

Genoteerd



De praktijk van de inhoudingsvrijstelling
in de dividendbelasting

In deze uitgave

- Inleiding
- De wijzigingen in de inhoudingsvrijstelling op hoofdlijnen
- De rol en verantwoordelijkheid van de inhoudingsplichtige
- Praktische conclusies en aanbevelingen
- Blik op de toekomst

1. Inleiding

Per 1 januari 2018 is de Wet op de dividendbelasting 1965 (**Wet DB**) met de inwerkingtreding van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling¹ op een aantal punten gewijzigd. Deze wijzigingen zijn relevant voor Nederlandse vennootschappen en coöperaties met buitenlandse aandeelhouders of leden. Nu de dividendbelasting (toch) niet wordt afgeschaft per 1 januari 2020² blijven deze wijzigingen, in het bijzonder de nieuwe antimisbruikbepaling, van groot belang voor de (internationale) praktijk. Deze antimisbruikbepaling legt extra verantwoordelijkheid bij (de bestuurders van) de uitkerende vennootschap (*inhoudingsplichtige*), omdat deze zal moeten bepalen of de opbrengstgerechtigde (*belastingplichtige*) aan de voorwaarden van de inhoudingsvrijstelling voldoet.

In deze Genoteerd worden, mede aan de hand van casus en vraagstukken uit de praktijk, de wijzigingen in de Wet DB per 1 januari 2018 op hoofdlijnen uiteengezet.³ De voorgenomen aanpassing (per 1 januari 2019) van de regels voor invulling van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (*relevante substance*)⁴ en formele aspecten worden specifiek behandeld. De bijdrage wordt afgesloten met enkele praktische conclusies en aanbevelingen, alsmede een korte blik op de toekomst, d.w.z. de voorgestelde nieuwe conditionele bronbelasting in relatie tot laagbelastende jurisdicties.

2. De wijzigingen in de inhoudingsvrijstelling op hoofdlijnen

Met de 'Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling' is de fiscale behandeling van 'houdstercoöperaties' (§ 2.1) in de Wet DB (grotendeels) gelijkgetrokken met de

behandeling van besloten vennootschappen (bv's) en naamloze vennootschappen (nv's). Daarnaast is de inhoudingsvrijstelling uitgebreid in relatie tot (corporate) aandeelhouders in verdragslanden (§ 2.2) en is een nieuwe antimisbruikbepaling ingevoerd (§ 2.3). Bij hybride opbrengstgerechtigden (§ 2.4) spelen specifieke punten.

2.1 Houdstercoöperaties

Een coöperatie is inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting indien (i) de coöperatie kwalificeert als 'houdstercoöperatie' en (ii) één of meerdere leden een kwalificerend lidmaatschapsrecht houden. Een coöperatie kwalificeert als houdstercoöperatie indien de feitelijke werkzaamheden voor 70% of meer bestaan uit het houden van deelnemingen of het (in)direct financieren van verbonden lichamen of natuurlijke personen. Dit wordt in eerste instantie beoordeeld aan de hand van het balanstotaal, maar ook andere elementen zoals de aard van de bezittingen en schulden, omzet, activiteiten en gependeerde tijd van de werknemers zijn van belang bij deze activiteitentoets. Een niet-houdstercoöperatie is niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.⁵

Of sprake is van een houdstercoöperatie wordt bepaald aan de hand van de vraag of in het aan het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld voorafgaande jaar⁶ doorgaans aan de 70%-grens is voldaan. De toets vindt plaats op het niveau van de coöperatie, ongeacht of de coöperatie als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting.⁷ De kwalificatie als niet-houdstercoöperatie wordt in de praktijk doorgaans afgestemd met de Belastingdienst. Daarbij gelden geen vaste ("safe harbour") criteria, maar vindt een beoordeling van geval tot geval plaats, mede op basis van de hierboven genoemde elementen.

Indien een coöperatie wordt aangemerkt als houdstercoöperatie, zijn winstuitkeringen aan haar leden met een 'kwalificerend lidmaatschapsrecht' in

1 Stb, 2017, 520.

2 Brief "Heroverweging pakket vestigingsklimaat" d.d. 5 oktober 2018 van de staatssecretaris van Financiën en Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 9, Tweede nota van wijziging.

3 De wijzigingen voor de buitenlandse belastingplicht in de Wet op de vennootschapsbelasting (artikel 17, lid 3, onderdeel b en lid 5) en EU-rechtelijke aspecten van de wijzigingen in de Wet DB per 1 januari 2018 worden niet behandeld tenzij anders opgemerkt.

4 Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14-15.

5 Er moet in de praktijk rekening mee worden gehouden dat een aanmerkelijk belang in een niet-houdstercoöperatie wel kan leiden tot buitenlandse belastingplicht voor vennootschapsbelastingdoeleinden.

6 Zoals bevestigd in Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 16-18, dient voor de term jaar te worden aangesloten bij artikel 7, lid 4, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zodat hieronder wordt verstaan boekjaar, dan wel, in het geval er niet met geregelde jaarafsluitingen wordt boekgehouden, kalenderjaar.

7 Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 16-18.

beginsel onderworpen aan dividendbelasting. Onder een 'kwalificerend lidmaatschapsrecht' wordt verstaan een lidmaatschapsrecht dat recht geeft op ten minste 5% van de jaarwinst van de houdstercoöperatie of op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd. Bij deze kwantitatieve test moeten de belangen van het lid en de met dat lid verbonden natuurlijke personen en verbonden lichamen gezamenlijk in aanmerking worden genomen. Om te beoordelen of sprake is van een verbonden lichaam wordt aangesloten bij de criteria van artikel 10a, vierde tot en met zesde lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (**Wet Vpb**).⁸ Leden die onderdeel uitmaken van een samenwerkende groep maar die ieder afzonderlijk een belang van minder dan 5% houden, kunnen toch een kwalificerend lidmaatschapsrecht houden ter zake waarvan de houdstercoöperatie inhoudingsplichtig is met betrekking tot de opbrengst van zo'n lidmaatschapsrecht. Volgens de Memorie van Toelichting⁹ kan sprake zijn van een samenwerkende groep bij een 'gecoördineerde investering' met een gezamenlijk belang van meer dan 5%¹⁰, waarbij één of meer van de leden van die 'groep' individueel onder de grens van 5% blijven. Hiermee wordt bijvoorbeeld bedoeld op de situatie waarin een beleggingsmaatschappij de coördinatie op zich neemt om portefeuilielbelangen (belangen <5%) te bundelen in een houdstercoöperatie en het lidmaatschapsrecht als beleggingsproduct aanbiedt.

Als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan¹¹ kan een terugbetaling van kapitaal door bv's en nv's dividendbelastingvrij plaatsvinden. Omdat de inleggers bij een coöperatie civielrechtelijk niet goed vergelijkbaar zijn met het aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap¹² is per 1 januari 2018 expliciet in de Wet DB opgenomen dat terugbetaling van inleggers door houdstercoöperaties niet is onderworpen aan dividendbelasting.¹³ Hierbij is niet relevant of sprake is van 'zuivere winst', zoals dat wel relevant kan zijn voor

terugbetalingen van kapitaal door bv's/nv's. Het is dus van belang goed te documenteren of sprake is van terugbetaling van inleggers, of van een winstuitkering. In de praktijk is dit niet altijd eenvoudig, zeker daar waar het pré-2018 inleggers en winsten betreft van een houdstercoöperatie die voor 2018 niet inhoudingsplichtig was. Bij dergelijke houdstercoöperaties kunnen ook 'opeens' andere bepalingen uit de Wet DB een rol spelen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het 'fiscaal erkend kapitaal'¹⁴ indien aandelen in een Nederlandse bv door middel van een aandelenfusie zijn ingebracht in de houdstercoöperatie.¹⁵

2.2 Uitbreiding inhoudingsvrijstelling

De reikwijdte van de inhoudingsvrijstelling is uitgebreid van Europese Unie (**EU**) en Europese Economische Ruimte (**EER**) lidstaten naar alle landen waarmee Nederland een belastingverdrag met een dividendbepaling heeft gesloten (incl. EU-EER lidstaten).¹⁶ Daarbij is niet van belang of een verdrag Nederland toestaat dividendbelasting te heffen.¹⁷ De uitbreiding is gebaseerd op het uitgangspunt geen dividendbelasting te heffen in deelnemingsverhoudingen.

2.3 Antimisbruikbepaling¹⁸

Als wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2, Wet DB moet worden getoetst of de opbrengstgerechtigde voldoet aan de nieuwe antimisbruikbepaling van artikel 4, derde lid, onderdeel c Wet DB. Deze bepaling is in lijn met de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn (**MDR**) en de implementatie van de '*principal purpose test*' (**PPT**) uit actiepunt 6 van het BEPS-project.¹⁹ Dit brengt met zich dat de nationale antimisbruikbepaling conform de MDR moet worden uitgelegd en dat toepassing van de antimisbruikbepaling door Nederland niet wordt beperkt bij verdragen met een PPT.²⁰

8 Van een verbonden lichaam is kort gezegd sprake als (i) het lid een 1/3^e belang houdt in een lichaam, (ii) een lichaam een 1/3^e belang houdt in het lid of (iii) een derde een 1/3^e belang houdt in zowel het lid als een lichaam.

9 Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 16-18.

10 Op basis van de wettekst van artikel 1, lid 7, Wet DB, is de toets overigens 'ten minste 5%' en niet 'meer dan 5%'.

11 Artikel 3, lid 1, onderdeel d Wet DB.

12 Kamerstukken II, 34788, nr. 3 Memorie van Toelichting, blz. 18.

13 Artikel 3, lid 1, onderdeel i Wet DB.

14 Artikel 3a Wet DB.

15 Zie ook artikel 1, lid 2, Wet DB op grond waarvan kwalificerende lidmaatschapsrechten in een houdstercoöperatie voor toepassing van de Wet DB worden gelijkgesteld met aandelen in vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

16 Artikel 4, lid 2, Wet DB.

17 Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn onder de belastingverdragen met de Verenigde Staten, Canada en China.

18 De antimisbruikbepaling van artikel 4, lid 3, Wet DB is niet van toepassing op binnenlandse deelnemingsverhoudingen.

19 Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 6-9.

20 Kamerstukken II, 34853, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 28-29.

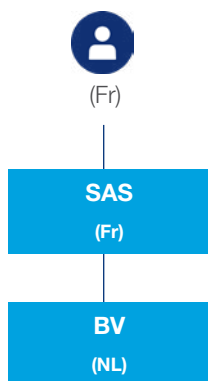
Er is sprake van misbruik indien – kort gezegd – de aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap, of lidmaatschapsrechten in een houdstercoöperatie, worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan (**subjectieve toets**) en sprake is van een kunstmatige constructie of transactie (**objectieve toets**).

2.3.1 Subjectieve toets

Aan de subjectieve toets wordt voldaan, d.w.z. er is geen sprake van misbruik, als de aandelen in de Nederlandse vennootschap niet worden gehouden met als hoofddoel of één van de hoofddoelen om dividendbelasting te ontgaan. Daarbij moet een vergelijking worden gemaakt tussen de (bestaande) situatie waarbij door de Nederlandse vennootschap een dividend wordt uitgekeerd aan de directe buitenlandse aandeelhouder en de (fictieve) situatie waarbij door de Nederlandse vennootschap een dividend zou worden uitgekeerd aan de achterligger(s) van de directe aandeelhouder (de wegdenkgedachte). Indien in de bestaande situatie minder dividendbelasting verschuldigd is dan in de fictieve situatie, is op grond van de wegdenkgedachte sprake van het ontgaan van dividendbelasting.²¹ De wegdenkgedachte wordt op digitale wijze toegepast, d.w.z. als sprake is van een voordeel wordt verondersteld dat het behalen van dit voordeel het hoofddoel of één van de hoofddoelen is. Het (daadwerkelijke) hoofddoel wordt voor toepassing van de subjectieve toets niet afzonderlijk beoordeeld. Het is de vraag of deze uitleg volledig in overeenstemming is met de tekst van de wet en met de MDR.

Het moment voor toetsing aan de hand van de zgn. wegdenkgedachte is het moment waarop het dividend wordt uitgekeerd,²² het is derhalve een dynamische toets.

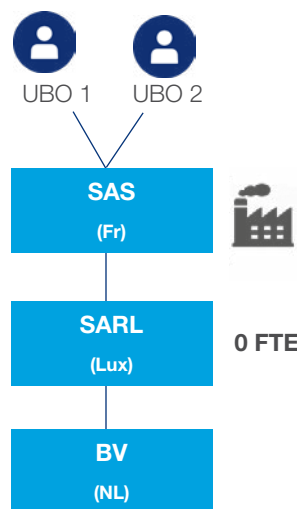
Voorbeeld 1



Een natuurlijk persoon is inwoner van Frankrijk en houdt alle aandelen in de Franse vennootschap SAS. SAS is gevestigd in Frankrijk en haar enige bezitting is een 100% belang in BV. Ter zake van dividenduitkeringen door BV voldoet SAS in beginsel aan de voorwaarden voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Voor toepassing van de subjectieve toets moet een vergelijking worden gemaakt met een uitkering door BV aan een inwoner van Frankrijk (natuurlijk persoon). Op een dergelijke uitkering mag Nederland op grond van artikel 10, lid 2, onderdeel b van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk 15% dividendbelasting inhouden. Derhalve is onder de wegdenkgedachte sprake van een belastingvoordeel en wordt niet voldaan aan de subjectieve toets. De inhoudingsvrijstelling kan dan slechts van toepassing zijn indien aan de objectieve toets wordt voldaan.

Als sprake is van een ondernemingsstructuur moet bij de toepassing van de subjectieve toets altijd worden gestopt bij de eerste materiële onderneming in de structuur. Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 2



Twee natuurlijke personen houden ieder 50% van de aandelen in de Franse vennootschap SAS. SAS is gevestigd in Frankrijk en haar enige bezitting is een 100% belang in de Luxemburgse vennootschap SARL. SARL drijft, in tegenstelling tot SAS, geen materiële onderneming. Omdat bij toepassing van de wegdenkgedachte vanuit het perspectief van BV mag worden gestopt met wegdenken bij de eerste materiële onderneming 'boven Nederland',

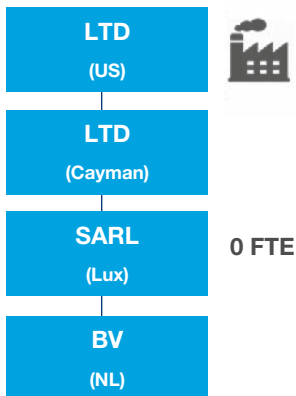
²¹ Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 6-7.

²² Kamerstukken I, 34788, nr. D, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 23 e.v. en Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 7.

moet de vergelijking worden gemaakt met een uitkering door BV aan SAS. Uitkeringen door BV aan SAS zouden kwalificeren voor de inhoudingsvrijstelling. In dit geval wordt derhalve aan de subjectieve toets voldaan.

Dat voornoemde uitleg van de subjectieve toets in sommige situaties vreemd kan uitpakken, wordt geïllustreerd in het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 3



De Amerikaanse vennootschap LTD, inwoner van de VS, drijft een materiële onderneming, terwijl de tussenliggende houdsterentiteiten (een Cayman LTD en een Luxemburgse SARL) geen materiële onderneming drijven. In dit geval wordt voldaan aan de subjectieve toets; uitkeringen van BV aan LTD (VS) zouden immers kwalificeren voor de inhoudingsvrijstelling. Indien de LTD (Cayman) echter (ook) een materiële onderneming drijft, dan wordt niet voldaan aan de subjectieve toets.

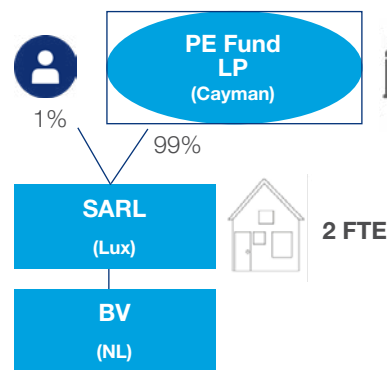
2.3.2 Objectieve toets

Aan de objectieve toets wordt voldaan indien geen sprake is van een kunstmatige constructie of transactie. Dat is het geval als de aandeelhoudersstructuur is ingegeven door geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Blijkens de Memorie van Toelichting is in ieder geval geen sprake van een kunstmatige constructie of transactie als de directe aandeelhouder een (materiële) onderneming drijft en het belang in de Nederlandse vennootschap daaraan kan worden toegerekend.²³ Een lichaam drijft een materiële onderneming indien sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die

met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer.²⁴

Er is tevens sprake van geldige zakelijke redenen als de directe aandeelhouder een zogenoemde schakelfunctie vervult en beschikt over 'relevante substance' (met als nieuwe criteria: loonkosten van meer dan € 100.000 en een eigen kantoorruimte). Van een schakelfunctie is sprake indien de tussenhoudster een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de activiteiten van haar kleindochtermaatschappij(en). Als bij een of meer indirecte aandeelhouders geen sprake is van een ondernemingsstructuur kan geen sprake zijn van een schakelfunctie.²⁵ Hieronder wordt dit geïllustreerd.

Voorbeeld 4



BV wordt voor 100% gehouden door de in Luxemburg gevestigde entiteit SARL. SARL voldoet aan de relevante substance vereisten. De aandelen in SARL worden gehouden door een private equity fonds en een natuurlijk persoon. Het private equity fonds drijft een (materiële) onderneming. Hoewel SARL beschikt over 'relevante substance' vervult SARL geen schakelfunctie, omdat 1% van de aandelen in SARL wordt gehouden door een aandeelhouder die geen onderneming drijft. De (indirecte) participatie van de natuurlijke persoon 'besmet' derhalve het geheel.

De in de Memorie van Toelichting genoemde voorbeelden om te voldoen aan de objectieve toets betreffen ondernemingsstructuren en kunnen worden gezien als "safe harbour". Als de directe aandeelhouder een materiële onderneming drijft of een tophoudster is en in het geval van een schakelende tussenhoudster met

²³ Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 7.

²⁴ Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 6-9.

²⁵ Kamerstukken I, 34788, nr. D, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 26.

relevante substance, is in ieder geval geen sprake van een kunstmatige constructie of transactie. Voorts is in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat de vraag of in een concreet geval sprake is van een ontgaansconstructie, van geval tot geval, op basis van concrete omstandigheden van het voorliggende geval, moet worden beoordeeld.²⁶ Het is echter ook denkbaar dat in een niet-ondernemingsstructuur of bijv. bij een schakelende tussenhoudster die niet voldoet aan de relevante substance vereisten, geen sprake is van een kunstmatige constructie. Het door het Europese Hof van Justitie (**HvJ EU**) gewezen arrest (Deister Holding/Juhler Holding)²⁷ biedt steun voor deze opvatting en heeft het kabinet dan ook bewogen de toepassing van de objectieve toets te gaan wijzigen.

2.3.3 Voorgenomen aanpassing per 1 januari 2019

Voor de toepassing van de antimisbruikbepaling ter zake van tussenhoudsters is het voor de praktijk een welkome aanvulling dat het kabinet het voornemen heeft artikel 1bis van de Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965²⁸ per 1 januari 2019 te wijzigen.²⁹ Deze bepaling bevat regels voor de invulling van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (relevante substance) als een belang in een in Nederland gevestigde vennootschap wordt gehouden door een schakelende tussenhoudster. Naar aanleiding van het arrest Deister Holding/Juhler Holding³⁰ bestaat het voornemen deze regels aan te vullen met een mogelijkheid om op andere wijze aannemelijk te maken dat sprake is van geldige zakelijke redenen (*aanvullende mogelijkheid*). In het arrest Deister Holding/Juhler Holding is geoordeeld dat per concreet geval alle aspecten van het betreffende geval moeten worden onderzocht en dat niet kan worden volstaan met algemene, vooraf vastgestelde criteria.

Voor de aanwezigheid van geldige zakelijke redenen onder de aanvullende mogelijkheid zijn de economische activiteiten van de tussenhoudster van belang. Deze activiteiten moeten reëel en relevant zijn in het licht

van het houden van de Nederlandse aandelen. Daarvan is geen sprake als de activiteiten slechts een ondersteunend of administratief karakter hebben. Datzelfde geldt bij het uitoefenen van activiteiten ten behoeve van de (indirecte) aandeelhouder, zoals verzekering van pensioenaanspraken.³¹

Van reële en relevante activiteiten is wel sprake als de tussenhoudster zich daadwerkelijk mengt in het beheer en bestuur van de Nederlandse vennootschap. Van dergelijke activiteiten kan bijvoorbeeld ook sprake zijn als een tussenhoudster een rol speelt bij bedrijfsopvolging of in het kader van een joint venture. Het is verder van belang dat de tussenhoudster over kantoorruimte en (eigen, ter beschikking gesteld of ingehuurd) gekwalificeerd personeel beschikt, zelfstandig beslissingen kan nemen, over voldoende eigen financiële middelen beschikt en bedrijfsrisico's loopt, een en ander passend bij de activiteiten van de tussenhoudster.³²

Er kan in ieder geval vanuit worden gegaan dat sprake is van geldige zakelijke redenen als het belang in de Nederlandse vennootschap aan het vermogen van een vaste inrichting zou kunnen worden toegerekend in het (denkbeeldige) geval dat de tussenhoudster een vaste inrichting zou zijn. De eisen uit het beleidsbesluit van 21 november 2011³³ en het beleidsbesluit van 15 januari 2011³⁴ moeten worden gehanteerd voor de toerekening.³⁵ Gelet op de strenge voorwaarden is het de vraag in hoeverre deze handreiking in de praktijk bruikbaar zal blijken te zijn.

De aanvullende mogelijkheid om geldige zakelijke redenen aannemelijk te maken geldt niet alleen voor EU/EER-tussenhoudsters, maar ook voor tussenhoudsters in derde landen. Ondanks dat de wijziging is aangekondigd per 1 januari 2019 is deze aanvullende mogelijkheid nu al relevant.³⁶ Het betreft immers EU-recht conforme toepassing van de wet. De uitlating dat de Belastingdienst in 2018 lopende verzoeken om zekerheid vooraf al

26 Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 8.

27 HvJ EU 20 december 2017 in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009.

28 Dit geldt ook voor artikel 2d van de Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

29 Kamerstukken II, 35 030, nr. 7, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14-15.

30 HvJ EU 20 december 2017 in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009.

31 Kamerstukken II, 35028, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 49-50.

32 Kamerstukken II, 35028, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 49-50.

33 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 21 november 2011, nr. DGB 2011/6870M (Stcrt. 2012, 151).

34 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M (Stcrt. 2011, 1375).

35 Kamerstukken II, 35028, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 49-50.

36 Voor de antimisbruikbepaling in artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb zou dit al vanaf 1 januari 2016 het geval moeten zijn.

zal beoordelen met inachtneming van de aanvullende mogelijkheid laat zien dat de aanvullende mogelijkheid al een rol speelt.³⁷

Het is de vraag of de hierboven genoemde aanvullende mogelijkheid slechts geldt voor schakelende tussenhoudsters in ondernemingsstructuren of ook voor andere tussenhoudsters, bijv. de persoonlijke houdstervenootschap van een 'DGA'. Op basis van de toelichting, en rekening houdend met het arrest Deister Holding/Juhler Holding, dat geen aanknopingspunten biedt voor een beperking tot ondernemingsstructuren, lijkt deze ook van toepassing op niet-ondernemingsstructuren en zou in Voorbeeld 4 (zie hierboven) wellicht een beroep hierop kunnen worden gedaan. Uiteindelijk moet van geval tot geval worden beoordeeld of sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

2.4 Hybride entiteiten

Voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling bij dividenduitkeringen door Nederlandse vennootschappen aan hybride entiteiten gelden specifieke bepalingen. Daarbij kunnen een tweetal situaties worden onderscheiden:

- i. De aandeelhouder is vanuit Nederlands fiscaal perspectief niet-transparant, maar vanuit buitenlands fiscaal perspectief transparant.
- ii. De aandeelhouder is vanuit Nederlands fiscaal perspectief transparant, maar vanuit buitenlands fiscaal perspectief niet-transparant ('*reverse hybrid*').

2.4.1 Niet-transparant vanuit NL / transparant vanuit buitenland

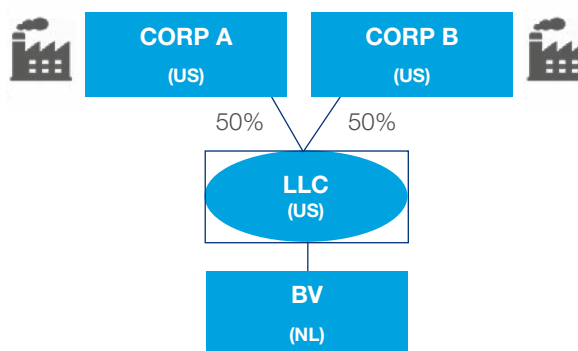
Artikel 4, lid 9, Wet DB bevat een specifieke regeling voor de situatie dat de aandeelhouder van de Nederlandse vennootschap kwalificeert als niet-transparante entiteit voor Nederlandse belastingdoeleinden, maar als transparante entiteit naar het recht waaronder de entiteit is opgericht. Op grond van deze bepaling is de inhoudingsvrijstelling van toepassing mits:

- i. ieder van de achterliggende participanten in de hybride entiteit – bij een rechtstreeks belang in de inhoudingsplichtige – individueel zou kwalificeren voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling; en

- ii. iedere participant aangemerkt wordt als gerechtigde tot de opbrengst op grond van het recht van de staat waarin die participant is gevestigd.

Deze bepaling kan worden verduidelijkt aan het hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 5



BV doet een dividenduitkering aan een naar het recht van de VS opgerichte LLC die voor Nederlandse fiscale doeleinden niet-transparant is. De VS beschouwt LLC als fiscaal transparant. Beide achterliggers (CORP A en CORP B) zouden bij een rechtstreeks belang kwalificeren voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Omdat LLC transparant is voor Amerikaanse fiscale doeleinden, worden CORP A en CORP B onder Amerikaans recht beide (voor 50%) beschouwd als de gerechtigde tot de opbrengst. In casu wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 4, lid 9, Wet DB en derhalve is de inhoudingsvrijstelling van toepassing.

Dit zou anders zijn als CORP A een belang van minder dan 5% zou houden in de LLC. In dat geval zou CORP A bij een rechtstreeks belang in BV niet voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Als CORP A een Nederlandse BV zou zijn ("BV A"), biedt artikel 4, lid 9, Wet DB evenmin uitkomst. In dat geval wordt immers niet voldaan aan de tweede voorwaarde; BV A wordt onder Nederlands fiscaal recht niet aangemerkt als gerechtigde tot de opbrengst. In beide gevallen zorgt de 'foute' participant ervoor dat de inhoudingsvrijstelling in zijn geheel niet kan worden toegepast.³⁸

³⁷ Kamerstukken II, 35030, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14-15.

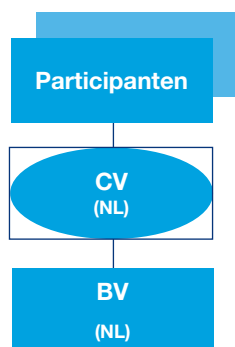
³⁸ Artikel 4, lid 9, Wet DB betreft slechts de nationale inhoudingsvrijstelling en beïnvloedt niet de toepassing van vergelijkbare verdragsbepalingen (bijv. in het verdrag met de VS (artikel 24, lid 4) en met het Verenigd Koninkrijk (artikel 22, lid 3)). Het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204M blijft eveneens van toepassing.

2.4.2 Transparant vanuit NL / niet-transparant vanuit buitenland

Artikel 4, lid 10, Wet DB ziet op de tegenovergestelde situatie, d.w.z. de aandeelhouder kwalificeert voor Nederlandse fiscale doeleinden als transparant, maar wordt vanuit het perspectief van het fiscale recht van de staat van vestiging (c.q. inwonerstaat) van de participanten als niet-transparant aangemerkt. In dat geval kan de inhoudingsvrijstelling slechts worden toegepast als de hybride entiteit in de staat van vestiging wordt beschouwd als gerechtigde tot de opbrengst en kwalificeert voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Beoogd wordt te voorkomen dat de inhoudingsvrijstelling van toepassing is op een dividend dat niet wordt 'opgepikt'.³⁹

Ter illustratie hieronder een voorbeeld, uit de Memorie van Toelichting⁴⁰, van een dividenduitkering aan een CV waarvan de belangen worden gehouden door Amerikaanse achterliggende participanten:

Voorbeeld 6



BV keert een dividend uit aan een besloten CV (naar Nederlandse fiscale maatstaven transparant). De achterliggende participanten zijn gevestigd in de VS dat de CV fiscaal als niet-transparant beschouwd. Op grond van artikel 4, tiende lid, van de Wet DB kan de inhoudingsvrijstelling worden toegepast door BV indien:

- i. CV in het land van vestiging wordt beschouwd als gerechtigde tot de opbrengst, en
- ii. CV kwalificeert voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling.

Als CV in 'het land van vestiging' niet wordt beschouwd als de gerechtigde tot de opbrengst, wordt niet aan de voorwaarden voor toepassing van de nationale inhoudingsvrijstelling voldaan.⁴¹

Overigens is de verwachting dat het gebruik van dergelijke reverse hybrid-entiteiten de komende jaren sterk zal afnemen als gevolg van de US Tax Reform⁴² en de anti-hybrid mismatch regels van "ATAD 2".⁴³

3. De rol en verantwoordelijkheid van de inhoudingsplichtige

Voor en bij het uitkeren van een dividend moet (het bestuur van) de inhoudingsplichtige vennootschap een aantal formaliteiten in acht nemen.

In de eerste plaats moet acht worden geslagen op de bepalingen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**) en de statuten van de vennootschap. Bij een bv zal doorgaans een aandeelhouders- en bestuursbesluit nodig zijn om een rechtsgeldige dividenduitkering te kunnen doen. Op grond van artikel 2:216, tweede lid van het BW heeft een dividendbesluit van de algemene vergadering van een bv geen gevolgen zolang het bestuur van de bv geen goedkeuring heeft verleend.

In de tweede plaats dient te worden voldaan aan de fiscaal-administratieve formaliteiten. Indien een inhoudingsplichtige vanaf 1 januari 2018 de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB toepast met betrekking tot een uitkering aan een buitenlandse aandeelhouder, geldt een zgn. notificatieverplichting. De inhoudingsplichtige dient binnen een maand⁴⁴ na het

³⁹ Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 27.

⁴⁰ Kamerstukken II, 34788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 26-28.

⁴¹ Artikel 4, lid 10, Wet DB betreft slechts de nationale inhoudingsvrijstelling en beïnvloedt niet de toepassing van het belastingverdrag met de VS en het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ2005/546M.

⁴² 131 Stat. 2054, *public law* 115-97, 22 December 2017.

⁴³ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017, PbEU 2017, L 144/1 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 (ATAD 1) wat betreft hybridemismatches met derde landen. Een aantal bepalingen (de 'neutraliserende maatregelen') uit ATAD 2 dient op 1 januari 2020 te zijn geïmplementeerd; de overige bepalingen (de 'belastingplichtmaatregelen') dienen op 1 januari 2022 te zijn geïmplementeerd.

⁴⁴ Indien de notificatie niet tijdig is gedaan kan de inhoudingsplichtige een verzuimboete worden opgelegd van ten hoogste € 5.278 (artikel 67ca, lid 1, onderdeel d AWR in samenhang met artikel 11, lid 11, Wet DB).

tijdstip waarop het dividend ter beschikking is gesteld een verklaring te verstrekken aan de inspecteur dat aan alle voorwaarden voor de inhoudingsvrijstelling is voldaan.⁴⁵ Dit moet worden gedaan via het formulier “Opgaaf Dividendbelasting”.⁴⁶

De inhoudingsplichtige hoeft geen dividendnota uit te reiken indien de inhoudingsvrijstelling van toepassing is.⁴⁷ De verplichting tot het uitreiken van een dividendnota kan wel gelden ten aanzien van aandeelhouders die niet kwalificeren voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling.⁴⁸ In die gevallen is de inhoudingsplichtige voorts verplicht om een aangifte dividendbelasting te doen en de verschuldigde dividendbelasting af te dragen.

3.2 Zekerheid vooraf?

Een inhoudingsplichtige kan de Belastingdienst vragen om vooraf te bevestigen dat de inhoudingsvrijstelling van toepassing is.⁴⁹ Dit geldt ook voor de vraag of sprake is van een houdstercoöperatie.⁵⁰

Indien de inhoudingsplichtige geen zekerheid vooraf heeft over de toepassing van de inhoudingsvrijstelling, maar bijvoorbeeld op basis van een pleitbaar standpunt de inhoudingsvrijstelling toepast, moet de inhoudingsplichtige zich realiseren dat de inspecteur deze positie kan betwisten. Daarbij kunnen zowel boetes als belastingrente een belangrijke rol spelen.

Als sprake is van een pleitbaar standpunt, kan geen vergrijpboete worden opgelegd. Wel kan de inspecteur een verzuimboete opleggen. Deze boete kan bestaan uit een boete voor het niet tijdig indienen van de aangifte (€ 66 tot € 131 in uitzonderlijke gevallen)⁵¹ en een boete voor het niet tijdig betalen van de verschuldigde belasting (ten hoogste EUR 5.278).⁵²

De belastingrente voor de dividendbelasting bedraagt 4% op jaarbasis. De ‘teller’ voor de belastingrente gaat lopen

op de dag volgend op het kalenderjaar waarop de te laat betaalde belasting betrekking heeft. Dat betekent dat geen belastingrente in rekening wordt gebracht indien de naheffingsaanslag wordt vastgesteld in het kalenderjaar waarop de nageheven dividendbelasting betrekking heeft. Ook wordt geen belastingrente in rekening gebracht als de naheffingsaanslag het gevolg is van een verbetering van de aangifte (suppletie), welke is gedaan binnen 3 maanden na het einde van het kalenderjaar waarop de nageheven dividendbelasting betrekking heeft. De belastingrente wordt enkelvoudig berekend over het tijdvak dat aanvangt op de dag volgend op het kalenderjaar waarop de nageheven dividendbelasting betrekking heeft en eindigt op de dag voorafgaand aan de dag waarop de naheffingsaanslag invorderbaar is.

Een belangrijk aandachtspunt voor de praktijk is het risico dat de inspecteur een naheffingsaanslag oplegt op basis van het dividendbelastingtarief, d.w.z. zonder rekening te houden met het van toepassing zijnde verdragstarief. Dit kan leiden tot zowel een cashflow nadeel als een nadeel voor wat betreft de berekening van de belastingrente.⁵³ Het zou derhalve redelijk zijn als de inspecteur de naheffingsaanslag oplegt op basis van het geldende verdragstarief.⁵⁴ Hierbij moet ermee rekening worden gehouden dat in voorkomende gevallen de PPT aan toepassing van het verdragstarief in de weg kan (komen te) staan.

4. Praktische conclusies en aanbevelingen

De wijzigingen van de Wet DB per 1 januari 2018 en in het bijzonder de toepassing van de inhoudingsvrijstelling leiden tot veel vragen voor de inhoudingsplichtige. De Belastingdienst neemt de positie in dat toepassing van de nationale inhoudingsvrijstelling prevaleert boven verdragstoepassing. Als een inhoudingsplichtige twijfelt of aan de voorwaarden voor de nationale

45 Artikel 4, lid 11, Wet DB in samenhang met artikel 1a Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965.

46 Zie: https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/opgaaf_div_belasting_div0122z2fol.pdf.

47 Artikel 9, lid 3, onderdeel a Wet DB.

48 Op grond van artikel 9, lid 3, onderdeel b Wet DB geldt ook een vrijstelling van de verplichting tot het uitreiken van een dividendnota indien de rechthebbende een aanmerkelijk belang houdt in de inhoudingsplichtige als bedoeld in hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001.

49 Kamerstukken II, 34 788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 7.

50 Kamerstukken II, 34 788, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 17.

51 Artikel 67b, eerste lid, AWR in samenhang met par. 22 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst.

52 Artikel 67c, eerste lid, AWR. Op basis van par. 23 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst is deze boete in principe beperkt tot 3% van de verschuldigde belasting (met een maximum van EUR 5.278).

53 Bruteringsaspecten worden niet behandeld.

54 Zie ook HR 9 februari 2007, nr. 43 203, BNB 2007/141.

inhoudingsvrijstelling wordt voldaan, kan deze voorzichtigheidshalve een vergunning voor toepassing van een verlaagd verdragstarief aanvragen en op basis daarvan inhouden en afdragen. In de praktijk kiezen inhoudingsplichtigen regelmatig voor deze route vanwege de beperkte “safe harbours” ter zake van de nieuwe antimisbruikbepaling. De voorgenomen aanpassing per 1 januari 2019 van de regels voor geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, vormt een welkome aanvulling en zal in sommige gevallen uitkomst bieden. Zoals opgemerkt kan deze aanvullende mogelijkheid ook ter zake van dividenden die in 2018 zijn uitgekeerd worden toegepast en lijkt deze ook van toepassing op niet-ondernemingsstructuren.

De verwachte implementatie van de PPT in veel belastingverdragen per 1 januari 2020, als gevolg van de inwerkingtreding van het MLI, zal de discussie over toepassing van de inhoudingsvrijstelling nog scherper stellen. In de Nederlandse visie bestaat immers in geval van een belastingverdrag met een PPT geen recht op een gereduceerd verdragstarief als niet aan de voorwaarden voor toepassing van de nationale inhoudingsvrijstelling wordt voldaan. Bestaande structuren dienen tegen het licht gehouden te worden en waar nodig moet (tijdig) worden gereorganiseerd. Uiteraard spelen daarbij van belang zijnde beperkingen, zoals de anti-dividendstripping maatregelen.

5. Blik op de toekomst

Op Prinsjesdag 2018 heeft het kabinet een wetsvoorstel ingediend voor de invoering van een conditionele bronbelasting op dividenden binnen concernverband naar laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties.⁵⁵ Vanwege de samenhang met het (toch) niet afschaffen van de dividendbelasting is er voor gekozen de conditionele bronbelasting op dividenden (nu) niet in te voeren en eerst de integratie van de dividendbelasting en deze conditionele bronbelasting en de gevolgen daarvan, bijvoorbeeld voor de uitvoering, te bestuderen.⁵⁶ Vooralsnog is het afwachten waar dit toe zal leiden.

Meer duidelijkheid is er over de invoering van de nieuwe conditionele bronbelasting op rente en royalty's in concernverband naar laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties. Het kabinet heeft herhaaldelijk benadrukt het voornemen te hebben deze in te voeren per 1 januari 2021. Een wetsvoorstel zal in 2019, uiterlijk op Prinsjesdag, worden ingediend.⁵⁷

⁵⁵ Kamerstukken II, 35028, nr. 2, Voorstel van Wet.

⁵⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën over de heroverweging van het fiscale pakket vestigingsklimaat d.d. 15 oktober 2018.

⁵⁷ Kamerstukken II, 35028, nr. 6, p. 25, Nota naar aanleiding van het verslag.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteurs van deze bijdrage zijn Imme Kam (imme.kam@loyensloeff.com) en Alexander Secker (alexander.secker@loyensloeff.com).

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
prof. dr. R.P.C. Cornelisse
mw. mr. E.H.J. Hendrix
mw. mr. drs. A.N. Krol
prof. mr. C.W.M. Lieveerse
mr. P.E. Lucassen
mr. W.C.M. Martens
prof. mr. W.J. Oostwouder
prof. mr. D.F.M.M. Zaman

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich