

## Naschrift bij J.H. Elink Schuurman, H. Vermeulen, Het regime voor de FBI in de context van de Europese staatssteunregels

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2014/7071, blz. 1407-1408

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden  
j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

### NASCHRIFT

Mr.dr. J. Vleggeert

Allereerst wil ik de auteurs bedanken voor hun reactie. Ik maak graag gebruik van de door de redactie geboden mogelijkheid om hierop te reageren. Laat ik beginnen met de kritiek op de titel van mijn stuk.<sup>1</sup> Die titel is een vraag en niet zomaar een vraag maar mijn onderzoeksvraag, namelijk: is het regime voor fiscale beleggingsinstellingen een onrechtmatige steunmaatregel? Anders dan de auteurs menen, ga ik in mijn stuk niet alleen in op de vastgoed-fbi maar ook op de effecten-fbi. Evenmin deel ik de observatie van de auteurs dat ik mij in mijn stuk zou beperken tot twee vrij specifieke aspecten van het fbi-regime. Integendeel, ik toets het gehele fbi-regime aan de staatssteunregels. Dit regime is *prima facie* verdacht omdat het met zijn 0% tarief afwijkt van de normale regels van de vennootschapsbelasting. Bovendien is het regime niet op alle marktdeelnemers van toepassing maar alleen op belastingplichtigen die voldoen aan de voorwaarden van het fbi-regime.<sup>2</sup> Een fbi moet daarom worden vergeleken met een vennootschapsbelastingplichtige die belast belegt.<sup>3</sup> Ten opzichte van deze belastingplichtigen wordt een fbi zonder meer begunstigd omdat een fbi onbelast kan beleggen.<sup>4</sup>

Dit voordeel kan echter worden gerechtvaardigd indien het fbi-regime berust op een legitieme doelstelling en niet verder gaat dan nodig is om deze doelstelling te bereiken. Het fbi-regime heeft met de transparance fiscale een legitieme doelstelling. Anders dan de auteurs stellen, heb ik niet beweerd dat de transparance fiscale hetzelfde is als fiscale transparantie.<sup>5</sup> Het fbi-regime is in de woorden van de Hoge Raad erop gericht “de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via een fiscale beleggingsinstelling zoveel mogelijk gelijk te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particuliere beleggers.”<sup>6</sup> Vervolgens moet worden onderzocht of het fbi-regime verder gaat dan nodig is om deze doelstelling te bereiken. Dat is het geval ten aanzien van buitenlandse beleggers die via een fbi beleggen in Nederlands vastgoed<sup>7</sup> en bepaalde categorieën beleggers die via een fbi gebruikmaken van de

---

<sup>1</sup> J. Vleggeert, Is het regime voor fiscale beleggingsinstellingen een onrechtmatige steunmaatregel?, WFR 2014/7041, blz. 376-385.

<sup>2</sup> Zie ook A. Gunn, <http://eutaxexpert.com/finally-a-proper-course-on-fiscal-state-aid/>: “A measure can be State aid even if... it applies to all undertakings (who meet the criteria for application).”

<sup>3</sup> De auteurs poneren in dit kader dat de vennootschapsbelasting slechts ondernemingswinsten van lichamen zou beogen te belasten. Zie over deze achterhaalde stelling J.P Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, (diss. Leiden 2011), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, blz. 61.

<sup>4</sup> Anders dan de auteurs beweren, biedt Commission Decision of 12 May 2010, C (2010) 2974 final, State Aid No. N131/2009, juist steun voor deze opvatting, zie par. 25.

<sup>5</sup> Integendeel, zie J. Vleggeert, *Evaluatie van het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en een voorstel voor een nieuw regime*, WFR 2012/6948, par. 2.1.

<sup>6</sup> HR 14 april 2006, nr. 40 037, BNB 2006/253 m.n. I.J.J. Burgers.

<sup>7</sup> De observatie van de auteurs dat de schending van de transparance fiscale in grensoverschrijdende situaties alleen zou voortvloeien uit het feit dat geen dividendbelasting wordt ingehouden bij een uitkering ten laste van de HBR berust overigens op een misvatting. Niet in Nederland woonachtige personen die via een fbi in Nederlands vastgoed beleggen, kunnen namelijk een tariefvoordeel behalen ten opzichte van rechtstreeks beleggende buitenlanders. Zie Vleggeert (2014), par. 2.3.4.

herbeleggingsreserve (“HBR”). Anders dan de auteurs menen, heb ik niet de suggestie gewekt dat een individuele belegger de keuze zou hebben om een fbi tussen te schuiven om op deze wijze van de HBR te profiteren. Evenmin zijn de aandeelhouderseisen van het fbi-regime mij ontgaan. Wel heb ik beweerd dat bepaalde categorieën beleggers vervreemdingwinsten op beleggingen van een fbi met behulp van de HBR kunnen uitstellen in situaties waarin dat niet mogelijk zou zijn indien zij direct hadden belegd. De auteurs tillen hier niet zo zwaar aan omdat zij menen dat de lidstaten enige ruimte hebben voor een foutmarge bij het ontwerpen van een regime voor beleggingsinstellingen. Deze stelling wordt echter nauwelijks onderbouwd.<sup>8</sup> Ten aanzien van buitenlandse beleggers die via een fbi beleggen in Nederlands vastgoed stellen de auteurs dat de voordelen van het fbi-regime worden geneutraliseerd door de woonstaat van de belegger. Daarom zou er per saldo geen voordeel zijn. Ook deze stelling wordt echter nauwelijks onderbouwd. Zo verzuimen zij in te gaan op de vraag of het HvJ EU bereid is om de in HvJ 8 november 2007, C-379/05 (Amurta), r.o. 83 ontwikkelde neutralisatiegedachte in staatssteunzaken toe te passen.<sup>9</sup> Daarnaast lijkt de veronderstelling dat de woonstaat van de belegger de voordelen van het fbi-regime altijd wegbelast mij onjuist. Het is immers denkbaar dat de woonstaat niet heft hetzij op grond van de nationale wet van de woonstaat hetzij omdat het heffingsrecht op grond van een belastingverdrag aan Nederland is toegewezen. In dit kader doen de auteurs een beroep op de beschikking inzake de groepsrentebox waar uit zou moeten volgen dat het voordeel voor buitenlandse beleggers een dispariteit is. Ook dit betoog kan mij niet overtuigen omdat het nauwelijks wordt onderbouwd. De voordelen die buitenlandse beleggers die via een fbi beleggen in Nederlands vastgoed kunnen genieten, vloeien rechtstreeks voort uit de toepassing van het fbi-regime en zijn daarom aan Nederland te wijten (en zijn daarom geen dispariteit).

Aangezien het fbi-regime op een aantal punten verder gaat dan nodig is om zijn doelstelling te bereiken, is de regeling een steunmaatregel. Omdat ook sprake is van onrechtmatige steun kan dit niet alleen leiden tot terugvordering maar ook tot het (deels) buiten toepassing blijven van het regime. De benadering waarin het regime gedeeltelijk buiten toepassing wordt gelaten, zou er op neer komen dat het regime niet mag worden toegepast op beleggingsinstellingen die onroerende zaken bezitten en dat de bepalingen over de HBR in de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting buiten toepassing moeten blijven. In de slotopmerking van hun artikel wekken de auteurs daarom naar mijn mening ten onrechte de suggestie dat er eigenlijk niet zoveel aan de hand is. Ik blijf van mening dat het verstandig is om een nieuw regime voor beleggingsinstellingen te ontwerpen. In dat verband verwijs ik nog maar eens naar de voorstellen die ik in 2012 in dit blad heb gedaan.

---

<sup>8</sup> De auteurs verwijzen slechts naar Commission Decision of 12 May 2010, C (2010) 2974 final, State Aid No. N131/2009, par 32. Zie echter ook par. 33/34 van de Commission Decision.

<sup>9</sup> Zie over deze vraag M. Afonso, Recovery of Fiscal Aid, in: A. Rust & C. Micheau, *State Aid and Tax Law*, Kluwer The Netherlands 2013, blz. 65-66. Zij beantwoordt deze vraag ontkennend.