

Vergaderjaar 2015–2016

34 306

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn (Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 20 oktober 2015

Inhoudsopgave

1.	Algemeen	1
2.	Inleiding	2
3.	Mismatches	3
4.	Antimisbruikbepaling	5
5.	Budgettaire aspecten	8
6.	Artikelsgewijze toelichting	9
7.	Commentaar NOB	12
8.	Commentaar RB	18

1. Algemeen

Het kabinet heeft met interesse kennisgenomen van de vragen en opmerkingen van de leden van de fracties van de VVD, de PvdA, de SP, het CDA, D66, de PVV en de ChristenUnie.

Het kabinet is verheugd met de steun van verschillende fracties in de keuze voor een wereldwijde benadering van de implementatie van de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn (MDR). Tegelijkertijd is het kabinet zich ervan bewust dat bij de leden van de fracties van de VVD en het CDA zorgen leven over de gevolgen van de keuze voor een wereldwijde benadering op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Het kabinet heeft bij de totstandkoming van de wijzigingen van de MDR het Nederlandse vestigingsklimaat altijd als aandachtspunt gehad. Ook bij de implementatie speelt het Nederlandse vestigingsklimaat een belangrijke rol. Tegelijkertijd staat het kabinet voor de aanpak van misbruik en hecht het veel waarde aan voortgang in de internationale samenwerking tegen misbruik. Het kabinet ziet zich hier voor de uitdaging geplaatst om misbruik op zodanige wijze te bestrijden dat het reële bedrijfsleven daarvan zo min mogelijk hinder ondervindt en het stelsel voor de Belastingdienst uitvoerbaar blijft. Het kabinet zoekt bij het bestrijden van misbruik aansluiting bij de internationale ontwikkelingen, zoals de

ontwikkelingen in het kader van het project Base Erosion Profit Shifting (BEPS-project) van de OESO en kiest waar mogelijk voor een wereldwijde benadering.

Zo past de voorgestelde antimismatchbepaling binnen het uniform-wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling, zonder onderscheid tussen deelnemingen in de EU of de EER en daarbuiten. Wanneer de aanpak van misbruik zich zou beperken tot de EU, kunnen kunstmatige constructies eenvoudig verplaatst worden naar derde landen. Het kabinet is verheugd dat de leden van de fracties van de PvdA, het CDA en de SP deze keuze uitdrukkelijk onderschrijven. De maatregel sluit in deze vorm dan ook aan bij de voorstellen van de OESO ten aanzien van de behandeling van hybride financiële instrumenten in het kader van het BEPS-project. Dit in reactie op een vraag van de leden van de fractie van de PvdA en de leden van de fractie van de SP.

Voor zover bekend kiezen de meeste andere EU-lidstaten, waaronder het Verenigd Koninkrijk, België, Duitsland en Frankrijk, net als Nederland, voor een wereldwijde toepassing van de bepaling. Luxemburg beperkt de toepassing van de antimismatchbepaling tot de EU. Dit in reactie op een vraag van de leden van de fractie van de PvdA. Het is niet aan het kabinet om commentaar te geven op de keuze van andere lidstaten maar het kabinet constateert wel dat Nederland niet uit de pas loopt met andere belangrijke lidstaten.

Zoals in de brief van 1 december 2014 is aangegeven, is het doel van de algemene antimisbruikbepaling om kunstmatige constructies de voordelen te ontzeggen van de MDR.¹ Dit betekent dat naar verwachting het reële bedrijfsleven niet wordt geraakt. Het kabinet gaat er vanuit dat het onderhavige wetsvoorstel geen afbreuk doet aan het beleid om het aantrekken van reële activiteiten te bevorderen respectievelijk activiteiten voor Nederland te behouden. In aanvulling hierop kan juist gesteld worden dat het kabinet een scherpere lijn aanbrengt tussen reële activiteiten en kunstmatige constructies. Dit past bij het streven van het kabinet om de capaciteit van de Belastingdienst in te zetten voor ondernemingen met substance. Ten slotte geldt voor beide maatregelen dat wanneer de aanpak zich zou beperken tot de EU, een verlegging naar derde landen optreedt. En waarom zou misbruik of onwenselijk gebruik binnen de EU wel maar via derde landen niet moeten worden bestreden? Het kabinet vindt een dergelijk onderscheid moeilijk uit te leggen.

Hierna wordt bij de beantwoording van de vragen zo veel mogelijk de volgorde van het verslag aangehouden, met dien verstande dat gelijklopende of in elkaars verlengde liggende vragen tezamen zijn beantwoord. De leden van de fractie van het CDA vragen in te gaan op de vragen en opmerkingen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) en het Register Belastingadviseurs (RB). Daar waar de leden van één of meer fracties een gelijklopende vraag hebben gesteld, worden met de beantwoording daarvan de betreffende vragen van de NOB en het RB mede als beantwoord beschouwd. De overige vragen van de NOB en het RB worden van een reactie voorzien aan het slot van deze nota.

2. Inleiding

De leden van de fractie van de PvdA vragen om een bevestiging dat de voorgestelde maatregelen per 1 januari 2016 ingaan en tevens vanaf die datum zien op bestaande structuren. Dat kan het kabinet bevestigen.

De leden van de fractie van de PVV vragen waarom de richtlijn niet kan worden gebruikt om het hoofd te bieden aan misbruik. In de MDR zijn nu twee maatregelen opgenomen die zijn gericht tegen misbruik. De richtlijn wordt dus gebruikt om misbruik tegen te gaan.

¹ Kamerstukken II 2014/15, 25 807, nr. 80.

De leden van de fractie van de PVV vragen of er een toetsing heeft plaatsgevonden of de wijziging van deze richtlijn wel in overeenstemming is met het primaire gemeenschapsrecht. Zowel de Juridische Dienst van de Raad als de Europese Commissie hebben geconcludeerd dat beide maatregelen in de MDR in overeenstemming zijn met het primaire EU-recht.² Uiteindelijk is het aan het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) om te bepalen in hoeverre Europeesrechtelijke of daarop gebaseerde nationale maatregelen in overeenstemming zijn met het primaire EU-recht.

3. Mismatches

De leden van de fractie van de PvdA vragen waarom er niet is gekozen voor een aftrekbeperking in de lidstaat van de betalende vennootschap, in plaats van te kijken naar de ontvangende vennootschap. De relevante bepaling in de MDR die wordt gewijzigd, is gericht op de behandeling van ontvangen dividenden in de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd. De MDR bevat geen bepalingen die zien op de winstbepaling bij de dochtermaatschappij. De moedermaatschappij is de ontvangende vennootschap. Het wegnemen van de mismatch via de MDR is dus binnen de bestaande systematiek alleen mogelijk door een maatregel in te voeren op het niveau van de moedermaatschappij.

De leden van de fractie van de SP vragen of het tegengaan van mismatches ook in de praktijk zal leiden tot heffing op winsten die in andere landen aftrekbaar zijn. Met andere woorden, in hoeverre zal dubbele niet-heffing ten aanzien van geldverstrekkingen ook in de praktijk worden beëindigd? Met de voorgestelde bepaling zal dubbele niet-belasting als gevolg van kwalificatieverschillen inderdaad worden weggelaten.

De leden van de fractie van de SP vragen of door het wetsvoorstel ook mismatches als gevolg van verschillen in transfer pricing worden bestreden. De leden van de fractie van het CDA vragen in het verlengde hiervan of het kabinet uiteen kan zetten hoe het leerstuk van de onzakelijke lening zich verhoudt tot de beperking van de deelnemingsvrijstelling bij hybride leningen. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen of het de bedoeling is dat bij een verschillende toepassing van het arm's length beginsel dan wel door toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening in bepaalde gevallen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt uitgesloten. Ook de NOB gaat hier in haar commentaar op in. Het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet Vpb 1969) ziet niet op mismatches die het gevolg zijn van een verschillende verrekenprijbenadering. Het voorgestelde artikel ziet op mismatches die het gevolg zijn van het karakter van het instrument. Hierdoor beoordeelt de ene staat de ter zake van de op de hybride verstrekking betrekking hebbende vergoeding of betaling naar hun aard anders dan de andere staat. De voorgestelde bepaling is van toepassing op vergoedingen of betalingen die naar hun aard aftrekbaar zijn. Richtlijn 2014/86/EU noch de implementatie daarvan is bedoeld om een principiële wijziging aan te brengen in de behandeling van hetgeen meer aan vergoedingen wordt ontvangen als gevolg van een afwijking in de verrekenprijbenadering.

De leden van de fractie van het CDA vragen waarom het kabinet mogelijke dubbele belasting aanvaardt door geen deelnemingsvrijstelling toe te

² Zoals ook opgemerkt in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 4 december 2014, Kamerstukken II 2014/15, 25 087, nr. 89, blz. 6.

staan indien een algemene renteaftrekbeëpaling van toepassing is bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden. Deze leden verzoeken om de deelnemingsvrijstelling alleen uit te sluiten voor de rente die daadwerkelijk in aftrek is gekomen. De leden van de fractie van de PVV stellen een vergelijkbare vraag. Het kabinet vindt het aanknopen bij de daadwerkelijke aftrek onwenselijk. De rente op een «gewone» (niet-hybride) schuldvordering die bij de schuldenaar in een ander land in aftrek wordt beperkt op grond van een algemene, generiek werkende aftrekbeperking wordt in Nederland ook in de heffing betrokken. Het kabinet ziet niet in waarom de rente op een hybride schuldvordering tussen gelieerde partijen gunstiger zou moeten worden behandeld dan de rente op een gewone schuldvordering, te meer nu de wijzigingen in de MDR juist bedoeld zijn om constructies met hybride schuldvorderingen tegen te gaan.

Daar komt bij dat een dergelijke regeling zeer lastig uitvoerbaar zou zijn. Bedacht moet worden dat vennootschappen in de praktijk een grote variatie aan schulden, zowel «gewone» (niet-hybride) als hybride, kunnen hebben. Het zou niet alleen ingewikkeld en arbitrair zijn maar ook een grote extra uitvoeringslast met zich brengen als bepaald zou moeten worden op welk deel van de rente die een in het buitenland gevestigde vennootschap in totaal verschuldigd is, een generiek werkende aftrekbeperking ziet en hoe deze aan een concrete rentebetaling moet worden toegerekend. Bovendien kan de schuldenaar de niet-aftrekbare rente in voorkomende gevallen in een later jaar alsnog in aftrek brengen.

De leden van de fractie van het CDA vragen waarom meegekocht dividend of meegekochte rente zou moeten worden belast. Bij de vervreemding van een als schuldvordering aangemerkte deelneming zal bij de debiteur het door de vervreemder behaalde vervreemdingsvoordeel in beginsel niet tot een aftrek bij de debiteur leiden. De vervreemdingsvoordelen vallen daarnaast bij de vervreemder in Nederland onder de deelnemingsvrijstelling. De koper zal, als ook bij hem de schuldvordering als deelneming kwalificeert, de schuldvordering voor de koopprijs activeren op zijn balans. Indien in de verkoopprijs een meegekocht dividend of meegekochte rente is begrepen, zal het dividend of de rente bij ontvangst door de koper worden afgeboekt op de verkrijgingsprijs van die deelneming. Zonder de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 zou – als de rente of het dividend bij de betalende vennootschap in aftrek kan worden gebracht – bij de ontvanger geen heffing plaatsvinden. Dat betekent dat bij een mismatch helemaal geen heffing plaatsvindt, noch bij de debiteur, noch bij de verkoper of koper. Dit is niet wenselijk. Daarom is bepaald dat voor zover dit meegekochte dividend of die meegekochte rente aftrekbaar is, het meegekochte dividend of de meegekochte rente bij de verkrijger tot de winst gerekend dient te worden. Hiermee wordt de aftrekbare vergoeding of betaling belast bij degene die deze ook ontvangt.

De leden van de fractie van het CDA vragen het kabinet om te bevestigen dat de voorgestelde maatregel voor mismatches niet geldt voor bewuste voordelen en faciliteiten van het fiscale stelsel van het andere land. Voorts vragen deze leden of de voorgestelde bepaling zo uitwerkt dat de Braziliaanse allowance for corporate equity in Nederland wordt belast. Het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is van toepassing op vergoedingen of betalingen die naar hun aard in het land van de dochtermaatschappij in aftrek kunnen worden gebracht, zoals het geval is bij de betalingen waarop het Braziliaanse allowance for corporate equity regime van toepassing is. Deze betalingen kunnen in Brazilië rechtstreeks in aftrek worden gebracht op de winst. Of de aftrek in een ander land «bewust» is toegekend, is niet relevant.

De leden van de fractie van het CDA vragen of de voorgestelde maatregel terugwerkende kracht heeft door het buiten werking stellen van de regelcompartimentering. Uitgangspunt bij (fiscale) wetswijzigingen is onmiddellijke werking, waarbij de nieuwe regels vanaf hun inwerking-treding ook van toepassing zijn op bestaande situaties en structuren. Door het buiten werking stellen van de regelcompartimentering worden voordelen uit hybride leningen die zijn aangegroeid voor 1 januari 2016 en na die datum worden genoten, in de heffing betrokken voor zover de desbetreffende vergoedingen of betalingen in aftrek kunnen worden gebracht bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden. Dit is in lijn met Richtlijn 2014/86/EU. Van formeel terugwerkende kracht is dan ook geen sprake.

4. Antimisbruikbepaling

De leden van de fractie van de PvdA vragen welke eisen worden gesteld aan het lichaam dat een aanmerkelijk belang houdt in een Nederlandse vennootschap of coöperatie. Er moet worden getoetst of het aanmerkelijk belang gehouden wordt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van Nederlandse inkomsten- of dividendbelasting en of de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen. Van geldige zakelijke redenen is sprake als deze worden gereflecteerd in de substance van de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt. Van geldige zakelijke redenen is in ieder geval sprake indien de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt een materiële onderneming drijft en het aanmerkelijk belang ook functioneel tot zijn ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Indien de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt, geen materiële onderneming drijft, kan er toch sprake zijn van geldige zakelijke redenen als deze vennootschap als tussenhoudster een schakelfunctie vervult. De geldige zakelijke redenen zullen bij de tussenhoudster tot uitdrukking moeten komen in de aanwezigheid van substance.

Bij coöperaties geldt alleen een inhoudingsplicht voor de dividendbelasting indien het lidmaatschapsrecht niet tot het ondernemingsvermogen behoort van het lid en de coöperatie zelf geen reële betekenis heeft. De coöperatie zal in beginsel geen zelfstandige economische betekenis hebben als deze geen onderneming drijft, dat wil zeggen geen duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winst oogmerk deelneemt aan het economische verkeer. Als een coöperatie mensen op de loondienst heeft staan en beschikt over een kantoorruimte, is dat een relevante aanwijzing voor het drijven van een onderneming.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of de substance-eisen ook worden gesteld als de (lege) tussenhoudster evident niet is tussengeplaatst met als reden om de dividendbelasting of aanmerkelijkbelangheffing te ontwijken, bijvoorbeeld omdat Nederland ook met het land van de tophoudster daarboven een verdrag heeft dat voorziet in een 0% tarief. Het kabinet kan bevestigen dat geen sprake is van het houden van een aanmerkelijk belang met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van dividendbelasting indien inhouding van Nederlandse dividendbelasting, bijvoorbeeld op basis van een bilateraal belastingverdrag, reeds volledig achterwege mag blijven zonder tussenschakeling van het buitenlands lichaam dat een rechtstreeks aanmerkelijk belang houdt in een in Nederland gevestigd lichaam.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of er reden is te veronderstellen dat door het eisen van te veel substance bij het lichaam dat het belang houdt in de Nederlandse vennootschap juist substance kan wegtrekken uit Nederland. De regeling voor het buitenlands aanmerkelijk belang in de vennootschapsbelasting (buitenlandse AB-regeling) is

bedoeld om bepaalde ontgaansconstructies tegen te gaan. Het gaat dan met name om de bundeling van portfoliobelangen (belangen van minder dan 5%) van buitenlandse beleggers in Nederlandse (beurs)vennootschappen teneinde Nederlandse dividendbelasting te ontgaan (bundelingstructuren), beleggingstructuren waarbij Nederlandse lichamen door buitenlandse beleggers als «doorstromer» worden gebruikt om buitenlandse belasting te ontgaan en structuren waarbij door buitenlandse eigenaren van actieve (dochter)ondernemingen in binnen- en buitenland een Nederlandse houdster wordt gebruikt om buitenlandse belasting te ontgaan. De laatste groep betreft zowel buitenlandse DGA's als zogenoemde «family offices». Het argument dat door de buitenlandse AB-regeling en het eisen van te veel substance bij de aanmerkelijkbelanghouder, juist substance kan wegtrekken is met name gelegen in de derde categorie, de buitenlandse DGA's en family offices. In deze gevallen zou door de bestaande regels kunnen worden gestimuleerd om in de vennootschap «boven» Nederland voldoende substance op te bouwen in plaats van «in» Nederland. Dit betreft slechts een beperkt aantal gevallen met een beperkte (potentiële) aanwezigheid in Nederland zodat de verwachting is dat deze eis niet ten koste van potentiële werkgelegenheid in Nederland zal gaan. Daarbij moet worden bedacht dat het eisen van minder substance «boven» Nederland dan nu wordt geëist, zou betekenen dat deze antimisbruikmaatregel in de genoemde misbruiksituaties niet langer zou kunnen worden toegepast. Dit zou kunnen leiden tot een substantiële derving van de dividendbelasting. Voorts zou Nederland een doorstroomland voor beleggingsopbrengsten kunnen worden.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of er Europese coördinatie is met betrekking tot substance-eisen. In beginsel is het de bevoegdheid van de lidstaten zelf om substance-eisen te stellen. Bij de toetsing van specifieke belastingmaatregelen aan de Europese Gedragscodegroep voor bedrijfsbelastingen (Code of Conduct for business taxation) wordt echter wel gekeken of de belastingvoordelen ook worden toegekend als er geen sprake is van enige daadwerkelijke economische activiteit of substantiële economische aanwezigheid in de lidstaat die deze belastingvoordelen biedt. Als wordt vastgesteld dat van onvoldoende substance sprake is, kan de Gedragscodegroep de lidstaat er door middel van «peer pressure» toe bewegen de belastingmaatregel in te trekken of aan te passen. In die zin oefenen de lidstaten wel druk op elkaar uit om substance-eisen op te leggen en toe te passen.

De leden van de fractie van de PvdA vragen hoe substanceregels in bijvoorbeeld Luxemburg, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk worden geïnterpreteerd. Het is nog niet bekend of en zo ja welke substanceregels deze landen hebben.

De leden van de fractie van de SP vragen of het klopt dat de substance voor toepassing van de antimisbruikbepaling afwijkt van de wijze waarop deze in het kader van dienstverleningslichamen wordt getoetst. Deze leden vragen waarom hiervoor is gekozen. De voorwaarden komen in beide gevallen in grote mate overeen. Voor de toepassing van de antimisbruikbepaling wordt ook een financieringseis gesteld. De substancetoetsing voor toepassing van de antimisbruikbepaling zijn ontleend aan de eisen als bedoeld in paragraaf 8a van het ATR-besluit³ aangezien het hier om tussenhoudsters gaat en niet om dienstverleningslichamen.

³ Besluit DGB 2014/3099 Stcrt. 2014, 15956.

De leden van de fractie van het CDA vragen in te gaan op het verzoek van de redactie van Vakstudie Nieuws in haar aantekening bij onderhavig wetsvoorstel om het oordeel van de Belastingdienst dat de antimisbruikbepaling wel of niet van toepassing is vast te stellen bij voor bezwaar vatbare beschikking. Ook de leden van de fractie van de PVV vragen naar de mogelijkheid van een voor bezwaar vatbare beschikking. De mogelijke toepassing van de buitenlandse AB-regeling komt in het gros van de gevallen uitsluitend in vooroverlegsituaties ter sprake. Het is nodig noch wenselijk om de uitvoering te belasten met de mogelijkheid een voor bezwaar vatbare beschikking aan te vragen. Bij vooroverleg bestaat geen bezwaarmogelijkheid. Wel staat op een later moment bezwaar tegen de aanslag open.

De leden van de fractie van het CDA vragen een aantal voorbeelden van geldige zakelijke redenen en een aantal voorbeelden zonder geldige zakelijke redenen. Voor de toepassing van de buitenlandse AB-regeling is sprake van geldige zakelijke redenen indien de buitenlandse vennootschap die het belang in de Nederlandse vennootschap houdt een materiële onderneming drijft en het aanmerkelijk belang ook functioneel tot zijn ondernemingsvermogen behoort. Van geldige zakelijke redenen is ook sprake als de vennootschap die het belang rechtstreeks houdt zelf geen materiële onderneming drijft, maar wel een schakelfunctie vervult en er voldoende substance aanwezig is. 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). Van geldige zakelijke redenen is geen sprake als het aanmerkelijk belang ter belegging wordt aangehouden. Van geldige zakelijke redenen is ook geen sprake als de tussenhoudster die een schakelfunctie vervult niet over voldoende substance beschikt. Dit is bijvoorbeeld het geval als er in het land van vestiging van de tussenhoudster geen bestuurders zijn aangesteld.

De leden van de fractie van het CDA vragen of het kabinet situaties ziet waarin het aanmerkelijk belang wel tot het ondernemingsvermogen behoort, maar functioneel niet tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Een belang wordt geacht functioneel niet tot het ondernemingsvermogen te behoren als het houden van het belang geen band heeft met het drijven van een onderneming van de aanmerkelijkbelanghouder.

De leden van de fractie van het CDA vragen van welke landen bekend is dat zij de MDR beperkter zullen invoeren. Van de in de MDR opgenomen antimisbruikbepaling is niet precies bekend hoe andere lidstaten deze gaan implementeren en uitleggen. Wel herhaalt het kabinet zijn intentie om tijdens het aangekondigde EU-raadsvoorzitterschap van Nederland in de eerste helft van 2016 te bezien of, met inachtneming van het OESO-werk op dit punt, verdere aanpassing of aanvulling van de richtlijn nodig is. Tevens merkt het kabinet op dat sommige lidstaten, anders dan Nederland, al een algemene antimisbruikbepaling in de wet hebben staan. Deze lidstaten zullen dus niet overgaan tot implementatie van de antimisbruikmaatregel.

De leden van de fractie van het CDA constateren dat antimisbruikmaatregelen met verdergaande consequenties dan de richtlijn, zeker als daar in individuele gevallen dubbele belasting uit volgt, een soort unilaterale maatregelen zijn en vraagt het kabinet op deze constatering te reageren. Het kabinet heeft steeds uitgesproken dat belastingontwijking door multinationals een internationaal probleem is dat in internationaal verband moet worden aangepakt. Eenzijdige maatregelen van Nederland lossen het probleem niet op en kunnen ten koste gaan van de positie van

Nederland als vestigingsland. De in de MDR opgenomen antimisbruikmaatregel is vanzelfsprekend een maatregel die in Europees verband tot stand is gekomen. Het kabinet heeft er bij de implementatie van deze maatregel voor gekozen de antimisbruikmaatregel zowel in EU- als in niet-EU-situaties toe te passen. Immers, het kabinet vindt dat misbruik, in dit geval het ontgaan van dividend- en inkomstenbelasting, in beide situaties moet worden bestreden. Het tegengaan van het ontgaan van bronbelasting op dividenden door middel van substanceloze vennootschappen is ook een van de onderdelen van het BEPS-project van de OESO. Het kabinet is het in zoverre niet met de leden van het CDA eens dat hier sprake is van een eenzijdige maatregel. Verder vindt het kabinet het moeilijk voorstelbaar dat er dubbele belasting zou ontstaan als gevolg van de toepassing van de buitenlandse AB-regeling.

De leden van de fractie van het CDA vragen of de substance voor de antimisbruikbepaling getoetst moet worden per vennootschap of voor alle vennootschappen van een groep in Nederland tezamen. De substance dient getoetst te worden bij de in het buitenland gevestigde directe houder van het aanmerkelijk belang in de in Nederland gevestigde vennootschap. De aanwezigheid van andere vennootschappen van een groep in Nederland doet bij de beoordeling niet ter zake.

De leden van de fractie van het CDA vragen of naar het oordeel van het kabinet sprake kan zijn van misbruik als sprake is van subholdings in Nederland zonder eigen directe substance met een topholding in Nederland met meer dan voldoende substance. In het geval een Nederlandse vennootschap een dividend uitkeert aan een buitenlandse vennootschap, is het voor de toepassing van de voorgestelde antimisbruikbepaling niet van belang of er in Nederland sprake is van tussenhoudsters zonder enige substance met een tophoudster met voldoende substance. In het geval het zou gaan om een betaling aan een Nederlandse vennootschap is het ter beoordeling aan het bronland of sprake is van misbruik.

De leden van de fractie van het CDA vragen hoe de algemene antimisbruikbepaling zich verhoudt tot fraus legis. Het leerstuk van fraus legis blijft staan naast de algemene antimisbruikbepaling. Een inspecteur kan zich dus, in daartoe aanleiding gevende gevallen, beroepen op zowel het leerstuk van fraus legis als de antimisbruikbepaling.

5. Budgettaire aspecten

De leden van de fracties van de PvdA en de SP vragen om een nadere toelichting van de geraamde structurele opbrengst van € 10 miljoen van dit wetsvoorstel. De leden van de fractie van de SP vragen naar het aantal hybride mismatches en de belastinginkomsten die Nederland als gevolg daarvan misloopt. De leden van de fractie van de PvdA merken hierbij op dat de OESO uitgaat van een jaarlijkse budgettaire derving van 4%-10% door BEPS. De leden van de fractie van het CDA vragen of in de raming ook rekening is gehouden met eventuele nadelige gevolgen van onderhavig wetsvoorstel, zoals gederfde inkomsten en minder investeringen door negatieve gedragseffecten. Deze leden verwijzen hier mede naar een aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws, die verwacht dat bedrijven door de onduidelijkheid zullen kiezen voor concentratie in een grote lidstaat en dus niet in Nederland. Deze leden willen graag een reactie hierop. Op grond van de antimismatchbepaling moet de moedermaatschappij de genoten vergoeding over de vermogensverstrekking aan haar dochter in de heffing betrekken voor zover die vergoeding, direct of indirect, bij de dochteronderneming in aftrek kan komen. Dit betekent dat de deelnemingsvrijstelling wordt uitgesloten voor dergelijke vergoe-

dingen. Over het algemeen is het lastig om de omvang van deze vergoedingen in kaart te brengen omdat hiervoor specifieke informatie nodig is over de aard van de geldverstrekking tussen de moedermaatschappij en de dochteronderneming. Inzicht in de contractuele relatie zou hierbij onontbeerlijk zijn. Voor de antimisbruikmaatregel is het opstellen van een raming zo mogelijk nog moeilijker aangezien het daarbij noodzakelijk is om na te gaan of sprake is van het ontgaan van belastingheffing. Daar komt bij dat de antimisbruikmaatregel zo is vormgegeven dat het reële bedrijfsleven naar de mening van het kabinet niet wordt geraakt. Vanwege deze moeilijkheden is voor de implementatie van beide wijzigingen in de MDR een gezamenlijke budgettaire opbrengst van circa € 10 miljoen geraamd. Het kabinet acht dit een voorzichtig geschatte en daardoor reële opbrengst. Hoewel de implementatie van de MDR door andere lidstaten op termijn vanwege gedragseffecten gevolgen zou kunnen hebben voor de Vpb-opbrengsten in Nederland, is dat voor het lastenkader niet relevant. Bovendien zou het effect daarvan niet zijn te kwantificeren.

De door de OESO in het kader van het BEPS-project genoemde jaarlijkse budgettaire derving is een schatting die ziet op de wereldwijde Vpb-opbrengsten en die alle BEPS-verschijnselen omvat. Hier vallen dus niet alleen mismatches met hybride instrumenten onder maar ook alle andere vormen van BEPS. Genoemde percentages zijn dus niet één op één toe te passen op één land en kunnen evenmin gerelateerd worden aan een specifieke maatregel.

De leden van de fractie van de SP vragen welke budgettaire opbrengst andere EU-lidstaten inboeken als gevolg van de implementatie van deze twee wijzigingen van de MDR. Het kabinet is niet bekend met mogelijke budgettaire opbrengsten in andere lidstaten. Dat wordt niet centraal bijgehouden. Daarnaast is de opbrengst afhankelijk van hoe een land de wijzigingsrichtlijnen implementeert in de nationale wetgeving.

6. Artikelsgewijze toelichting

De leden van de fractie van D66 vragen of het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ook geldt voor hybride instrumenten die aan derden of buitenlandse partijen worden vervreemd. De voorgestelde bepaling ziet niet op de vervreemdingsvoordelen op het hybride instrument.

De leden van de fractie van D66 vragen of er bij de verkoper van een hybride instrument sprake is van een vervangende vergoeding in de zin van artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 voor dit dividend of deze rente wanneer er bij de koper een meegekocht dividend of meegekochte rente is. Dat is niet het geval. Van een vervangende vergoeding is bijvoorbeeld sprake wanneer de belastingplichtige met behoud van het belang bij het instrument, het recht op die vergoedingen vervreemdt of een (kortdurend) vruchtgebruik vestigt.

De leden van de fractie van D66 vragen of een dividend uit een Belgische deelneming gezien de Belgische notionele interestaftrek onder het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 valt. De bepaling ziet niet op de Belgische notionele interestaftrek omdat er geen rechtstreeks verband is tussen de notionele interestaftrek en de vergoeding of betaling.

De leden van de fractie van D66 vragen of het kabinet de volgende casus wil beoordelen en vragen wanneer in dit geval sprake is van een kunstmatige constructie of een reeks van constructies in de zin van artikel 1, zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: de Wet

DB 1965). Een in het buitenland gevestigde groep investeerders wenst een andere in het buitenland gevestigde vennootschap van een derde over te nemen. Met het oog op deze overname richten de investeerders een Nederlandse coöperatie op. De coöperatie richt op haar beurt een Nederlandse vennootschap op. Vervolgens neemt de Nederlandse vennootschap de in het buitenland gevestigde vennootschap over. Onder de investeerders zitten partijen die hun belang in de Nederlandse coöperatie, al dan niet middels een schakelende houdstervenootschap, tot hun ondernemingsvermogen rekenen en partijen die dat niet kunnen. Deze structuur wordt opgezet met het oog op de voordelen van het belastingverdrag dat Nederland met het land van vestiging van de over te nemen vennootschap heeft gesloten en om Nederlandse dividendbelasting op winstuitkeringen aan de buitenlandse investeerders te voorkomen.

In de door deze leden geschetste casus moet getoetst worden of er een inhoudingsplicht geldt voor de coöperatie op grond van artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965. Eerst moet getoetst worden of er sprake is van het ontgaan van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander. In deze casus kan dat het geval zijn. Er is sprake van ontgaan indien er zonder coöperatie een inhoudingsplicht zou zijn bijvoorbeeld bij een bundeling van portfoliobelangen (belangen < 5%), tenzij de coöperatie zelfstandige reële betekenis heeft. Stel dat er geen sprake is van een bundeling van portfoliobelangen (belangen > 5% gehouden door een lichaam), dan is wellicht geen sprake van het ontgaan van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander; dat hangt af van de positie van de desbetreffende investeerder.

Indien geen sprake is van ontgaan geldt geen inhoudingsplicht op basis van artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965, ook niet ten aanzien van de leden in de coöperatie waarbij het lidmaatschaprecht niet tot het ondernemingsvermogen behoort. Indien wel sprake is van het ontgaan van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander moet er per lid worden getoetst of er sprake is van een kunstmatige constructie.

De leden van de fractie van D66 constateren dat de mogelijkheid bestaat dat er geen sprake is van een kunstmatige constructie, zodat het niet nodig is om het oogmerk voor het gebruik van de coöperatie te toetsen, ook indien de coöperatie geen zelfstandige reële betekenis heeft. Het op ledenniveau drijven van een onderneming, al dan niet via een schakelende tussenhoudster, zou dan voldoende zijn om niet te hoeven spreken van een kunstmatige constructie. Deze leden vragen hoe hiermee moet worden omgegaan indien in de geschetste casus, niet alle leden hun belang in de Nederlandse coöperatie tot hun ondernemingsvermogen kunnen rekenen. Inhouding van dividendbelasting is aan de orde als het hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing is en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen. Van geldige zakelijke redenen is sprake indien de coöperatie zelfstandige reële betekenis heeft. Indien de coöperatie geen zelfstandige reële betekenis heeft en bij de leden het lidmaatschaprecht niet tot het ondernemingsvermogen behoort, is sprake van een kunstmatige constructie.

De leden van de fractie van D66 vragen of het kabinet bereid is om de uitleg over de schakelfunctie en de benodigde substance op het niveau van de schakelende houdstervenootschap neer te leggen in een beleidsbesluit. De substance eisen zijn neergelegd in het eerdergenoemde ATR-besluit. Wat onder een schakelfunctie moet worden verstaan is aan de orde gekomen tijdens de parlementaire behandeling van de wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling in het wetsvoorstel Overige fiscale

maatregelen 2010.⁴ Een beleidsbesluit heeft in de ogen van het kabinet geen meerwaarde.

De leden van de fractie van D66 vragen of het kabinet van mening is dat bij de uitleg en de toepassing van bepalingen van de MDR, de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake antimisbruik tot richtsnoer moeten worden genomen, ook wat betreft de toepassing van de Wet Vpb 1969 en de Wet DB 1965 in relatie tot niet-EU landen. Het kabinet is dit inderdaad van mening. De jurisprudentie van het HvJ EU inzake misbruik is ontwikkeld naar aanleiding van de bepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging. De uitleg van de MDR dient te geschieden in overeenstemming met het primaire EU recht. Als het gaat om de toepassing van de Wet Vpb 1969 en de Wet DB 1965 in relatie tot niet-EU landen dan geldt hierbij dat deze in overeenstemming dient te zijn met de bepalingen in het EU-werkingsverdrag inzake het vrij verkeer van kapitaal dat ook relevant is in relatie tot derde landen. Daartoe behoort ook jurisprudentie inzake antimisbruik.

De leden van de fractie van de ChristenUnie menen dat op grond van artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 zou kunnen worden geoordeeld dat ook vervreemdingsvoordelen zijn uitgesloten voor zover in de vervreemdingsvoordelen bedragen voor gedeerde of te derven vergoedingen of betalingen zijn begrepen. Uit de laatste volzin van het zeventiende lid volgt volgens deze leden dat indien dergelijke vergoedingen of betalingen zijn begrepen in de kostprijs van een deelneming, deze vergoedingen of betalingen onder omstandigheden tot de winst moeten worden gerekend. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen in te gaan op de constatering dat de voorgestelde wettekst in dergelijke gevallen dubbele heffing lijkt mee te brengen. Genoemd onderdeel b is niet van toepassing indien het instrument in zijn geheel wordt vervreemd. Het daarmee behaalde vervreemdingsresultaat valt onder de deelnemingsvrijstelling. Het onderdeel is bijvoorbeeld wel van toepassing ingeval van de vervreemding van losse termijnen of de vestiging van een vruchtgebruik terwijl het onderliggende instrument wordt behouden. Indien onderdeel b bij de verkoper toepassing vindt, is de laatste volzin bij de koper niet van toepassing. Onderdeel b is bij de verkoper niet van toepassing op meeverkocht dividend of meeverkochte rente indien hij het instrument vervreemdt. Bij de verkrijger zal uitbetaald meegekocht dividend of meegekochte rente worden belast op grond van de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen het kabinet in te gaan op de mogelijkheid de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten voor alle voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover de voordelen in aftrek kunnen worden gebracht waarmee een aanzienlijke vereenvoudiging van de regeling kan worden bereikt en de mogelijkheid van arbitrage wordt ontgaan. Indien de deelnemingsvrijstelling zou worden uitgesloten voor alle voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover die in aftrek kunnen worden gebracht, zou moeten worden bepaald welk deel van het vervreemdingsvoordeel kan worden aangemerkt als meeverkocht dividend of rente. Immers, alleen dat deel van het vervreemdingsvoordeel ziet op een te ontvangen vergoeding die bij de debiteur in aftrek kan worden gebracht; de rest van het vervreemdingsvoordeel niet. Bij hybride instrumenten zal (de hoogte van) de toekomstige vergoedingen of de betalingen in de regel vanwege de winstafhankelijkheid niet van tevoren vaststaan. Bij een vervreemding zou dat leiden tot moeizame discussies over de hoogte van het meeverkochte dividend of de meever-

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 59.

kochte rente. De verkoper en de koper hebben hier een tegengesteld belang en zullen dus een verschillend standpunt innemen bij de waardering. De verkoper zou belang hebben bij een zo laag mogelijke waardering van dat voordeel. De koper zou belang hebben bij een zo hoog mogelijke waardering van dat voordeel omdat hij de daadwerkelijk ontvangen vergoeding tot het bedrag van het meegekochte dividend of rente dan wel van de kostprijs zou mogen afboeken. Het kabinet is dan ook geen voorstander van het voorstel van deze leden.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen een aantal voorbeelden te geven van situaties waarin vergoedingen en betalingen als bedoeld in artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 indirect in aftrek kunnen worden gebracht. Bij een indirecte aftrek kan worden gedacht aan een vergoeding op een hybride schuld die kan worden toegerekend aan een vaste inrichting van het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden en die bij de winstberekening in het land van de vaste inrichting in aftrek kan komen.

Voorts zou gedacht kunnen worden aan een systeem vergelijkbaar met de fiscale eenheid of group relief systeem waarbij de betaling feitelijk in aftrek komt bij een groepsmaatschappij en dus indirect bij de betalende vennootschap.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen of er een overgangsregeling komt voor hybride instrumenten in niet-EU-situaties. Het kabinet vindt een overgangsbepaling die erop zou zijn gericht om een situatie van aftrek zonder corresponderende heffing langer in stand te houden, niet nodig. Feitelijk zou dat een impuls kunnen geven om gedurende die overgangperiode hybride instrumenten via derde landen te structureren.

De leden van de fractie van de ChristenUnie constateren dat in de vierde volzin van artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965 verwezen wordt naar de tweede volzin. In het artikelsgewijs commentaar in de memorie van toelichting wordt ter toelichting op deze passage verwezen naar de derde volzin van het zevende lid. Deze leden vragen of dit een redactionele omissie is. Het kabinet dankt de leden van de fractie van de ChristenUnie voor de oplettendheid. Het betreft inderdaad een verschrijving. Bij nota van wijziging wordt de verwijzing in het zevende lid van genoemd artikel 1 hersteld.

7. Commentaar NOB

Voor zover het kabinet in deze nota hierop nog niet is ingegaan bij de beantwoording van de vragen van de verschillende fracties, wordt hier ingegaan op het commentaar van de NOB.

A. Artikel I, onderdeel A, van de Wet implementatie wijzigingen Moederdochterrichtlijn 2015 (artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969)

2. Dubbele belasting

De NOB vraagt waarom niet is aangesloten bij de daadwerkelijke aftrek van de vergoeding in het andere land. De NOB acht dit onrechtvaardig, ongewenst en ook onnodig en niet in lijn met de Verklaring van de Commissie aangaande de wijziging van de MDR, waarin expliciet wordt opgemerkt dat de voorgestelde wijzigingen in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de MDR niet bedoeld zijn om van toepassing te zijn indien er geen sprake is van dubbele niet-heffing of indien toepassing zou leiden tot dubbele belasting van de winstuitkeringen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen. Volgens de NOB lijkt artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 verder te gaan dan de MDR direct

vereist en is deze bepaling dus in strijd met de MDR. Op grond van het gewijzigde artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de MDR is de moedermaatschappij gehouden de uitgedeelde winst van de dochteronderneming te belasten voor zover deze *afrekbaar* is. «Aftrekbaar» betekent dat de vergoeding voor aftrek in aanmerking komt dat wil zeggen in aftrek kan worden gebracht. «Aftrekbaar» betekent niet dat de vergoeding ook daadwerkelijk is afgetrokken. Artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is dus in lijn met Richtlijn 2014/86/EU.

De NOB vraagt of artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 van toepassing is indien de rente in het land van het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden niet in aftrek komt op grond van een specifieke aftrekbeperking zoals het Nederlandse artikel 10, eerste lid, onderdeel d, of artikel 10a van de Wet Vpb 1969. Voorts vraagt de NOB te bevestigen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft indien het hybride karakter van de geldverstrekking leidt tot een herkwalificatie in het land van de betaler van de niet-afrekbare vergoeding als dividend. Indien de vergoeding of betaling op een geldverstrekking in het land van de betaler vanwege het hybride karakter wordt geherkwalificeerd, zoals in Nederland op grond van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet Vpb 1969 het geval kan zijn, kan deze vergoeding of betaling naar haar aard in dat land niet in aftrek worden gebracht en is artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 niet van toepassing bij de ontvanger. Artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is wel van toepassing op een betaling of vergoeding die naar haar aard, bijvoorbeeld als rente, in aftrek kan worden gebracht, ook als deze rente bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden op grond van een renteaftrekbeperking niet (volledig) in aftrek komt.

De NOB vraagt hoe het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 zich verhoudt tot de laatste volzin van dit lid. De NOB illustreert dit aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel BV A (binnenlands belastingplichtig) verkoopt in de positie van crediteur een hybride instrument met aangegroeide rente aan BV B waarvan de rente bij de debiteur aftrekbaar is. De NOB vraagt of deze aangegroeide rente bij BV A dient te worden belast, op de voet van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 omdat er sprake is van een betaling ter vervanging van gedeerde of te derven rente. Dat is het niet het geval. Het vervreemdingsresultaat valt bij de verkoper (BV A) onder de deelnemingsvrijstelling.

Bij BV B (eveneens binnenlands belastingplichtig), zo vervolgt de NOB, zal de uitbetaling van de rente worden belast op grond van de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 omdat voor BV B sprake is van meegekochte rente. Dat klopt voor zover het hybride instrument bij BV B op grond van artikel 13, vijfde lid, van de Wet Vpb 1969 als deelneming kan worden aangemerkt. Nu het vervreemdingsresultaat bij BV A onder de deelnemingsvrijstelling valt, is geen sprake van dubbele heffing.

De NOB vraagt of ik de analyse deel dat de koper de afgeboekte rente ook ten laste van het opgeofferde bedrag moet brengen. De laatste volzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 leidt immers niet tot verhoging van het opgeofferde bedrag. De NOB is van mening dat het opgeofferde bedrag dient te worden verhoogd met het bedrag bedoeld in de slotzin van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969. Ik deel de analyse van de NOB dat de afgeboekte rente of het afgeboekte dividend ten laste van het opgeofferde bedrag moet worden gebracht. Ik ben evenwel niet van mening dat dit betekent dat het wenselijk is dat het opgeofferde bedrag voor de liquidatieverliesregeling

moet worden verhoogd. Met het verhogen van het opgeofferde bedrag zou worden bereikt dat het belaste van de meegekochte rente of het meegekochte dividend als het ware wordt teruggenomen via een later liquidatieverlies. Een dergelijk resultaat zou indruisen tegen de bedoeling van de slotzin van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 dat de aftrekbare vergoeding of betaling bij de koper in de heffing moet worden betrokken.

3. Verband tussen aftrek en vergoeding

De NOB zou graag bevestigd zien dat artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ziet op de aftrek van de vergoeding bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden en niet op een aftrek bij een met dat lichaam verbonden lichaam. Dat kan ik niet zonder meer bevestigen aangezien artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ook van toepassing kan zijn op vergoedingen of betalingen die indirect in aftrek kunnen worden gebracht, bijvoorbeeld als de aftrek vanwege de toepassing van een «group relief» bij een ander lichaam kan worden benut dan het lichaam dat de vergoeding of de betaling is verschuldigd.

De NOB stelt voor een nieuw onderdeel toe te voegen aan het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 met als strekking dat dit lid niet van toepassing is voor zover deze voordelen bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam worden opgenomen in de grondslag van een naar de winst geheven belasting, zoals bij de toepassing van Amerikaanse CFC-regels op voordelen verkregen door Nederlandse dochtermaatschappijen. Het gaat hier om de situatie dat een Amerikaanse moeder een belang heeft in een Nederlandse vennootschap en Amerikaanse CFC-wetgeving van toepassing is op dat belang, waardoor voordelen behaald door de Nederlandse vennootschap in de belastingheffing worden betrokken bij de Amerikaanse moeder. Het kabinet neemt dit voorstel niet over. Het voorstel zou niet in overeenstemming zijn met het nieuwe artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de MDR op grond waarvan Nederland een vergoeding of betaling die door een vennootschap in Nederland wordt ontvangen in de heffing moet betrekken voor zover deze vergoeding of betaling bij de dochtermaatschappij aftrekbaar is. Of buitenlandse CFC-wetgeving van toepassing is op een belang in een Nederlandse moedermaatschappij is dan niet van belang.

De NOB vraagt te bevestigen dat de passage «rechtens dan wel in feite direct of indirect» ook ten voordele van de belastingplichtige kan werken, bijvoorbeeld indien de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat een aftrek bij de dochtermaatschappij wordt teruggenomen door een bijtelling elders in het concern. In dat geval zou er, aldus de NOB, namelijk «in feite» geen sprake van een aftrek, waardoor er geen reden is om de deelnemingsvrijstelling te weigeren. Ik kan dat niet bevestigen. Het is niet duidelijk waar de NOB concreet op doelt.

De NOB vraagt te bevestigen dat zolang een vergoeding niet betaalbaar is gesteld, maar slechts wordt bijgeschreven, deze toekomstige vergoeding niet in de heffing wordt betrokken doch pas op het moment van ontvangst dan wel verkoop van het instrument waarop de vergoeding is bijgeschreven. Voorts vraagt de NOB of een deelneming, bestaande uit aandelen en een lening die mogelijk onder de reikwijdte van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 valt, in haar geheel volgens de regels van goedkoopmansgebruik moet worden gewaardeerd en of het is toegestaan deze deelneming te (blijven) waarderen op de historische kostprijs, ook al is eventueel rente ter zake van het leningsdeel van de deelneming bijgeschreven. Voor de toepassing van de deelne-

mingsvrijstelling en dus ook voor de toepassing van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 gaat het om het moment waarop de voordelen worden genoten. Dit kan een ander moment zijn dan het moment waarop deze daadwerkelijk worden ontvangen. Als een belastingplichtige een nog te ontvangen vergoeding of betaling reeds verantwoordt door deze bij te schrijven op het leningdeel van de deelneming, dan moet de belastingplichtige ook op dat moment winst nemen.

De NOB vraagt te bevestigen dat artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 niet van toepassing is op ontvangen rente op een deelnemerschapslening indien die rente als regel niet in de vestigingsstaat van de deelneming aftrekbaar is. Dat kan ik niet bevestigen. Het gaat erom of de vergoeding of betaling in aftrek kan worden gebracht. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn in de jurisdictie waarin het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden is gevestigd.

4. Doorwerking naar/samenhang met andere bepalingen

De NOB vraagt of een deelnemerschapslening waarvan de ontvangen rente niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, als «bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is» in de zin van artikel 13l, achtste lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 moet worden aangemerkt. Dat kan ik bevestigen. Een dergelijke deelnemerschapslening blijft een bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zij het alleen op de vervreemdingsvoordelen en valutaresultaten. Ik ben echter niet voornemens te voldoen aan het verzoek van de NOB om te regelen dat dergelijke deelnemerschapsleningen niet als een deelneming in de zin van artikel 13l, achtste lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 worden aangemerkt.

De NOB vraagt of ten aanzien van de correctie van «meegekocht» dividend (op grond van de slotzin van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969) een onbelaste compartimenteringsreserve zou moeten worden gevormd nu deze correctie geen voordeel uit een deelneming is. Op grond van het voorgestelde artikel 28c, zevende lid, van de Wet Vpb 1969 wordt de compartimentering op grond van artikel 28c van de Wet Vpb 1969 buiten werking gesteld ten aanzien van alle voordelen als bedoeld in artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969. Daaronder moet ook de correctie van meegekocht dividend worden begrepen.

De NOB vraagt te bevestigen dat bedoeld is het voorgestelde artikel 28c, zevende lid, van de Wet Vpb 1969 van toepassing te doen zijn op eerst na 31 december 2015 genoten voordelen als bedoeld in artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969. Dat kan ik bevestigen. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en dus ook voor de toepassing van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 gaat het om het moment waarop de voordelen worden genoten en dit kan een ander moment zijn dan het moment waarop deze daadwerkelijk worden ontvangen.

B. Artikel I, onderdeel C, Wet implementatie wijzigingen Moederdochterraichtlijn 2015 (artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969)

6. Substance-eisen

De NOB geeft aan dat veel buitenlandse investeringsfondsen zich bedienen van rechtsvormen zoals «limited partnerships» (LP's), waarbij de LP wordt bestuurd door de General Partner (beherend vennoot). In al die gevallen past het in de rechtsvorm van dergelijke personenvennoot-

schappen om naast de General Partner nog andere lokale bestuurders aan te stellen. De NOB vraagt of op het niveau van de General Partner(s) kan worden voldaan aan de vereiste bestuurderssamenstelling als een van de substancevereisten. Het kabinet bevestigt dat op het niveau van de General Partner(s) kan worden voldaan aan de vereiste bestuurderssamenstelling.

De NOB vraagt om een toelichting op de andere substance-eisen, zoals de boekhoudingseis. De NOB vraagt of de boekhouding ook centraal kan worden gevoerd als in het land waar de schakelende vennootschap is gevestigd geen operationele onderneming wordt gedreven. Dit is niet het geval. De toezegging voor de Nederlandse situatie dat de boekhouding centraal gevoerd mag worden, geldt onder de voorwaarde dat het concern ook andere activiteiten in Nederland heeft. Dat is in de voorgelegde situatie niet het geval, er ontbreken operationele activiteiten in het land van de schakelende vennootschap. Indien er wel sprake is van operationele activiteiten in het land van de schakelende vennootschap, mag de boekhouding in dat land wel centraal gevoerd worden.

De NOB vraagt te bevestigen dat bij de beoordeling van de substance van een tussenhoudster of tussenhoudsters, de financieringsverhouding op het niveau van de tussenhoudster(s) niet relevant is (geen 85/15-eis) alsook dat de voorwaarde dat de tussenhoudster op correcte wijze aan al haar aangifteverplichtingen heeft voldaan, buiten toepassing kan worden gelaten. De 85/15 eis is wel relevant, deze wordt voor ATR-substance verlangd. Dit is te toetsen aan de hand van bijvoorbeeld de jaarstukken van de belastingplichtige. Het vereiste dat de tussenhoudster op correcte wijze aan al de aangifteverplichtingen dient te voldoen, wordt evenmin buiten toepassing gelaten. Een verklaring van de belastingplichtige dat hij aan zijn aangifteverplichtingen heeft voldaan, is in dit kader voldoende. Uiteraard kan deze verklaring wel op juistheid worden getoetst.

De NOB vraagt om een toelichting hoe de substancevoorwaarden moeten worden getoetst indien een buitenlandse tussenhoudster is opgericht naar het recht van Land X maar feitelijk is gevestigd in Land Y. De NOB gaat er vanuit dat in een dergelijke situatie de voorwaarden moeten worden getoetst in de jurisdictie waar de tussenhoudster naar Nederlandse maatstaven is gevestigd. De voorwaarden moeten worden getoetst in de jurisdictie waar de tussenhoudster feitelijk is gevestigd. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat Land Y de vennootschap ook als inwoner beschouwt. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat aan de eisen dient te worden voldaan voor het in aanmerking nemen van verzoeken tot zekerheid vooraf voor de houdsteractiviteiten. Het betreft de eisen als bedoeld in paragraaf 8a van het ATR-besluit.⁵

7. Substance per land beoordelen

De NOB vraagt of de beoordeling van substance per land, binnen dezelfde groep, kan plaatsvinden, analoog aan de benadering bij de binnenlandse substance-eisen in het kader van dienstverleningslichamen. Het voorgaande kan niet worden bevestigd. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat bij de beoordeling van de substance van de aandeelhouder wordt gekeken of het lichaam, zou het in Nederland zijn gevestigd, voldoet aan de voorwaarden voor het in behandeling nemen van een verzoek tot zekerheid vooraf voor de houdsteractiviteiten van dat lichaam.⁶ Deze opmerking moet zo worden gelezen dat de beoordeling daarvan geschiedt op het niveau van de directe aandeelhouder die het

⁵ Besluit DGB 2014/3099 Stcrt. 2014, 15956.

⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3 blz. 9.

aanmerkelijk belang houdt en niet op het niveau van het concern, dat wil zeggen op basis van de voorwaarden uit paragraaf 8a van het besluit.⁷ De voorwaarde die in dat besluit is opgenomen in paragraaf 8b heeft een andere achtergrond: de Belastingdienst zal alleen een ATR-verzoek in behandeling nemen indien de belanghebbende of de groep waartoe de belanghebbende behoort een bepaalde band met Nederland heeft. Dit kan tot uitdrukking komen door substance bij de houdstervenootschap zelf maar ook doordat de groep waartoe deze houdster behoort overige nexus met Nederland heeft. Het stellen van substancevoorwaarden betreft in die gevallen een afweging van capaciteitsinzet en geen antimisbruikregeling.

9. Ondernemingsbegrip

De NOB vraagt of de toezeggingen binnen de in de brief met kenmerk WJB 2000/452M geschetste kaders onverkort gelden en aldus kunnen worden toegepast bij de beoordeling of sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.⁸ Dit kan worden bevestigd.

C Artikel II Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn (artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965).

10. Wetstechnische punten

De NOB stelt voor de vierde volzin van het voorgestelde artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965 te schrappen omdat er na het vervallen van de ondernemingseis in de eerste volzin geen reden meer is om een uitzondering daarop op te nemen. Het kabinet heeft ervoor gekozen om zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de huidige wettekst. Genoemde vierde volzin heeft betrekking op de situatie dat een coöperatie in een structuur wordt gevoegd om een (latente) Nederlandse dividendbelastingclaim ongedaan te maken. Op dit punt is geen wijziging beoogd ten opzichte van de huidige tweede volzin van genoemd artikel.

11. Overige punten

De NOB constateert in de praktijk onduidelijkheid indien door een coöperatie een Nederlandse dochtervenootschap wordt aangekocht waarop effectief, voorafgaand aan de verkoop, geen dividendbelastingclaim rustte in de relatie met de verkoper, bijvoorbeeld vanwege de inhoudingsvrijstelling of een 0-procentstarief onder een belastingverdrag. De NOB gaat er vanuit dat in die gevallen geen sprake is van een bestaande dividendbelastingclaim en derhalve geen misbruik aan de orde is en vraagt om bevestiging dat in dergelijke gevallen de aankoop niet leidt tot het vestigen van een dividendbelastingclaim bij de verkrijgende coöperatie. Dit kan worden bevestigd voor de toepassing van de voorgestelde vierde volzin van artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965. Er is op dit vlak ook geen wijziging beoogd.

De NOB merkt op dat in de memorie van toelichting de inhoudingsplicht «is beperkt tot uitdelingen aan leden waarbij het lidmaatschapsrecht niet tot het ondernemingsvermogen behoort (...)». De NOB ziet graag bevestigd dat indien een lid naar Nederlandse maatstaven transparant is, de toets of het lidmaatschap tot het ondernemingsvermogen behoort, plaats dient te vinden op het niveau van de (niet transparante) achterliggende partij(en). De mogelijkheid dat het (transparante) lid rechtspersoonlijkheid bezit en

⁷ Besluit DGB 2014/3099, Stcrt. 2014, 15956.

⁸ Brief van het Ministerie van Financiën van 19 juni 2000, WJB 2000/452M, FutD 27 juni 2000.

juridisch als lid dient te worden beschouwd, doet hier gelet op de fiscale transparantie niets aan af. Dit kan worden bevestigd.

12. Eerbiedigende werking van reeds afgegeven Advance Tax Rulings

De NOB constateert dat het wetsvoorstel noch de memorie van toelichting spreekt over overgangsrecht. De NOB zou graag vernemen of, vanuit efficiencyoverwegingen, ATR's die zijn afgesloten onder het huidige regime, geldig blijven tot de oorspronkelijke einddatum en niet opnieuw hoeven te worden beoordeeld. De NOB vraagt om bevestiging dat de geldigheidsduur van ATR's afgegeven door de Belastingdienst met betrekking tot artikel 17 van de Wet Vpb 1969 en/of de toepassing van artikel 1, zevende lid, van de Wet DB 1965 niet zal worden geraakt door de wetwijzigingen. De NOB vraagt om een overgangsbepaling voor bestaande situaties die niet voldoen aan de nieuwe vereisten. Richtlijn 2015/121/EU laat geen ruimte voor overgangsrecht. Indien voor 1 januari 2016 reeds voldaan wordt aan de nieuwe vereisten, zullen de reeds afgegeven ATR's niet vervallen per 1 januari 2016 omdat in die gevallen geen sprake is van een relevante wetwijziging.

Voor belanghebbenden die niet voldoen aan de nieuwe vereisten zal ik in een binnenkort te publiceren beleidsbesluit vanuit efficiency-overwegingen goedkeuren dat de ontbindende voorwaarde in onderdeel 7, letter h, van het ATR-besluit⁹ (te weten: de ATR vervalt direct bij een relevante wetwijziging) van de reeds afgegeven ATR's met betrekking tot artikel 17 van de Wet Vpb 1969 en/of artikel 1, zevende lid, van Wet DB 1965, tot 1 april 2016 opgeschort wordt indien de belastingplichtige voldoet aan de volgende voorwaarden:

- belanghebbenden melden zich schriftelijk bij het APA/ATR-team in Rotterdam voor 1 januari 2016 en spreken de intentie uit voor 1 april 2016 te voldoen aan de substance-eisen; en
- belanghebbenden verklaren dat zij erkennen dat de ATR komt te vervallen per 1 januari 2016 indien niet voor 1 april 2016 aan de substance-eisen is voldaan.

Hierbij merk ik op dat dividenduitkeringen uit of vervreemdingen van het buitenlands aanmerkelijk belang of de opbrengst van het lidmaatschapsrecht in de coöperatie in de periode tussen 1 januari 2016 en het tijdstip dat aan de substance-eisen is voldaan altijd in de heffing worden betrokken.

13. Overgangsbepaling voor bestaande situaties die niet voldoen aan de nieuwe vereisten

Voor de belastingplichtige die niet voldoet aan de nieuwe vereisten, verzoekt de NOB om een step up toe te passen op de verkrijgingsprijs waarbij de waarde in het economische verkeer van de desbetreffende vermogensbestanddelen als verkrijgingsprijs in aanmerking moet worden genomen. De NOB acht een step up met betrekking tot het buitenlandse aanmerkelijk belang legitiem, aangezien er sprake is van de aanvang van de buitenlandse belastingplicht. Het kabinet deelt de mening van de NOB en bevestigt dat de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang in genoemde situaties op de waarde van het economische verkeer kan worden bepaald.

8. Commentaar RB

Het RB vraagt of de voorgestelde wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling alleen betrekking hebben op de hybride lening of ook op andere situaties.

⁹ Besluit DGB 2014/3099 Stcrt. 2014, 15956.

De voorgestelde wijzigingen hebben ook betrekking op andere situaties waarin een vergoeding of betaling ter zake van een deelneming wordt ontvangen van, en aftrekbaar is bij, het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, zoals bij een cumulatief preferent dividend dat naar zijn aard in aftrek kan worden gebracht bij de betaler daarvan. Het RB voorziet nadere problemen met de verweermogelijkheden van belastingplichtigen als een inspecteur het standpunt inneemt dat er geen sprake is van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegelt en verzoekt om een nadere toelichting.

In de memorie van toelichting is uitgelegd in welke situaties sprake is van een kunstmatige constructie en waar de verschillen zitten ten opzichte van het huidige artikel 17 van de Wet Vpb 1969. Daarmee is duidelijk binnen welke kaders de Belastingdienst dit artikel zal toepassen.

De Staatssecretaris van Financiën,
E.D. Wiebes