

Dividenden onder het nieuwe belastingverdrag met Duitsland

Winstuitkeringen zijn hét basismiddel om overtollige exploitatieresultaten aan aandeelhouders uit te keren. Dividenduitkeringen zijn meestal administratief eenvoudig, periodiek herhaalbaar en (grotendeels) belastingneutraal. Jaarlijks kruisen dus vele dividenden in beide richtingen onze oostelijke landsgrens. Het nieuwe belastingverdrag met Duitsland (2012, van toepassing: 2016) heeft een op het 2010 OESO-modelverdrag gebaseerde dividendbepaling. Het verdrag kan vermindering van bronheffing bieden tot 5% (deelnemingssituatie), 10% (pensioenfondsen) of 15% (individuele en overige) bieden. Voor een 0% tarief moeten aandeelhouders nog altijd toevlucht nemen tot de Europese Moeder-dochterrichtlijn. De ogenschijnlijk simpele standaardtekst van het verdrag zegt zeker niet alles. Het Protocol bij het verdrag speelt een belangrijke rol en moet altijd in de overweging meegenomen worden. Bovendien zijn bewegingen in beleid, uitvoeringspraktijk en (anti-misbruik)wetgeving te verwachten. Daarbij hebben de landen elk voorbehouden gemaakt die om oplettendheid en (soms) creativiteit vragen.

De hoofdlijnen van het nieuwe dividend artikel: de OESO standaard

De nieuwe dividendbepaling is van toepassing op dividenden betaald op of na 1 januari 2016. Personen kunnen kiezen de oude regels (volledig) nog één jaar toe te passen als die gunstiger zijn.

Art. 10, eerste lid stelt vast dat de woonstaat van de dividendontvanger mag heffen. Dit is de normale hoofdregel.

Art. 10, tweede lid geeft de staat van de dividendbetalende vennootschap een beperkt recht om te heffen, namelijk tot een percentage van de bruto dividenden:

- 5% voor deelnemingsdividenden bij een minimum kapitaalbelang van 10%. Stemrechten spelen dus geen rol meer en het heffingspercentage is verlaagd van 10% naar 5% ten opzichte van het oude (1959) verdrag;
- 10% voor dividenden ontvangen door een Nederlands pensioenfonds; en
- 15% voor andere gevallen, bijvoorbeeld individuen of belangen die via een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld transparante KG of CV) worden gehouden.

De expliciete eis dat de ontvanger de 'uiteindelijk gerechtigde' van het dividend moet zijn, is nieuw maar levert - naar de mening van Nederland en Duitsland - geen nieuwe rechtssituatie op.

Artikel 10, derde lid definieert 'dividenden' en sluit daarbij - per saldo - aan bij de definitie van de bronstaat. Art. X Protocol vult daarop aan dat inkomsten die worden ontvangen in verband met de (gedeeltelijke) liquidatie van een lichaam of een inkoop van eigen aandelen door een lichaam als inkomsten van aandelen gelden - als dividenden dus. Met name box-3 aandeelhouders zullen dan bij uittreden meestal beter af zijn met verkoop dan met inkoop van aandelen, omdat anders 15% Duitse bronbelasting kan optreden die mogelijk niet geheel verrekenbaar is.

Artikel 10, vierde lid bepaalt dat de bronstaat onbeperkt mag heffen als de ontvanger de dividenden verkrijgt via een eigen vaste inrichting in de staat van de uitdeler. Vaak, maar niet altijd, zal dan een binnenlandse deelnemingsvrijstelling of fiscale eenheid (Nederland) dan wel *Schachtelprivileg* of *Organschaft* (Duitsland) het leed verzachten.

Art. 10, vijfde lid geeft het OESO-conforme verbod van 'extraterritoriale heffing'. Een eenmaal naar Duitsland verplaatste Nederlandse BV kan dus dividenden uit keren zonder nog onder de oprichtingsfictie 15% Nederlandse dividendbelasting in te moeten houden.

Aanmerkelijk belang-voorbehoud

Art. 10, zesde lid bepaalt dat inwoners van Duitsland die minder dan 10 jaar geleden uit Nederland vertrokken, (alsnog) met aanvullende Nederlandse heffing over dividenden geconfronteerd kunnen worden die hoger is dan de 15% bronbelasting die normaal

gesproken geldt op grond van het tweede lid. De wijze van heffing zal in de praktijk invordering van een conserverende aanslag in Box 2 (25%) betekenen, waarbij Nederland eventuele dividendbelasting (15%) dan kwijt scheldt. Per saldo is er dan nog 10 jaar (tot) 10% aanvullende Nederlandse heffing. Op latere waardegroei rust geen Nederlandse claim; zodra de conserverende aanslag is betaald of vervallen, houdt het Nederlandse recht op. Een conserverende aanslag die is opgelegd vóór 1 januari 2016 lijkt dus onder het verdrag ook geïnd te kunnen worden wanneer na die datum uitkeringen plaats vinden.

Onder het vermogenswinstartikel pakt het overigens niet beter uit: het nieuwe verdrag geeft met art. 13, zesde lid een aanmerkelijk belangvoorbehoud dat onbeperkt is in de tijd! Nederland lijkt met het Belastingplan 2016 die mogelijkheid ook te gaan gebruiken. Het wetsvoorstel, zoals op dit punt ook aangenomen door de Tweede Kamer, geeft bij verkoop door een aanmerkelijk belanghouder na 15 september 2015, 15:15 uur geen maximale termijn voor invordering meer!

Voorkoming dubbele belasting

Art. 10 verdeelt de primaire heffingsbevoegdheid tussen woonstaat en bronstaat. In art. 22 is de voorkoming van dubbele belasting geregeld. De woonstaat geeft voorkoming van dubbele belasting (meestal verrekening) voor zover het inkomen bij de ontvanger in de grondslag is begrepen. Dat is uiteraard bij deelnemingsdividenden normaal gesproken niet of nauwelijks het geval.

Anti-misbruikregels in art. 23 Verdrag en art. XV Protocol

Art. 23 bepaalt: "Dit Verdrag mag niet zodanig worden uitgelegd dat de verdragsluitende staten worden belet hun nationale wettelijke bepalingen ter voorkoming van het ontgaan of vermijden van belasting toe te passen". Art. XV Protocol verduidelijkt dit.

Art. XV, eerste lid, Protocol geeft aan dat Duitsland de nationale anti-misbruikregel van art. 50d, derde lid, *Einkommenssteuergesetz* (EStG) kan toepassen. De sinds 1 januari 2012 geldende versie daarvan bepaalt dat een buitenlandse vennootschap geen gehele of gedeelte lijke vermindering van bronheffing krijgt voor zover zij gehouden wordt door personen die bij directe deel name niet dezelfde vermindering of teruggaaf van bronheffing zou gelden en de buitenlandse houdster geen eigen inkomen uit ondernemingsactiviteit heeft (of beursgenoteerd is), als

- Met betrekking tot die inkomsten geen economische of anderszins relevante (lees: niet-fiscale) redenen aanwezig zijn om de buitenlandse (in dit geval: Nederlandse) vennootschap ertussen te schuiven; of
- De buitenlandse (wederom: Nederlandse) vennootschap niet een met voor haar eigen bedrijf passende bedrijfsinrichting aan het economische verkeer deelneemt (lees: mede het karakter van een werkmaatschappij heeft).

De bewijslast ligt bij de buitenlandse ontvanger. Indien en voor zover de Duitse anti-misbruikregels effectief zijn, betekent dit in principe: geen verdragsvoordelen. De 'voor zover'-benadering betekent dat Duitsland de hele keten omhoog meeweegt op activiteiten en aandeelhouders. Het kan dus zijn dat één dividendbetaling gedeeltelijk wel onder de verdragsvoordelen valt, en gedeeltelijk niet. Voor een ontvangende Nederlandse BV die het bewijs (helemaal) niet levert geldt niet het 5%-tarief of zelfs het 15%-tarief, maar de standaard 26,375% inhouding en afdracht!

Nederland heeft twee belangrijke beperkingen op de toepasbaarheid van Duitse wetgeving bedongen. In de eerste plaats zou een (in Duitse ogen) 'lege' of kunstmatige holding wel recht hebben op volledige verdragstoepassing als het inkomen van de aandeelhouder van de holding uiteindelijk aan Nederlandse heffing onderworpen is (art. XV, derde lid, Protocol). Dit schiet de in Nederland woonachtige DGA te hulp.

Verder mag de toets of er voldoende bedrijfsactiviteit aanwezig is voor de groep als geheel ('op geconsolideerde basis') aangelegd worden. Activiteiten van zustermaatschappijen of hoger in de groep aanwezige entiteiten tellen dan mee (art. XV, vierde lid, Protocol). Helaas werken deze zinvolle beperkingen alleen door in het verdrag zelf en kunnen ze dus alleen verlaging tot 5% waarborgen. Voor de verdere verlaging naar 0% is de Moeder-dochterrichtlijn nodig.

Art. XV, tweede lid, Protocol geeft Nederland dan weer het recht om het leerstuk *fraus legis* (misbruik van recht) toe te passen zonder beperkingen door het verdrag. In dat verband worden in theorie de zogenaamde 'holdingarresten' uit de jaren '80 en '90 weer relevant. In theorie, want Duitsland is zelden een interessante route vanwege de 95% deelnemingsvrijstelling. Het verdrag staat toe dat latere voldoende vergelijkbare wetgeving en leerstukken er ook onder vallen!

Nederlandse holdings met Duitse deel nemingen: meestal vermindering van 26,375% naar 5%

De waarde van het nieuwe verdrag laat zich in een aantal standaardvoorbeelden zien. De situatie van een Nederlandse zuivere houdster (Holding-BV) met onder andere een Duitse Werk-GmbH en een Nederlandse Werk-BV als dochters is voor oorspronkelijk Nederlandse (familie-)bedrijven die naar Duitsland uitbreiden, gebruikelijk. Hij ligt vaak ook voor de hand bij een groep met een meer diverse aandeelhoudersmix en ontstaanshistorie in meerdere landen, waaronder Nederland en Duitsland. Deze casus levert in beginsel een probleem op onder de Duitse anti-misbruikregels nu de directe aandeelhouder (Holding-BV) geen actieve onderneming drijft maar een zuivere holding is.

Er zijn twee manieren waarop de door Nederland bedongen protocolbepalingen te hulp schieten. In de eerste plaats de betrekkelijk eenvoudige situatie waarin alle aandelen in Holding-BV gehouden worden door één of meer in Nederland binnenlands belastingplichtige individuen (DGA's in box 2 en eventueel een paar minderheidsaandeelhouders in box 3). Dan werkt art. XV, derde lid, Protocol zó uit dat de Duitse belastingadministratie de Duitse anti-misbruik regels niet kan toepassen zonder eerst te bewijzen dat Holding-BV er tussen gezet is met een 'door fiscale motieven gedreven opzet'. Het Protocol bepaalt direct daaropvolgend dat die fiscale motieven er in elk geval niet zijn als het inkomen bij uitkering door Holding-BV zal worden belast bij in Nederland woonachtige individuen in Nederland. Deze bepaling vraagt niet van een Holding-BV dat deze het inkomen ook echt direct uitkeert.

Anders wordt het als niet-inwoners van Nederland de aandelen in Holding-BV houden. Protocol XV, derde lid helpt dan niet. Maar als in die situatie de Nederlandse Werk-BV het vereiste 'actieve profiel' wel heeft, kan dit aan Holding-BV toegerekend of 'geleend' worden onder toepassing van Protocol XV, vierde lid.

Wat als Holding BV voor (bijvoorbeeld) 50% door een niet-inwoner en voor 50% door een Nederlander wordt gehouden? Het Protocol lijkt zo opgesteld dat de niet-Nederlander dan 'meelift' op de gunstige bepaling van het verdrag. Er staat namelijk "Indien een natuurlijke persoon die inwoner van Nederland aandelen bezit (...) is (...) niet van toepassing". De beperking op de uitleg van de Duitse anti-misbruikregel is dus niet effectief en ook blijkt niet dat er alleen op 100% door Nederlandse aandeelhouders gehouden situaties bedoeld wordt.

De praktijk moet leren of Duitsland dit 'meeliften' ook zo ziet. Weerstand vanuit Duitsland is te verwachten nu de Duitse regels normaal gesproken helemaal doorkijken naar de aandeelhouders boven Nederland. Het is zeker in deze situatie heel belangrijk de feitelijke leiding van de Holding-BV nauwkeurig in Nederland te houden door bestuursvergaderingen en voldoende Nederlandse directeuren.

In alle gevallen laat het verdrag nog steeds minimaal 5% bronheffing toe. Holding-BV kan deze niet verrekenen om zij - normaal gesproken - de deelnemingsvrijstelling toepast. Waar de Europese Moeder-dochterrichtlijn geen oplossing biedt, zijn er meerdere (deel-) oplossingen. Waar een in een Nederlands verdragsland gevestigd lichaam deelneemt in de Holding-BV, moet altijd gedacht worden aan de dooruitdelingsfaciliteit van art. 11 Wet DB 1065 of anders gekozen worden voor de houdstercoöperatie.

Een flexibele en fiscaal efficiënte oplossing om inkomsten uit Duitsland naar Nederland te brengen, is een eenvoudige groepsfinanciering met een lening van Holding-BV of Werk-BV aan Werk-GmbH. De rente is - mits zakelijk en binnen bepaalde grenzen - aftrekbaar in Duitsland tegen een gecombineerde winstbelasting van momenteel (maximaal) rond de 33% en in Nederland belast tegen (maximaal) 25% vennootschapsbelasting. Betaling van de rente en (eventueel) aflossing op de hoofdsom kunnen de dividendproblematiek voor een groeiende onderneming met een gezonde financieringsbehoefte lange tijd uitstellen - mogelijk zelfs tot een verkoop. Mits zakelijk vormgegeven met voldoende zekerheden, biedt de lening-variant verder de mogelijkheid om een verlies op de Duitse activiteiten eerder of op voorlopige basis ten laste van de Nederlandse winst te brengen dan met een deelnemingsverhouding mogelijk is (daarbij moeten ondernemers de grenzen van de onzakelijke lening-jurisprudentie in het oog houden).

De Nederlandse directe individuele aandeelhouder (box 2/box 3) in een Duitse GmbH

Een Nederlander met een direct belang in een Duitse vennootschap (bijvoorbeeld GmbH of AG) heeft recht op vermindering van de bronheffing naar 15%. In box 2 (25%) is volledige verrekening van 15% bronheffing meestal geen probleem. In een box 3-situatie kan snel een (nog) niet verrekenbare bronbelasting optreden. Zo'n situatie, mits stuurbaar, vraagt zoals gezegd weer om verkoop van aandelen.

Enige aandachtspunten bij de Stichting Administratiekantoor (STAK)

Bij management-participatie of in familieondernemingen worden certificaten vaak gebruikt om zeggenschap te scheiden van kapitaaldeelname. In Nederland is in elk geval voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting geregeld dat de STAK genegeerd wordt als (economisch) 'doorgeefluik'. In Duitsland wordt deze figuur niet erkend als een volwaardige evenknie van (bijvoorbeeld) de Duitse *Treuhand*. Als een Nederlandse groep bijvoorbeeld 10% van de aandelen in een Duitse Werk-GmbH zou onderbrengen in een STAK om het Duitse management te laten participeren, ziet de Duitse wet het volgende: uitkering aan een Nederlands lichaam dat niet onderworpen is aan vennootschapsbelasting en bovendien geen 'uiteindelijk gerechtigde' is. Het gevolg is dan in principe 26,375% Duitse bronheffing. De praktijk wacht nog op een publieke casus waarin Duits belastingrecht flexibel omgaat met de figuur van de STAK. In afwachting daarvan blijft de vraag wat het nieuwe verdrag met certificering doet. De regering heeft in 2014 in de Eerste Kamer benadrukt dat het nieuwe verdrag stichtingen altijd verdragsgerechtigd maakt. Ook de in Nederland gevestigde niet-ondernemende stichting en -vereniging.

Dan zou een stichting in elk geval toegang hebben tot het percentage van 5% en dus vanaf 1 januari 2016 de 'schade' van een certificering meevallen. Het is de vraag of dit geldt voor de STAK, want voor de Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting wordt de STAK min of meer genegeerd. Duitsland zal dus al gauw ook onder het nieuwe verdrag 26,375% bronbelasting willen inhouden.

Het gegeven dat de opbrengsten direct aan een ander worden doorbetaald die als 'uiteindelijk gerechtigde' kan gelden, biedt geen soelaas onder het nieuwe verdrag: dat werkt alleen bij directe betalingen aan uiteindelijk gerechtigden.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor als Nederlanders certificaten van aandelen in een GmbH houden; in die situatie zal Duitsland 26,375% bronheffing inhouden. Nederland zal niet (geheel) willen verrekenen omdat die heffing naar Nederlands perspectief strijdig is met het verdrag. Zelfs als Nederland wel verrekening toestaat, zal als snel minstens 1,375% van de belasting onverrekend blijven.

Als een Duits persoon aandelen in een Nederlandse vennootschap houdt (denk aan de Duitse manager die op groepsniveau participeert), is certificering ook problematisch. Nederland zal 15% inhouden. Duitsland zal geen inkomsten zien uit een Nederlandse vennootschap maar uit rechten gehouden op een Nederlands niet-onderworpen, niet transparant lichaam. De invoering van de Flex-BV heeft de uitgifte van stemrechtloze aandelen mogelijk gemaakt. Het is dan ook bij (management-) participatie van Duitse personen in een Nederlandse holding aan te raden deze te gebruiken. Anders dan de meeste certificaatvormen, geven stemrechtloze aandelen nog wel vergaderrechten en rechten op informatie. Voor Duitse grootaandeel houders is de certificeringproblematiek in het algemeen geen probleem: zij willen juiste alle aandeelhoudersrechten blijven uitoefenen.

Duitse holdings met Nederlandse deel nemingen: meestal 0% onder de Moeder Dochterrichtlijn

Duitse vennootschappen met een belang van 10% of meer in Nederlandse vennootschappen hebben onder het verdrag weliswaar meestal recht op maximaal 5% bronheffing, maar zullen naar Nederlands nationaal recht meestal helemaal vrijgesteld zijn.

Duitse individuele aandeelhouders

Duitse individuele aandeelhouders krijgen op grond van het verdrag geen vermindering van de standaard 15% Nederlandse dividendbelasting. Het kan zijn dat ze in Duitsland, afhankelijk van hun persoonlijk situatie, niet aan volledige verrekening toekomen. Dit is zeker bij relatief bescheiden (management-) participaties niet uit te sluiten. In zo'n geval biedt de zeer recente Europese rechtspraak in onder andere de zaak 'Miljoen' interessante mogelijkheden. In deze zaak werd duidelijk dat buitenlandse aandeelhouders, die vergelijkbaar zijn met Nederlandse box 3-aandeelhouders, bezwaar kunnen maken tegen de heffing van dividendbelasting voor zover deze hoger is dan de ontvanger als Nederlander in box 3 zou hebben betaald (in het bijzonder door het heffingvrije vermogen).

Advies/conclusie

Conclusies en aanbevelingen

- Let op het verschil in behandeling tussen inkoop/liquidatie en verkoop;
- Let op het aanmerkelijk belangvoorbehoud: 10 jaar voor dividenden, maar onbeperkt voor vermogenswinsten!
- Reken in een deelnemingssituatie niet zomaar op 0%: het verdrag zet veel van de Duitse regels opzij, maar levert steeds 5% op en niet 0%;
- Niet-Nederlandse aandeelhouders in een Nederlandse holding lijken te kunnen 'meeliften' op de lichtere anti-misbruikregels. Duitsland zal zich tegen die uitleg verzetten;
- Groepsleningen zijn een simpel, handig en fiscaal efficiënt middel om gelden uit Duitsland naar Nederland over te brengen. Let op goede documentatie met zekerheden, aflossingsschema en bij de situatie passende rentevoet;
- Certificaten van aandelen leveren problemen op; stemrechtloze aandelen werken beter;
- Wijs Duitse minderheidsaandeelhouders op de zaak 'Miljoen';
- Het nieuwe verdrag sluit veranderingen van interpretatie/invulling van de anti-misbruikregels niet uit. Let daarom bij elke uitkering op of er iets veranderd is in beleid, wet en rechtspraak.

Auteur(s)

Mr. R. Van Minnen, werkzaam bij Meijburg & Co

Geraadpleegd

F.C.H. Kraus en I. Prag, 'Antimisbruikbepalingen in nieuw belastingverdrag met Duitsland', FP 2013-19;

H.J.M. Hendriks RB, Bronbelasting in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', FP 2014-19;

Wetsvoorstel tot goedkeuring nieuwe belasting verdrag met Duitsland, Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33615, nr. 8;

Wijzigingen van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2016), voorstel van wet, Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 2;

Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2016);

Hof van Justitie EU 17 september 2015, nrs. C-10/14,C-14/14 en C-17/14 (gevoegde zaken Miljoen, X en Société Générale), BNB 2015/224

(Nummer: FP 2015-2005)