



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Evaluatie van het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en een voorstel voor een nieuw regime

Vleggeert, J.

Citation

Vleggeert, J. (2012). Evaluatie van het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en een voorstel voor een nieuw regime. *Weekblad Fiscaal Recht*, 141(6948), 476-485. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/34886>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/34886>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Evaluatie van het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en een voorstel voor een nieuw regime

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2012/6948, blz. 476-485

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

EVALUATIE VAN HET REGIME VOOR FISCALE BELEGGINGSINSTELLINGEN EN EEN VOORSTEL VOOR EEN NIEUW REGIME

Dr. J. Vleggeert¹

1. Inleiding

Collectief beleggen maakt het voor beleggers mogelijk om samen met anderen te beleggen en daarmee schaalvoordelen te realiseren. Dit is echter alleen interessant als geen extra belastingheffing bij de beleggingsinstelling plaatsvindt.² In dit kader is in de vorige eeuw de fiscale beleggingsinstelling (“fbi”) ingevoerd. Aan het fbi-regime ligt de gedachte ten grondslag dat een persoon die via een fbi belegt en een persoon die rechtstreeks belegt zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld (“transparance fiscale”).³ Een NV, BV of open fonds voor gemene rekening, of een vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm die zich uitsluitend bezighoudt met beleggen, kan op basis van art. 28 Vpb. ‘69 kwalificeren voor een vennootschapsbelastingtarief van 0 %. Eén van de voorwaarden voor de toepassing van dit regime is dat de fbi jaarlijks haar winst aan de aandeelhouders moet uitkeren. Deze zogenoemde uitdelingsverplichting geldt niet voor vervreemdingsresultaten. Die mogen worden toegevoegd aan de herbeleggingsreserve.

In de nota ‘Zicht op Wetgeving’ heeft het toenmalige kabinet kwaliteitscriteria opgesteld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of er sprake is van ‘goede’ wetgeving.⁴ Deze rubricering wordt ook gebruikt in de nota ‘Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie’⁵ en is richtinggevend geworden voor het beoordelen van de kwaliteit van wetgeving.⁶ Eén van de kwaliteitseisen houdt in dat wetten doeltreffend moeten zijn, dat wil zeggen dat zij moeten leiden tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. Door wetwijzigingen kan het voorkomen dat een wettelijke regeling in de loop van de tijd zo sterk is gewijzigd dat de gewijzigde regeling niet meer voldoet aan de aanvankelijk door de wetgever beoogde doelstellingen. Het kan ook voorkomen dat door wijzigingen in andere regelingen moet worden geconcludeerd dat de wettelijke regeling niet meer doeltreffend is. Dit zou zich ook kunnen voordoen bij het fbi-regime.

In de 21e eeuw hebben zich tal van ontwikkelingen voorgedaan die van invloed zijn op de doelstelling van de transparance fiscale. Zo is de IB ‘64 vervangen door de IB 2001, is het tarief van de dividendbelasting verlaagd van 25% naar 15%, is de herbeleggingsreserve voor de toepassing van de dividendbelasting bestempeld tot gestort kapitaal, is naast het fbi-regime een nieuwe regeling gecreëerd voor de vrijgestelde beleggingsinstelling (“vbi”), zijn de teruggaafregeling en de tegemoetkoming voor buitenlandse bronheffing vervangen door een

¹ Verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

² NV, Kamerstukken II, 2006-2007, 30533, nr. 7, blz. 3.

³ Vergelijk MvT, Kamerstukken II, 1989-1990, 20701, nr. 3, blz. 9.

⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 1990-1991, 22008 nr. 1-2, blz. 23.

⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 27475, nr. 2.

⁶ In de Aanwijzingen voor de regelgeving, Staatscourant 2005, 87, aanwijzing 254, staan deze kwaliteitseisen ook genoemd.

afdrachtvermindering in de dividendbelasting en kan op grond van jurisprudentie worden betwijfeld of een fbi nog wel verdragsgerechtigd is.⁷ In het kader van dit artikel is daarom op hoofdlijnen onderzocht of het fbi-regime nog wel voldoet aan de transparance fiscale gedachte.⁸ Omdat wordt geconcludeerd dat dit op een aantal punten niet het geval is (paragraaf 2), wordt vervolgens een nieuw regime geschetst dat wel aan de doelstelling van de wetgever voldoet. In paragraaf 3 wordt ingegaan op het nieuwe regime voor een fbi die belegt in onroerende zaken ("vastgoed-fbi"). Paragraaf 4 behandelt de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor niet-inwoners die participeren in een vastgoed-fbi. In paragraaf 5 komt het aangepast regime voor een fbi die geen onroerende zaken maar uitsluitend overige beleggingen bezit ("effecten-fbi") aan bod. Afgesloten wordt met een samenvatting.

2. Toetsing van het fbi-regime aan de transparance fiscale gedachte

2.1. Betekenis van de transparance fiscale gedachte

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."⁹ Deze transparance fiscale is echter onvolkomen. De fbi wordt als zelfstandige entiteit in de heffing betrokken maar is als gevolg van het 0% tarief feitelijk vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Boer parafraserend, betekent het enkele feit dat de fbi de facto geen belasting is verschuldigd, echter niet dat de fbi wordt genegeerd. Integendeel, het belegde vermogen en de beleggingsinkomsten worden ten volle aan de fbi toegerekend.¹⁰ Dit brengt onder meer mee dat beleggen via een fbi "de kwaliteit (aard) (...) van het door de uiteindelijke genietter verkregen inkomen uit de oorspronkelijke bron kan beïnvloeden (conversie)".¹¹ Zo worden inkomsten uit onroerend goed als wordt belegd via een fbi geconverteerd in dividend. Deze non-transparantie van de fbi is de oorzaak van het door de wetgever gecreëerde regime. Het is de bedoeling van de wetgever dat een aandeelhouder die via een fbi belegt in dezelfde mate in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken als de belegger die rechtstreeks belegt.¹²

Hierna wordt op hoofdlijnen behandeld wanneer het fbi-regime niet in overeenstemming is met de transparance fiscale gedachte. Eerst wordt ingegaan op de vastgoed-fbi en daarna op de effecten-fbi.

2.2. Toetsing van het regime voor de vastgoed-fbi aan de transparance fiscale gedachte

Een niet in Nederland woonachtige ("buitenlandse") particuliere belegger die rechtstreeks investeert in Nederlands vastgoed wordt betrokken in de forfaitair rendementsheffing. Loopt

⁷ HR 4 december 2009, nr. 07-10383, BNB 2010/177 m.n. S. van Weeghel.

⁸ In dit artikel wordt niet ingegaan op de inhoud van het beleggingsbegrip en de financieringslimieten. Zie over het beleggingsbegrip uitvoerig H.A.J.P. te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, FM 125, 2007 Kluwer Deventer, blz. 101-131.

⁹ HR 14 april 2006, nr. 40 037, BNB 2006/253 m.n. I.J.J. Burgers. Zie ook de punten 4.1. t/m 4.4. van de conclusie van advocaat-generaal Wattel bij deze zaak.

¹⁰ J.P. Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, diss. Leiden 2011, uitgegeven door Sdu in de Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 17, blz. 77.

¹¹ J.P. Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, diss. Leiden 2011, uitgegeven door Sdu in de Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 17, blz. 76.

¹² MvT, Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3, blz. 47.

de belegging daarentegen via een fbi, dan wordt niet het forfaitaire rendement maar de werkelijke (lopende) opbrengst onderworpen aan dividendbelasting naar een tarief dat niet 30% maar 15% bedraagt.

Een buitenlands belastingplichtige winstgenieter die rechtstreeks belegt in Nederlands vastgoed wordt over de opbrengsten daarvan belast naar het progressieve tarief van de inkomstenbelasting dan wel het vennootschapsbelastingtarief van 25%. Wordt belegd via een fbi, dan wordt de (lopende) opbrengst onderworpen aan dividendbelasting naar een tarief van 15%. Een buitenlands Vpb-plichtige wordt daarnaast op grond van art. 17, lid 3, onderdeel b, Vpb. '69 in de heffing betrokken ten aanzien van het belastbaar inkomen uit een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde fbi, indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming en sprake is van een kunstmatige constructie ("technisch aanmerkelijk belang").

Niet in Nederland woonachtige personen die via een fbi in Nederlands vastgoed beleggen en geen technisch aanmerkelijk belang hebben, kunnen dus een tariefvoordeel behalen ten opzichte van rechtstreeks beleggende buitenlanders. Daarom wordt voorgesteld dat particulieren en lichamen die geen inwoner zijn van Nederland buitenlands belastingplichtig worden ter zake van een participatie in een fbi die belegt in Nederlands vastgoed.

Indien een fbi niet als inwoner van Nederland¹³ zou zijn te beschouwen in de zin van de Nederlandse belastingverdragen, is de schending van de transparance fiscale gedachte nog pregnanter. In dat geval kunnen personen die inwoner zijn van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, geheel ontkomen aan de Nederlandse dividendbelasting en - als sprake is van een technisch aanmerkelijk belang - vennootschapsbelasting over de dooruitdelingen van de fbi. Het dividendartikel van de Nederlandse belastingverdragen is dan namelijk niet van toepassing. Deze bepaling vereist immers dat de fbi voor de toepassing van het desbetreffende Nederlandse belastingverdrag inwoner is van Nederland. De buitenlandse aandeelhouder van de fbi kan echter wel een beroep doen op de bepaling over winst uit onderneming dan wel het overige inkomstenartikel van de Nederlandse belastingverdragen. Deze bepalingen staan dan in de weg aan de heffing van Nederlandse dividendbelasting. Inkomen uit in Nederland gelegen onroerende zaken zou dan via een fbi onbelast naar het buitenland kunnen vloeien. Om deze reden wordt voorgesteld een fbi die belegt in onroerende zaken in de vennootschapsbelasting te betrekken.

Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁴ kan worden betwijfeld of ons hoogste rechtscollege een fbi als inwoner van Nederland zal aanmerken voor de toepassing van de door Nederland afgesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen ("Nederlandse belastingverdragen"). Wanneer vrijgestelde pensioenfondsen en vrijgestelde organisaties niet aan de onderworpenheidseis van de inwonersbepaling van de Nederlandse belastingverdragen voldoen, is het immers op zijn minst kwestieus of een fbi deze sluis wel kan passeren. Een fbi is namelijk vanwege het 0% tarief in feite vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Indien een Nederlands belastingverdrag geen (impliciete) aanwijzing bevat dat een fbi voor de toepassing van het verdrag als inwoner

¹³ De situatie waarin een fbi voor de toepassing van een Nederlands belastingverdrag inwoner is van de andere verdragsstaat wordt buiten beschouwing gelaten.

¹⁴ HR 4 december 2009, nr. 07-10383, BNB 2010/177 m.n. S. van Weeghel.

is te beschouwen, is de verdragsrechtelijke status van de fbi daarom problematisch.¹⁵ Het is denkbaar dat de Hoge Raad zal oordelen dat een fbi wel voldoet aan de onderworpenheidsis van de inwonersbepaling van dergelijke verdragen zulks gelet op de uitdelingsverplichting en de heffing van dividendbelasting over de uitgekeerde winst maar zeker is dat geenszins.

Een andere schending van de transparance fiscale gedachte vloeit voort uit de herbeleggingsreserve (“HBR”). Op grond van art. 4 Besluit beleggingsinstellingen mag een fbi een HBR vormen. In deze reserve wordt dan het bedrag opgenomen dat gelijk is aan het saldo van de koerswinsten en koersverliezen op effecten en van de winsten en verliezen op de vervreemding van de overige beleggingen. Het bedrag dat aan de HBR is gedoteerd, behoeft vooralsnog niet te worden uitgedeeld. Binnenlandse winstgenieters die aandeelhouder zijn in een fbi kunnen bij een belang tot 25% de belastingheffing over vervreemdingswinsten op de beleggingen van de fbi met behulp van HBR uitstellen.¹⁶ Wanneer winstgenieters rechtstreeks beleggen kunnen zij vervreemdingsresultaten alleen uitstellen door middel van de HIR of de ruilarresten. Aan de vorming van een HIR of de toepassing van de ruilarresten worden striktere eisen gesteld dan aan de vorming van een HBR.¹⁷

Indien een niet in Nederland woonachtige persoon via een fbi belegt en geen technisch aanmerkelijk belang heeft, blijft vervreemdingswinst op in Nederland gelegen vastgoed zelfs geheel onbelast. Wanneer de fbi dividend uitkeert ten laste van de HBR is daarover sinds 2001 namelijk geen dividendbelasting verschuldigd omdat de HBR is aangemerkt als gestort kapitaal.¹⁸ Deze gunstige behandeling van de aandeelhouder die via een fbi belegt in Nederlands vastgoed is met name het gevolg van de eenzijdige Nederlandse beslissing om af te zien van de heffing van dividendbelasting over in dividend getransformeerde vervreemdingswinsten.¹⁹ Daarom wordt voorgesteld om een fbi de mogelijkheid ontnemen om vervreemdingswinsten op onroerende zaken aan de HBR te doteren.

Wanneer een binnenlandse particuliere belegger en een binnenlandse winstgenieter rechtstreeks beleggen in buiten Nederland gelegen onroerende zaken komen zij in aanmerking voor voorkoming van dubbele belasting. Beleggen zij via een fbi in buiten Nederland gelegen onroerende zaken dan hebben zij geen recht op voorkoming. Deze inbreuk op de transparance fiscale gedachte kan worden gerepareerd door dergelijke beleggers recht te geven op voorkoming van dubbele belasting naargelang de fbi belegt in buiten Nederland gelegen onroerende zaken.

¹⁵ Zie ook NFV 2011, blz. 31. De Graaf en Pötgens nemen aan dat een fbi wel als inwoner kan worden aangemerkt voor de toepassing van de Nederlandse belastingverdragen. A.C.G.A.C. de Graaf en F.P.G. Pötgens, Verontrustende Hoge Raad uitleg verdragsbegrip “inwoner”, WFR 2010/266, paragraaf 4.

¹⁶ Dat vennootschapsbelastingplichtigen alleen bij een belang tot 25% de mogelijkheid hebben om de belastingheffing over vermogenswinsten uit te stellen, houdt verband met art. 13a Vpb. '69. Op grond van deze bepaling moet een belang van 25% of meer in een fbi worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Ingevolge art. 13, lid 9, Vpb. '69 is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op de voordelen uit hoofde van een fbi.

¹⁷ Vergelijk P.J.M. Bongaarts, P.H.J. Essers, Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen, FM nr. 36, 1993 Kluwer Deventer, blz. 187.

¹⁸ MvT, Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3, blz. 47. Zie ook Besluit van 20 december 2000 tot aanpassing van enige uitvoeringsbesluiten, Stb. 2000, 640, blz. 32. Als voorwaarde geldt dat de beleggingsinstelling zowel in haar boekhouding en jaarrekening, als tegenover haar aandeelhouders, uitdrukkelijk vastlegt dat sprake is van een uitkering ten laste van de herbeleggingsreserve. Besluit van 15 september 2009, nr. CPP2009/813M, Stct. 2009, 14118, onderdeel 7. VN 2009/48.13.

¹⁹ In dit artikel wordt niet ingegaan op de vraag of in dit verband sprake kan zijn van staatssteun.

Buitenlandse particuliere beleggers en winstgenieters die rechtstreeks beleggen in niet in Nederland gelegen onroerende zaken worden niet in de Nederlandse belastingheffing betrokken. Wanneer zij daarin echter beleggen via een fbi, worden zij geconfronteerd met Nederlandse dividendbelasting over de dooruitgedeelde inkomsten uit buitenlandse onroerende zaken. Om deze reden wordt voorgesteld om een fbi niet langer dividendbelasting af te laten dragen over uitdelingen die afkomstig zijn uit inkomsten uit buiten Nederland gelegen onroerende zaken.

2.3. Toetsing van het regime voor de effecten-fbi aan de transparance fiscale gedachte

Het fbi-regime is ten aanzien van beleggingen in effecten op een aantal punten niet in overeenstemming met de transparance fiscale gedachte. Zo wordt een rechtstreeks beleggende buitenlandse belegger alleen geconfronteerd met Nederlandse dividendbelasting over de opbrengsten van Nederlandse aandelen.²⁰ Van een buitenlandse persoon die via een fbi belegt, wordt ook dividendbelasting geheven over de dooruitdeling van de opbrengst van de overige effecten (andere dan Nederlandse aandelen).²¹ In dat geval mag voor de berekening van de af te dragen Nederlandse dividendbelasting de ingehouden dividendbelasting worden verminderd met de buitenlandse bronheffingen op dividend en rente (de afdrachtsvermindering). Per saldo wordt daarom alleen Nederlandse dividendbelasting afgedragen over beleggingsopbrengsten waarop geen buitenlandse bronheffing is ingehouden en beleggingsopbrengsten waarop een buitenlandse bronheffing is ingehouden naar een tarief dat lager is dan 15 %. Om deze reden wordt bezien of de heffing van dividendbelasting achterwege kan blijven bij dooruitdeling van dergelijke opbrengsten.

Zoals in paragraaf 2.2. is gesignaleerd ten aanzien van de vastgoed-fbi kunnen binnenlandse winstgenieters die aandeelhouder zijn in een fbi bij een belang tot 25% de belastingheffing over vervreemdingswinsten op de beleggingen van de fbi met behulp van de HBR uitstellen. Wanneer deze winstgenieters rechtstreeks beleggen in effecten kunnen zij de koerswinsten die daarmee worden behaald in het algemeen niet uitstellen.²² Toch wordt voorgesteld om de mogelijkheid te behouden om koersresultaten op effecten te doteren aan de HBR. Dit heeft de volgende achtergrond.

Wanneer een persoon die geen inwoner is van Nederland rechtstreeks in effecten belegt, kan hij de verkoopwinst die hij daarmee behaalt onbelast incasseren. De buitenlandse aandeelhouder zonder technisch aanmerkelijk belang in een effecten-fbi kan de vervreemdingswinst op effecten eveneens onbelast realiseren. De fbi kan dergelijke resultaten namelijk doteren aan de HBR. Wanneer de effecten-fbi vervolgens dividend uitkeert ten laste van de HBR is daarover sinds 2001 geen dividendbelasting verschuldigd omdat de HBR is aangemerkt als gestort kapitaal. De HBR zorgt er hier dus voor dat het fbi-regime de toets aan de transparance fiscale gedachte kan doorstaan.

²⁰ Met Nederlandse aandelen worden aandelen bedoeld waarvan de opbrengst is onderworpen aan Nederlandse dividendbelasting.

²¹ Bij belegging via een fbi, wordt over de opbrengsten van Nederlandse aandelen ten laste van de fbi Nederlandse dividendbelasting geheven. Bij dooruitdeling hoeft de fbi vanwege de afdrachtvermindering geen dividendbelasting af te dragen.

²² Voor de toepassing van de HIR worden vermogensrechten die ter belegging worden gehouden, namelijk niet tot de bedrijfsmiddelen gerekend. Wel kan in principe een beroep worden gedaan op de ruilarresten maar uit de jurisprudentie volgt dat deze arresten bij vervreemding van effecten alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen worden toegepast. Zie het jurisprudentieoverzicht van advocaat-generaal Wattel in paragraaf 5 van zijn conclusie bij HR 3 december 2010, nr. 09/04361, BNB 2011/30 m.n A.O. Lubbers.

Ten aanzien van koersresultaten op effecten moet de HBR daarom blijven bestaan. De inbreuk op de transparance fiscale die zich als gevolg van de HBR voordoet bij binnenlandse winstgenieters die aandeelhouder in een effecten-fbi zijn, kan dan worden gerepareerd door middel van een waarderingsvoorschrift. Een dergelijke regeling zou moeten inhouden dat winstgenieters hun aandelen in een effecten-fbi jaarlijks moeten waarderen op de waarde in het economische verkeer.

3. Een nieuw regime voor de vastgoed-fbi

3.1. Inleiding

Omdat het fbi-regime op een aantal punten niet in overeenstemming is met de transparance fiscale gedachte wordt een nieuw regime voorgesteld. Hierna komen eerst de hoofdlijnen van het nieuwe regime voor de vastgoed-fbi aan de orde (paragraaf 3.2.). Daarna wordt specifiek ingegaan op een aantal elementen van het nieuwe regime. Achtereenvolgens komen aan de orde het vennootschapsbelastingtarief van 15% (paragraaf 3.3.), de beleggingen van de vastgoed-fbi (paragraaf 3.4.), de inperking van de HBR (paragraaf 3.5.), de afdrachtvermindering (paragraaf 3.6.) en de overige voorwaarden voor het regime voor vastgoed-fbi's (paragraaf 3.7.).

3.2. Hoofdlijnen van een nieuw regime voor de vastgoed-fbi

Het nieuwe regime voor de vastgoed-fbi is gebaseerd op het regime dat thans is neergelegd in art. 28 Vpb. '69 met dien verstande dat een aantal forse aanpassingen wordt voorgesteld. Zo wordt de belasting over het belastbaar bedrag verhoogd van 0% naar 15%. Het regime gaat evenals het vigerende fbi-regime gelden voor lichamen waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid bestaat uit beleggen. De uitdelingsverplichting wordt gehandhaafd en winstuitkeringen door een vastgoed-fbi blijven onderworpen aan 15% dividendbelasting. Een vastgoed-fbi mag vervreemdingswinsten op onroerende zaken echter niet langer aan de HBR toevoegen. Om cumulatie van de vennootschapsbelasting die van de vastgoed-fbi wordt geheven en de dividendbelasting te vermijden, wordt de afdrachtvermindering uitgebreid. Deze aanpassing houdt in dat een vastgoed-fbi op de door haar af te dragen dividendbelasting een vermindering mag toepassen ter grootte van de vennootschapsbelasting over de uit te keren winst. De vermindering van de af te dragen dividendbelasting heeft geen gevolgen voor het bedrag dat bij de aandeelhouders van de vastgoed-fbi als voorheffing wordt beschouwd. Als voorheffing geldt het bedrag van de ingehouden Nederlandse dividendbelasting, dus zonder aftrek van de afdrachtvermindering. De van de fbi geheven vennootschapsbelasting is op deze wijze in feite verrekenbaar voor de aan de Nederlandse inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting onderworpen aandeelhouders van de fbi.

De financieringslimieten, de aandeelhouderseisen, de bestuurders- en commissarissentoeis en de gelijke winstverdelingseis komen voor de vastgoed-fbi te vervallen. Verder wordt geregeld dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een deelneming in een vastgoed-fbi. Aanmerkelijk belangpakketten in een vastgoed-fbi worden overgeheveld van box 2 naar box 3.

3.3. Het vennootschapsbelastingtarief van 15%

De vennootschapsbelasting over het belastbare bedrag gaat 15% bedragen. Een vastgoed-fbi met buitenlandse aandeelhouders draagt onder het nieuwe regime dan namelijk evenveel belasting af als onder het thans geldende regime indien wordt verondersteld dat de fbi verdragsgerechtigd zou zijn. Onder het vigerende fbi-regime draagt de vastgoed-fbi immers 15% dividendbelasting af over de uitgekeerde winst.

Het belastbare bedrag wordt afgestemd op de voor uitdeling beschikbare winst.²³ Verder blijft het mogelijk om ten laste van de belastbare winst een afrondingsreserve te vormen, zulks conform de regeling van art. 5 Besluit Beleggingsinstellingen.

Een vastgoed-fbi kan een beroep doen op de Nederlandse belastingverdragen en het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. Met betrekking tot de voordelen uit buiten Nederland gelegen onroerende zaken zal daarom in het algemeen voorkoming van dubbele belasting worden verleend op grond van de vrijstellingsmethode.²⁴ Door het buitenland geheven bronbelasting zal doorgaans bij de fbi in aanmerking komen voor verrekening met de Nederlandse vennootschapsbelasting.

3.4. De beleggingen van een vastgoed-fbi

Het regime voor de vastgoed-fbi gaat gelden voor lichamen waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid bestaat uit beleggen. Een vastgoed-fbi mag dus niet alleen beleggen in vastgoed maar ook in andere beleggingen zoals effecten. Een beleggingsinstelling die naast onroerende zaken tevens overige beleggingen bezit, kan dus in aanmerking komen voor het vastgoed-fbi-regime. Het is zelfs mogelijk dat een vastgoed-fbi uitsluitend belegt in effecten. Vanwege het 15% tarief van de vennootschapsbelasting dat van toepassing wordt op de vastgoed-fbi zal dan echter denkkelijk worden gekozen voor het regime van de effecten-fbi.

3.5. Handhaving uitdelingsverplichting en afschaffing van de mogelijkheid om vervreemdingsresultaten op onroerende zaken te doteren aan de HBR

De uitdelingsverplichting wordt gehandhaafd. Zij is gelijk aan het belastbare bedrag van de vastgoed-fbi verminderd met de verschuldigde Nederlandse vennootschapsbelasting en de belasting die buiten Nederland in enige vorm naar de winst wordt geheven over voordelen uit niet in Nederland gelegen onroerende zaken.²⁵ Voor de berekening van de belastbare winst en de uitdelingsverplichting van een vastgoed-fbi kunnen vervreemdingsresultaten op onroerende zaken niet langer aan de HBR worden toegevoegd.²⁶

²³ Dit betekent dat de niet aftrekbaarheid van giften, commissarisbeloningen en gemengde kosten voor een vastgoed-fbi buiten werking wordt gesteld. Thans geschiedt dit voor de bepaling van de voor uitdeling beschikbare winst al in art. 2, lid 2, onderdelen a, b en d Besluit Beleggingsinstellingen.

²⁴ Ingevolge art. 15e, lid 8, Vpb. '69 vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing ten aanzien van een belastingplichtige die als beleggingsinstelling is aangemerkt.

²⁵ Mits voor de vastgoed-fbi te dier zake een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is. Zie art. 2, lid 2, onderdeel c, Besluit Beleggingsinstellingen.

²⁶ De fbi kan dergelijke resultaten dan onder dezelfde voorwaarden aan de HIR toevoegen als aandeelhouders die ondernemer zijn. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de onroerende zaken van een vastgoed-fbi kunnen worden aangemerkt als bedrijfsmiddelen voor de toepassing van de HIR. In deze zin P.J.M. Bongaarts, P.H.J. Essers, Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen, FM nr. 36, 1993 Kluwer Deventer, blz. 187 en R. Russo, Herinvesteringsreserve, FM 62, 2004 Kluwer Deventer, blz. 46. Zie ook R. Russo, Heeft de beleggingsinstelling nog wel toekomst? WFR 1989/5892, blz. 1449 e.v. en H.A.J.P. te Niet, Beleggingslichamen in Nederland, TFO 2008/96, blz. 30.

3.6. Afdrachtvermindering

Voor de vastgoed-fbi gaat een afdrachtvermindering gelden die is gebaseerd op art. 11a Divbel. '65 met dien verstande dat deze regeling wordt uitgebreid. Deze aanpassing houdt in dat een vastgoed-fbi op de door haar af te dragen dividendbelasting een vermindering mag toepassen ter grootte van 15% over de voor uitdeling beschikbare winst. De afdrachtvermindering is dan per definitie gelijk aan de dividendbelasting over de verplicht uit te keren winst. De vastgoed-fbi hoeft dus geen dividendbelasting af te dragen. Toch heeft de dividendbelasting een functie. De vermindering van de af te dragen dividendbelasting heeft namelijk geen gevolgen voor het bedrag dat bij de aandeelhouders van de vastgoed-fbi als voorheffing wordt beschouwd. Als voorheffing geldt het bedrag van de ingehouden Nederlandse dividendbelasting, dus zonder aftrek van de afdrachtvermindering. De dividendbelasting zorgt er met andere woorden voor dat een in Nederland belastingplichtige aandeelhouder in een vastgoed-fbi de belasting kan verrekenen die de fbi is verschuldigd.

Om te bereiken dat de verrekenbare dividendbelasting gelijk is aan de vennootschapsbelasting die door de vastgoed-fbi is verschuldigd, wordt in de eerste plaats bepaald dat de afdrachtvermindering niet tot de belastbare winst van de vastgoed-fbi behoort. In de tweede plaats wordt geregeld dat de afdrachtvermindering wel in aanmerking komt bij de berekening van de uitdelingsverplichting.

Indien de vastgoed-fbi geen Nederlandse vennootschapsbelasting maar buitenlandse winstbelasting is verschuldigd, is de afdrachtvermindering ook gelijk aan 15% over de voor uitdeling beschikbare winst. Anders dan onder het vigerende fbi-regime wordt dus geen dividendbelasting meer afgedragen over dividenduitkeringen die afkomstig zijn uit voordelen uit buiten Nederland gelegen onroerende zaken.

In Nederland gevestigde rechtspersonen die niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, zoals vrijgestelde pensioenfondsen, moeten op vergelijkbare wijze worden behandeld ongeacht of zij rechtstreeks of via een vastgoed-fbi beleggen. Dergelijke niet onderworpen rechtspersonen worden indien zij rechtstreeks beleggen in Nederlands vastgoed niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Bovendien hebben zij recht op een teruggave van de Nederlandse dividendbelasting die is ingehouden op de door hen genoten opbrengsten. Buitenlandse winstbelastingen en bronheffingen kunnen echter niet worden teruggevraagd. Indien een vrijgestelde rechtspersoon via een vastgoed-fbi belegt, wordt daarom alleen voorzien in een teruggave van Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse dividendbelasting die ten laste van de fbi is geheven.²⁷

3.7. Afschaffing van overige voorwaarden voor het vastgoed-fbi-regime en flankerende maatregelen

De financieringslimieten kunnen vervallen omdat overmatige schuldfinanciering al wordt tegengegaan door de aftrekbeperkingen van de rente. De aandeelhouderseisen en de bestuurders- en commissarissentoets zijn overbodig omdat vervreemdingsresultaten op onroerende zaken niet langer aan de HBR mogen worden gedoteerd. Daarnaast gaat voor ondernemers die aandeelhouder zijn in een vastgoed-fbi die in belangrijke mate belegt in effecten een waarderingsvoorschrift gelden. Dergelijke ondernemers worden verplicht om de aandelen in een vastgoed-fbi jaarlijks te waarderen op de waarde in het economische verkeer.

²⁷ Deze regeling is geënt op artikel 10, lid 1 t/m 4, Divbel. '65.

Het fbi-regime schrijft thans voor dat de ter beschikking te stellen winst gelijk over alle aandelen en bewijzen van deelgerechtigheid moet worden verdeeld. Het doel van deze voorwaarde is om te voorkomen dat buitenlandse aandeelhouders de dividendbelasting ontgaan.²⁸ Deze eis kan ten aanzien van de vastgoed-fbi vervallen omdat geen dividendbelasting meer wordt afgedragen.

Aanmerkelijk belangpakketten in een vastgoed-fbi worden overgeheveld van box 2 naar box 3. Daarnaast worden maatregelen genomen om ongewenst gebruik van het vastgoed-fbi-regime door aanmerkelijk belanghouders tegen te gaan.²⁹ Verder wordt geregeld dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een deelneming in een vastgoed-fbi.

Binnenlandse particuliere beleggers en winstgenieters wordt recht verleend op voorkoming van dubbele belasting naargelang de fbi belegt in buiten Nederland gelegen onroerende zaken. Dit brengt met zich dat dividendbelasting over uitdelingen die afkomstig zijn uit inkomsten die de fbi heeft genoten uit buiten Nederland gelegen onroerende zaken, niet verrekend mogen worden met de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

4. Introductie buitenlandse belastingplicht voor aandeelhouders in een vastgoed-fbi die geen inwoner van Nederland zijn

4.1. Inleiding

Hierna wordt eerst ingegaan op de hoofdlijnen van de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor aandeelhouders in een vastgoed-fbi die geen inwoner zijn van Nederland (paragraaf 4.2.). Vervolgens komt de verhouding tussen deze buitenlandse belastingplicht en de Nederlandse belastingverdragen aan de orde. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen particuliere beleggers (paragraaf 4.3.) en winstgenieters (paragraaf 4.4.). In paragraaf 4.5. wordt de verhouding tussen de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor winstgenieters en het Europese recht behandeld.

4.2. Hoofdlijnen buitenlandse belastingplicht voor aandeelhouders in een vastgoed-fbi die geen inwoner van Nederland zijn

Deze uitbreiding van de buitenlandse belastingplicht kan als volgt worden geëffectueerd. Ten aanzien van particuliere winstgenieters wordt in artikel 7.2, lid 6, IB 2001 bepaald dat aandelen in een fbi voorzover wordt belegd in Nederlands vastgoed worden geacht te behoren tot het vermogen van een Nederlandse onderneming. Ten aanzien van particuliere beleggers worden dergelijke aandelen in een fbi in artikel 7.7, lid 2, IB 2001 onder de bezittingen in Nederland geschaard. In de Vpb. '69 wordt in art. 17a, lid 1, bepaald dat aandelen in een fbi voorzover wordt belegd in Nederlands vastgoed tot een Nederlandse onderneming worden gerekend. Onder de vigerende Vpb. '69 behoort het inkomen uit aandelen in een fbi tot het voorwerp van de belasting bij buitenlands belastingplichtigen indien sprake is van een technisch aanmerkelijk belang. Aandelen in een fbi zouden niet meer onder het bereik van de technisch aanmerkelijk belangregeling vallen indien het in dit artikel voorgestelde regime

²⁸ NR, Kamerstukken II, 2005-2006, 30533, nr. 5, blz. 10.

²⁹ Zo zou onwenselijk gebruik van de eigen woningregeling kunnen worden tegengegaan, door een fbi te verbieden om te beleggen in hypothecaire vorderingen op een aanmerkelijk belanghouder in die fbi. In deze zin E. Heithuis, Ruim baan voor de fbi! (tweede vervolg), WFR 2009/759.

voor fbi's wordt ingevoerd aangezien aanmerkelijk belangpakketten in fbi's dan worden overgeheveld van box 2 naar box 3.

De uitbreiding van de buitenlandse belastingplicht heeft alleen betrekking op aandelen in een vastgoed-fbi voorzover wordt belegd in onroerende zaken die in Nederland zijn gelegen. Ingeval een vastgoed-fbi belegt in niet in Nederland gelegen vastgoed of effecten zou de introductie van een buitenlandse belastingplicht te ver gaan. Een buitenlandse persoon die direct belegt in buitenlands vastgoed of effecten wordt over het rendement daarvan immers niet in de Nederlandse inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting betrokken. De buitenlandse belastingplicht dient daarom alleen betrekking te hebben op voordelen uit een vastgoed-fbi die verband houden met indirecte beleggingen in Nederlands vastgoed.³⁰

4.3. Verhouding tussen de forfaitair rendementsheffing en de Nederlandse belastingverdragen

Ten aanzien van de introductie van de box 3 heffing voor buitenlandse particuliere aandeelhouders in een vastgoed-fbi komt de vraag op hoe deze forfaitair rendementsheffing zich verhoudt tot de Nederlandse belastingverdragen. Uit BNB 2007/68c*³¹ kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de forfaitair rendementsheffing beschouwt als een belasting naar het inkomen en niet als een vermogensbelasting.³² Maar valt het forfaitair rendement onder het bereik van de dividendbepaling in de Nederlandse belastingverdragen? De term “dividenden” omvat onder meer inkomsten uit aandelen. De uitdrukking “inkomsten” wordt in de dividendbepaling niet omschreven. Op grond van art. 3, lid 2, van het Nederlands standaardverdrag (“NSV”) heeft die uitdrukking dan de betekenis volgens de Nederlandse wetgeving, tenzij het zinsverband anders vereist. Binnen dat kader kan er ruimte zijn voor het toepassen van nationale bepalingen waarbij de wetgever zich bedient van forfaits of ficties.³³ Dat mag er echter niet toe leiden dat de Nederlandse heffingsbevoegdheid eenzijdig wordt uitgebreid.³⁴

In het onderhavige geval gaat het om forfaitair rendement dat in de toekomst als dividend of vervreemdingswinst kan toevloeien aan de buitenlandse particuliere aandeelhouder in de vastgoed-fbi. De vervreemdingswinst mag op grond van art. 13, lid 4 NSV in de andere staat worden belast (het vijfde lid van art. 13 NSV maakt daarop slechts een uitzondering voor een natuurlijk persoon die inwoner is van de andere staat en die in de loop van de laatste vijf jaren voorafgaand aan de vervreemding inwoner van Nederland is geweest). De forfaitair rendementsheffing kan dus leiden tot een eenzijdige uitbreiding van de Nederlandse bevoegdheid. Bovendien kan de forfaitair rendementsheffing in de woorden van de Hoge Raad een verschuiving teweegbrengen in de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen Nederland en de andere verdragsstaat omdat de Nederlandse belastingverdragen voor de verrekening van bronheffingen uitgaan van niet fictieve geldstromen.³⁵ Onder deze omstandigheden vloeit uit de goede trouw die bij de interpretatie en de uitvoering van de Nederlandse belastingverdragen in acht dient te worden genomen voort dat Nederland af moet

³⁰ In deze systematiek mag alleen de dividendbelasting over uitdelingen die afkomstig zijn uit door de fbi genoten inkomsten uit in Nederland gelegen onroerende zaken worden verrekend met de Nederlandse inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

³¹ HR 1 december 2006, nr. 42 211, BNB 2007/68 m.n. P.G.H. Albert.

³² Zie over deze kwestie F.G.P. Pötgens, Het vijfde wiel aan de wagen, blz. 26-30, oratie VU, Kluwer Deventer 2009.

³³ Zoals in HR 26 november 2010, nr. 09/03219, VN 2010/62.10.

³⁴ HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379c m.n. P. Kavelaars.

³⁵ Vergelijk HR 18 juni 2004, nr. 39 385, BNB 2004/314 m.n. R.J. de Vries, NTFR 2004/940 met commentaar S.C.W. Douma.

zien van de forfaitair rendementsheffing.³⁶ De forfaitair rendementsheffing voor buitenlandse particulieren die participeren in een vastgoed-fbi kan dus alleen worden geëffectueerd ten aanzien van personen die geen inwoner zijn van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten.³⁷

4.4. Verhouding tussen de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor winstgenieters en de Nederlandse belastingverdragen

Een volgend aandachtspunt is de verhouding tussen de invoering van een buitenlandse belastingplicht voor buitenlandse winstgenieters die participeren in een vastgoed-fbi en de Nederlandse belastingverdragen. Voor dividenden die worden genoten door een ondernemer die inwoner is van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, zal de buitenlandse belastingplicht worden begrensd door de dividendbepaling van de betreffende verdragen. Dat zal doorgaans betekenen dat het Nederlandse heffingsrecht wordt beperkt tot 15 % van de bruto dividenden. Verder zal de buitenlandse belastingplicht ten aanzien van verkoopwinst op aandelen in een vastgoed-fbi worden beperkt door de vermogenswinstbepaling van de desbetreffende verdragen. Dat betekent dat Nederland geen vennootschapsbelasting over de verkoopwinst zal kunnen heffen indien het belastingverdrag een vermogenswinstbepaling heeft die gelijk is aan art. 13, lid 4, NSV. Is de vermogenswinstbepaling daarentegen gebaseerd op art. 13, lid 4, OESO modelverdrag dan mag Nederland wel heffen indien de activa van de vastgoed-fbi voor meer dan de helft bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken.³⁸

De belastingheffing over inkomen uit een vastgoed-fbi kan dus in de eerste plaats worden geëffectueerd ten aanzien van winstgenieters die geen inwoner zijn van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten. Daarnaast kunnen dividenden in verdragsverhoudingen beperkt in de heffing worden betrokken. Verder mogen op grond van bepaalde Nederlandse belastingverdragen vervreemdingswinsten in de heffing worden betrokken.

4.5. Verhouding tussen de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor winstgenieters en het Europese recht

De vraag zou kunnen opkomen of de introductie van een buitenlandse belastingplicht voor winstgenieters die aandelen houden in een vastgoed-fbi in strijd komt met de vrijheid van vestiging respectievelijk de vrijheid van kapitaalverkeer nu de Europese Commissie meent dat de tot 2012 geldende regeling van het technisch aanmerkelijk belang niet in overeenstemming

³⁶ Vergelijk P.G.H. Albert, Fictie en werkelijkheid in het belastingrecht, blz. 30-36, oratie NBU, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers Amersfoort 2006. Engelen meent ten aanzien van het fictief loonarrest dat de Hoge Raad het heffingsverbod op het restartikel had moeten baseren. F. A. Engelen, Interpretation of Tax Treaties under International Law, blz. 491-497, Doctoral Series nr. 7, IBFD Amsterdam 2004 en F.A. Engelen, Over waarden en normen, blz. 25-30, oratie UL Kluwer Deventer 2006.

³⁷ Voor particulieren die wel inwoners zijn van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, is de dividendbelasting in deze systematiek eindheffing.

³⁸ Art. 13, lid 4, OESO modelverdrag vormt echter geen onderdeel van het Nederlandse fiscale verdragsbeleid. MvT, Kamerstukken II, 2010-2011, 32536, nr. 3, blz. 16. Min of meer met art. 13, lid 4, OESO modelverdrag overeenkomstige bepalingen zijn opgenomen in onder meer de Nederlandse belastingverdragen met Frankrijk, de Verenigde Staten, Noorwegen, Australië, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland (nieuw).

is met deze vrijheden.³⁹ Dat is niet het geval aangezien de deelnemingsvrijstelling zowel in binnenlandse als grensoverschrijdende situaties niet van toepassing is op een deelneming in een vastgoed-fbi.

Wel zouden winstgenieters die aandeelhouder zijn in een vastgoed-fbi een beroep moeten kunnen doen op de moeder-dochter richtlijn. Ten aanzien van het vigerende fbi-regime is een beroep op de moeder-dochter richtlijn volgens de staatssecretaris niet mogelijk omdat een fbi niet onder de werkingssfeer van deze richtlijn zou vallen.⁴⁰ Voor het voorgestelde regime zou dat anders moeten liggen omdat een vastgoed-fbi wordt onderworpen aan de vennootschapsbelasting naar een tarief van 15%.

5. Een aangepast regime voor de effecten-fbi

Het nieuwe regime voor de effecten-fbi is in wezen een voortzetting van het huidige fbi-regime met dien verstande dat een effecten-fbi niet langer mag beleggen in onroerende zaken. Daarnaast wordt een aantal andere wijzigingen doorgevoerd. In het aangepaste regime blijft de belasting over het belastbaar bedrag 0% bedragen. Het regime geldt voor lichamen waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid bestaat uit beleggen met dien verstande dat niet langer mag worden belegd in onroerende zaken. De uitdelingsverplichting wordt gehandhaafd. Daartegen pleit dat sinds de invoering van de IB 2001 de werkelijk genoten beleggingsopbrengsten zonder betekenis zijn bij het bepalen van het inkomen uit sparen en beleggen. De uitdelingsverplichting heeft in zoverre haar belang verloren. Toch kan zij niet worden gemist aangezien de meeste lidstaten van de OESO alleen een fbi met uitdelingsverplichting als inwoner van Nederland voor de toepassing van de Nederlandse belastingverdragen zullen aanmerken.⁴¹ Winstuitkeringen door een effecten-fbi blijven onderworpen aan 15% dividendbelasting. Wel doet zich in dit verband de vraag voor of de heffing van dividendbelasting achterwege kan blijven bij dooruitdeling van de opbrengst van de overige effecten (andere dan Nederlandse aandelen).

De heffing van dividendbelasting over de uitgekeerde winst kan in de eerste plaats van belang zijn om treaty shopping te voorkomen. Daarnaast bewerkstelligt de dividendbelasting via de systematiek van de afdrachtvermindering dat bronheffingen die ten laste van een effecten-fbi worden geheven verrekenbaar zijn bij in Nederland belastingplichtige aandeelhouders in die fbi.⁴² Bovendien is het denkbaar dat de buitenlandse fiscus verrekening verleent van de Nederlandse dividendbelasting met de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. Deze functies van de dividendbelasting spelen echter geen rol bij de dooruitdeling van interest die op grond van de nationale wetgeving van de bronstaat niet is onderworpen aan bronbelasting. De heffing van dividendbelasting kan dan achterwege blijven. Hiertoe kan worden bepaald dat interest die op grond van de nationale wetgeving van de bronstaat niet is

³⁹ Vergelijk het verzoek van de Europese Commissie Nederland om art. 17, lid 3, onderdeel b (oud), Vpb. '69 aan te passen omdat deze regeling in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging, de vrijheid van kapitaalverkeer en de moeder-dochter richtlijn, IP/10/1252.

⁴⁰ MvA, Kamerstukken II, 1991-1992, nr. 5, blz. 4.

⁴¹ Zie punt 6.12 van het commentaar op art. 1 OESO modelverdrag en punt 29 van het rapport *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* dat op 23 april 2010 definitief is vastgesteld door de OECD Committee on Fiscal Affairs.

⁴² De afdrachtvermindering houdt namelijk in dat de fbi op de door haar af te dragen dividendbelasting een vermindering mag toepassen ter grootte van de dividendbelasting die ten laste van de fbi is ingehouden. Daarnaast komt de ten laste van de fbi ingehouden buitenlandse bronheffing volledig in aanmerking bij de berekening van de afdrachtvermindering. De vermindering van de af te dragen dividendbelasting heeft geen gevolgen voor het bedrag dat bij de aandeelhouders van de fbi als voorheffing wordt beschouwd.

onderworpen aan bronbelasting voor de toepassing van de dividendbelasting net als de herbeleggingsreserve wordt aangemerkt als gestort kapitaal.

De HBR wordt gehandhaafd. Ten aanzien van winstgenieters wordt een waarderingsvoorschrift geïntroduceerd dat inhoudt dat zij aandelen in een effecten-fbi jaarlijks moeten waarderen op de waarde in het economische verkeer.⁴³ De aandeelhouderseisen die zich richten tegen concern-fbi's zijn dan overbodig. Daarnaast gelden sinds 2001 aandeelhouderseisen ten aanzien van fbi's die zich niet richten op een breed publiek (de zogenoemde aanmerkelijk belanghouderstoets).⁴⁴ Op grond van deze toets mogen er geen natuurlijke personen zijn die een aanmerkelijk belang hebben in een fbi. Ook deze aandeelhouderseisen kunnen vervallen omdat wordt voorgesteld om aanmerkelijk belangpakketten in een effecten-fbi over te hevelen van box 2 naar box 3. Daarnaast worden maatregelen genomen om ongewenst gebruik van het effecten-fbi-regime door aanmerkelijk belanghouders tegen te gaan.

In dit kader komt de vraag op of het nodig is om aandeelhouderseisen aan een fbi te stellen teneinde treaty shopping te voorkomen. Wanneer ongewenste effecten optreden als gevolg van mogelijke treaty shopping is Nederland voornemens om met de verdragspartner te bezien hoe dit effect door middel van een verdragsbepaling weggenomen kan worden.⁴⁵ Door middel van een verdragsbepaling in de Nederlandse belastingverdragen waar het desbetreffende misbruik zich voor zou kunnen doen, kan treaty shopping gericht worden aangepakt. Deze aanpak verdient daarom vooralsnog de voorkeur boven het stellen van aandeelhouderseisen aan de effecten-fbi.

De bestuurders- en commissarissenstoets en de financieringslimieten vervallen. De gelijke winstverdelingseis wordt gehandhaafd.

6. Samenvatting

Eén van de eisen bij het beoordelen van de kwaliteit van wetgeving houdt in dat wetten doeltreffend moeten zijn, dat wil zeggen dat zij moeten leiden tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. Aan het fbi-regime ligt de gedachte ten grondslag dat een aandeelhouder die via een fbi belegt zoveel mogelijk gelijk moet worden behandeld als een aandeelhouder die rechtstreeks belegt (transparance fiscale). In het kader van dit artikel is op hoofdlijnen nagegaan of het fbi-regime nog wel voldoet aan de transparance fiscale gedachte. Dat bleek op een aantal punten niet het geval. Vervolgens zijn voorstellen gedaan om de gesignaleerde inbreuken op de transparance fiscale gedachte te repareren.

In het voorgestelde regime voor de vastgoed-fbi wordt de belasting over het belastbaar bedrag verhoogd van 0% naar 15%. De uitdelingsverplichting wordt gehandhaafd en winstuitkeringen door een vastgoed-fbi blijven onderworpen aan 15% dividendbelasting. Een vastgoed fbi mag vervreemdingswinsten op onroerende zaken niet langer aan de HBR toevoegen. Om cumulatie van de vennootschapsbelasting die van de vastgoed-fbi wordt geheven en de dividendbelasting te vermijden, wordt de afdrachtvermindering uitgebreid.

⁴³ Voor een belang in een vbi is een dergelijk voorschrift reeds opgenomen in art. 3.29a IB 2001.

⁴⁴ Zie over deze toets de RvS, Advies, Kamerstukken II, 2005-2006, 30533, nr. 5, blz. 6, E.J.W.Heithuis, Ruim baan voor de FBI!, WFR 2007/709, E.J.W. Heithuis, Ruim baan voor de FBI! (vervolg), WFR 2007/1029, E. Heithuis, Ruim baan voor de fbi! (tweede vervolg), WFR 2009/759 en W. Bruins Slot, De vrijgestelde beleggingsinstelling, NTFR Beschouwingen 2007-40, par. 2.

⁴⁵ NFV 2011, blz. 46.

Verder wordt een buitenlandse belastingplicht geïntroduceerd voor aandeelhouders in een vastgoed-fbi voorzover wordt belegd in Nederlands vastgoed.

Het voorgestelde regime voor de effecten-fbi is in wezen een voortzetting van het huidige fbi-regime met dien verstande dat een effecten-fbi niet langer mag beleggen in onroerende zaken. Daarnaast wordt een aantal andere wijzigingen doorgevoerd. Zo wordt bepaald dat interest die op grond van de nationale wetgeving van de bronstaat niet is onderworpen aan bronbelasting voor de toepassing van de dividendbelasting wordt aangemerkt als gestort kapitaal. Verder wordt geregeld dat ondernemers aandelen in een effecten-fbi jaarlijks moeten waarderen op de waarde in het economische verkeer.

Zowel voor de vastgoed-fbi als voor de effecten-fbi komen de financieringslimieten, de aandeelhouderseisen en de bestuurders- en commissarissentoets te vervallen. Aan de vastgoed-fbi wordt daarnaast niet langer de gelijke winstverdelingseis gesteld. Aanmerkelijk belangpakketten in een fbi worden overgeheveld van box 2 naar box 3. Daarnaast worden maatregelen genomen om ongewenst gebruik van de regimes voor de vastgoed-fbi en de effecten-fbi door aanmerkelijk belanghouders tegen te gaan.