

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

PER POST/FAX/MAIL
Hof van Justitie van de Europese Unie
Griffie van het Hof
Rue du Fort Niedergrünewald
L-2925 Luxemburg

Amsterdam, 10 juli 2017

Betreft: SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN NEDERLANDSE ORDE VAN BELASTINGADVISEURS IN ZAAK C-156/17 (KÖLN-AKTIENFONDS DEKA)

Edelhoogachtbaar College,

1. Inleiding

De Nederlandse orde van belastingadviseurs (de NOB) maakt gaarne gebruik van de gelegenheid die uw Hof ons bij brief van 12 mei 2017 heeft geboden tot het maken van schriftelijke opmerkingen in de zaak Köln-Aktiefonds Deka C-156/17. Gelet op het belang voor nog vele andere zaken wenst de NOB uw Hof gaarne nader toe te lichten omtrent het ontstaan en de achtergrond van het Nederlandse regime voor fiscale beleggingsinstellingen (fbi's) en de plaats van een fbi in het Nederlandse systeem voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Dit regime is namelijk in de loop der jaren enkele keren gewijzigd. Voor de overige geschilpunten verwijst de NOB naar de schriftelijke opmerkingen van Köln-Aktiefonds Deka in deze zaak.

2. Onderhavige casus

Köln-Aktiefonds Deka is een naar Duits recht opgericht en in Duitsland gevestigd beleggingsfonds ("Publikum Sondervermögen"), dat daar subjectief vrijgesteld is van winstbelasting. Het betreft een beursgenoteerd open-end UCITS-fonds (Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities).

Köln-Aktiefonds Deka heeft in de boekjaren 2002/2003 tot en met 2007/2008 dividenden van in Nederland gevestigde vennootschappen ontvangen waarop Nederlandse dividendbelasting is ingehouden ten laste van het fonds. Op grond van artikel 10, lid 2, van de Wet op de dividendbelasting 1965 (alsmede de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad) hebben in

Nederland gevestigde beleggingsfondsen die kwalificeren als een fbi wel recht op een teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting, maar buitenlandse fondsen, zoals Köln-Aktiefonds Deka, niet. Als gevolg daarvan ontstaat economische dubbele belastingheffing bij beleggen in Nederlandse aandelen via een buitenlands fonds: eerst wordt Nederlandse dividendbelasting ingehouden ten laste van het buitenlandse beleggingsfonds (die dus geen teruggaaf ontvangt) en vervolgens worden de achterliggende participanten in het fonds nogmaals belast over het dividend.

3. Achtergrond fbi-regime

Het Nederlandse fbi-regime bestaat reeds sinds de invoering in 1969 van de Wet Vpb 1969. Destijds is aangegeven dat het regime bedoeld is als een tegemoetkoming ten gunste van particulieren die ervoor kiezen om via een beleggingsinstelling te beleggen.¹ In eerste instantie bestond er nog enig verschil tussen de fiscale behandeling bij rechtstreeks beleggen en beleggen via een fbi. Met rechtstreeks beleggen wordt bedoeld de situatie waarbij een natuurlijke persoon rechtstreeks aandelen ter belegging koopt in een onderneming. Bij het beleggen via een beleggingsfonds (zoals een fbi) wordt indirect belegd: de belegger koopt aandelen in een beleggingsfonds waarbij het fonds in feite namens al haar participanten in ondernemingen belegt. De natuurlijk persoon / belegger kan hierdoor zijn risico spreiden alsmede gebruik maken van de deskundigheid die een professioneel vermogensbeheer heeft.

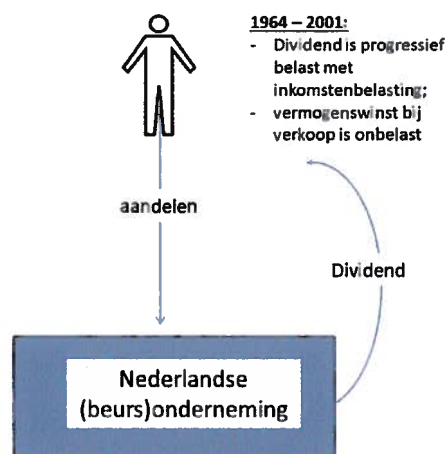
Met ingang van 1 januari 2001 is het laatste verschil tussen rechtstreeks beleggen en beleggen via een fbi weggenomen en is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat het vanuit fiscaal oogpunt geen verschil mag maken of een particulier rechtstreeks of via een fbi belegt. Met ingang van die datum heeft het fbi-regime dan ook in alle opzichten tot doel om particulieren die zelf beleggen en particulieren die via een fbi beleggen fiscaal zoveel mogelijk gelijk te behandelen. Daarnaast is in 1989-1990 aangegeven dat het fbi-regime ook openstaat voor ondernemingen, zij het in beperkte mate.²

3.1. Achtergrond fbi-regime 1969-2001

In het onderstaande plaatje wordt de situatie weergegeven die de wetgever met het tot stand komen van de fbi-wetgeving voor ogen heeft gehad. Het beleggen via een beleggingsfonds moet fiscaal neutraal zijn. Dit houdt in dat het fiscaal geen verschil mag maken of een belastingplichtige rechtstreeks belegt of via een beleggingsfonds. Daarvoor is het systeem van de fbi in het leven geroepen.

¹ Kamerstukken II 1965-1966, 8307, nr. 1.

² Kamerstukken I 1989-1990, 20701, nr. 78b, p. 5



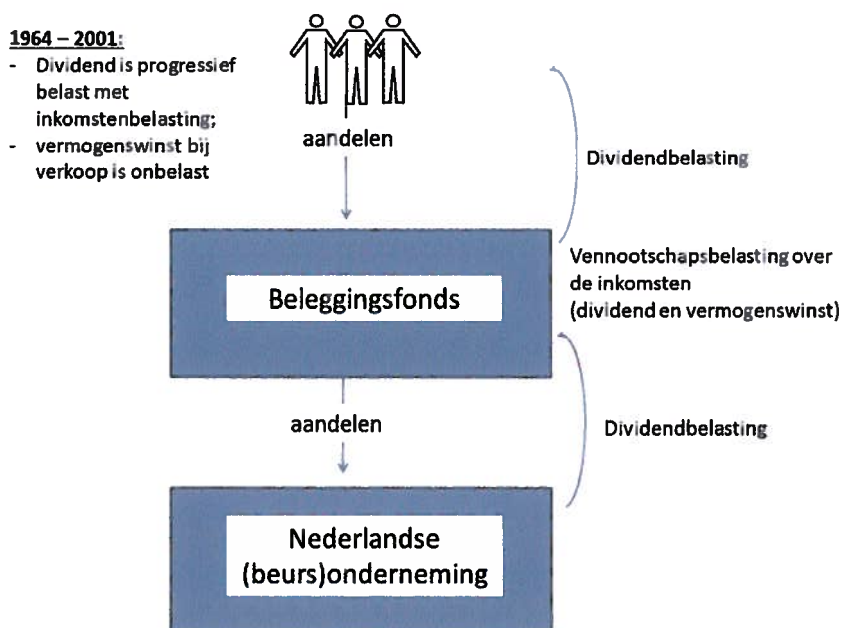
Het fbi-regime beoogt dus rechtstreeks beleggen en indirect beleggen door een natuurlijke persoon fiscaal gelijk (fiscale neutraliteit) te laten verlopen. Overigens heeft de Nederlandse wetgever altijd een gelijk speelveld voor ogen gehad bij het beleggen in een Nederlandse fbi versus het beleggen in een buitenlandse fbi-achtige. Dit volgt onder andere uit art. 29a Wet IB 1964 (oud). Als tegenhanger van de verplichte uitdeling door binnenlandse instellingen werd op basis van deze bepaling een jaarlijkse uitdeling van buitenlandse instellingen gefingeerd ter grootte van een percentage van de waarde van de aandelen: het zogenaamde fictieve rendement. Thans is een vergelijkbare bepaling terug te vinden in art. 4.14 Wet IB 2001. Hieruit kan opgemaakt worden dat de uitdelingsverplichting van de fbi geen rol van betekenis hoort te spelen bij de vergelijking tussen een Nederlandse en buitenlandse fbi.

Hoe verliep de belastingheffing bij de participant?

Van 1969 tot 2001 gold dat een natuurlijke persoon belast werd over zijn inkomsten uit vermogen (artikel 24 Wet op de inkomstenbelasting 1964). Daartoe behoren dividenden. Deze werden dus progressief belast (tezamen met inkomsten uit andere bronnen zoals bijvoorbeeld loon uit dienstbetrekking en onroerend goed). Vermogenswinsten – zoals de verkoopwinst op aandelen door een particuliere belegger – waren echter onbelast. De door de vennootschap ingehouden dividendbelasting – die wordt ingehouden bij een dividenduitkering aan aandeelhouders op het uit te keren dividend – was verrekenbaar als voorheffing met de inkomstenbelasting van de belegger. Voor een belegger die in Nederland woonde, werd de dividendbelasting dus in feite aan de belegger teruggegeven, daarvoor in de plaats betaalde hij inkomstenbelasting.³ Als zijn inkomsten zo laag zijn dat geen inkomstenbelasting verschuldigd was, volgde toch teruggaaf van dividendbelasting. Als de belegger niet in Nederland woonde, dan was hij in Nederland niet onderworpen aan inkomstenbelasting over de dividenden en is de ingehouden dividendbelasting vanuit Nederlands perspectief dus een eindheffing.

³ Deze systematiek komt aan de orde in de zaak Miljoen (HvJ EU 17 september 2015, C-10/14, C-14/14 en C-17/14). In r.o. 3-18 komen de relevante Nederlandse bepalingen aan de orde in r.o. 45-47 staat een beschrijving van het HvJ EU zelf.

Bij het beleggen via een beleggingsfonds zou zich – zonder speciale fiscale faciliteiten (zoals het fbi-regime) – economische dubbele belastingheffing voor doen. Dit wordt geïllustreerd in het volgende plaatje:



Om de beoogde fiscale neutraliteit te realiseren moest het beleggingsfonds dus vrijgesteld worden van vennootschapsbelasting en moest de extra heffing van dividendbelasting worden vermeden of geneutraliseerd. De wetgever heeft gekozen voor de volgende oplossing:

1. Het beleggingsfonds werd onderworpen aan een nultarief (0%) voor de vennootschapsbelasting
2. Het beleggingsfonds werd een teruggaaf verleend van de dividendbelasting die is ingehouden op dividenden betaald door de onderneming waarin wordt belegd.

Dooruitdelingseis

Reeds in 1969 is in het fbi-regime geregeld, dat de winst niet later dan in de achtste maand na afloop van het jaar moet worden uitgedeeld aan de aandeelhouders (de zogenoemde dooruitdelingseis). Deze eis is gesteld om te bewerkstelligen dat de winsten zonder uitstel met inkomstenbelasting worden belast bij de aandeelhouders op basis van het daadwerkelijke rendement. Dat zou immers bij een rechtstreekse belegging ook gebeuren.

Aandeelhouderseisen

Voorts zijn destijds aandeelhouderseisen gesteld om misbruik te voorkomen:

- Het belang in een fbi mocht ten eerste niet door tussenkomst van buiten Nederland gevestigde vennootschappen (of fondsen voor gemene rekening⁴) voor 25% of meer bij in Nederland wonende natuurlijke personen en gevestigde lichamen berusten. Deze voorwaarde was opgenomen om te voorkomen dat in Nederland wonende/gevestigde beleggers de uitdelingsverplichting zouden frustreren door een (laag belast) buitenlands lichaam tussen te schuiven en winsten daarin op te potten.⁵
- Daarnaast mocht het belang bij een fbi niet voor 25% of meer berusten bij een niet in Nederland wonende natuurlijk persoon of vennootschap (of fonds voor gemene rekening).

Deze voorwaarde heeft een tweeledig doel.

Ten eerste is deze voorwaarde ingevoerd om te voorkomen dat de afvloeiing van de beleggingsopbrengsten naar het buitenland toe (vrijwel) geheel zonder belastingheffing plaatsvindt door een beroep op een belastingverdrag.⁶ Vanaf een bezitspercentage van 25% geldt namelijk veelal een (sterk) verlaagd bronbelastingtarief op grond van een belastingverdrag.

Ten tweede beoogde de Nederlandse wetgever hiermee te voorkomen dat de verdragspolitiek van Nederland zou worden geschaad door het gebruik van het fbi-regime door niet in NL wonende personen of lichamen in gevallen waarin het land van inwoning of vestiging geen verdrag met een derde land heeft, maar Nederland wel. De fbi zou dan immers tussengeschakeld kunnen worden om verdragsvoordelen te verkrijgen.

3.2. Het fbi-regime in de onderhavige jaren

3.2.1. Inleiding

Hieronder beschrijven wij het fbi-regime, zoals dat luidt in de periode waar de onderhavige zaak betrekking op heeft (boekjaren 2002/2003 tot en met 2007/2008). Daarbij wordt ook aandacht besteed aan eventuele relevante wijzigingen van het regime in deze periode.

Op grond van het fbi-regime dient een beleggingsinstelling aan bepaalde voorwaarden te voldoen; deze worden hierna beschreven. Als aan al deze voorwaarden voldaan wordt, kan een beleggingsinstelling als fbi worden aangemerkt. In dat geval wordt de beleggingsinstelling

⁴ Fondsen voor gemene rekening zijn een contractueel verband – veelal gebaseerd op een overeenkomst tussen een beheerder, een bewaarder en de participanten (de economisch gerechtigden tot het fonds) – en hebben geen rechtspersoonlijkheid. Een fonds voor gemene rekening is open (fiscaal niet-transparant) indien de deelbewijzen vrij verhandelbaar zijn.

⁵ Kamerstukken II 1968-1969, 6000, nr. 25, p. 15 en Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. 3, p. 35

⁶ Kamerstukken II 1968-1979, nr. 179, p. 7-8; Kamerstukken 1968-1969, 6000, nr. 25, p. 15 en Kamerstukken II 1989-1990, 20701, nr. 9, p. 19.

weliswaar betrokken in de vennootschapsbelasting, echter tegen een tarief van nul procent. Het gevolg hier van is dat de, als voorheffing op het niveau van de belegging, ingehouden dividendbelasting overbodig is. Op het niveau van de beleggingsinstelling is immers geen vennootschapsbelasting verschuldigd. De fbi kan daardoor, onder het voor de boekjaren 2002/2003 tot en met 2007/2008 geldende artikel 10, tweede lid, Wet DB 1965, de dividendbelasting terugvragen⁷ en het volledige bedrag aan ontvangen dividend dooruitdelen naar haar participanten (onder inhouding van 15% dividendbelasting). Voors heeft een fbi ook recht op de tegemoetkoming van buitenlandse bronheffingen indien zij aannemelijk kan maken dat die daadwerkelijk in het buitenland geheven zijn en ook alleen tot het bedrag waarvoor deze bij rechtstreekse belegging bij in Nederland woonachtige participanten verkenbaar zou zijn met de inkomstenbelasting.

Het fbi-regime is ingevoerd om een tegemoetkoming te bieden ten gunste van onder de IB vallende belastingplichtigen die ervoor kiezen om via een beleggingsfonds te beleggen⁸. De wetgever acht het namelijk onwenselijk dat direct beleggen in Nederlandse aandelen tot een lagere belastingdruk leidt dan beleggen in Nederlandse aandelen via een fbi.

Met deze achtergrond in gedachte zijn de *cumulatieve* voorwaarden voor de kwalificatie als fbi opgenomen in artikel 28, Wet Vpb 1969. De voorwaarden zijn hierbij in drie categorieën onderverdeeld, namelijk:

- Voorwaarden op het niveau van de fbi (zie 3.2.2) ;
- Voorwaarden op het niveau van de beleggingen (zie 3.2.3);
- Voorwaarden op het niveau van de aandeelhouders (zie 3.2.4).

Onder de voorwaarden op het niveau van de fbi vallen onder meer de ‘vestigingsplaatseis’ en de ‘dooruitdelingsverplichting’. De vestigingsplaatseis houdt verband met de inhoudingsplicht, alleen in Nederland gevestigde fbi’s zijn namelijk inhoudingsplichtig voor de Nederlandse dividendbelasting. In zijn verwijzingsuitspraak van 3 maart 2017 refereert de Hoge Raad in r.o. 4.2, punt iii, r.o. 4.7 en 4.8 aan de dooruitdelingsverplichting en in r.o. 4.2, punt iv aan de inhoudingsplicht. De voorwaarden op het niveau van de aandeelhouders betreffen de aandeelhouderseisen. Hieraan refereert de Hoge Raad in r.o. 4.3 en 4.9 tot en met 4.13.

3.2.2. Voorwaarden op het niveau van de fbi

Het niveau van de fbi kan het best omschreven worden als het middelste niveau. ‘Onder’ de beleggingsinstelling bevinden zich de beleggingen van de fbi (“de onderkant”). Aan de ‘bovenkant’ bevinden zich de (unie)burgers, de participanten.

Op het niveau van de fbi gelden de volgende cumulatieve vereisten:

- Vestigingsplaatseis (vervallen m.i.v. 1 augustus 2007)
- Rechtsvormeis

⁷ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs wijst er op dat fbi’s voor boekjaren die op of na 1 januari 2008 aanvangen niet langer een teruggaaf van dividendbelasting verkrijgen, maar een afdrachtvermindering. Dit laatste systeem is voor de onderhavige jaren echter niet relevant aangezien het jongste boekjaar aanvangt voor die datum

⁸ Kamerstukken 1962-1963, 6000, nr. 9, p. 41 en Kamerstukken 1965-1966, 8307, nr.1, p. 4.

- Uitdelingsverplichting
- Eis van gelijke winstverdeling

1. Vestigingsplaatseis

Sinds de invoering van het regime van de fbi in 1969 geldt een vestigingsplaatseis. Tot 1 augustus 2007 gold de eis dat fbi's in Nederland gevestigd moesten zijn (zie artikel 28, tweede lid, aanhef, Wet Vpb 1969).

Verval van de vestigingseis

Bij wet van 21 juli 2007 is de vestigingsplaatseis komen te vervallen.⁹ Deze wet is op 1 augustus 2007 in werking getreden. De vestigingsplaatseis zou op gespannen voet staan met het gemeenschapsrecht en mogelijk een belemmering van het vrije verkeer inhouden.¹⁰ Om deze reden is de vestigingsplaatseis in z'n geheel komen te vervallen. Daardoor kunnen ook in het buitenland gevestigde fondsen die hier buitenlands belastingplichtig zijn (bijvoorbeeld omdat zij een vaste inrichting in Nederland hebben) voor het fbi-regime kwalificeren. De frase 'in Nederland gevestigde' uit de aanhef van artikel 28, tweede lid, Wet Vpb 1969 is komen te vervallen. In samenhang met het vervallen van de vestigingsplaatseis, is de rechtsvormeis verruimd.

2. Rechtsvormeis

De rechtsvorm-eis beperkt de mogelijke rechtsvormen die als fbi kunnen kwalificeren tot de NV, BV en fondsen voor gemene rekening (artikel 28 lid 2, aanhef Wet Vpb 1969).

Wijziging rechtsvormeis

Bij de wet van 21 juli 2007, die op 1 augustus 2007 inwerking is getreden, is de opbouw en deels de inhoud van artikel 28 Wet Vpb 1969 herzien. De aanhef van het tweede lid is daarbij geheel vervangen door een nieuwe aanhef. Op basis daarvan kunnen lichamen opgericht of aangegaan naar het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een EU-lidstaat of een staat waar Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting mee heeft dat voorzien is van een non-discriminatiebepaling, in aanmerking komen voor de kwalificatie 'fbi'. Daarbij geldt wel als voorwaarde dat zij 'overigens in dezelfde situatie verkeren' en 'naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met' de naar Nederlands recht opgerichte NV, BV of fonds voor gemene rekening.

De rechtsvormeis is gewijzigd omdat de Nederlandse wetgever deze eis discriminatoir achtte en om mogelijke discussies omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid weg te nemen.¹¹ Het uitsluitend toestaan van binnenlandse rechtsvormen leek op gespannen voet te staan met het discriminatiebeginsel. Binnenlandse rechtsvormen werden op grond van de vestigingsplaatsfictie uit artikel 2, vierde lid, Wet op de Venootschapsbelasting (hierna: Vpb 1969) geacht steeds in Nederland gevestigd te zijn waardoor zij – ook als zij niet feitelijk in Nederland geleid werden – toch aanspraak konden maken op het fbi-regime. Van buitenlandse

⁹ Wet van 21 juli 2007, *stb.* 2007, 269.

¹⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, blz. 4 en 5.

¹¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, blz. 5-6.

rechtsvormen werd daarentegen vereist dat zij bewezen dat zij feitelijk in Nederland geleid werden (en dus alhier gevestigd zijn) om aanspraak te kunnen maken op het fbi-regime.

3. Uitdelingsverplichting

De uitdelingsverplichting houdt in dat de fbi het gedeelte van de winst, zoals nader omschreven in lagere regelgeving (zie hierna), binnen acht maanden na afloop van het boekjaar moet uitkeren (zie artikel 28 lid 2 onderdeel b Wet Vpb 1969). Het geheel of gedeeltelijk niet voldoen aan de uitdelingsverplichting leidt in beginsel tot het verlies van de kwalificatie 'fbi'. Deze voorwaarde houdt verband met het doel van het fbi-regime. Zoals vermeld, heeft het fbi-regime als uitgangspunt dat de gewone man, de (kleine) spaarder met tussenkomst van een beleggingsinstelling per saldo hetzelfde voordeel uit zijn spaargeld kan halen, als wanneer er zelf direct belegd wordt. Tegen deze achtergrond achtte de wetgever het van cruciaal belang dat beleggingsinstellingen de beleggingsopbrengsten zonder uitstel door laten stromen naar de achterliggende spaarders.¹² Op het niveau van de spaarders worden de beleggingsopbrengsten dan in de inkomstenbelasting betrokken evenals bij rechtstreeks beleggen. De introductie van de uitdelingsverplichting creëerde daarmee een aangrijpingspunt in de inkomstenbelasting.¹³ Sinds de invoering in 2001 van fictieve rendementsheffing (box 3) in de inkomstenbelasting – waarbij te allen tijde een forfaitair rendement wordt gehanteerd – is echter de vraag of de uitdelingsverplichting nog wel noodzakelijk is.

Zoals vermeld, dient alleen dat gedeelte van de winst dat op grond van lagere regelgeving wordt vastgesteld (het Besluit beleggingsinstellingen) te worden uitgekeerd; bepaalde delen van de beleggingsopbrengsten hoeven namelijk niet aan de achterliggende spaarders te worden uitgekeerd. Kort gezegd, moet hierbij gedacht worden aan o.a. niet aftrekbare bedragen op het niveau van de beleggingsinstelling. Niet aftrekbare bedragen verhogen de winst van de beleggingsinstelling. De met de niet-aftrekbare bedragen corresponderende uitgaven zijn feitelijk wel gemaakt door de fbi en hebben dus het vermogen van de fbi verlaten. Daarom bestaat op grond van het Besluit beleggingsinstellingen een regeling die bij het bepalen van de uitkeerbare winst rekening houdt met de niet-aftrekbare bedragen. Daarnaast kan een fbi een herbeleggingsreserve vormen. Een herbeleggingsreserve verkleint eveneens de uitkeerbare winst. Tot slot kan een fbi een afrondingsreserve vormen om zodoende ronde bedragen uit te keren.

4. De eis van gelijke winstverdeling

Net als de uitdelingsverplichting volgt de eis van gelijke winstverdeling uit artikel 28, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969. De eis van gelijke winstverdeling en de uitdelingsverplichting houden sterk verband met elkaar en volgen beiden uit de volgende zinsnede:

“het door Ons bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gedeelte van de winst wordt niet later dan in de achtste maand na afloop van het jaar ter beschikking gesteld van aandeelhouders en houders van bewijzen van deelgerechtigdheid; de ter beschikking te stelling winst wordt gelijkelijk over alle aandelen en bewijzen van deelgerechtigdheid verdeeld;”

¹² Kamerstukken II 1967/68, 6 000, nr. 17, blz. 7.

¹³ Kamerstukken II 1967/68, 6 000, nr. 17, blz. 7 en 8.

De eis van gelijke winstverdeling houdt simpelweg in dat het uitkeerbare deel van de winst van de fbi bij de statutaire winstverdeling gelijkelijk over alle aandelen en bewijzen van deelgerechtigdheid moet worden verdeeld.¹⁴ Deze eis is ingevoerd om door de wetgever gesignaleerde constructies met soort aandelen te voorkomen.¹⁵

3.2.3 Voorwaarden op het niveau van de beleggingen

Op het niveau van de beleggingen gelden twee cumulatieve voorwaarden, namelijk:

- de beleggingseis;
- de financieringseis.

1. De beleggingseis

De beleggingseis is opgenomen in artikel 28, tweede lid, aanhef, Wet Vpb 1969:

“[... ..]welker doel en feitelijke werkzaamheid bestaan in het beleggen van vermogen [... ..]”

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat voor de invulling van het begrip beleggen ten aanzien van de fbi moet worden aangesloten bij de invulling die dit begrip bij particuliere beleggingen krijgt. De wetgever is immers van mening dat de fbi de hoedanigheid van tussenschakel draagt tussen de particuliere spaarder enerzijds en beleggingen anderzijds en dat de particuliere spaarder per saldo hetzelfde voordeel uit zijn spaargeld moet halen als wanneer hij zelf direct belegt. Voor de invulling van het begrip beleggen kan daarmee op de plaats van de beleggingsinstelling ‘particuliere spaarder’ gelezen worden. De fbi kan alle activiteiten verrichten die een particuliere spaarder ook zou kunnen verrichten en voor de spaarder als normaal vermogensbeheer beschouwd worden. Activiteiten die voor een particulier normaal vermogensbeheer te boven gaan en als het drijven van een onderneming worden beschouwd vallen buiten het beleggingsbegrip.¹⁶

2. Financieringseis

De financieringseis staat in artikel 28, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 en houdt het verbod in dat de fbi haar beleggingen in overwegende mate met vreemd vermogen financiert. Dit betekent dat het vreemd vermogen van de fbi ter verkrijging van de beleggingen louter mag bestaan uit schulden tot maximaal 60% van de fiscale boekwaarde van de onroerende zaken en van de rechten waaraan deze zijn onderworpen, en andere schulden tot maximaal 20% van de boekwaarde van de overige beleggingen.

3.2.4 Voorwaarden op het niveau van de aandeelhouders

Het betreft hier de voorwaarden aan de bovenkant van de fbi. Dit zijn de voorwaarden die gelden voor de achterliggende de spaarders, degene die er voor gekozen hebben niet zelf direct te beleggen maar dit via een beleggingsinstelling te doen.

¹⁴ Kamerstukken I 1989/90, 20 701, nr. 78d, blz. 15.

¹⁵ Kamerstukken II 1987/1988, 20701, nr. 2, Artikel I.B.4 en nr. 3, blz 13 en 14.

¹⁶ Kamerstukken II 1968/69, 6 000, nr. 22, blz. 13.

De vereisten aan de bovenkant van de fbi kunnen sinds 1992 (en tot op heden) worden onderverdeeld in:

- vereisten die gelden voor participanten in *zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde* beleggingsinstellingen.
- vereisten voor participanten in *niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen* (de zogenoemde ‘zware aandeelhouderseisen’);
- vereisten die gelden voor participanten in *beursgenoteerde beleggingsinstellingen* (de zogenoemde ‘lichte aandeelhouderseisen’);

Deze worden hierna achtereenvolgens toegelicht.

Vereisten die voor zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde lichamen gelden

Er gelden twee cumulatieve vereisten voor zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen, namelijk:

1. Middellijke binnenlandse aandeelhouderseis

Een belang in een fbi mag niet voor 25% of meer bij in Nederland gevestigde lichamen berusten door tussenkomst van niet in Nederland gevestigde fondsen voor gemene rekening of vennootschappen met een (deels) in aandelen verdeeld kapitaal (zie artikel 28, tweede lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969). Na de herziening van artikel 28, tweede lid, Wet Vpb 1969 bij Wet van 20 juli 2007 is het tussenkomstverbod verplaatst van onderdeel d naar onderdeel e. Deze wet is op 1 augustus 2007 in werking getreden.

Deze voorwaarde is in 1969 ingevoerd om te voorkomen dat in Nederland wonende beleggers de uitdelingsverplichting frustreren door de uitdelingen op te potten in een (laagbelast) niet onder de jurisdictie van de Nederlandse wetgever vallend lichaam.¹⁷

2. Onmiddellijke buitenlandse aandeelhouderseis

Een niet in Nederland gevestigd fonds voor gemene rekening dan wel een niet in Nederland gevestigde vennootschap met een (deels) in aandelen verdeeld kapitaal mag geen belang van 25% of meer in een fbi houden (artikel 28 lid 2, onderdeel e, Wet Vpb 1969). Indien meerdere buitenlandse fondsen voor gemene rekening of kapitaalvennootschappen tezamen een belang van 25% of meer in een fbi houden is dat echter geen probleem; een gespreid bezit mag dus, zolang deze lichamen maar niet afzonderlijk een belang van 25% of meer houden.

Deze eis is in 1969 ingevoerd met een tweeledig doel. Ten eerste is dit verbod ingevoerd om te voorkomen dat de afvloeiing van de beleggingsopbrengsten naar het buitenland toe (vrijwel) geheel zonder belastingheffing plaatsvindt door een beroep op een belastingverdrag.¹⁸ Vanaf dat bezitspercentage geldt namelijk veelal een verlaagd bronbelastingtarief. Ten tweede is het doel om te voorkomen dat de verdragspolitiek van Nederland zou worden geschaad door het gebruik van het fbi-regime door niet in Nederland wonende personen of lichamen in gevallen waarin het land van inwoning of vestiging geen verdrag met een derde land heeft, maar

¹⁷ Zie Kamerstukken II 1968-1969, nr. 179, p. 7-8 en Kamerstukken 1968-1969, 6000, nr. 25, p. 1

¹⁸ Kamerstukken II 1968-1969, nr. 179, p. 7-8.

Nederland wel.¹⁹ Een fbi zou dan namelijk kunnen worden tussengeplaatst om een beroep op het verdrag te doen.

Deze eis is met de Wet van 20 juli 2007, die op 1 augustus 2007 inwerking is getreden, komen te vervallen. Gezien de inmiddels gewijzigde aandeelhouderseisen was de werking van het verbod namelijk te beperkt geworden.²⁰

Vereisten voor niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen

Op grond van artikel 28, lid 2 onderdeel c ten tweede Wet Vpb 1969 gelden twee cumulatieve aandeelhoudereisen specifiek voor niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen, namelijk:

1. Zowel van het totaal aantal aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een beursgenoteerde beleggingsinstelling als van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die bij ontbinding van de beleggingsinstelling delen in de reserves van de beleggingsinstelling moet minimaal drie vierde deel (75%) berusten bij:
 - Natuurlijke personen;
 - Lichamen die niet zijn onderworpen aan een in enige vorm naar de winst geheven belasting of daarvan zijn vrijgesteld en waarvan de winst niet in een zodanige belasting wordt betrokken bij de gerechtigden tot het vermogen of tot de winst van het lichaam; of
 - Beursgenoteerde beleggingsinstellingen (zie voor de definitie de beschrijving over de eisen voor beursgenoteerde beleggingsinstellingen).

Deze eis houdt dus in dat de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een niet-beursgenoteerde beleggingsinstelling onbeperkt in handen mogen zijn van de hiervoor genoemde entiteiten. Zij mogen echter niet voor meer dan 25% in handen zijn van andere dan de hiervoor genoemde entiteiten, dus van aan een winstbelasting onderworpen (en niet daarvan vrijgestelde) lichamen die niet kwalificeren als beursgenoteerde beleggingen.

Deze eis is ingevoerd om te voorkomen dat rechtspersonen, die aan een winstbelasting onderworpen zijn, constructies opzetten om winsten met behulp van de herbeleggingsreserve onbelast op te potten in een fbi.²¹ Dit past namelijk niet in de doelstelling van het fbi-regime: er moet immers juist een doorstroom van de beleggingsopbrengsten naar onder de inkomstenbelasting vallende belastingplichtigen plaatsvinden zoals ook bij rechtstreeks beleggen zou plaatsvinden. De eis dat 100% van de aandelen in een fbi door particulieren moet worden gehouden, gaat de wetgever echter te ver: anders zou de fbi-status immers meteen wegvallen indien er ook maar één aandeel in handen zou zijn van een aan een winstbelasting onderworpen lichaam. Daarom is gekozen voor een eis van 75%. Aangezien belastingvrij oppotten van beleggingstinstellingen geen rol speelt bij onbelaste lichamen mogen ook deze lichamen onbeperkt aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid houden in een niet-beursgenoteerde fbi.²² Dat laatste geldt ook voor beursgenoteerde fbi's: een concernopbouw waarbij beursgenoteerde fbi's aandelen houden in niet-beursgenoteerde fbi's tast de strekking van het fbi-regime namelijk niet aan volgens de Nederlandse wetgever.²³

¹⁹ Kamerstukken II '968-1969, 6000, nr. 25, p. 15.

²⁰ Zie kamerstukken II 2005-2006, 30 533, nr. 3, p. 11.

²¹ Kamerstukken II 1987-1988, 20701, nr. 1-3, p. 6-8 en 9-10.

²² Kamerstukken II 1987-1988, 20701, nr. 1-3, p. 10.

²³ Kamerstukken II 1987-1988, 20701, nr. 1-3, p. 10.

2. Een natuurlijke persoon mag geen aanmerkelijk belang (dat is een belang van 5% of meer) houden in een niet-beursgenoteerde beleggingsinstelling die geen vergunning op grond van de Wet toezicht beleggingsinstelling heeft (artikel 28, tweede lid onderdeel f, Wet Vpb 1969). Dit wordt het aanmerkelijk belang verbod (oftewel: AB-verbod) genoemd.

Nederland heeft dit AB-verbod ingevoerd om zogenoemde box-arbitrage te voorkomen.²⁴ Met boxarbitrage wordt bedoeld, dat van een fbi gebruik wordt gemaakt om beleggingen die via box 3 belast zouden moeten worden over te hevelen naar box 2 om daarmee een fiscaal voordeel te behalen. Natuurlijke personen die, kort gezegd, minder dan 5% van de aandelen in een fbi houden worden in box 3 belast. Bij hen wordt jaarlijks een forfaitair rendement in aanmerking genomen, ongeacht wat zij daadwerkelijk aan rendement op hun aandelen (en overige beleggingen) ontvangen. Indien een natuurlijke persoon 5% of meer van de aandelen in een fbi houdt, valt dit bezit in box 2 en wordt alleen over de werkelijke voordelen geheven. In bepaalde gevallen zou er door overheveling naar box 2 dus een fiscaal voordeel kunnen worden behaald. Dat zou niet passen tegen de achtergrond van het regime: het bereiken van fiscaal gelijke behandeling bij beleggen via een fbi en rechtstreeks beleggen. Bij rechtstreeks beleggen zouden de beleggingen volgens de wetgever in box 3 belast worden.²⁵ Tegen deze achtergrond past het dus niet dat participanten in een fbi de heffing in box 3 door tussenschakeling van een fbi kunnen vervangen door box 2 heffing.

Als achtergrond informatie: de Nederlandse inkomstenbelasting kent als uitgangspunt drie boxen:

1. **Box 1:** hierin vallen actieve inkomsten zoals inkomsten uit arbeid en onderneming. Daarnaast de aftrekposten samen hangend met de eigen woning (hypotheekrente-aftrek) en aftrekposten die samenhangen met de persoonlijke levenssfeer van de belastingplichtige (bijvoorbeeld ziektekosten, alimentatie etc). Het tarief in Box 1 is progressief en bedraagt maximaal 52% vanaf ongeveer € 55.000.
2. **Box 2:** hierin vallen inkomsten uit een aanmerkelijk belang (een belang van 5% of meer in een vennootschap). Dividenden en vermogenswinsten (behaald bij verkoop van de aandelen) worden belast. Het tarief bedraagt 25%.
3. **Box 3:** hierin vallen inkomsten uit sparen en beleggen. De inkomsten worden forfaitair vastgesteld op 4% rendement van de waarde van de bezittingen minus eventuele schulden. Het werkelijk behaalde rendement is niet van belang. Het forfaitaire rendement wordt belast tegen een vast tarief van 30%.²⁶ Particulieren die aandelen of participaties houden in een fbi, worden hierover belast in Box 3 tenzij de belegging tot het ondernemingsvermogen behoren in welk geval de inkomsten in Box 1 worden belast (dit is overigens een uitzonderlijke situatie die zich in de praktijk nauwelijks voordoet).

Wijzigingen vereisten niet-beursgenoteerde beleggingsinstelling met de wet van 21 juli 2007

²⁴ Kamerstukken II 2000-2001, 27466, nr. 3, p. 4.

²⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 27466, nr. 3, p. 5.

²⁶ Het systeem van Box 3 is stond centraal in de gevoegde zaken C-10/14 en C-14/14 (Miljoen en X), HvJ EU 17 september 2015

Bij wet van 21 juli 2007 die op 1 augustus 2007 in werking is getreden is artikel 28, tweede lid, onderdeel c, ten tweede met onderdeel f, Wet Vpb 1969 samengevoegd. Zij staan voortaan in artikel 28, tweede lid onderdeel d, Wet Vpb 1969. Met deze samenvoeging werden geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.²⁷

Vereisten voor beursgenoteerde beleggingsinstellingen

Op grond van artikel 28 lid 1 onderdeel c, ten eerste Wet Vpb 1969 gelden twee cumulatieve aandeelhoudereisen specifiek voor beursgenoteerde beleggingsinstellingen, namelijk:

1. Zowel van het totaal aantal aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een beursgenoteerde beleggingsinstelling als van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die bij ontbinding van de beleggingsinstelling delen in de reserves van de beleggingsinstelling mag niet 45% of meer in handen zijn van:
 - één lichaam dat is onderworpen aan een in enige vorm naar de winst geheven belasting’;
 - één transparant lichaam waarvan de winst in enige vorm van winstbelasting wordt betrokken bij de gerechtigden tot de winst of het vermogen van dat lichaam; tenzij
 - zo’n lichaam zelf een beursgenoteerd beleggingsinstelling is.

Onder beursnotering wordt in deze periode een notering aan de Amsterdamse effectenbeurs verstaan. Voorts worden de aandelen en de bewijzen van deelgerechtigdheid van participanten die met elkaar verbonden zijn samengeteld (dit betekent simpel gezegd dat zij voor de Wet Vpb 1969 tot dezelfde groep behoren). Met andere woorden: één aan een winstbelasting onderworpen lichaam mag dus bijvoorbeeld wel 40% van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een beursgenoteerde fbi houden, maar niet 45% (of meer). Meerdere aan een vennootschapsbelasting onderworpen lichamen die elk minder dan 45% van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid bezitten, mogen tezamen wel 45% of meer van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid bezitten, mits dit geen verbonden lichamen zijn.

Deze eis is ingevoerd om te voorkomen dat rechtspersonen, die aan een winstbelasting onderworpen zijn, constructies opzetten om winsten onbelast op te potten in een fbi.²⁸ Dit past namelijk niet in de doelstelling van het fbi-regime: er moet immers juist een doorstroom van de beleggingsopbrengsten naar onder de inkomstenbelasting vallende belastingplichtigen plaatsvinden zoals ook bij rechtstreeks beleggen zou plaatsvinden. Voor beursgenoteerde fbi’s geldt echter deze soepelere 45%-eis omdat het uitgangspunt is, dat deze door een breed publiek worden gehouden. De wetgever is van mening dat met deze 45%-eis (reeds) bereikt kan worden dat het regime niet openstaat voor ondernemingen die van het fbi-regime gebruik maken in een mate die niet verenigbaar is met het uitgangspunt daarvan.²⁹

2. Voor beursgenoteerde beleggingsinstellingen en lichamen die beschikken over een vergunning op grond van de Wet toezicht beleggingsinstellingen geldt dat één natuurlijke persoon geen belang van 25% of meer mag hebben in een dergelijk lichaam (zie artikel 28 lid 2 onderdeel g, Wet Vpb 1969).

²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, blz. 10.

²⁸ Kamerstukken II 1987-1988, 20701, nr. 1-3, p. 6-8 en 9-10.

²⁹ Kamerstukken I 1989-1990, 20701, nr. 78b.

Oorspronkelijk is voorgesteld om zowel voor beursgenoteerde als voor niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen een AB-verbod in te voeren. Middels een amendement is echter een 25% verbod ingevoerd omdat er zich ten aanzien van beursgenoteerde fbi's een kenbaarheidsprobleem voordoet.³⁰ Volgens de genoemde kamerstukken kan een beursgenoteerde fbi namelijk niet altijd weten of er een AB-positie aanwezig is. Er wordt opgemerkt dat de aandeelhouders op grond van de Wet melding zeggenschap³¹ pas een meldingsplicht hebben bij overschrijding van een belang van 25%.³² Bovendien is het bij beursgenoteerde fbi's over het algemeen niet aannemelijk is dat bewust wordt ingespeeld op boxarbitrage.³³

Wijziging beursnotering-criterium bij de wet van 20 november 2006

Bij wet van 20 november 2006 is het criterium 'officieel op de effectenbeurs te Amsterdam genoteerd' vervangen door 'toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht'. De reden voor deze wijziging was het vervallen van de Wet toezicht beleggingsinstelling en de invoer van de Wet op het financieel toezicht. Artikel 28 Wet Vpb 1969 is daarmee in overeenstemming gebracht met de terminologie van de Wet op het financieel toezicht. De wijziging had vooral een technisch karakter en heeft inhoudelijk weinig impact gehad op artikel 28 Wet Vpb 1969.

Wijzigingen vereisten beursgenoteerde beleggingsinstelling met de wet van 21 juli 2007

Bij wet van 21 juli 2007, die op 1 augustus 2007 in werking is getreden, is artikel 28, tweede lid, onderdeel c, ten eerste met onderdeel g, Wet Vpb 1969 samengevoegd. Zij staan voortaan in artikel 28, tweede lid onderdeel c, Wet Vpb 1969. Met deze samenvoeging werden geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.

Voorts is het toen geldende criterium beursgenoteerd/niet-beursgenoteerd aangepast. Het eerder geldende beursnoteringcriterium is gewijzigd in het criterium of de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een markt in financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet financieel toezicht.

De lichtere aandeelhouderstoets (van toepassing bij beursfondsen) gaat echter ook gelden in gevallen waarin de beleggingsinstellingen (of hun beheerder) in bezit zijn van een vergunning als bedoeld in de Wet toezicht beleggingsinstellingen.³⁴ Wegens mogelijke strijdigheid met EU-recht heeft Nederland het fbi-regime sinds 1 augustus 2007 ook opengesteld voor vrijgestelde fondsen die onder toezicht staan in een andere lidstaat waar uitvoering is gegeven aan de UCITS-richtlijn.³⁵

³⁰ Zie Kamerstukken II 2000-2001, 27 466, nr. 8.

³¹ Sinds 1 januari 2007 de Wet toezicht effectenverkeer.

³² Zoals blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van Loyens & Loeff gold deze meldingsplicht echter alleen voor beursgenoteerde naamloze vennootschappen en ook maar tot 1 november 2006.

³³ Zie Kamerstukken II 2000-2001, 27 466, nr. 8.

³⁴ Kamerstukken II 2005-2006, 30 533, nr. 3, p. 11.

³⁵ Kamerstukken II 2005-2006, 30 533, nr. 3, p. 11.

Verbod: 45% of meer van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid laten berusten bij:

- één lichaam dat is onderworpen aan een naar winst geheven belasting, tenzij dit een beursgenoteerde B.V. is of
- één lichaam waarvan de winst in een zodanige belasting wordt betrokken bij de gerechtigden tot het vermogen of tot de winst van het lichaam, tenzij dit een beursgenoteerde B.V. is; o
- twee of meer zodanige lichamen die met elkaar zijn verbonden

* Middellijke binnenlandse aandeelhouderseis

* Onmiddellijke buitenlandse aandeelhouderseis

Gebod: 75% of meer van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid laten berusten bij:

- Natuurlijke personen; Lichamen die niet zijn onderworpen aan een enige vorm van naar winst geheven belasting of daarvan zijn vrijgesteld en waarvan de winst niet in een zodanige belasting wordt betrokken bij de gerechtigden tot het vermogen of tot de winst van het lichaam
- Beursgenoteerde beleggingsinstellingen

Middellijke binnenlandse aandeelhouderseis

* Onmiddellijke buitenlandse aandeelhouderseis

Ter illustratie de vereisten voor beursgenoteerde en niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen en schematisch weergegeven

De NOB vertrouwt uw Hof hiermee voldoende toelichting te hebben gegeven omtrent het ontstaan en de achtergrond van het Nederlandse regime voor fiscale beleggingsinstellingen (fbi's) en de plaats van een fbi in het Nederlandse systeem voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

Hooftachtend,
de Nederlandsche Orde van Belastingadviseurs

mr. F. J. Herreveld
voorzitter Commissie P ejudiciële Vragen