

Van: Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen Vpb
Aan:

5.1.2e

Betreft: Statutaire doeleis en buitenlandse aandeelhouder fbi
Datum: 21 juli 2021
Nummer vraag: 11.2021.06

Verkorte omschrijving vraag

1a.

De kennisgroep IBR vraagt: is zuiver nationaalrechtelijk beschouwd sprake van aandelen die berusten bij een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel d, onder 2, Wet Vpb, als aandelen berusten bij een niet in Nederland belastingplichtige Belgische vennootschap die voldoet aan alle door artikel 28, tweede lid, Wet Vpb genoemde kenmerken van een beleggingsinstelling, met uitzondering van de vereiste statutaire doelomschrijving, waaraan door de Belgische aandeelhouder niet of bezwaarlijk kan worden voldaan door bepaalde onderdelen van het Belgische recht?

1b.

De kennisgroep IBR vraagt, voor het geval het antwoord op vraag 1a ontkennend is: ziet de kennisgroep BWB Vpb dan, wederom uit zuiver nationaalrechtelijk perspectief, reden om met toepassing van artikel 28, vijfde lid, Wet Vpb goedkeurend toegelaten aandeelhouderschap aanwezig te achten?

Antwoord

1a.

Nee, zuiver nationaalrechtelijk beschouwd zijn de aandelen gehouden door een dergelijke Belgische vennootschap geen aandelen gehouden door een beleggingsinstelling als bedoeld in 28, tweede lid, onderdeel d, onder 2, Wet Vpb:

Primair, omdat de in deze bepaling bedoelde beleggingsinstelling een lichaam is waarop de Wet Vpb en met name artikel 28 Wet Vpb van toepassing is en dit niet het geval is bij een dergelijke Belgische vennootschap;

Subsidiair, omdat voor het zijn van beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 Wet Vpb voldaan moet worden aan *alle* door artikel 28 gestelde wettelijke vereisten, zodat ook het enkele feit dat niet wordt voldaan aan de statutaire doelomschrijving meebrengt dat geen door artikel 28 bedoelde beleggingsinstelling aanwezig kan worden geacht. Een eventuele buitenlandrechtelijke belemmering om aan de statutaire doeleis te voldoen maakt dit niet anders.

1b.

De kennisgroep gaat niet over toepassing van artikel 28, vijfde lid Wet Vpb. Voor zover van belang ziet de kennisgroep zuiver nationaalrechtelijk beschouwd geen gronden voor het adviseren tot afwijking van de wettelijke vereisten met toepassing van artikel 28, vijfde lid, Wet Vpb.

Onderbouwing

Feiten

- B is een Belgische 67 Awr vennootschap die 100% van de aandelen houdt in een Nederlandse beleggingsinstelling.
- In België kwalificeert deze vennootschap als Gereguleerde VastgoedVennootschap en valt zij onder het GVV-regime; de Belgische versie van REIT (Real Estate Trust). België stelt de nodige voorwaarden voor toegang tot dat speciale regime waaronder financieringslimieten, een uitdelingsverplichting en een statutaire doeleis.
- Afgezien van de aandeelhouderseis voldoet de Nederlandse beleggingsinstelling aan alle eisen voor een fiscale beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet Vpb (hierna: fbi).
- De statuten van de Belgische aandeelhouder (voor zover relevant) luiden als volgt:

"In het kader van de terbeschikkingstelling van onroerende goederen, kan de vennootschap 67 Awr

67 Awr

67 Awr

67 Awr verlenen of verkrijgen

van opstalrechten, vruchtgebruik, erfpacht of andere zakelijke of persoonlijke rechten op vastgoed zoals hierboven beschreven, het beheer en de exploitatie van onroerende goederen."

Beschouwing 1a

Primair

1.1. Niet alleen de beleggingsinstelling zelf moet aan bepaalde wettelijke eisen voldoen om als fbi te kwalificeren, de wet stelt voor die kwalificatie ook een aantal kwalitatieve en kwantitatieve voorwaarden aan de aandeelhouders van het lichaam.

In de voorgelegde situatie worden de aandelen in de Nederlandse beleggingsinstelling niet aan een effectenbeurs verhandeld en beschikt het lichaam (dan wel haar beheerder) niet over een vergunning of vrijstelling daarvan onder de Wet op het financieel toezicht. Derhalve is de aandeelhouderseis van artikel 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb van toepassing; de aandeelhouderseisen voor een fbi die zich niet richt tot een breed publiek.

In art. 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb staat:

"indien de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in dat lichaam niet zijn toegelaten tot de handel op een markt in financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, of het lichaam dan wel zijn beheerder niet beschikt over een vergunning op

grond van de artikelen 2:65 of 2:69b van die wet of niet daarvan is vrijgesteld op grond van de artikelen 2:66, derde lid, of 2:69c, derde lid, van die wet, geldt ten aanzien van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid dat:

1°. *er geen natuurlijke personen zijn die een aanmerkelijk belang hebben in het lichaam in de zin van afdeling 4.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001;*

2°. *zowel van het totaal aantal aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid als van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die bij ontbinding van het lichaam delen in de reserves van het lichaam drie vierde gedeelte of meer bij natuurlijke personen berust, bij 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, dan wel direct of indirect bij beleggingsinstellingen waarvan de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid voldoen aan de voorwaarden, bedoeld in onderdeel c;”*

1.2. Op grond van deze bepaling moet dus, kort gezegd, ten minste driekwart van de aandelen in handen zijn van i) natuurlijk personen (zonder dat daarbij een aanmerkelijk belang ontstaat), ii) van winstbelasting vrijgestelde lichamen en/of iii) (direct of indirect) beleggingsinstellingen waarvan de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid voldoen aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel c Wet Vpb (aandeelhouderseis voor beleggingsinstellingen die aan een breed publiek worden aangeboden).

1.3. De Belgische aandeelhouder is onderworpen aan de Belgische vennootschapsbelasting en als zodanig geen “*niet (..) onderworpen*” lichaam als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel d, onder 2 Wet Vpb. De Belgische aandeelhouder is daarmee alleen een zogenoemde toegelaten aandeelhouder als hij kwalificeert als “beleggingsinstelling” als bedoeld aan het slot van artikel 28, tweede lid, onderdeel d, onder 2 Wet Vpb (zie iii bij punt 1.2).

1.4. Het begrip ‘belegginginstelling’ heeft in de Wet Vpb de betekenis van een voor de Wet Vpb belastingplichtig lichaam waarop artikel 28 Wet Vpb van toepassing is. De in artikel 28, tweede lid, onderdeel c Wet Vpb (de bepaling waarnaar in artikel 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb wordt verwezen) bedoelde uitzondering: “*niet zijnde een beleggingsinstelling als bedoeld in de aanhef van dit onderdeel*” heeft dan ook betrekking op een voor de Wet Vpb belastingplichtig lichaam waarop artikel 28 Wet Vpb van toepassing is (en die bovendien voldoet aan de omschrijving van artikel 28, tweede lid, onderdeel c, aanhef Wet Vpb).

1.4.1. Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij invoering van de aandeelhoudersvereisten voor de fbi:

Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20701, nr-3 blz 10

“Gelet op het voorgaande stel ik voor aan het aandeelhouderschap in de beleggingsinstelling voorwaarden te verbinden.

(...) In de tweede plaats plegen ook verenigingen en stichtingen hun vermogen te beleggen met als intermediair een beleggingsinstelling. Indien deze verenigingen en stichtingen niet-vennootschapsbelastingplichtig zijn speelt het belastingvrij oppotten

van beleggingswinsten geen rol, zodat het 75%- criterium hier zijn doel voorbij zou schieten. **Voorts plegen de grote beleggingsinstellingen dochtermaatschappijen op te richten die ook de status van beleggingsinstelling krijgen. Hierdoor kan een zekere concernopbouw tot stand worden gebracht.** Ook komt het voor dat de ene beleggingsinstelling deelneemt in de andere beleggingsinstelling. Voor zover het hier gaat om ter beurze genoteerde beleggingsinstellingen acht ik het 75%-criterium eveneens te stringent nu met deze concernopbouw de strekking van het regime niet wordt aangetast. Aan deze bezwaren kan worden tegemoet gekomen door te bepalen dat minimaal 75% van de aandelen in handen moet zijn van natuurlijke personen, van lichamen die niet aan de vennootschapsbelasting of een buitenlandse winstbelasting zijn onderworpen dan wel dat het belang bij het lichaam dient te berusten bij een ter beurze genoteerde beleggingsinstelling."

Ook de parlementaire toelichting ten tijde van de aanpassing van de aandeelhoudersvereisten in 2005/2006 wijst in dezelfde richting (hierna opgenomen). Daarin komt uitdrukkelijk de in het buitenland gevestigde beleggingsinstelling als aandeelhouder aan de orde. De VVD-fractie was van mening dat alléén binnen Nederland gevestigde fbi's meer dan 45% in een andere fbi mogen hebben. De regering antwoordt dat fbi-aandelen ook voor 45% of meer mogen worden gehouden door buitenlandse vennootschappen die deze fbi-status hebben.

Voor niet in Nederland belastingplichtige buitenlandse beleggingsinstellingen die in het buitenland onderworpen zijn aan een bijzonder regime, zoals de Bevak, lijkt het de VVD niet mogelijk een toegelaten aandeelhouder te zijn als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb. En dit lijkt de VVD mogelijk strijdig met EU-recht. De regering antwoordt dat "*buitenlandse regimes nooit exact vergelijkbaar zijn*".

Uit deze wisseling blijkt dat zowel regering als Kamer veronderstellen dat de wettelijke verruiming van de aandeelhoudersvereisten geldend voor aandeelhouders die 'beleggingsinstelling' zijn, bedoeld is voor beleggingsinstellingen die zelf fbi zijn:

Kamerstukken I, 30 533, C, p. 4

"De leden van de VVD-fractie constateren dat voor een in het buitenland gevestigde vennootschap die voor haar Nederlandse vaste inrichting het regime van fiscale beleggingsinstelling met uitdelingsverplichting wil krijgen, dezelfde aandeelhouderseisen gelden als voor een in Nederland gevestigde vennootschap. Deze leden vragen **waarom het wetsvoorstel aan Nederlandse beleggingsinstellingen met uitdelingsverplichting** toestaat een belang van meer dan 45% te houden in een fiscale beleggingsinstelling zoals genoemd in artikel 28, tweede lid, onderdeel c, van de Wet Vpb 1969, terwijl de buitenlandse vennootschap met een Nederlandse vaste inrichting dat niet zou mogen. Dat zou strijdig kunnen zijn met het Europese recht.

(...)

De mogelijkheid dat meer dan 45% van de aandelen in een fiscale beleggingsinstelling met uitdelingsverplichting worden gehouden door een andere vennootschap **die deze status heeft**, geldt ongeacht of de laatstgenoemde vennootschap in Nederland of in het buitenland is gevestigd. Ook voor de door deze leden genoemde toets van artikel 28, tweede lid, onderdeel d, ten tweede, is het niet relevant of de vennootschap die

als fiscale beleggingsinstelling met uitdelingsverplichting is aangemerkt, in Nederland is gevestigd of niet.”

Kamerstukken I, 30533, E, p. 1

“De leden van de VVD-fractie merken op dat het niet mogelijk lijkt dat een niet in Nederland gevestigde vennootschap, die in het land van vestiging onderworpen is aan een belastingregime dat vergelijkbaar is met het Nederlandse regime voor fiscale beleggingsinstellingen met uitdelingsverplichting (bijvoorbeeld Bevak en Sicav), 45% of meer houdt in een fiscale beleggingsinstelling, terwijl een dergelijke Nederlandse fiscale beleggingsinstelling dat wel zou kunnen.

Voor zover kan worden overzien zijn die buitenlandse regimes echter vrijwel nooit exact vergelijkbaar met het Nederlandse regime voor fiscale beleggingsinstellingen met uitdelingsverplichting.”

1.4.2. Dat het begrip ‘beleggingsinstelling’ als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb, de betekenis heeft van belastingplichtig lichaam waarop artikel 28 Wet Vpb van toepassing is, volgt ook uit het gebruik van dat begrip in een reeks van andere bepalingen binnen de Wet Vpb, alwaar het ook deze betekenis heeft van belastingplichtig lichaam waarop artikel 28 van toepassing is. De kennisgroep geeft de volgende niet limitatieve opsomming: Artikel 8 (bijv. geen investeringsaftrek voor “beleggingsinstelling”), Artikel 13, achtste lid (geen deelnemingsvrijstelling voor belangen in “beleggingsinstelling” en artikel 15e, achtste lid (geen objectvrijstelling voor beleggingsinstelling).

1.4.3. Concluderend met betrekking tot het primaire punt: de Belgische aandeelhouder is geen lichaam waarop artikel 28 Wet Vpb van toepassing en is als zodanig, zuiver nationaalrechtelijk beschouwd, geen ‘beleggingsinstelling’ als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel d, Wet Vpb, waar ‘beleggingsinstellingen’ (onder aanvullende voorwaarden) worden aangewezen als toegelaten aandeelhouder.

Subsidiair

2.1. Als – bijvoorbeeld vanwege EU-recht – voorbij zou moeten worden gegaan aan de hiervoor geschetste nationaalrechtelijke beperking van het begrip beleggingsinstelling tot voor de Wet Vpb belastingplichtige lichamen waarop artikel 28 van toepassing is, geldt subsidiair het volgende met betrekking tot de zogenoemde statutaire doeleis van artikel 28 Wet Vpb.

2.2. De statutaire doeleis volgens artikel 28, tweede lid Wet Vpb (slot van de aanhef) luidt:

“(…) welker doel en feitelijke werkzaamheid bestaan in het beleggen van vermogen en welke lichamen voldoen aan de volgende voorwaarden:”

2.2.1. De beleggingsinstelling moet in haar statuten hebben vastgelegd dat het doel van de vennootschap **beleggen** is. Volgens vaste jurisprudentie volgt dit uit de parlementaire geschiedenis.

De kennisgroep wijst met name op de arresten HR 1-10-1980, nr. 20 043 (BNB 1980/304) en HR 06-12-1995, nr. 30 593 (BNB 1996/58). Uit deze arresten blijkt zowel dat het vereiste beleggingsdoel in de statuten moet zijn vastgelegd

en dat dit statutaire vereiste zeer stringent is. De statuten mogen geen andere doelstelling vermelden dan beleggen. Het vermelden van een andere activiteit, zoals bijvoorbeeld het deelnemen in dochtervennootschappen, staat aan de fbi-status in de weg, ook als de beleggingsinstelling die nevenwerkzaamheden niet feitelijk uitvoert.

Voor de wetsgeschiedenis waar deze jurisprudentie met name op gebaseerd is verwijst de kennisgroep naar de volgende uitlatingen:

Kamerstukken II 1968/69, nr. 22, p. 16

*"Artikel 1. De vraag van verscheidene leden of beleggingsmaatschappijen alleen aangewezen worden op verzoek beantwoorden de ondergetekenden ontkennend. Zoals uit artikel 1 van het voorontwerp blijkt, is het regime imperatief; voldoet een instelling aan het geheel van voorwaarden, dan is zij beleggingsinstelling. **Kan een lichaam niet als beleggingsinstelling worden aangemerkt, hetgeen zich bij voorbeeld voordoet indien niet wordt voldaan aan de eis met betrekking tot de statutaire doelstelling, of aan die met betrekking tot de uitdelingsverplichting, dan wel, zoals bij houdstermaatschappijen de feitelijke werkzaamheden naast beleggen van vermogen nog andere activiteiten omvat b.v. het besturen van ondergeschikte vennootschappen, dan wordt het op de normale wijze aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen.** Langs deze weg kan de administratieve recht zijn oordeel geven over het al of niet aanwezig zijn van de status van beleggingsinstelling. Het afgeven van een beschikking met de mogelijkheid van beroep over de vraag of een instelling als beleggingsinstelling wordt aangemerkt, waaromtrent verschillende andere leden een vraag stelden, achten de ondergetekenden dan ook overbodig. Hierbij zij nog opgemerkt, dat thans onder de Beschikking Beleggingsmaatschappijen een overeenkomstige situatie bestaat, welke in de praktijk nooit aanleiding tot moeilijkheden heeft gegeven."*

Tijdens de mondelinge behandeling is het belang van de statutaire doeleis nogmaals bevestigd:

Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 25, vraag 37.

"Vraag: Is er in de praktijk geen twijfel meer mogelijk over het verschil tussen houdstermaatschappijen en beleggingsinstellingen?"

Antwoord: De bepalingen van het voorontwerp Besluit beleggingsinstellingen zijn hier duidelijk. Wordt niet alle winst uitgedeeld, laat de statutaire doelstelling ook andere activiteiten dan beleggen toe — bijv. door te zeggen, dat het mede een doel is — of is de feitelijke werkzaamheid een andere, dan zal er geen sprake kunnen zijn van een beleggingsinstelling."

Handelingen Tweede Kamer 1968-1969 11 juni 1969, p. 3184

Staatssecretaris Grapperhaus: "(...) Hierop voortbordurend heeft de geachte afgevaardigde de heer Van den Bergh nog eens mijn aandacht gevraagd voor het volgende. Hij heeft gevraagd, wanneer er sprake is van een houdstermaatschappij en wanneer van een beleggingsmaatschappij. Naar ik meen bestaan ter bepaling hiervan twee criteria. Ten eerste de statutaire doelstelling. Ten tweede de feitelijke werkzaamheid."

2.2.2. De fbi-status is in beginsel een fiscaal gunstigere regeling ten opzichte van het regime voor reguliere belastingplichtigen. Het is in dat kader logisch dat aan de statusverlening door de wetgever cumulatieve eisen, waaronder de statutaire doeleis, zijn gesteld.

Het belang van de statutaire doeleis is onder meer gelegen in het feit dat het meer zekerheid geeft dat het lichaam daadwerkelijk alleen belegt en dus een lichaam is dat niet (mede) niet-beleggingsactiviteiten verricht. De doeleis had en heeft voorts civielrechtelijk belang, aangezien een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld indien hij/zij in strijd met de statuten handelt, zie 2:9 BW. Ergo, de eis heeft in de loop der tijd dus niet aan belang ingeboet.

2.3. Concluderend met betrekking tot het subsidiaire punt: de statutaire doelomschrijving is in casu ruimer dan is toegestaan op grond van de Nederlandse statutaire doeleis, die zoals blijkt uit de jurisprudentie strikt wordt toegepast. Zuiver nationaalrechtelijk beschouwd is de Belgische aandeelhouder (ook) daarom geen 'belegginginstelling' als bedoeld in de aandeelhoudersvereisten van artikel 28, tweede lid, onderdeel d, onder 2 Wet Vpb.

Dat deze in casu te ruime statutaire doelomschrijving noodzakelijk zou zijn op grond van buitenlandse wetgeving leidt niet tot een andere conclusie. Vanuit nationaalrechtelijk oogpunt is er immers geen reden om rekening te houden met (mogelijke) buitenlandse beperkingen. Noch de tekst van de statutaire doeleis, noch de ratio, zijnde het borgen van het vereiste beleggingskarakter, geeft reden voor uitzondering als voldoening aan de statutaire eis wordt belemmerd door buitenlands recht.

Ook het feit dat de Belgische aandeelhouder de ontwikkelingsactiviteiten in kwestie feitelijk niet zelf verricht, maar dat een regulier belaste dochtervennootschap deze activiteiten verricht, geeft nationaalrechtelijk geen reden voor het maken van een uitzondering op het moeten voldoen aan de statutaire doeleis.

EU recht

3.1. Hoewel de toepassing van het EU-recht het terrein van de KG IBR is, merkt de kennisgroep BWB Vpb dienaangaande het volgende op.

3.2. De Belgische aandeelhouder kwalificeert zoals gezegd naar zuiver Nederlands/nationaal recht **zelf** niet als een beleggingsinstelling waar 28, tweede lid, onderdeel d Wet Vpb 'onthefing voor geeft' en is evenmin zodanig vergelijkbaar met een fbi dat het EU-recht gebiedt deze te behandelen *als ware* het een fbi.

3.3. Indien toch moet worden aangenomen dat de Belgische aandeelhouder om EU-rechtelijke redenen wordt gelijkgesteld met een 'artikel 28 fbi', dan nog is er geen reden de statutaire doeleis te matigen. Bij de toelatingsbeoordeling van de Belgische aandeelhouder gaat het immers om alle eisen die artikel 28 Wet Vpb stelt aan een fbi, waaronder de doeleis zoals uitgelegd door de Hoge Raad in BNB 1980/304 en 1996/58.

3.5. Uit het Persche-arrest van het Hof van Justitie van 27 januari 2009, nr. C-318/07, V-N 2009/8.13 blijkt dat Nederland zelf mag bepalen welke eisen zij stelt aan een bepaalde faciliteit, mits deze niet belemmerend/discriminerend zijn.

3.6. De kennisgroep gaat ervan uit dat de fbi-status dus ook geweigerd kan worden aangezien de Belgische statuten ruimer zijn dan wat de Nederlandse belastingwet ex artikel 28 Wet Vpb maximaal voorschrijft.

Beschouwing 1b

4.1. De kennisgroep gaat niet over toepassing van artikel 28, vijfde lid Wet Vpb.

4.2. Voor zover van belang merkt de kennisgroep op dat er in haar optiek, vanuit zuiver nationaalrechtelijk perspectief, geen reden is in casu te verzoeken om, met toepassing van artikel 28, vijfde lid Wet Vpb, af te zien van een van de cumulatieve eisen. Voor zover er een tegemoetkoming wordt geboden, kan wellicht worden gedacht aan het stellen van een bepaalde termijn voor het alsnog voldoen aan de statutaire doeleis, zie punt 4 van het Besluit van 18 februari 2014, BLKB 2014/15M.
