van de werkzaamheden.¹⁶³ Aan deze voorwaarden dient er cumulatief voldaan te worden. Het opnemen van de substance in de wetgeving biedt op dit punt meer rechtszekerheid dan de opsomming in de parlementaire stukken.¹⁶⁴ De verzwaring van de substance eisen kunnen naar mijn mening leiden tot herstructureringen van investeringsstructuren waarbij er gebruik gemaakt wordt van een houdstercoöperatie die relatief substance-arm is.¹⁶⁵ Een dergelijke herstructurering zou ertoe kunnen leiden dat Nederland als fiscaal vestigingsland verslechtert.

4.6 De coöperatie in investeringsstructuren

In de praktijk heeft de coöperatie in internationale investeringsstructuren twee verschijningsvormen, namelijk;

1. de coöperatie die opereert als een houdstercoöperatie met weinig substance
2. of de coöperatie die naast het houden van deelnemingen ook andere functies zoals hoofdkantoorfuncties of andere bedrijfsmatige activiteiten uitoefent.¹⁶⁶

¹⁵⁹ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 11.

¹⁶⁰ P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 2.2, blz. 2.

¹⁶¹ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 7.

¹⁶² Bijlage Uitvoeringsbeschikking VPB 1971.

¹⁶³ Art. 2d, onderdeel h, UB VPB 1971.

¹⁶⁴ O.C.R. Marres, Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, MMB 2017/10-01, onderdeel 5.3, blz. 8.

¹⁶⁵ Voorbeeld voor een bezwaarde eis is het aantrekken van personeel om loonkosten te creëren.

¹⁶⁶ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, p.3.

Door het gebruik van de Nederlandse coöperatie krijgen investeerders de toegang tot de deelnemingsvrijstelling en tot het Nederlandse verdragennetwerk. Om niet in aanraking te komen met het technische AB van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 dienen buitenlandse investeerders een onderneming te drijven of hun investering in de Nederlandse onderneming niet te houden met het doel om de inkomstenbelasting te ontgaan. In investeringsmaatschappijen is het gebruikelijk dat de samenstelling van de groep achterliggende investeerders continu verandert. Dit kan betekenen dat voor elke achterliggende investeerder getoetst moet worden of er sprake is van het ontgaan van inkomstenbelasting bij een ander. Volgens Schutz zorgt dit voor onzekerheid over de ab-positie.¹⁶⁷ Indien de investeringsmaatschappij zelf een reële functie uitoefent, zorgt dit voor zekerheid dat het AB-regime niet van toepassing zal vinden.

4.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de fiscale aspecten van de coöperatie in de vennootschapsbelasting behandeld en daarmee de volgende deelvraag beantwoord, namelijk; ‘Wat zijn de fiscaalrechtelijke kenmerken van een coöperatie in de vennootschapsbelasting’. Zo zijn in dit hoofdstuk de verlengstukwinst, fiscale eenheid, deelnemingsvrijstelling en de buitenlandse aanmerkelijk belangregeling behandeld. Ik ben tot de conclusie gekomen dat de verlengstukwinst en de fiscale eenheid voor de coöperatie als houdstermaatschappij in internationale investeringsstructuren bijna niet van toepassing zijn. De aftrekbare verlengstukwinst is alleen toegestaan voor natuurlijke personen, waardoor het gebruik van deze regeling niet toepasbaar is indien de coöperatie gebruikt wordt als een houdstermaatschappij. Daarentegen speelt de deelnemingsvrijstelling een belangrijke rol voor zowel de coöperatie in nationale als internationale structuren. Het voordeel van de coöperatie in nationale structuren is dat als er met meer dan 20 aandeelhouders, in dit geval 20 leden, toch gebruik gemaakt kan worden van de deelnemingsvrijstelling. In internationale structuren zal de coöperatie winstuitkeringen doen aan de leden/rechtspersonen in het buitenland en deze zullen tevens onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Wat betreft de AB-heffing zitten hier veel haken en ogen aan zoals blijkt uit de literatuur. Gezien de afgelopen jaren zijn er veel wijzigingen met betrekking tot art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 geweest. Dit betekent dat de buitenlandse AB-heffing een complex artikel is en een struikelblok kan vormen voor houdstercoöperaties in

¹⁶⁷ G.P. Schutz, Het aanmerkelijkbelangregime in de vennootschapsbelasting en het Nederlandse vestigingsklimaat voor hoofdkantoren, WFR 2013/80, onderdeel 3.1, blz. 3.

internationale investeringsstructuren. De AB-heffing bestaat uit twee toetsen, namelijk; de subjectieve toets en de objectieve toets. Uit literatuur blijkt dat de wegdenkgedachte bij de subjectieve toets in situaties waarbij geen ontgaan van Nederlandse inkomstenbelasting is beoogd toch kan leiden tot de toepassing van de AB-heffing. Indien er voldaan is aan de subjectieve toets moet de objectieve toets uitgevoerd worden. De objectieve toets toetst of de structuur kunstmatig en op niet zakelijke gronden is opgezet. Als de schakelende vennootschap over onvoldoende substance bezit dan is er sprake van een kunstmatige constructie. Er is sprake van geldige zakelijke redenen indien het lichaam dat het aanmerkelijk belang houdt een materiele onderneming drijft waarbij het aanmerkelijk belang functioneel tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Deze twee punten uiteten zich in de criteria van relevante substance beschreven in de Uitvoeringsbeschikking Vennootschapsbelasting. De AB-heffing kan dus voor schakelende vennootschappen leiden tot een extra heffing in de vennootschapsbelasting. Om de AB-heffing te voorkomen is het gebruik van een coöperatie met voldoende substance, oftewel een reële coöperatie, de meest veilige route.

Uit dit stuk is gebleken dat de vennootschapsbelasting door middel van de deelnemingsvrijstelling fiscale voordelen biedt aan de leden van de coöperatie in internationale investeringsstructuren. Echter kan de complexiteit van de AB-heffing ertoe leiden dat buitenlandse investeerders afzien van het investeren in Nederland, omdat buitenlandse investeerders liefst geen ongewenste extra belastingheffing willen betalen. Dit zou uiteindelijk kunnen betekenen dat buitenlandse investeerders wegblijven en ertoe kunnen leiden dat het Nederlands vestigingsklimaat verslechtert.

Hoofdstuk 5: Fiscale aspecten van coöperaties in de dividendbelasting

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de fiscale aspecten van coöperaties met betrekking tot de dividendbelasting. Afgelopen decennia heeft de dividendbelasting veel wijzingen ondervonden met betrekking tot de belastingplicht van leden van de coöperatie en de inhoudingsplicht van de coöperatie. De coöperatie als rechtsvorm kan gezien worden als een samenwerkingsverband van ondernemers die hun krachten bundelen. De coöperatie vormt als het ware een verlengstuk van de leden en door middel van de samenwerking is het mogelijk om een onderneming uit te oefenen voor haar leden. In het geval van een BV of NV staat de kapitaaldeelname voorop. De BV/NV oefent het bedrijf uit voor de aandeelhouders, oftewel de kapitaalverschaffers. Vanwege dit onderscheid is de coöperatie altijd fiscaal anders behandeld dan de BV en NV. Dit onderscheid heeft ertoe geleid dat de winstuitkeringen aan de leden van een coöperatie in principe niet belast worden, wat inhoudt dat de coöperatie niet inhoudingsplichtig is.¹⁶⁸ Het ontbreken van de inhoudingsplicht zorgde ervoor dat de coöperatie vaker gebruikt werd vanuit fiscale overwegingen, terwijl het oorspronkelijke doel van het gebruik van de coöperatie vervaagde. In internationale structuren kon de coöperatie een vehikel zijn om de dividendbelasting te ontwijken. Tot 2012 had de coöperatie niet te maken met de dividendbelasting, omdat de coöperatie niet als inhoudingsplichtige werd aangemerkt in de Wet DB 1965. Met de invoering van art. 1 lid 7 DB 1965(oud) per 1 januari 2012 is in de inhoudingsplicht verandering gekomen. De Nederlandse coöperatie is sinds 2012 onder voorwaarden inhoudingsplichtig geworden voor de dividendbelasting. Dit is gedaan om het oneigenlijke gebruik van de coöperatie te voorkomen.¹⁶⁹

In 2018 is de regeling van inhoudingsplicht van coöperaties in de dividendbelasting verder uitgebreid en kent Nederland een voorwaardelijke inhoudingsvrijstelling¹⁷⁰. In dit hoofdstuk zal eerst ingegaan worden op de geschiedenis van de coöperatie in de dividendbelasting. Vervolgens zal de nieuwe regeling aan bod komen. Voordat het voornemen om de nieuwe regeling via het belastingplan 2018 bekend werd gemaakt, kwam er in het nieuwe regeerakkoord ter sprake dat de dividendbelasting afgeschaft zou worden.¹⁷¹ Echter geeft de

¹⁶⁸ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 2.

¹⁶⁹ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.2 Het tijdvak tot 2012.

¹⁷⁰ Zie onderdeel 5.4 voor verdere uitleg inhoudingsvrijstelling.

¹⁷¹ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.4.1 Inleiding.

Staatssecretaris van Financiën op 15 oktober 2018 in een brief aan de Tweede Kamer waarin hij aangeeft dat de dividendbelasting definitief niet wordt afgeschaft.¹⁷²

5.2 Geschiedenis van de coöperatie in de dividendbelasting

5.2.1 Tijdvak tot 2012

Tot 1 januari 2012 was de coöperatie op grond van zijn rechtsvorm niet subjectief belastingplichtig op grond van de tekst van art. 1 lid 1 DB 1965. De coöperatie kon immers niet worden aangemerkt als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, omdat de coöperatie in het BW beschouwd wordt als een subvorm van de vereniging.¹⁷³ De keuze om de coöperatie niet als inhoudingsplichtige aan te merken, rust op het feit dat er wordt gekeken naar een traditionele coöperatie. Doorgaans heeft een traditionele coöperatie een grote groep leden. De uitvoering van de dividendbelasting is een last die de traditionele coöperatieve gedachte kan belemmeren. Door de uitvoering van de dividendbelasting zou dit ertoe leiden dat leden van de coöperatie onder druk staan, omdat er bij een dividenduitkering additionele uitvoering komt kijken. Bij de af te dragen dividendbelasting zou er dan telkens bepaald moeten worden aan wie dat dividend is uitgekeerd. Dit is niet in overeenstemming geacht met de gedachte van de traditionele coöperatie, die in principe bedoeld is voor een samenwerking van ondernemers en ondernemingen om schaalvoordelen te behalen.¹⁷⁴

Het ontbreken van de subjectieve belastingplicht van de coöperatie in de dividendbelasting maakte het gebruik van de Nederlandse coöperatie als tussenhoudster in internationale investeringsstructuren aantrekkelijk. Vanwege haar subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting heeft de coöperatie op grond van art. 13 lid 2 onderdeel c Wet VPB 1969 recht op toepassing van de deelnemingsvrijstelling en kan zij gebruik maken van het Nederlandse verdragennetwerk.¹⁷⁵ Dit vergrootte de aantrekkelijkheid van het gebruik van de coöperatie in internationale investeringsstructuren. Met het gebruik van de Nederlandse coöperatie als tussenhoudstermaatschappij konden tot 2012 winstuitdelingen worden gedaan aan leden, die bijvoorbeeld gevestigd zijn in landen die als Tax Haven te boek staan, waarbij

¹⁷² Staatssecretaris van Financiën, Pakket maatregelen vestigingsklimaat door schappen afschaffing dividendbelasting, VN 2018/56.3.

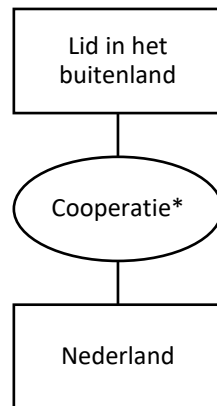
¹⁷³ Zie voor nader uitleg hoofdstuk 2: Juridische aspecten van coöperaties in het Burgerlijk Wetboek.

¹⁷⁴ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.2 Het tijdvak tot 2012.

¹⁷⁵ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.2, blz. 3.

de heffing van de Nederlandse dividendbelasting achterwege bleef. Tot 1 januari 2012 werd er veel gebruik gemaakt van de volgende structuur om gebruik te maken van de voordelen zoals hierboven beschreven :

Figuur 1¹⁷⁶:



5.2.2 Tijdvak 2012 tot 2018

Met ingang van 1 januari 2012 heeft de wetgever in het kader van het Belastingplan 2012 besloten om voor specifieke omschreven situaties de coöperatie subjectief inhoudingsplichtig te maken voor de dividendbelasting.¹⁷⁷ De reden hierachter is het feit dat de wetgever vreesde voor de kritiek van andere landen, omdat er door het gebruik van een coöperatie als tussenhoudster gezorgd werd dat buitenlandse dividendbelasting kon worden ontweken. De wijziging van de dividendbelasting gaat om de antimisbruikregel die zich richt op gevallen waarin een coöperatie zonder reële betekenis in een structuur wordt tussen geschoven om belasting bij een ander te ontgaan. De invoering van art. 1 lid 7 Wet DB 1965 heeft ertoe geleid dat de coöperatie als inhoudingsplichtige aangemerkt kan worden in misbruiksituaties. Indien er sprake is van een misbruiksituatie wordt het lidmaatschapsrecht van de coöperatie gelijkgesteld met een aandeel en wordt de coöperatie gelijkgesteld met een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.¹⁷⁸ Op deze manier wordt de coöperatie aangemerkt als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting. Voor het ontstaan van de inhoudingsplicht in de dividendbelasting dient de coöperatie een Nederlandse deelneming te hebben. Er is sprake van een Nederlandse deelneming als de coöperatie direct

¹⁷⁶ * = Een coöperatie dient in elk geval bij oprichting in beginsel twee leden te hebben. Gemakshalve is er maar een lid getekend.

¹⁷⁷ Wet van 22 december 2011 houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2012), Stb, 2011, 639.

R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.1.1.4.B.a. Inleiding.

¹⁷⁸ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.2, blz. 3.

of indirect aandelen, winstbewijzen of deelnemerschapsleningen zoals bedoeld in art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 houdt in een in Nederland gevestigde vennootschap. Er werd specifiek gerefereerd aan het houden van een Nederlandse deelneming. Indien de coöperatie geen Nederlandse deelneming had, was de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting niet aan de orde.¹⁷⁹

Voor de inhoudingsplicht van de coöperatie wordt er in de dividendbelasting onderscheid gemaakt tussen situaties waarin het lidmaatschapsrecht van de coöperatie behoort tot het ondernemingsvermogen of tot het beleggingsvermogen van het lid. Indien het lidmaatschapsrecht van het lid behoort tot het ondernemingsvermogen, is er sprake van een ondernemingsstructuur. In het geval van een ondernemingsstructuur waarbij het lid van de coöperatie een materiele onderneming drijft is er in beginsel geen sprake van inhoudingsplicht. Mocht er sprake zijn van een ontgaansmotief, oftewel het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om heffing van de dividendbelasting bij een ander te ontgaan¹⁸⁰, dan wordt het lidmaatschapsrecht van de coöperatie gelijkgesteld met een aandeel van een kapitaalvennootschap en is de coöperatie inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. De belastingdienst inspecteur heeft de bewijslast om te toetsen of er sprake is van het ontgaan van belastingheffing. Bij een ondernemingsstructuur is er bij het lid sprake van een tijdelijke subjectieve belastingplicht voor de dividendbelasting. Daarnaast blijft een eventuele inhoudingsplicht voor de dividendbelasting van de coöperatie beperkt tot het bedrag van de zuivere winst van de Nederlandse deelneming. Op het tijdstip voorafgaand aan het tijdstip waarop de coöperatie de deelneming in de Nederlandse vennootschap verkrijgt, wordt er gekeken naar het bedrag van de zuivere winst. Indien er op het moment van verkrijging van de deelneming in de Nederlandse vennootschap geen sprake is van zuivere winst¹⁸¹, dan is de coöperatie niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.¹⁸² Als het lidmaatschapsrecht van het lid niet behoort tot het ondernemingsvermogen, dan is er sprake van een beleggingsstructuur. In dat geval ontstaat er een onbeperkte belastingplicht voor de dividendbelasting van het lid en inhoudingsplicht voor de coöperatie. Uit het voorgaande blijkt

¹⁷⁹ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.3.3 Hoe werkte dat?.

¹⁸⁰ Art. 1 lid 7 Wet DB 1965 (wettekst 2012).

¹⁸¹ Zie voor verdere uitleg van zuivere winst Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, onderdeel 1.1.4.B.e4 Zuivere winst bij de vennootschap waarvan de coöperatie aandelen verkrijgt.

¹⁸² J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.3.3 Hoe werkte dat?.

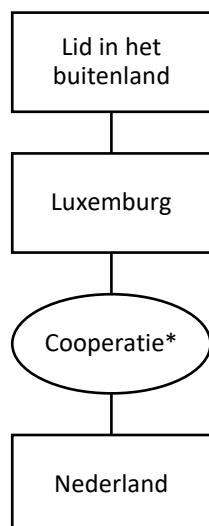
dat de inhoudingsplicht van de coöperatie in ondernemingsstructuur veel beperkter is dan bij een beleggingsstructuur.¹⁸³

Ondanks de inhoudingsplicht van de coöperatie na 2012 voor de dividendbelasting kan de inhoudingsplicht van de coöperatie achterwege blijven in situaties als gevolg van de werking van de EU Moeder-Dochterrichtlijn of een specifiek belastingverdrag. Voorheen maakte het niet uit waar het lid gevestigd was, dit kon een willekeurig land zijn. De inhoudingsplicht weerhield het lid niet om zich te vestigen in een land waarmee een verdrag is afgesloten waarin de heffing van dividendbelasting wordt beperkt. De leden zijn dan meestal gevestigd in landen die bekend staan als een tax haven of in landen waarmee Nederland geen belastingverdragen heeft gesloten. In figuur 2 hieronder is een voorbeeld van een structuur weergegeven die veel werd gebruikt. In deze structuur kunnen vanwege de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 dividenduitkeringen onbelast van de Nederlandse dochtermaatschappij uitgekeerd worden aan de Nederlandse coöperatie. Over de ontvangen dividenduitkeringen is de coöperatie geen vennootschapsbelasting verschuldigd. Op het moment dat de coöperatie de dividenden uitkeert aan het Luxemburgse lid, is er mogelijk sprake van inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Echter komt in deze situatie het belastingverdrag tussen Nederland en Luxemburg aan de orde. Op grond van art. 10 lid 2 onderdeel a Verdrag NLD-LUX mogen de dividenduitkeringen maximaal belast worden met 2,5%. Met andere woorden Nederland mag over de dividenduitkeringen aan het Luxemburgse lid maximaal belasten met 2,5% dividendbelasting. Indien de investeerders rechtstreeks het belang zouden hebben in de Nederlandse BV of NV, dus zonder de tussenkomst van de Nederlandse coöperatie, dan zou dit bij de vervreemding van de aandelen in de Nederlandse vennootschap leiden tot een hogere Nederlandse (inkomsten)belastingclaim. Door het tussenschuiven van de coöperatie onder bepaalde voorwaarden zal in het algemeen de dividendbelastingclaim lager zijn in tegenstelling tot de situatie waarbij de aandelen rechtstreeks worden gehouden door de buitenlandse investeerders. Dit is het gevolg van de toepassing van het belastingverdrag of de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965.¹⁸⁴

¹⁸³ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.2, blz. 3.

¹⁸⁴ P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 2.1, blz. 1.
Kamerstukken II, 2011-12, 33 003, nr. 10, blz. 31.

Figuur 2¹⁸⁵:



Met het implementeren van de wijzigingen van de Moeder-Dochterrichtlijn 2015 is per 1 januari 2016 art. 1 lid 7 Wet DB 1965 gewijzigd om de terminologie in overeenstemming te brengen met de EU Moeder-Dochterrichtlijn.¹⁸⁶¹⁸⁷ Het ging hier om de wijziging van de termen ‘‘voornaamste of één van de voornaamste doelen’’ in ‘‘het hoofddoel of één van de hoofddoelen’’. Hiermee is geen wijziging van de bestaande praktijk beoogd.¹⁸⁸ Net als bij de technische AB-heffing van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1965 heeft de implementatie van de Moeder-Dochterrichtlijn ertoe geleid dat er geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen lidmaatschapsrechten die wel en niet tot het ondernemingsvermogen behoren. In plaats daarvan is er alleen sprake van inhoudingsplicht indien er sprake is van een kunstmatige constructie. Uit de MvT volgt dat er sprake is van geldige zakelijke redenen, oftewel geen sprake van een kunstmatige constructie, indien:

- *‘‘de coöperatie zelfstandige reële economische betekenis heeft. De coöperatie zal in het algemeen geen zelfstandige reële economische hebben als deze geen onderneming drijft;*
- *Het lidmaatschapsrecht tot het ondernemingsvermogen van het lid behoort (zie ook de toelichting bij de aanpassing van de buitenlandse AB-regeling)¹⁸⁹. Als het directe lid van de coöperatie een schakelfunctie vervult, is er geen sprake van een kunstmatige*

¹⁸⁵ * = Een coöperatie dient in elk geval bij oprichting in beginsel twee leden te hebben. Gemakshalve is er maar een lid getekend.

¹⁸⁶ O.C.R. Marres & I.M. de Groot, Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn, WFR 2015/1185, blz. 4.

¹⁸⁷ Zie tevens onderdeel 4.5.5 voor de wijziging van art. 17 lid 3 Wet VPB 1969 als gevolg van de implementatie.

¹⁸⁸ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, blz. 10.

¹⁸⁹ Zie onderdeel 4.5.5 voor verdere informatie.

constructie, mits de schakelende vennootschap in het vestigingsland naar Nederlandse maatstaven over voldoende substance beschikt.''¹⁹⁰

Art. 1 lid 7 Wet DB 1965 is bedoeld om te voorkomen dat een Nederlandse coöperatie in een structuur wordt tussengeschoven om zo een latente Nederlandse dividendbelastingclaim ongedaan te maken. Het gaat hier om de houdstercoöperatie. In het geval van een reële coöperatie¹⁹¹ is er namelijk geen sprake van een dergelijke inhoudingsplicht voor de dividendbelasting.¹⁹²

5.3 Regeling per 2018

Per 1 januari 2018 is de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling in werking getreden. Met deze wetswijziging is het oude art. 1 lid 7 Wet DB 1965, zoals ingevoerd was op 1 januari 2012 en gewijzigd op 1 januari 2016, vervallen. Met deze wetgeving beoogde de wetgever de fiscale gelijkstelling tussen de houdstercoöperatie en de kapitaalvennootschappen te vergroten. Hierbij heeft de wetgever beoogd dat het reële coöperatieve bedrijfsleven niet geraakt wordt. Hierdoor is er een zo goed mogelijke afbakening gemaakt voor de inhoudingsplicht van houdstercoöperaties.¹⁹³ Naar mijn mening is het terecht dat de wetgever de reële coöperaties niet heeft betrokken in de inhoudingsplicht, omdat hierdoor het bijzondere karakter van de reële ondernemerscoöperatie wordt behouden.

De wetgever maakt onderscheid tussen houdster- en non-houdstercoöperatie en bij de houdstercoöperatie maakt hij vervolgens onderscheid tussen kwalificerende leden en niet kwalificerende leden. Een gelijkstelling van een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap en een lid van een houdstercoöperatie komt alleen tot stand indien er sprake is van een kwalificerend lid.

De wetgeving is zodanig gewijzigd dat de groep van inhoudingsplichtigen voor de dividendbelasting is uitgebreid. Zo wordt er dividendbelasting geheven van degenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in winstbewijzen en hybride leningen aan voornamelijk in Nederland gevestigde NV's en BV's. Daarnaast wordt er dividendbelasting van gerechtigden die tot de opbrengst uit hoofde van kwalificerende lidmaatschapsrechten in

¹⁹⁰ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, blz. 10.

¹⁹¹ Deze coöperatie-variant zal in onderdeel 5.3.1 uitgebreider worden behandeld

¹⁹² MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, blz. 10-11.

¹⁹³ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 3.

een in Nederland gevestigde houdstercoöperatie geheven. Naast de uitbreiding van de inhoudingsplicht is ook de inhoudingsvrijstelling¹⁹⁴ uitgebreid met betrekking tot derde landen waarmee Nederland belastingverdragen heeft afgesloten.¹⁹⁵ Deze wijzigingen hebben een belangrijke rol, namelijk; het tegengaan van oneigenlijk gebruik van Nederlandse houdstervennootschappen en houdster coöperaties in internationale structuren.¹⁹⁶

Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen reële coöperaties en houdstercoöperaties leidt tot een voorkeursbehandeling van de reële coöperatie, aangezien deze niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. De wetgever is zich er hier ook van bewust dat er waarschijnlijk sprake is van bestaande staatssteun en verwijst naar een rapport van de Europese Commissie waarin is aangegeven dat een afwijkende behandeling in positieve zin van leden van een actieve, oftewel reële coöperatie wordt verdedigd.¹⁹⁷¹⁹⁸

5.3.1 Reële coöperatie

Uit de MvT bleek dat het reële coöperatieve bedrijfsleven zo veel mogelijk buiten de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting blijft. Het gaat hier om grote houdstercoöperaties met veel leden in de verzekeringsbranche, de bancaire sector en de landbouwsector. In deze coöperaties zijn meestal de ondernemingsactiviteiten uitgezakt naar een dochtermaatschappij. In dergelijke situaties kan de inhoudingsplicht van dividendbelasting leiden tot veel administratieve lasten. Het wetsvoorstel is niet bedoeld om deze ondernemingen onder de loep te nemen.¹⁹⁹ Uit parlementaire stukken kan de definitie van een reële coöperatie worden afgeleid;

- *“ Het kabinet is van mening dat onder het reële coöperatieve bedrijfsleven de coöperaties moeten worden verstaan die voor het oorspronkelijke doel worden gebruikt. De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging die zich blijkens de statuten ten doel moet stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van*

¹⁹⁴ De inhoudingsvrijstelling zal in onderdeel 5.4 verder uitgelegd worden.

¹⁹⁵ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 3-4.

¹⁹⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.1.1.4.B.a. Inleiding.

¹⁹⁷ Mededeling Europese Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, PbEU 2016 19 juli 2016, C262/01.

¹⁹⁸ In dit onderzoek zal hier niet verder op ingegaan worden.

¹⁹⁹ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 3.

*haar leden te voorzien. Deze voorziening in de behoeften geschiedt door het aangaan van overeenkomsten met leden.*²⁰⁰

- *“ de coöperatie die niet uitsluitend als houdster opereert maar ook nog andere functies uitoefent, zoals hoofdkantoorfuncties of andere bedrijfsmatige activiteiten. Deze functies worden weerspiegeld in een bijhorende substance, waardoor de coöperatie fiscaal gezien een reële economische betekenis heeft.*²⁰¹

De wetgever heeft in de wet niet expliciet genoemd dat de reële ondernemingscoöperaties vrijgesteld zijn van de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Reële coöperaties worden door een samenstel van bepalingen in de wet buiten de inhoudingsplicht gehouden.²⁰²

Zo blijkt uit de definitie van de houdstercoöperatie, gecodificeerd in art. 1 lid 8 Wet DB 1965, dat het een coöperatie is waarvan de feitelijke werkzaamheid hoofdzakelijk bestaat uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van met haar verbonden lichamen of natuurlijke personen. Onder het begrip hoofdzakelijk wordt 70% of meer verstaan en dient er gekeken te worden naar het balanstotaal.²⁰³ Daarbij spelen factoren, zoals de soorten activa en passiva op de balans, omzet, activiteiten waaruit de winst afkomstig is en de tijdbesteding van werknemers ook een rol.²⁰⁴ Bij het toetsen van een reële ondernemerscoöperatie aan deze toets zal blijken dat de feitelijke werkzaamheden doorgaans minder zullen zijn dan de 70%-grens. Daarnaast zullen tophoudstermaatschappijen die voor meer dan 70% aan actieve deelnemingen houden met personeel in dienst en overige hoofdkantoorfuncties uitoefenen niet worden aangemerkt als een houdstercoöperatie in de zin van art. 1 lid 8 DB 1965. Ook is het mogelijk dat een coöperatie gebruikt kan worden in een private-equitystructuur, waarbij het balanstotaal voor meer dan 70% bestaat uit deelnemingen die niet worden aangemerkt als een houdstercoöperatie op basis van de factoren²⁰⁵.²⁰⁶

Albert geeft aan dat een tophoudster niet vrijgesteld mag worden van de dividendbelasting. Dit zou namelijk betekenen dat een tophoudstercoöperatie vrij van dividendbelasting winst kan

²⁰⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, nr. 2016-0000224153, blz. 3.

²⁰¹ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131, blz. 4.

²⁰² Art. 1 lid 7, jo. Lid 8, jo. Lid 9 Wet DB 1965.

²⁰³ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 3.

²⁰⁴ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 17.

²⁰⁵ Hierbij kan gedacht worden aan werknemers, kantoorruimte en actieve betrokkenheid bij de onderneming van deelnemingen.

²⁰⁶ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 17.

uitkeren aan niet-inwoners, waar ook ter wereld gevestigd. Volgens Albert is dit tegenstrijdig met de doelstelling van het wetsvoorstel; een gelijke behandeling van BV's en NV's met de houdstercoöperaties. Het vrijstellen van de tophoudstercoöperatie zorgt voor ongelijkheid tussen de rechtsvormen. Hij geeft aan dat de uitsluiting alleen in verdragssituaties zou moeten gelden en pleit ervoor dat de Staatssecretaris van Financiën de geciteerde passage moet herroepen om te voorkomen dat houdstercoöperaties zich erop gaan beroepen.²⁰⁷ Ook Vleggeert geeft aan dat in het licht van de doelstelling van de wet het niet verklaarbaar is dat vergelijkbare houdstercoöperaties met voldoende substance en die andere werkzaamheden uitoefenen niet inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting. Het lijkt Vleggeert niet relevant om onderscheid te maken tussen een actieve en passieve houdstercoöperatie.²⁰⁸ Naar mijn mening is juist wel relevant om onderscheid te maken tussen de actieve en passieve houdcoöperatie, omdat de wetgever heeft beoogd om dit verschil te creëren. Dat het eenvoudig is om aan de substance-voorwaarden te voldoen en als een actieve houdstercoöperatie te worden gezien, neemt niet weg dat dit onderscheid wel degelijk dient te worden gemaakt.

Van Ijlzinga Veenstra en Plouvier merken op dat de coöperatie een gebruikelijke rechtsvorm is in de Nederlandse private-equity fondsen praktijk. Een coöperatie die fungeert als een fonds heeft als voordeel ten opzichte van de BV en NV dat zij niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting zolang de coöperatie zodanige werkzaamheden verricht om niet aangemerkt te worden als een houdstercoöperatie.²⁰⁹

Om het reële coöperatieve bedrijfsleven zoveel mogelijk buiten de inhoudingsplicht te houden, dient er op grond van art. 1 lid 7 DB 1965 bepaald te worden of er sprake is van kwalificerende lidmaatschapsrechten. Alleen houdstercoöperaties waarbij sprake is van kwalificerende lidmaatschapsrechten zijn inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Er is pas sprake van een kwalificerend lidmaatschapsrecht indien bij het lidmaatschapsrecht ten minste 5% van de jaarwinst van een coöperatie dan wel op ten minste 5% ten tijde van liquidatie wordt uitgekeerd.²¹⁰ Uit de praktijk blijkt dat bij reële ondernemingscoöperaties het niet of nauwelijks

²⁰⁷ P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 3.3, blz. 3.

²⁰⁸ J. Vleggeert, EU-rechtelijke aspecten van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, TFO 2018/156.3, onderdeel 2.2, blz. 2.

²⁰⁹ A.R.T. van Ijlzinga Veenstra & S.A. Plouvier, Private Equity-Fondsen, TFO 2018/157.1, onderdeel 4.9, blz. 8-9.

²¹⁰ In deze situatie wordt er aangesloten bij het aanmerkelijk belangbegrip in de inkomstenbelasting, zoals beschreven in art. 4.5a en 4.6 onderdeel c Wet IB 2001.

voorkomt dat lidmaatschapsrecht van het lid recht geeft op ten minste 5% van de winst of het liquidatiesaldo van de coöperatie.²¹¹

Schellinghout merkt op dat het percentage van 5% arbitrair is en dat een hoger percentage gerechtvaardigd zou zijn, omdat er door middel van de samenwerkende groep-bepaling niet gestructureerd kan worden. Zijn voorkeur gaat uit naar een percentage van 25%, zoals vermeld in de ATAD.²¹²

Marres is van mening dat het onderscheid tussen kapitaalverschaffers van houdstercoöperaties en kapitaalvennootschappen ontstaat als gevolg van de eis van kwalificerende lidmaatschapsrechten. Het kwalificerende lidmaatschap is wel een simpele oplossing, omdat de inhoudingsplicht wordt beperkt tot opbrengsten van kwalificerende lidmaatschapsrechten. Hierdoor zullen leden met een minderheidsbelang niet worden aangemerkt als belastingplichtig. Echter, vindt Marres dat een wetsvoorstel met een tegenbewijsregeling meer voor de hand had gelegen.²¹³

Door de werking van de bepalingen art. 1 lid 7 en 8 DB 1965 zal het reële coöperatieve bedrijfsleven doorgaans niet in aanraking komen met de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Echter, zullen reële coöperaties waarvan de feitelijke werkzaamheden voor meer dan 70% zijn ondergebracht in haar dochtermaatschappijen ook getoetst moeten worden of er geen leden zijn die aan het begrip kwalificerende lidmaatschapsrecht voldoen. Indien er zelfs maar van één lid het lidmaatschapsrecht aangemerkt kan worden als het kwalificerende lidmaatschapsrecht, dan is de coöperatie inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, tenzij er sprake is van een deelnemingsverhouding waardoor de inhoudingsvrijstelling van art. 4 DB 1965 toepassing is.²¹⁴ Om onzekerheden te voorkomen, heeft de wetgever de mogelijkheid gegeven dat er met zekerheid vooraf in de vorm van een Advance Tax Ruling (ATR) van de belastingdienst, een bewijs kan worden verkregen dat aangeeft of er wel of geen sprake is van inhoudingsplicht. Echter is het niet mogelijk om tegen een negatieve beslissing van de fiscus

²¹¹ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.4.2.2 Worden reële ondernemerscoöperaties ook inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.

²¹² J. Schellinghout, De toekomst van de Nederlandse dividendbelasting, WFR 2018/25, onderdeel 5.2.2, blz.6.

²¹³ O.C.R. Marres, Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, MMB 2017/10-01, onderdeel 2.2, blz. 2.

²¹⁴ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.4.2.2 Worden reële ondernemerscoöperaties ook inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.

in bezwaar of beroep te gaan.²¹⁵ Naar mijn mening kan dit uitsluiten van het in bezwaar of in beroep gaan in strijd zijn met de rechtszekerheid, waardoor het wringt met de letter van de wet.

5.3.2 Houdstercoöperaties

Op grond van de wet worden kwalificerende lidmaatschapsrechten in een in Nederland gevestigde houdstercoöperatie gelijkgesteld met een in aandelen verdeelde vennootschap.²¹⁶ Houdstercoöperaties zijn hierdoor inhoudingsplichtig geworden voor de dividendbelasting. Een houdstercoöperatie wordt op grond van art. 1 lid 8 Wet DB 1965 gedefinieerd als een coöperatie waarvan de feitelijke werkzaamheid hoofdzakelijk (70%-criterium) bestaat uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van lichamen of natuurlijke personen. De houdstercoöperatie dient in het aan de dividenduitkering voorafgaande jaar doorgaans te voldoen aan het 70%-criterium.²¹⁷ De term “doorgaans” dient daarbij wel feitelijk te worden beoordeeld per geval. Deze term biedt de mogelijkheid om niet het gehele jaar aan het 70%-criterium te voldoen, en toch als houdstercoöperatie te worden aangemerkt.

Van een kwalificerend lidmaatschapsrecht is er sprake indien het lidmaatschapsrecht betrekking heeft op ten minste 5% van de jaarwinst van een coöperatie dan wel ten minste 5% van hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd.²¹⁸ Bij de beoordeling van de lidmaatschapsrechten die door andere leden worden gehouden, worden onder omstandigheden meegeteld aan het bezitsvereiste van 5%. Daarbij wordt de groep van leden ook uitgebreid met de samenwerkende groep, zoals opgenomen in de winstdrainagewetgeving art. 10a Wet VPB 1969.²¹⁹ De inhoudingsplicht van de kwalificerende houdstercoöperatie kan bij de uitdeling van dividend onder bepaalde voorwaarden achterwege blijven door middel van de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965.

5.4 Inhoudingsvrijstelling

In de Wet Dividendbelasting 1965 is een inhoudingsvrijstelling in deelnemingsverhoudingen opgenomen. In nationale structuren kan de inhouding van dividendbelasting achterwege blijven in deelnemingsverhoudingen. Het is hier van belang dat de dividenden bij de ontvanger

²¹⁵ R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht Dividendbelasting*, 2019, onderdeel Div.bel.1.1.4.D.b., Het onderscheid tussen een houdstercoöperatie en een non-houdstercoöperatie (art. 1 lid 8).

²¹⁶ Art. 1, lid 2, jo. 7, jo. 8, jo. 9 Wet DB 1965.

²¹⁷ MvT, *Kamerstukken II 2017/18*, 34 788, nr. 3, blz. 3.

²¹⁸ Art. 1 lid 7 DB 1965. Hierbij wordt er aangesloten bij het aanmerkelijk belangbegrip in de inkomstenbelasting.

²¹⁹ Er wordt verwezen naar art 10a lid 4 t/m 6 Wet VPB 1969.

op grond van de deelnemingsvrijstelling art. 13 Wet VPB 1965 worden vrijgesteld. Tot 2018 had de inhoudingsvrijstelling alleen betrekking op de nationale deelnemingsverhoudingen en op de deelnemingsverhoudingen binnen de EU of EER.

Met ingang van 1 januari 2018 is de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965 versoepeld. De versoepeling heeft ertoe geleid dat de inhoudingsvrijstelling (eenzijdig) van toepassing is op de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap of op het lid van een houdstercoöperatie gevestigd in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten.²²⁰ Hierbij maakt het niet uit of het verdrag zelf voorziet in de afwezigheid van een heffingsrecht voor Nederland of een vrijstelling toekent aan de aandeelhouder of het lid.²²¹ Dus stel dat een lid van de houdstercoöperatie is gevestigd in een verdragsland, bijvoorbeeld Canada, een deelneming heeft van minimaal 5%. In deze situatie is inhoudingsvrijstelling van toepassing, ondanks het feit dat Nederland op grond van het verdrag NLD-CAN bevoegd is om 5% dividendbelasting te heffen.²²² Albert geeft aan dat de eenzijdige uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling een impuls zal vormen voor Nederland als doorstroomland. Hij vindt dat de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling niet past in het huidige tijdgewricht een dat in principe doorstroomsituaties beperkt zouden moeten worden.²²³

5.4.1 Antimisbruikregeling

Bij de invoering van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling heeft de wetgever ook een antimisbruikbepaling ingevoerd. Indien er sprake is van misbruik, zoals beschreven in art. 4 lid 3 onderdeel c DB 1965, kan de inspecteur weigeren om de inhoudingsvrijstelling toe te kennen. De voorwaarden van misbruik zijn vrijwel identiek aan de misbruikbepaling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969. Dit blijkt ook uit de MvT. Het was de bedoeling om deze bepalingen in overeenstemming te brengen met elkaar.²²⁴ Ook deze bepaling is in overeenstemming met de Principle Purpose Test (PPT) en de algemene antimisbruikbepaling uit de Moeder-Dochterrichtlijn.²²⁵

²²⁰ Art. 4 lid 2 onderdeel a onder 2 Wet DB 1965.

²²¹ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.1.1.4.B.a. Inleiding.

²²² P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 4.2, blz. 4.

²²³ P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192, onderdeel 4.3, blz. 4.

²²⁴ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 15.

²²⁵ Zie de doelstelling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 in onderdeel 4.5.3 van dit stuk.

In art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 zijn de volgende eisen gesteld om de toepassing van de inhoudingsvrijstelling te weigeren:

- De opbrengstgerechtigde heeft het belang in de inhoudingsplichtige met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van Nederlandse dividendbelasting bij een ander te ontgaan (subjectieve toets)²²⁶
- En er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie, oftewel het ontbreken van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (objectieve toets).

De inhoudingsvrijstelling wordt geweigerd indien er cumulatief is voldaan aan de subjectieve- en objectieve toets. Een constructie is kunstmatig, indien zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen. Geldige zakelijke redenen worden beoordeeld op basis van de substance van het lichaam dat het belang heeft in de Nederlandse coöperatie, die onmiddellijk de aandelen houdt. Hiervan is sprake indien het lichaam dat de lidmaatschapsrechten houdt, een materiele onderneming drijft, oftewel een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer en de lidmaatschapsrechten in de Nederlandse coöperatie functioneel tot zijn ondernemingsvermogen kan worden gerekend.²²⁷ Het is van belang dat de lidmaatschapsrechten functioneel worden toegerekend aan het ondernemingsvermogen. Echter, lidmaatschapsrechten in een coöperatie kunnen ook toegerekend worden tot het ondernemingsvermogen zonder dat het functioneel is. Doordat de leden van een coöperatie geacht worden om prestaties te verrichten voor de coöperatie is het toetsen op geldige zakelijke redenen gemakkelijker dan bij een BV of NV.²²⁸

Indien de houder van de lidmaatschapsrechten van een Nederlandse coöperatie geen materiele onderneming drijft, maar wel een schakelfunctie uitoefent, kan er alsnog sprake zijn van geldige zakelijke redenen. Dit is het geval als er gesproken wordt over een schakelende tussenhoudster. De schakelende tussenhoudster voldoet aan de geldige zakelijke redenen, indien er is voldaan aan de criteria voor relevante substance^{229, 230}. Uit de MvT blijkt dat er sprake is van een schakelfunctie indien de tussenhoudster een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de

²²⁶ De bewijslast ligt bij de inspecteur, hij moet uiteindelijk toetsen of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing is.

²²⁷ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 7.

²²⁸ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, Belastingheffing van coöperaties 2018, onderdeel 7.5.2.2, De algemene invulling.

²²⁹ Art. 1bis Uitvoeringsbeschikking DB 1965.

²³⁰ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 11.

activiteiten van haar kleindochtermaatschappij(en).²³¹ Voor een verdere toelichting van de subjectieve- en objectieve toets verwijs ik naar onderdeel 4.5.5.

Naar mijn mening werpt de antimisbruikbepaling van art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 een effectieve dam op voor het ontgaan van belastingheffing. Desalniettemin kan door het voldoen aan de relevante substance voorwaarden, die makkelijk te bewerkstelligen zijn, gebruik gemaakt worden van de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965.

5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de fiscale aspecten van de coöperatie in de dividendbelasting behandeld en daarmee is de volgende deelvraag beantwoord, namelijk; ‘Wat zijn de fiscaalrechtelijke kenmerken van een coöperatie in de dividendbelasting?’. In dit hoofdstuk is er eerst kort ingegaan op de geschiedenis van de dividendbelasting met betrekking tot de inhoudingsplicht van de coöperatie. Vervolgens is de huidige wetgeving in het kader van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling behandeld. De geschiedenis heeft Nederland geleerd dat het ontbreken van de inhoudingsplicht het oneigenlijk gebruik van de coöperatie bevorderde. De Nederlandse coöperatie werd namelijk als tussenhouder in internationale investeringsstructuren gebruikt vanwege de aantrekkelijke fiscale aspecten. Per 1 januari 2012 werden coöperaties die als houdstercoöperatie kwalificeren inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Echter kon de inhoudingsplicht vooralsnog in bepaalde situaties als gevolg van de werking van de Moeder-Dochterrichtlijn of een specifiek belastingverdrag achterwege blijven. In het geval van een reële coöperatie is er geen sprake van inhoudingsplicht.

Per 1 januari 2018 is de wet opnieuw aangepast om de fiscale gelijkstelling tussen de houdstercoöperatie en de kapitaalvennootschappen te vergroten. Hierbij heeft de wetgever een zo goed mogelijke afbakening gemaakt voor de inhoudingsplicht van de houdstercoöperaties om het reële coöperatieve bedrijfsleven niet te betrekken in de inhoudingsplicht. Uit literatuur blijkt dat de structuren met tophoudstercoöperaties en coöperaties in private-equity structuren niet worden aangemerkt als houdstercoöperaties. Dit wringt met de gedachten van de wetgever, aangezien er een ongelijkheid wordt gecreëerd tussen de coöperaties zelf en het tegengaan van het oneigenlijk gebruik van de coöperatie. Dit brengt met zich mee dat de coöperatie een

²³¹ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 7.

voordeel heeft ten opzichte van de kapitaalvennootschappen in internationale investeringsstructuren. Zolang de werkzaamheden buiten het wettelijke kader blijven is er geen inhoudingsplicht voor de coöperatie. Deze uitkomst druist in tegen de oorspronkelijke gedachte van het fiscaal gelijkstellen tussen de houdstercoöperaties en de kapitaalvennootschappen.

Naast de aanpassing van de inhoudingsplicht is de inhoudingsvrijstelling uitgebreid. De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling heeft ertoe geleid dat Nederland eenzijdig de bronheffingsrechten heeft prijsgegeven, aangezien de inhoudingsvrijstelling van toepassing is op de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap of op het lid van een houdstercoöperatie gevestigd in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten. Dit zorgt er dus voor dat Nederland als een doorstroomland fungeert en naar mijn mening is dit niet in lijn met de gedachte die bestond bij het maken van situaties om misbruik te voorkomen. Nederland wil niet als tax haven bestempeld worden, maar door deze ontwikkeling kan dit wel zo worden gezien. Met de inhoudingsvrijstelling hebben zowel kwalificerende houdstercoöperaties als kapitaalvennootschappen het voordeel dat ze niet inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting. Op dit punt is het deels gelukt om de houdstercoöperatie gelijk te stellen aan de kapitaalvennootschap. Echter, ook op dit punt is er een tegenstrijdigheid gekoppeld aan de gedachte die de wetgever heeft beoogd. De tegenstrijdigheid zit in het feit dat het reële doel van de wetsaanpassing eenvoudig te omzeilen is, waardoor het oneigenlijk gebruik van de wet alsnog in het voordeel van degene die probeert te omzeilen kan worden gebruikt. Het perfecte voorbeeld hierbij is de substance voorwaarden, waar simpel aan voldaan kan worden, ook in oneigenlijk gebruik situaties.

Hoofdstuk 6: Analyse coöperaties

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal er een analyse worden gemaakt van het gebruik van de Nederlandse coöperatie. Het gebruik van de Nederlandse coöperatie moet in samenhang worden gezien met de te behalen voordelen die er zijn ten opzichte van de BV of NV. Zo kunnen de motieven voor het gebruik van de Nederlandse coöperatie in internationale investeringsstructuren liggen in het civiele recht, vennootschapsbelasting, dividendbelasting of in het feit dat de coöperatie in verschillende landen fiscaal rechtelijk anders gekwalificeerd kan worden. De afwijkende fiscaalrechtelijke kwalificatie van de coöperatie in verschillende landen, oftewel de mismatch, zal in dit hoofdstuk aan bod komen. Vervolgens zullen de voor- en nadelen van de coöperatie met betrekking tot het civiele en fiscale recht aan bod komen. Gezien het feit dat de wetgever de coöperaties gelijk wil stellen aan de kapitaalvennootschappen zal er ook een vergelijking worden gemaakt tussen deze rechtsvormen. Als laatste zal er aan de hand van verschillende investeringsstructuren, zowel nationaal als internationaal, gekeken worden naar de mogelijke voordelen die de coöperatie kan bieden aan zijn leden. Naast deze structuren wordt er ook gekeken naar structuren met een BV of NV. De uitkomsten weeg ik af en ik schets een beeld van het gebruik van de Nederlandse coöperatie in een internationale investeringsstructuur.

6.2 Hybride mismatches

De Nederlandse coöperatie kan om zijn afwijkende fiscaalrechtelijke kwalificatie in een ander land aantrekkelijk zijn om te gebruiken in een internationale investeringsstructuur. Elk land heeft zijn eigen vorm van kwalificatie waarbij een rechtsvorm als transparant of niet-transparant kan worden aangemerkt. Zo kunnen Nederlandse coöperaties in het Verenigd Koninkrijk onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor een Mutual Tax Status. Dit betekent dat in het Verenigd Koninkrijk de Nederlandse coöperatie als fiscaal transparant wordt aangemerkt, terwijl de coöperatie in de Nederlandse vennootschapsbelasting aangemerkt wordt als een fiscaal niet-transparante entiteit. Deze dispariteiten in de fiscale wetgevingen kunnen ertoe leiden dat er wellicht fiscale voordelen behaald kunnen worden in Nederland of in het buitenland waardoor het gebruik van de Nederlandse coöperatie aantrekkelijk is.²³² Dit worden ook hybride mismatches genoemd. Hybride mismatches kunnen zich voordoen in de vorm van hybride entiteiten of hybride financieringen.

²³² J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 4.3, blz. 6-7.

6.2.1 Aanpak belastingontwijking door kwalificatieverschillen

De staatsecretaris van Financiën neemt maatregelen om de uitholling van belastingheffing tegen te gaan. Het gaat hierbij om structuren die erop gericht zijn om de belastingheffing, door kwalificatieverschillen tussen de belastingstelsels, in Nederland of in een ander land te ontwijken. De Staatssecretaris van Financiën geeft aan dat de wetgeving gericht op het aanpakken van mismatches zeer complex is vanwege het feit dat er verschillende soorten structuren²³³ zijn en de verschillende rechtstelsels zorgen ervoor dat het er niet gemakkelijker op wordt gemaakt. Om deze hybride mismatches te voorkomen heeft Nederland op 1 januari 2019 de Europese antibelastingontwijkingsrichtlijn geïmplementeerd, ook wel de Anti Taks Avoidance Directive 1 (ATAD 1). Uiterlijk 1 januari 2020 dient ATAD 2 geïmplementeerd te worden, die gericht is op het tegengaan van hybride mismatches. De implementatie van ATAD 2 neemt met zich mee dat er in de Nederlandse wetgeving regels worden opgenomen om bij constructies met hybridemismatch structuren de fiscaal voordelige effecten te neutraliseren.²³⁴ Het doel van de ATAD 2 is om effectieve maatregelen te treffen die een einde maken aan de belastingontwijking door middel van hybride mismatches.²³⁵

Het bestrijden van hybride mismatches gebeurt ook door middel van belastingverdragen. Nederland wil via het Multilateraal Verdrag een hybride entiteitenbepaling opnemen, zodat verdragsvoordelen alleen worden toegekend als het inkomen van een hybride entiteit bij de deelnemers in die entiteit in de belastingheffing worden betrokken. Indien het inkomen niet in de heffing wordt betrokken door het gebruik van een hybride entiteit, dan worden er geen verdragsvoordelen toegekend.²³⁶ Hybride mismatches worden behandeld in art. 3 van het (Multilateraal Instrument) MLI. Het algemene uitgangspunt van art. 3 lid 1 MLI is dat de bronstaat de kwalificatie van de woonstaat volgt.²³⁷

6.2.2 Hybride entiteiten in de wetgeving.

Naar Nederlands recht niet-transparante entiteiten

De Wet inhoudingsplichtplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling bevat twee bepalingen over hybride entiteiten die tot de opbrengst van een vennootschap gerechtigd zijn. Het gaat hierbij om art. 4 lid 9 en 10 Wet DB 1965. Art. 4 lid 9 Wet DB 1965 heeft

²³³ Gedacht kan worden aan hybride entiteiten, hybride vaste inrichtingen, dubbele aftrek en dubbele vestigingsplaats.

²³⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987, VN 2018/14.2, blz. 8.

²³⁵ NV, Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7, blz. 35.

²³⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987, VN 2018/14.2, blz. 9.

²³⁷ H. Lohuis, Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument, TFO 2018/159.3, blz. 2.

betrekking op de situatie waarbij de opbrengstgerechtigde naar Nederlandse maatstaven als niet-transparant kwalificeert, maar in het oprichtingsland gezien kwalificeert als transparant, omdat volgens de buitenlandse fiscale wetgeving de opbrengstgerechtigde aldaar niet is gevestigd. Indien dit zich voordoet, kan de opbrengstgerechtigde uitgesloten worden van de inhoudingsvrijstelling. Op grond van art. 4 lid 9 DB 1965 moet de hybride entiteit weggedacht worden en getoetst worden of de achterliggende participanten bij een direct belang in de inhoudingsplichtige recht hebben op de toepassing van de inhoudingsvrijstelling.²³⁸ Voor de toepassing dient er voldaan te worden aan de volgende voorwaarden:

- *“Ieder van de participanten moet in de staat waarin deze is gevestigd worden aangemerkt als gerechtigde tot de opbrengst, hetgeen zoveel betekent dat de opbrengst in die staat op het niveau van de participant is onderworpen aan belastingheffing;*
- *Ieder van de participanten moet in aanmerking komen voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling, en moet dus voldoen aan het bepaalde in het tweede, derde en vierde lid van art. 4;*
- *Bij iedere participant inhouding van belasting op grond van art. 4, tweede lid, achterwege zou blijven ingeval deze participant zijn middellijke belang in de inhoudingsplichtige onmiddellijk zou hebben.”*²³⁹

Voor elke achterliggende gerechtigde dient aan deze eisen getoetst te worden. Het is van belang dat alle direct achterliggende participanten in de hybride entiteit aan de voorwaarden voldoen. In gevallen waarbij de achterliggende participanten in verschillende landen zijn gevestigd, dient er naar rato van hun gerechtigdheid tot de opbrengst in de zin van art. 3 Wet DB 1965 aangemerkt te worden als opbrengstgerechtigde. De toepassing van de inhoudingsvrijstelling geldt als de betreffende hybride entiteit zowel volgens de fiscale wetgeving van de staat op grond van wiens recht die entiteit is opgericht alsook volgens de fiscale wetgeving van alle staten waarin de direct achterliggende participanten aangemerkt worden als transparant.²⁴⁰ Deze vergaande eis zorgt ervoor dat in veel gevallen geen recht is op de toepassing van de inhoudingsvrijstelling.²⁴¹ Volgens Marres zou een pro rata parte toepassing van de

²³⁸ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 22.

²³⁹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, 2019, Aant. 10 lid 9 Hybride entiteit naar buitenlands recht.

²⁴⁰ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 23.

²⁴¹ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.2.1.5.B.i2 De tegemoetkoming voor hybride entiteiten (art. 4 lid 9).

inhoudingsvrijstelling in deze gevallen, waarbij slechts een deel van de participanten in hun vestigingsland over de opbrengst in de heffing wordt betrokken, een redelijkere wetstoepassing zijn.²⁴² Naar mijn mening is dit rechtvaardig, maar kan het voor een complexiteit in de wetgeving en uitvoering zorgen, wat natuurlijk niet wenselijk is.

Naar Nederlands recht transparante entiteiten

In art. 4 lid 10 Wet DB 1965 gaat het om de omgekeerde situatie. De opbrengstgerechtigde heeft door middel van een hybride entiteit belang in een in Nederland gevestigde vennootschap of houdstercoöperatie die naar Nederlands recht als transparant wordt beschouwd, terwijl naar de fiscale maatstaven van de vestigingsstaat de entiteit als niet-transparant wordt beschouwd. Hierdoor zal de vestigingsstaat de opbrengstgerechtigde niet in de heffing betrekken. Op grond van art. 4 lid 10 Wet DB 1965 wordt de inhoudingsplicht dan niet toegepast, omdat Nederland de opbrengstgerechtigde niet als zodanig aanmerkt. Dit zou betekenen dat er 15% dividendbelasting zou moeten worden ingehouden.²⁴³ In Art. 4 lid 10 Wet DB 1965 zijn enkele voorwaarden opgenomen waarbij de hybride entiteit toch als opbrengstgerechtigde kan worden aangemerkt, namelijk;

- *‘De hybride entiteit moet in de staat waarin deze is gevestigd worden aangemerkt als gerechtigde tot de opbrengst, hetgeen zoveel betekent dat de opbrengst in die staat op het niveau van de hybride entiteit is onderworpen aan belastingheffing;*
- *De hybride entiteit moet in aanmerking komen voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling, en moet dus voldoen aan het bepaalde in het tweede, derde en vierde lid van art. 4.*’²⁴⁴

Indien er niet wordt voldaan aan de voorwaarden is het onder omstandigheden nog mogelijk om gebruik te maken van het desbetreffende belastingverdrag tussen Nederland en de staat van vestiging van de participanten.²⁴⁵

²⁴² O.C.R. Marres, Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, MMB 2017/10-01, onderdeel 3.3.1, blz. 3-4.

²⁴³ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019, onderdeel Div.bel.2.1.5.B.i2. De additionele antimisbruikbepaling voor hybride entiteiten (art. 4 lid 10).

²⁴⁴ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, 2019, Aant. 11 lid 10 Hybride entiteit naar Nederlands recht.

²⁴⁵ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 24.

6.2.3 Tijdperk Nederlandse coöperatie als hybride entiteit over

Voorheen bracht het gebruik van de Nederlandse coöperatie in internationale investeringsstructuren fiscale voordelen mee vanwege het hybride karakter van de entiteit. De bestrijding van hybride mismatches door middel van wetgeving heeft ertoe geleid dat het gebruik van de Nederlandse coöperatie vanwege fiscaalrechtelijke kwalificatieverschillen minder aantrekkelijk is geworden. Het gewenste fiscale voordeel kan niet meer behaald worden, omdat er relatief meer belasting betaald moet worden dan voorheen. Het aanpassen van structuren lijkt mij niet nodig. Er kan zich afgevraagd worden of er dan in plaats van een coöperatie een kapitaalvennootschap gebruikt moet worden. Ik acht een aanpassing van een dergelijke structuur dan onnodig, omdat de coöperatie op andere vlakken nog voordelen kan bieden. De bestrijding van mismatches hebben een voordeel van de Nederlandse coöperatie als het ware ontnomen en heeft een negatief effect gehad op de internationale investeringsstructuren. De keerzijde van het negatieve effect zorgt weliswaar voor een positief effect voor de Nederlandse schatkist in de gevallen dat Nederland de ontvanger als transparant beschouwt.

6.3 Civielrechtelijke vergelijking

Op grond van art. 2:53 BW is de coöperatie een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging waarbij zij het zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, krachtens de gesloten overeenkomsten met haar leden in het bedrijf dat zij het doel van haar leden uiteindelijk uitoefent of doet uitoefenen. In de praktijk heeft de coöperatie in internationale investeringsstructuren twee verschijningsvormen, namelijk de houdstercoöperatie die opereert als substance-arme (tussen)houdster en de concerncoöperatie die uitsluitend als houdster opereert maar ook nog van reële betekenis is, oftewel fungeert als een reële coöperatie. Beide coöperaties begonnen af te wijken van de oorspronkelijke gedachte om te zijn opgericht als een niet-winstgerichte rechtsvorm voor haar leden en begonnen meer kenmerken te krijgen van kapitaalvennootschappen. Dit nam niet weg dat er wel werd voldaan aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie. De wetgever beoogde met de invoering van de ‘‘Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling’’ de fiscale gelijkstelling tussen de houdstercoöperatie en kapitaalvennootschappen te vergroten.²⁴⁶ Het verschil tussen de coöperatie en de kapitaalvennootschappen ligt ten grondslag in het civiele recht. De coöperatie wordt als verlengstuk van haar leden gezien. In feite is de

²⁴⁶ MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, blz. 3

kapitaalvennootschap ook een verlengstuk van haar aandeelhouders. Daarom kan er opgemerkt worden dat er geen verschil is tussen de leden van de coöperatie en de aandeelhouders van de kapitaalvennootschappen.²⁴⁷

Civielrechtelijk is er met de coöperatie veel voordeel te behalen, omdat er niet hoeft te worden voldaan aan allerlei eisen zoals bij de kapitaalvennootschappen. De wettelijke regeling van de coöperatie bevat weinig bepalingen van dwingend recht.

Kapitaalvennootschappen, zoals de BV en NV, zijn op grond van art. 2:216 BW verbonden aan de kapitaalbescherming. Dus het is niet toegestaan om uitkeringen te doen aan de aandeelhouders voor zover het eigenvermogen onder de reserves zakt. De kapitaalbescherming is niet van toepassing op de coöperatie, waardoor de coöperatie ongelimiteerd uitkeringen kan doen. Dit gebeurt natuurlijk ook onder bepaalde voorwaarden.²⁴⁸

Een ander voorbeeld ligt in het feit dat in de statuten van de coöperatie opgenomen kan worden dat er afgeweken kan worden bij de benoeming en samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Dit zorgt voor ruimte in de wet waardoor de statuten naar eigen inzicht ingericht kunnen worden.²⁴⁹

Op het moment dat duidelijk is welk vermogen moet worden aangetrokken om de investeringsstructuur naar wens te bepalen, biedt de wet ook op dit punt flexibiliteit. Binnen die structuur is een coöperatie relatief vrij om haar eigen regels en statuten te bepalen die van invloed zijn op de financiering van de coöperatie. Met de flexibiliteit is zelfs vreemd vermogen aantrekken effectief, maar het dient wel goed uitgewerkt te worden in de statuten. Het nadeel dat het aantrekken van vreemd vermogen met zich meebrengt is dat die niet-leden geen zeggenschap zouden hebben.

Sinds de verlaging van het minimumkapitaal van de BV is het verschil tussen het gebruik van de BV of coöperatie minder geworden. De NV heeft nog steeds een verplicht minimumkapitaal. In de statuten van de coöperatie hoeven geen statutaire verplichtingen opgelegd te worden aan de leden, maar deze kunnen wel vrijwillig instemmen om die te hebben. Daarentegen zijn kapitaalvennootschappen op dit gebied minder flexibel.

²⁴⁷ J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A. Stevens, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, Deventer, 2015, blz. 360.

²⁴⁸ Asser/Rensen 2-III Overige rechtspersonen, Winstuitdeling aan leden, 2017/226.

²⁴⁹ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017, blz. 133-134.

Zowel de leden van de coöperatie als de aandeelhouders van de kapitaalvennootschap zijn wettelijk aansprakelijk voor hun inleg. Echter kan op basis van art. 2:56 BW de wettelijke aansprakelijkheid van de leden van een coöperatie geheel of gedeeltelijk worden uitgesloten in de statuten. Ook zijn de leden van coöperatie niet rechtstreeks aansprakelijk tegenover de schuldeisers.

Zoals vermeld is er in principe geen groot verschil tussen de leden van een coöperatie en de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap. Vanwege de grote mate van vrijheid om de statuten van de coöperatie naar eigen inzicht te vormen waarbij de beperkte aansprakelijkheid en beperkte kapitaalbescherming een rol speelt, hebben de leden van een coöperatie ten opzichte van de aandeelhouders van kapitaalvennootschappen een voordeel in het civiele recht. De flexibiliteit van de coöperatie zorgt ervoor dat de coöperatie, wanneer de statuten goed uitgewerkt zijn, een effectievere rechtsvorm kan zijn dan de kapitaalvennootschap in een internationale investeringsstructuur.

6.4 Fiscaalrechtelijke vergelijking

Gezien het feit dat de leden van de coöperatie als zodanig niet verschillen van de aandeelhouders van de BV of NV, worden coöperaties net als de kapitaalvennootschappen betrokken in de VPB-heffing.²⁵⁰ Met de coöperatie is het door middel van samenwerking van leden mogelijk om een onderneming uit te oefenen. In het geval van een BV/NV oefent het bedrijf een onderneming uit voor de aandeelhouders. Dit onderscheid heeft ervoor gezorgd dat de coöperatie altijd anders is behandeld in de fiscaliteit.²⁵¹²⁵² Om oneigenlijk gebruik van de coöperatie te voorkomen tracht de wetgever op alle belastingvlakken rechtsvormneutraliteit tussen de coöperatie en de kapitaalvennootschappen te creëren.²⁵³

De deelnemingsvrijstelling uit art. 13. Wet VPB 1969 is voor zowel de bv als de coöperatie van toepassing. De eis voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor kapitaalvennootschappen is dat de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal

²⁵⁰ H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2019, onderdeel Vpb. 2.2.0. I.b. De controverse over de subjectieve belastingplicht van de coöperatie.

²⁵¹ Kamerstukken II, 2016-17, 25087, nr. 131, blz.2.

²⁵² Art. 2 lid 1 Wet VPB 1969 onderscheidt de coöperatie van de andere rechtsvormen, Verlengstukwinstregeling van art. 9 lid 1 Wet VPB 1969 voor de coöperatie, art. 4.5a Wet IB 2001 stelt het lidmaatschapsrecht van een coöperatie gelijk met een winstbewijs in een kapitaalvennootschap, ook in art. 1 lid 7 en 8 Wet DB 1965 de dividendbelasting komt het onderscheid terug.

²⁵³ MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 40-41.

gestorte kapitaal aandeelhouder is. In het geval van een coöperatie is het voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling het lidmaatschap van de belastingplichtige van belang.

Om het ontwijken van de Nederlandse dividendbelasting in internationale investeringsstructuren door het gebruik van houdstercoöperaties tegen te gaan, heeft de wetgever op grond van art. 1 lid 2 Wet DB 1965 houdstercoöperaties gelijkgesteld met een in aandelen verdeelde kapitaalvennootschap. De wetswijziging per 2018 tracht de houdstercoöperaties die onder de oude regeling niet als inhoudingsplichtige werden aangemerkt, nu wel te betrekken in de inhoudingsplicht. In de dividendbelasting wordt er binnen de coöperatie ook onderscheid gemaakt tussen de reële coöperatie en houdstercoöperatie. De wetgever beoogt nu om de houdstercoöperaties gelijk te stellen aan kapitaalvennootschappen. Het gebruik van de coöperatie als tophoudster of als onderdeel van een private-equitystructuur valt niet onder het begrip houdstercoöperatie. Dit zorgt ervoor dat er geen inhoudingsplicht is voor de coöperatie. Dit zijn in principe houdstercoöperaties met voldoende substance. Naar mijn mening zorgt dit ervoor dat er geen onderscheid meer is tussen de houdstercoöperatie en de reële coöperatie, omdat een bepaalde hoeveelheid substance ervoor kan zorgen dat een houdstercoöperatie niet meer inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. Terwijl kapitaalvennootschappen wel inhoudingsplichtig zijn en tevens voldoen aan de substance-voorwaarden.

Er is getracht om de fiscale motieven voor een bepaalde vorm uit te sluiten om het evenwicht in de ondernemingsvorm terug te brengen. Dat is in zekere zin gelukt, maar omdat aan de voorwaarden voor een reële coöperatie eenvoudig te voldoen is, blijft het gebruik van de Nederlandse coöperatie in een internationale investeringsstructuur haar fiscale aantrekkelijkheid behouden, in de gevallen waarbij de coöperatie als tophoudster of onderdeel is van een private-equitystructuur. Het gebruik van een reële coöperatie neemt de onzekerheid weg om in aanraking te komen met de antimisbruikbepalingen.

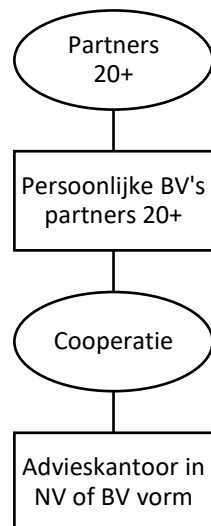
6.5 Investeringsstructuren

6.5.1 Nationale structuren

In de nationale investeringsstructuren wordt de coöperatie vaak gebruikt door accountants- en advocatenkantoren met meer dan 20 partners en in het kader van (master) feederstructuren bij investeringen in kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Zo blijkt uit de praktijk dat de

partners van advieskantoren KPMG en PWC en het Nauta Dutilh, die gedreven worden in een NV-vorm, participeren door middel van een persoonlijke BV via een coöperatie in de praktijkvennootschap om in aanmerking te komen voor de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 Wet VPB 1969.²⁵⁴

In figuur 3 hieronder is een veel voorkomende structuur in nationale structuren geschetst:



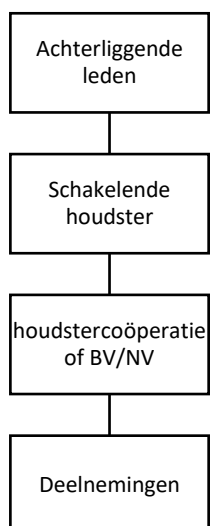
De coöperatie zorgt er in dit geval voor dat er geen dubbele belastingheffing plaatsvindt. Doordat de deelnemingsvrijstelling in deze constructie van toepassing is, is dit een belangrijk motief in de nationale structuur.

6.5.2 Internationale structuren

In de internationale structuren kan een coöperatie ook een middel zijn om de belastingheffing te verminderen. Door middel van het hebben van een reële coöperatie kan de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting achterwege blijven. Daar waar kapitaalvennootschappen zowel VPB- en DB plichtig zijn, is de coöperatie alleen VPB verschuldigd. Deze coöperaties kunnen in internationale structuren een bepaalde vorm krijgen.

²⁵⁴ J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80, onderdeel 3, blz. 2.

Figuur 4:



In figuur 4 zijn de achterliggende leden gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten. De schakelende houdster voldoet aan de minimum substance eisen. In deze situatie is er geen sprake van een kunstmatige constructie of een reeks van constructies met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te ontgaan. De deelnemingen drijven een onderneming. In dit voorbeeld worden zowel de coöperatie als de BV/NV als inhoudingsplichtige aangemerkt voor de dividendbelasting. Doordat er geen sprake is van misbruik kan de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965 toegepast worden.

Op het moment dat het hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van inkomstenbelasting bij een ander is, dan dient art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als vangnetbepaling om het misbruik tegen te gaan.

Het gebruik van de houdstercoöperatie in deze internationale structuur om de belastingdruk te verlagen lijkt overbodig te zijn geworden met de nieuwe wetgeving per 1 januari 2018, omdat de houdstercoöperatie al gelijkgesteld wordt met de kapitaalvennootschappen. Het enige voordeel van de houdstercoöperatie zou in deze situatie kunnen liggen in het civiele recht, dat voldoende bewegingsruimte geeft in de opzet van de statuten.

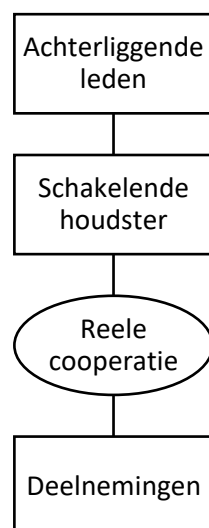
De reële coöperatie

Het gebruik van een reële coöperatie neemt alle onzekerheden weg bij het kijken of er sprake is van een misbruikssituatie of niet, oftewel een reële coöperatie zal niet in aanraking komen met de antimisbruikbepalingen van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965.

Er is sprake van een reële coöperatie indien de coöperatie van voldoende reële economische betekenis is, dit zal moeten blijken uit de gedreven onderneming die de coöperatie voert. Er dient te worden voldaan aan de relevante substance vereisten van art. 1bis Uitvoeringsbeschikking DB 1965. Zo zijn de nieuwe criteria per 1 april 2018 het loonkostencriterium en de kantooreis een aanvulling geweest.²⁵⁵ Deze verzwaring van de relevante substance eisen kunnen naar mijn mening gemakkelijk behaald worden door een houdstercoöperatie die relatief substance-arm is. Dit zou betekenen dat de houdstercoöperatie geherstructureerd wordt in een coöperatie met reële betekenis. De kosten die aan de vereisten gekoppeld zijn, zijn relatief lage kosten die gemaakt kunnen worden om uiteindelijk niet aangemerkt te worden als inhoudingsplichtige in de zin van art. 1 DB 1965. Uit de kamerstukken bleek ook dat het gebruik van tophoudstercoöperaties en coöperaties gebruikt in private-equitystructuren waarbij het balanstotaal voor meer dan 70% bestaat uit deelnemingen niet worden aangemerkt als houdstercoöperatie.²⁵⁶

Het gebruik van een reële coöperatie brengt mee dat de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 van toepassing is en dat de coöperatie niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. In vergelijking tot de kapitaalvennootschap heeft een reële coöperatie meer voordelen waardoor het gebruik van een coöperatie een effectievere rechtsvorm kan zijn.

Figuur 5:



²⁵⁵ Het loonkostencriterium houdt in dat de belastingplichtige ten minste €100.000 aan loonkosten moet hebben, dit bedrag dient vermenigvuldigd te worden met de woonlandfactor. Voor de kantooreis dient de belastingplichtige een kantoorruimte in een onroerende zaak of een deel van de onroerende zaak tot haar beschikking te hebben voor een periode van ten minste 24 maanden. Dit kantoor moet voorzien zijn van de gebruikelijke faciliteiten die benodigd zijn voor de uitoefening van de werkzaamheden.

²⁵⁶ Zie onderdeel 5.3.1 van dit stuk.

6.6 Deelconclusie

De houdstercoöperatie en de kapitaalvennootschappen zijn zoals de wetgever als doelstelling had; er is geen daadwerkelijk verschil meer in de ondernemingsvorm. Hierdoor zijn er ook geen extra fiscale motieven aan de keus voor een houdstercoöperatie of een kapitaalvennootschap. Hiermee zou kunnen worden gesteld dat de wetgever met de wetsaanpassingen het doel heeft bewerkstelligd. In de praktijk blijkt dat dit anders is. Vanwege de flexibiliteit van de coöperatie, in tegenstelling tot de kapitaalvennootschappen, is het mogelijk om dividendbelasting te ontwijken op een legale manier. Een houdstercoöperatie die voldoet aan de substance-voorwaarden wordt aangemerkt als een reële coöperatie. Die reële coöperatie brengt met zich dat een coöperatie vanaf 2018 dient te voldoen aan enkele eisen die zijn toegevoegd. Het loonkostencriterium en de kantooreis zijn toegevoegd aan de criteria om aan een reële coöperatie te voldoen. Dit zijn relatief eenvoudige eisen waar eenvoudig aan kan worden voldaan. Doordat de coöperatie aan flexibele eisen moet voldoen, die aan te passen zijn waar nodig, kan een houdstercoöperatie omgezet worden in een reële coöperatie en is die nieuwe reële coöperatie niet meer inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Het doel van de wetgever is reëel gezien mislukt, omdat het verschil in fiscaal voordeel tussen de coöperatie en de kapitaalvennootschappen simpel is te bewerkstelligen. De wetgever heeft wel een dam opgeworpen, die in de praktijk eenvoudig te omzeilen is. Dat neemt niet weg dat aan de extra eisen moet worden voldaan, waardoor er meer maatregelen moeten worden genomen om niet in aanraking te komen met de antimisbruikbepalingen. Uiteindelijk kan dus worden gesteld dat het hebben van een coöperatie als ondernemingsvorm zowel civiel als fiscaal voordelen heeft om als vorm te kiezen, omdat er per saldo minder belasting kan worden betaald. De Nederlandse coöperatie blijkt dus een effectieve rechtsvorm in internationale investeringsstructuren te zijn en te blijven.

Hoofdstuk 7: Conclusie

In het bovenstaande is nagegaan of de Nederlandse coöperatie een effectieve rechtsvorm is om te gebruiken in een internationale investeringsstructuur. Het is duidelijk geworden dat de Nederlandse coöperatie na de aanpassingen in het belastingstelsel, in het kader van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, vooralsnog een effectieve rechtsvorm is om te gebruiken in internationale investeringsstructuren. In dit onderzoek is de volgende probleemstelling geformuleerd:

“Is de Nederlandse coöperatie een effectieve rechtsvorm die te gebruiken is in de internationale investeringsstructuur en heeft de fiscale wetgeving een effectieve dam opgeworpen tegen het gebruik van coöperaties in de internationale investeringsstructuur?”

In hoofdstuk twee en drie is er gekeken naar het gebruik van de coöperatie in het civiele recht. Daarbij is onderzocht of dit een effectieve rechtsvorm is in een internationale investeringsstructuur. Het belangrijkste kenmerk van de coöperatie is dat zij zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, krachtens de gesloten overeenkomsten met haar leden in het bedrijf dat zij het doel van haar leden uiteindelijk uitoefent of doet uitoefenen. De Wet biedt de coöperatie ruimte om de statuten naar eigen inzicht in te richten. De coöperatie kan hierdoor in haar statuten afwijken van de strenge wettelijke bepalingen waaraan kapitaalvennootschappen wel dienen te voldoen. Dit maakt de coöperatie flexibel en zorgt ervoor dat een coöperatie volledig afgestemd kan worden op de wensen en omstandigheden om een structuur op te zetten.

Door de grote mate van vrijheid is het voor coöperaties ook mogelijk om andere voordelen te behalen. Daarbij moet dan worden gedacht aan functionele en organisatorische voordelen die bij de kapitaalvennootschappen niet kunnen worden behaald.

De financiering van de coöperatie kan op verschillende manieren geschieden. Het eigen vermogen inbrengen is daarbij de eenvoudigste optie. Eigen vermogen wordt dan ingebracht door leden van de coöperatie en daar hebben zij dan bepaalde zeggenschap over. Daarnaast is het voor coöperaties ook mogelijk om vreemd vermogen aan te trekken, want soms kan het rendabeler zijn om te investeren met vreemd vermogen. Het nadeel van de investering van vreemd vermogen voor de investeerder is dat diegene geen zeggenschap heeft over de ingelegde investering omdat diegene geen lid is van de coöperatie. De wet voorziet niet in zulke situaties om direct stemrecht toe te kennen aan niet-leden. Indirect is het wel mogelijk om op

basis van art. 2:38 lid 3 BW stemrecht toe te kennen aan niet-leden, maar dat brengt een bepaalde rompslomp met zich mee, waardoor vreemd vermogen aantrekken lastiger blijkt in de praktijk. De Nederlandse coöperatie is in vergelijking tot de kapitaalvennootschappen een flexibelere rechtsvorm. Dit blijkt vooral uit het feit dat de invulling van de statuten gerichter is bij de coöperatie, dan bij de kapitaalvennootschappen. Dit komt doordat de coöperatie minder gebonden is aan vaste regels met betrekking tot de invulling van die statuten. *Hierdoor is de Nederlandse coöperatie voor het civiele recht een effectievere rechtsvorm in de internationale investeringsstructuur.*

Met de invoering van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling beoogde de wetgever de fiscale gelijkstelling tussen de houdstercoöperatie en de kapitaalvennootschappen te vergroten. Daarom is in hoofdstuk vier en vijf gekeken *naar de fiscaalrechtelijke kenmerken van de Nederlandse coöperatie*. Uit hoofdstuk vier blijkt dat de leden van een coöperatie net als de kapitaalvennootschappen gebruik kunnen maken van de deelnemingsvrijstelling uit art. 13 Wet VPB 1969. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling geeft de leden tevens toegang tot het Nederlandse verdragennetwerk. Dit biedt de leden van de coöperatie fiscale voordelen in internationale investeringsstructuren.

De invoering van de wetgeving heeft tot een aanpassing van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 geleid. Dit artikel heeft betrekking op de buitenlandse AB-heffing en is ondanks de versoepeling een complex artikel, zoals blijkt uit de literatuur. De complexiteit vormt een struikelblok voor buitenlandse investeerders, omdat art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 kan leiden tot een ongewenste extra belastingheffing. Dit zou uiteindelijk ertoe leiden dat buitenlandse investeerders afzien om te investeren in Nederland. Art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 heeft een wereldwijde reikwijdte, dus indien een buitenlands lichaam of een aanmerkelijkbelanghouder deel uit maakt van een belasting ontgaansstructuur om de heffing van inkomstenbelasting te ontlopen binnen of buiten de EU, wordt die alsnog in de heffing betrokken. Uit de tekst van dit artikel blijkt dat het niet uitmaakt wat voor entiteit of persoon de belangen houdt. De meest veilige route om de AB-heffing te voorkomen is het gebruikmaken van een coöperatie met voldoende substance, oftewel een reële coöperatie.

Vervolgens is er in hoofdstuk vijf gekeken naar de dividendbelasting met betrekking tot de Nederlandse coöperatie. Aangezien het uitvoeren van de dividendbelasting een last is die de traditionele coöperatieve gedachte kan belemmeren, is de Nederlandse coöperatie in principe

niet inhoudingsplichtig. De traditionele coöperatieve gedachte is dat de coöperatie bedoeld is voor een samenwerking van ondernemers en ondernemingen om schaalvoordelen te behalen. In de dividendbelasting maakt de wetgever onderscheid tussen houdstercoöperaties en reële coöperaties. De houdstercoöperatie wordt in de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting getrokken, terwijl de reële coöperatie niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. Naar mijn mening is het terecht dat de wetgever de reële coöperaties niet heeft betrokken in de inhoudingsplicht, omdat hierdoor het bijzondere karakter van de reële ondernemerscoöperatie wordt behouden. Daarnaast kan de inhoudingsplicht van de dividendbelasting leiden tot veel administratieve lasten. Echter, ben ik het niet eens dat er ook geen inhoudingsplicht is voor tophoudstercoöperaties en coöperaties gebruikt in private-equity structuren. Dit zijn weliswaar coöperaties die voldoen aan de eisen van een reële coöperatie, maar fungeren in principe als een houdstercoöperatie. Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen reële coöperaties en houdstercoöperaties leidt tot een voorkeursbehandeling van de reële coöperatie, aangezien deze niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. De Europese wetgeving kan er wellicht nog voor zorgen dat de wetgeving omtrent de coöperaties wijzigt. Hierbij kan er dan gedacht worden aan het uitgebreider definiëren van een houdstercoöperatie en een reële coöperatie. Tophoudstercoöperaties en coöperaties gebruikt in private-equity structuren hebben vanwege het ontbreken van de inhoudingsplicht een voordeel ten opzichte van de BV en NV, zolang de coöperatie natuurlijk zodanige werkzaamheden verricht om niet aangemerkt te worden als een houdstercoöperatie. Dit wringt met de gedachte van de wetgever, omdat er in principe een ongelijkheid wordt gecreëerd tussen de coöperaties zelf en het tegengaan van het oneigenlijk gebruik van de coöperatie. Deze situatie brengt met zich mee dat de Nederlandse coöperatie een voordeel heeft ten opzichte van de kapitaalvennootschappen in internationale investeringsstructuren. De dividendbelasting kent een inhoudingsvrijstelling op grond van art. 4 Wet DB 1965. De inhoudingsvrijstelling kent per 1 januari 2018 een uitbreiding en is zowel van toepassing op de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap als het lid van een houdstercoöperatie die gevestigd is in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten. Op dit punt is het de wetgever deels gelukt om de houdstercoöperatie gelijk te stellen aan de kapitaalvennootschap. Echter, ook op dit punt is er een tegenstrijdigheid gekoppeld aan de gedachte die de wetgever heeft beoogd. Zo kan men door te voldoen aan de relevante substance voorwaarden, waar simpel aan kan worden voldaan, heel de dividendbelasting omzeilen met een coöperatie. Het voldoen aan deze voorwaarden zorgt er fiscaalrechtelijk voor dat er moeite moet worden gedaan om niet in aanraking te komen met de

antimisbruikbepalingen. Dit brengt met zich mee dat de wetgever een effectieve dam heeft opgeworpen met betrekking tot de fiscale wetgeving.

In hoofdstuk zes is naar voren gekomen in welk opzicht de coöperatie in internationale investeringsstructuren een effectievere rechtsvorm is in vergelijking tot de kapitaalvennootschappen. Voorheen bracht het hybride karakter van de Nederlandse coöperatie fiscale voordelen mee in internationale investeringsstructuren. Door middel van wetgeving, zoals de ATAD, MLI art. 4 lid 9 en 10 Wet DB 1965, worden hybride mismatches bestreden. Dit heeft ertoe geleid dat het gebruik van de Nederlandse coöperatie vanwege fiscaalrechtelijke kwalificatieverschillen minder aantrekkelijk is geworden, omdat het gewenste fiscale voordeel niet meer kan worden behaald. Het aanpassen van structuren lijkt mij niet nodig, omdat de coöperatie op andere vlakken nog voordelen kan bieden. Zo blijkt dat de flexibiliteit in het civiele recht ervoor kan zorgen dat de Nederlandse coöperatie een effectievere rechtsvorm kan zijn dan de kapitaalvennootschap in een internationale investeringsstructuur. Daarnaast blijft de Nederlandse coöperatie als tophoudster of als onderdeel van een private-equitystructuur haar fiscale aantrekkelijkheid behouden. Uit hoofdstuk vier, vijf en zes blijkt dat de Nederlandse coöperatie haar kostenbesparende functie, kijkend naar de fiscale faciliteiten, behoudt en een effectieve rechtsvorm is in een internationale structuur.

De informatie die ik door deze hoofdstukken heen heb vergaard, heeft ertoe geleid dat ik een weloverwogen antwoord kan geven op de probleemstelling. Met de invoering van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling heeft de wetgever het doel om het verschil tussen de houdstercoöperatie en de kapitaalvennootschap te verkleinen, bewerkstelligd. Dit komt doordat er geen daadwerkelijk verschil meer is in de ondernemingsvorm waardoor geen extra fiscale motieven aan ten grondslag liggen voor een houdstercoöperatie of een kapitaalvennootschap. Echter, brengt de flexibiliteit in het civiele recht voor de Nederlandse coöperatie functionele en organisatorische voordelen met zich mee. Daarnaast bieden fiscale faciliteiten kostenbesparende functies aan de Nederlandse coöperatie. Om de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting te vermijden zou een houdstercoöperatie geherstructureerd kunnen worden tot een reële coöperatie. Hoewel aan het gebruik van de reële coöperatie zowel personeel vereisten als kantoorvereisten zijn, wegen deze kosten relatief gezien minder op tegen de administratieve lasten die de inhoudingsplicht van de houdstercoöperatie heeft. Uiteindelijk kan worden gesteld dat het gebruik van de Nederlandse coöperatie als ondernemingsvorm zowel civiele en fiscale voordelen heeft om te kiezen als

rechtsvorm. De Nederlandse coöperatie blijkt dus een effectieve rechtsvorm in een internationale structuur te zijn.

Het bestaan van houdstercoöperaties in internationale structuren zal mogelijk verminderen of misschien wel verdwijnen. Het gebruik van een reële coöperatie zal toenemen om geen inhoudingsplicht te hebben voor de dividendbelasting. De wetgever zal hier wellicht nog over moeten nadenken. Hieruit blijkt dat de fiscale wetgeving een effectieve dam is voor houdstercoöperaties die gebruik maken van het oneigenlijk gebruik van de Nederlandse coöperatie in internationale investeringsstructuren. Reële coöperaties zullen altijd blijven bestaan als samenwerkingsverband in nationale structuren om door samenwerking van ondernemers en ondernemingen schaalvoordelen te behalen.

Literatuurlijst

Literatuur

- A.R.T. van Ijlzinga Veenstra & S.A. Plouvier, Private Equity-Fondsen, TFO 2018/157.1.
- Asser/Rensen 2-III, Overige rechtspersonen, 2017.
- C.J. van Zeben, Parlementaire Geschiedenis BW Boek 2, 1 juni 1962, nr.2.
- F.P.G. Pötgens, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 17 Wet VPB 1969, 2019.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, 2019.
- G.J.H. van der Sangen, De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief, TFO 2018/156.1.
- G.J.H. van der Sangen, Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness, Ondernemingsrecht 2012/81.
- G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- G.K. Fibbe & M.J.C. Vedder LL.M, Enkele beschouwingen omtrent de buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijkbelanghouders, WFR 2018/83.
- G.P. Schutz, Het aanmerkelijkbelangregime in de vennootschapsbelasting en het Nederlandse vestigingsklimaat voor hoofdkantoren, WFR 2013/80.
- H. Lohuis, Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument, TFO 2018/159.3.
- H. Vermeulen, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019.
- Internetconsultatie wetsvoorstel 'Inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', V-N 2017/27.14.
- J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A. Stevens, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, Deventer, 2015.
- J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2019.
- J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, *Belastingheffing van coöperaties (Fed Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- J.T.L. Nillesen & H.T.P.M. van den Hurk, De coöperatie in investeringsstructuren - fiscale aspecten, Ondernemingsrecht 2012/80.
- J. Vleggeert, EU-rechtelijke aspecten van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, TFO 2018/156.3.
- J. Schellingerhout, De toekomst van de Nederlandse dividendbelasting, WFR 2018/25.

M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, De kern van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2017.

N. Zaman & J.J.M. Grapperhaus, De coöperatie of de (flex-)bv als samenwerkingsvorm voor beroepsbeoefenaren, FTV 2011/50.

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

O.C.R. Marres, Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, MMB 2017/10-01.

P.C.S. van der Bijl, De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en Concerncoöperatie, Ondernemingsrecht 2010, 23.

P.G.H. Albert, Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, WFR 2017/192.

R.C.C. de Wit & H.C. Reinoud, De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129.

R.P.C. Cornelisse, Enige bespiegelingen over art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969, NTFR 2018/359.

R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Dividendbelasting, 2019.

S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (Serie Van der Heijden Instituut nr. 139) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kamerstukken

MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3

Wet van 16 juni 1988, Stb. 1988, 305, behandeld onder Kamerstukken 19775.

MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3

Kamerstukken II, 2011-12, 33 003, nr. 10

MvT, Kamerstukken II 2014/15, 21 501-07, nr. 1213

MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3

Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131

MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3

NV, Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6

NV, Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7

Wet van 16 juni 1988, Stb. 1988, 305, behandeld onder Kamerstukken 19775.

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

Brief Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2016, nr. 2016-0000224153,

Brief Staatssecretaris van Financiën van 16 januari 2018, nr. 2018-0000005143.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.

Brief Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, 2018-0000026987.

Staatssecretaris van Financiën, Pakket maatregelen vestigingsklimaat door schappen afschaffing dividendbelasting, VN 2018/56.3

Jurisprudentie

HR 17 april 1939, NJ 1939, 690 (ANP)

HR 13 januari 1966, NJ 1966, 189 (Mariahoeve)

HR 8 november 1991, 1992, 174(Nimox/van den End q.q.)

HR 6 februari 2004, 2004/67(Reinders/Didam)

HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149

HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (Dodewaard)

HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (De Schelde)

HR 12 juni 2015, NJ 2015/437

Hof Amsterdam 26 juni 1986, NJ 1987, 976

Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2001, NJ 2002/99 (Kuijpers/The Greenery).

Internetbronnen

<http://www.cooperatie.nl/actueel/oud-nieuw-cooperatie-springlevend>.