

## **To b.i. or not to b.i.; gelijke winstverdeling bij paraplufondsen**

Een kwalificerende fiscale beleggingsinstelling is onderworpen aan de vennootschapsbelasting naar een tarief van 0%. In beginsel kunnen zowel NV's, BV's, alsmede fondsen voor gemene rekening de status van fiscale beleggingsinstelling deelachtig worden. Teneinde te kunnen kwalificeren als fiscale beleggingsinstelling dient, ingevolge artikel 28 lid 2 onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) onder meer te worden voldaan aan de eis dat de ter beschikking te stellen winst gelijkelijk over alle aandelen en bewijzen van deelgerechtigdheid wordt verdeeld. Deze eis ziet blijkens de parlementaire behandeling op de statutaire winstverdeling, en is destijds in de wet opgenomen ter bestrijding van bepaalde in de praktijk voorkomende, en in de ogen van de wetgever ongewenste, structuren. Deze structuren voorzagen in een winstverdeling op zodanige wijze dat de verplicht uit te keren winst met name toekwam aan bepaalde categorieën aandeelhouders of participanten die in Nederland niet, of beperkt, aan de belasting waren onderworpen, terwijl aan de overige in Nederland belastingplichtige (particuliere) aandeelhouders een belastingvrij voordeel, bijvoorbeeld in de vorm van een agio bonus, toekwam.

Strikt genomen heeft deze eis tot gevolg dat de status van fiscale beleggingsinstelling bijvoorbeeld zal komen te vervallen indien verschillende soorten aandelen, met verschillende winstrechten, door de beleggingsinstelling worden uitgegeven. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris echter geïndiceerd dat er geen statusverlies optreedt, indien niet sprake is van het ontwijken van belasting op een wijze die fiscaal niet aanvaardbaar is. Mede op basis van de in artikel 28 lid 3 Wet VPB 1969 voorziene ontheffingsmogelijkheid, kon de soep in de praktijk vaak minder heet worden gegeten dan opgediend; geleidelijk is beleid ontwikkeld in welke gevallen en onder welke voorwaarden ontheffing van deze eis kon worden verleend. Op 20 december 2001 heeft de Staatssecretaris van Financiën dit beleid gepubliceerd en gedelegeerd aan de Belastingdienst (zie Besluit van 20 december 2001, nr. CPP2001/3247; hierna: het Besluit).

### **Het Besluit**

Op basis van het Besluit is de inspecteur gemachtigd om ontheffing te verlenen van de eis van gelijke winstverdeling indien alle aandelen in één hand zijn, of indien alle aandeelhouders in dezelfde mate gerechtigd zijn tot de

verschillende soorten aandelen. Indachtig de reden tot invoering van deze eis, te weten het bestrijden van constructies gericht op het verijdelen van belastingheffing, is dit een logische stap. In dergelijke situaties zal een ongelijke winstverdeling in beginsel niet zijn ingegeven door Nederlandse fiscale motieven, althans niet tot gevolg hebben dat winst verschuift naar specifieke, niet-belastingplichtige investeerders.

#### Ontheffing bij paraplufonds

Op basis van het Besluit is de inspecteur voorts gemachtigd om in bepaalde gevallen ontheffing te verlenen van de eis van een gelijke winstverdeling per aandeel. De afgelopen jaren zijn veel paraplufonds opgezet. Kenmerk van deze fondsen is dat het aandelenkapitaal is onderverdeeld in verschillende series aandelen, waarbij elke serie is gekoppeld aan een afzonderlijk geadmistreerde beleggingsportefeuille. Elke serie, in de praktijk aangeduid als 'subfonds', heeft zijn eigen beleggingsbeleid. Een strikte toepassing van de eis dat de winst gelijkelijk over alle aandelen of participatiebewijzen moet worden verdeeld, zou ertoe leiden dat een dergelijk paraplufonds de status van beleggingsinstelling niet deelachtig zou kunnen worden, terwijl het subfonds, indien het in een aparte entiteit zou zijn ondergebracht, deze status wel zou hebben verkregen. In de praktijk is dan ook beleid ontwikkeld dat er in voorzorg dat onder bepaalde voorwaarden ontheffing van dit vereiste kon worden verkregen. In 1998 is dat beleid vastgelegd in een besluit (Besluit van 28 augustus 1998, DB 98/2897M). Het besluit was echter enkel van toepassing op paraplufonds met de juridische huls van een NV en niet op paraplufonds in de vorm van een fonds voor gemene rekening. Met het nieuwe Besluit wordt het ontheffingsbeleid overeenkomstig van toepassing verklaard op fondsen voor gemene rekening, en vervangt daarmee het besluit uit 1998. Bovendien wordt de uitvoering van het beleid nu gedelegeerd aan de Belastingdienst.

#### Voorwaarden voor ontheffing

Het Besluit machtigt de inspecteur ontheffing te verlenen van de eis van een gelijke winstverdeling per aandeel of bewijs van deelgerechtigdheid, indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. Elk (sub)fonds van de NV (of fonds voor gemene rekening) dient te voldoen aan alle voorwaarden van artikel 28 Wet VPB 1969.
2. Geen (sub)fonds van de NV belegt in enig ander (sub)fonds van de NV (of van het fonds van gemene rekening).

3. De NV (of het fonds voor gemene rekening) voldoet overigens aan alle voorwaarden van artikel 28 Wet VPB 1969.

Deze voorwaarden houden in dat zowel het (sub)fonds, als onderdeel, als het paraplufonds zelf (alle subfondsen tezamen) aan de eisen van artikel 28 Wet VPB 1969 moet voldoen, wil het paraplufonds voor een ontheffing in aanmerking kunnen komen. Hoewel de mogelijkheid wordt geboden subfondsen te creëren, blijft voor de heffing van vennootschapsbelasting sprake van één belastingplichtige, namelijk het paraplufonds. Alleen het paraplufonds is derhalve aangifteplichtig. Uiteraard dienen in de aangifte de gegevens van de subfondsen te worden opgenomen. Wel zal voor ieder subfonds afzonderlijk de jaarlijkse uitdelingsverplichting moeten worden vastgesteld. In de praktijk kan het voorkomen dat de som van de uitdelingsverplichtingen van de afzonderlijke subfondsen hoger is dan de uitdelingsverplichting van het paraplufonds. Dit zal zich voordoen indien door een van de subfondsen een verlies is geleden, hetgeen de uitdelingsverplichting van het betreffende subfonds en het paraplufonds verlaagt, maar niet de uitdelingsverplichting van de overige subfondsen. Indien zich een dergelijke situatie voordoet, zou het paraplufonds meer winst uitdelen dan op basis van het Besluit beleggingsinstellingen nodig is, hetgeen een voorgenomen dotatie aan de herbeleggingsreserve zou kunnen frustreren. Indien dergelijke problemen zich voordoen, kunnen deze blijkens het Besluit aan het Ministerie van Financiën worden voorgelegd. Wat opvalt, is dat de staatssecretaris de afhandeling van deze problemen niet heeft willen delegeren aan de Belastingdienst, doch terzake blijkbaar zelf beleid wil ontwikkelen.

Zoals blijkt uit de ontheffingsvoorwaarden, mag een subfonds niet in een ander subfonds van hetzelfde paraplufonds beleggen, waarmee, gezien vanuit het ruimere perspectief van het paraplufonds, in zekere mate wordt uitgesloten dat het paraplufonds aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in zichzelf zou gaan houden.

In het Besluit wijst de staatssecretaris erop dat indien voor een paraplustructuur wordt gekozen, de verschillende (sub)fondsen in zekere zin borg staan voor elkaar, hetgeen volgens de staatssecretaris niet kan worden aangemerkt als beleggen. Dit hoeft volgens de staatssecretaris een ontheffing niet in de weg te staan. Voorzover een subfonds al geacht zou kunnen worden borg te staan voor de andere subfondsen, kan dat mijns inziens niet worden beschouwd als een zelfstandige activiteit van het fonds, doch veeleer als iets dat onlos-

makelijk met de structuur is verbonden, en derhalve geen invloed kan hebben op de kwalificatie van de activiteiten van het fonds.

In het Besluit wordt er door de staatssecretaris voorts op gewezen dat het bestaande en gepubliceerde beleid met betrekking tot aandeelhouders- en bestuursvereisten (zie Besluit van 3 december 1991, nr. DB91/6514, zoals nadien gewijzigd bij Besluit van 15 oktober 1992, nr. DB92/4847) op overeenkomstige wijze van toepassing is op nieuwe subfondsen. Een fonds dat wordt omgezet in een nieuw subfonds van het paraplu-fonds, wordt in dat kader niet als een 'nieuw' subfonds aangemerkt. Het beleid waaraan de staatssecretaris refereert, voorziet er onder meer in dat ontheffing wordt verleend van de in artikel 28 lid 2 onderdelen c en f (nu onderdeel h) Wet VPB 1969 opgenomen aandeelhouders- en bestuursvereisten, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. De goedkeuring geldt zolang de beleggingsinstelling in het bezit is van een vergunning als bedoeld in artikel 5, artikel 6 of artikel 41 Wet toezicht beleggingsinstellingen (WTB), dan wel daarvan op grond van artikel 14 WTB is vrijgesteld.
2. De goedkeuring geldt slechts voor een periode van maximaal 24 maanden, gerekend vanaf de datum van oprichting.
3. De beleggingsinstelling verklaart binnen twee maanden na inwilliging van het verzoek aan de competente inspecteur, deze tijdig te informeren indien de beleggingsinstelling na het verlopen van de tweejaarstermijn niet aan de relevante eisen van artikel 28 Wet VPB 1969 voldoet.

#### **Prioriteits aandelen**

Het Besluit machtigt de inspecteur ten slotte een ontheffing te verlenen van de eis dat de winst op een gelijke wijze moet worden verdeeld, indien de ongelijke winstverdeling voortvloeit uit de aanwezigheid van prioriteits aandelen. De inspecteur mag ontheffing verlenen indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. Het totale nominaal gestorte kapitaal van alle prioriteits aandelen in het fonds bedraagt niet meer dan € 500.
2. De vergoeding op de prioriteits aandelen belooft niet meer dan 7%.

Zoals blijkt uit het Besluit, geldt deze ontheffing voor het fonds als geheel, en niet per subfonds. Deze ontheffing kan worden verleend naast de hiervoor besproken ontheffing. Indien derhalve door een paraplu-fonds

prioriteits aandelen worden uitgegeven, zullen in principe twee ontheffingen worden verleend: één inzake de ongelijke winstverdeling als gevolg van de aanwezigheid van subfondsen, en één inzake de ongelijke winstverdeling als gevolg van de prioriteits aandelen.

*Mr. G.C. van de Wetering  
De Brauw Blackstone Westbroek,  
Linklaters & Alliance*

---