

Consultatie conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fonds voor gemene rekening, vbi en fbi

Graag wijzen wij u op ons commentaar bij dit conceptwetsvoorstel. Dit commentaar is ook gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (V-N 2023/15.8).

Redactie Vakstudie Nieuws

Wijziging open fgr

In lijn met eerdere uitlatingen van het kabinet zullen alleen fondsen in de vorm van gereguleerde beleggingsfondsen of instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe's) voortaan als open fonds voor gemene rekening (fgr) kunnen worden aangemerkt, mits de participaties vrij verhandelbaar zijn. Icbe's (in het Engels "ucits") moeten aan bepaalde voorwaarden voldoen die op EU-richtlijnen zijn gebaseerd, en vallen onder AFM-toezicht. Daarbij is gelukkig wel bepaald dat ook in de nieuwe regeling een fonds toch besloten blijft als het de zogenoemde inkoopvariant toepast, waarbij verhandeling plaatsvindt door inkoop en (her)uitgifte via de instelling.

Het eerder geconsulteerde conceptwetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' (zie V-N 2021/18.7) omvatte zowel de regeling voor de open cv als voor het fgr. Die twee zijn nu uit elkaar getrokken. Dat roept de vraag op hoe het zit met entiteiten die als fgr én als cv kunnen worden gekwalificeerd. Hierover is niets terug te vinden in het conceptwetsvoorstel.

Motivering

Voor de aanpassing worden, in lijn met eerdere uitlatingen, twee redenen aangevoerd. De eerste is om het systeem meer te laten aansluiten bij de oorspronkelijke bedoelingen. De tweede reden is dat het Nederlandse toestemmingsvereiste in vergelijking met andere landen zeer ongebruikelijk is en tot internationale kwalificatieverschillen kan leiden.

Het komt ons voor dat de eerste reden tot op zekere hoogte een soort drogreden is. Bij invoering is gekozen voor het toestemmingsvereiste, wat daarna zeer restrictief is uitgewerkt. De vraag is of minder restrictieve uitwerking van het toestemmingsvereiste, bijvoorbeeld in de vorm van toestemming van alleen de beheerder te eisen, niet veel beter in overeenstemming zou zijn met de oorspronkelijke doelstellingen. Wij onderschrijven dat het open fgr een functie heeft binnen het systeem en het ook zinvol is het open fgr in enigerlei vorm te handhaven. Het lijkt ons evident dat dit ook beter past binnen de oorspronkelijke doelstellingen dan het afschaffen van het open fgr. Maar wij zien eigenlijk geen reden om (nu) tot wijziging over te gaan.

Voor wat betreft het tweede argument is het toestemmingsvereiste inderdaad internationaal afwijkend en lijkt ons een valide argument. Maar dan zouden we wel hebben verwacht dat voor wat betreft de nieuwe eisen – gereguleerde beleggingsinstelling uitgezonderd de inkoop-variant – zou worden toegelicht hoe gebruikelijk die eisen internationaal dan zijn. Die toelichting ontbreekt, wat de vraag oproept of dit nu de echte reden is om tot wijziging over te gaan.

In de passage daarna wordt in wezen een derde reden genoemd, namelijk de toekomstige andere behandeling van familiefondsen. Of men dergelijke familiefondsen inderdaad anders wil behandelen dan voorheen, is uiteindelijk een politieke afweging. Bijzonder is wel dat hier wordt gesproken over een gevolg en dus niet een reden om de maatregel te treffen, terwijl we de indruk hebben dat het een bewust gewenste wijziging of zelfs bestrijding is. In de artikelsgewijze toelichting wordt echter wel expliciet verwezen naar de versoering van het vbi-regime. Afschaffing van het open fgr is in dat verband helemaal niet nodig, maar het maakt wel duidelijk dat dit ook een reden is om het open fgr aanzienlijk te beperken.

De term ‘familiefondsen’ komt overigens in de voorgestelde wettekst niet voor. In de toelichting wordt wel verwezen naar de wetsgeschiedenis van de Wft (Wet op het financieel toezicht). Wat daarbij niet wordt vermeld, is dat deze wetgeving voor een groot deel is gebaseerd op EU-wetgeving. Nederland kan niet door middel van uitlatingen in de wetsgeschiedenis daar een eigen sausje overheen gieten. Het kabinet zou dus beter kunnen kijken of ze EU-rechtelijke bronnen kan aanvoeren.

Blinde vlekken?

In de toelichting wordt uitsluitend ingegaan op de situatie dat een open fgr door de wetwijziging een besloten fgr wordt. De vraag is echter of er niet ook gereguleerde fondsen zijn die gebruikmaken van de toestemmingsvariant (of, maar dat lijkt ons echt volstrekt theoretisch, de uitzondering voor vervreemding aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn). In die gevallen treedt ook overgang van besloten naar open fgr op. Zo dat speelt, zal dat hopelijk oplosbaar zijn door overgang naar de inkoopvariant.

Het vbi-regime

Het vbi-regime wordt eveneens beperkt tot gereguleerde beleggingsfondsen en icbe's. Deze wijziging lijkt met name ingegeven door de wens om familiefondsen te bestrijden.

De aparte definitie van beleggingsinstelling in art. 6a lid 3 Wet VPB 1969 komt te vervallen. De overige voorwaarden in art. 6a lid 1 Wet VPB 1969 blijven echter gehandhaafd. Waarom het nog nodig zou zijn om te bepalen dat doel en feitelijke werkzaamheden bestaan uit de belegging van geld of andere goederen, is ons onduidelijk. En waarom het beginsel van risicospreiding wordt gehandhaafd, wordt evenmin toegelicht. Ook wordt niet toegelicht, waarom het vereiste van de inkoop van participaties niet zou kunnen vervallen. Het komt ons voor dat al deze vereisten zouden moeten worden heroverwogen. Het is ons onduidelijk hoe men hiermee denkt Nederland aantrekkelijk te houden of aantrekkelijker te maken voor beleggingsfondsen.

Er is voor wat betreft het vervallen van het vbi-regime niet voorzien in apart overgangsrecht. Bij een nv als vbi zal, als niet aan de nieuwe voorwaarden wordt voldaan, de vbi-status per 1 januari 2024 vervallen en zal het lichaam per die datum normaal VPB-plichtig worden. Bij een open fgr als vbi zal de nieuwe regelgeving voor de open fgr van toepassing worden. Wordt niet aan die nieuwe voorwaarden voor een open fgr voldaan, dan vervalt per 1 januari 2024 tevens de vbi-status, aangezien de voorwaarden voor fgr en vbi hetzelfde zijn. Bij het einde van de vbi-status kan worden

geherwaardeerd naar de waarde in het economische verkeer (openingsbalans) en zal dus geen VPB worden geheven.

Wijziging fbi-regime

De voorgestelde wijziging voor fbi's houdt, zoals aangekondigd, in dat het voor een fbi niet langer is toegestaan te beleggen in onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen. Daarnaast wordt de fbi ook expliciet verboden zich bezig te houden met het bestuur van, kortweg, onroerendezaaklichamen.

Wat wel blijft toegestaan, is dat de fbi belegt in lichamen die beleggen of ondernemen in vastgoed. Uit de toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat de fbi zich onthoudt van bestuurshandelingen of bestuurlijke betrokkenheid bij de deelnemingen. Normale aandeelhoudersbetrokkenheid is, naar wij aannemen, geen probleem. Gezien het voorgaande, zou het als aandeelhouder actief opleggen en afdwingen van bijvoorbeeld bepaalde milieudoelstellingen als minimaal label A of B ook geen probleem mogen zijn. Ook een meerderheidsbelang in een vennootschap die belegt in onroerende zaken, is, als wij het goed zien, geen probleem, mits aan voornoemde vereisten wordt voldaan.

Of met de wijzigingen de fbi in de praktijk nog aantrekkelijk is bij onroerende zaken, zal moeten blijken. Duidelijk is dat voor veel participanten geen sprake meer is van gelijke behandeling van collectief beleggen in onroerende zaken en zelf beleggen in onroerende zaken.

Opvallend is dat op basis van de conceptwettekst het bezig houden met het bestuur van vastgoedvennootschappen is uitgesloten. Een nietsvermoedende lezer zou daaruit a contrario kunnen afleiden dat het besturen van andere vennootschappen dus geen probleem is, ook al gaat het daarbij om vennootschappen die een materiële onderneming drijven. Het komt ons voor dat over deze toelichting nog even beter moet worden nagedacht.

Motivering

Het laten vervallen van het fbi-regime voor vastgoed-fbi's wordt ingegeven door de wens een heffingslek bij sommige buitenlandse participanten te dichten. Mede gezien het voorgaande, hebben wij ons in eerdere aantekeningen afgevraagd of er geen alternatieve mogelijkheden waren geweest die minder nadelen zouden hebben. Het SEO-onderzoek (zie V-N 2023/2.6) noemt de afschaffing een ongerichte maatregel die daardoor ook niet-misbruiksituaties raakt. SEO wijst ook op de hogere lasten voor pensioenfondsen. Helaas gaat het conceptvoorstel op mogelijke alternatieven in het geheel niet in.

Overgangsrecht

Hoofddregel van het overgangsrecht is fictieve vervreemding van het belang in het open fgr door de participanten alsmede fictieve vervreemding door het open fgr van alle activa en passiva aan de participanten (conceptartikel III). In beide gevallen vindt de fictieve vervreemding plaats, onmiddellijk voorafgaande aan de inwerkingtreding van de wet, en in beide gevallen geldt een uitzondering, indien ook na inwerkingtreding van de wet sprake blijft van een open fgr. De inwerkingtreding is voorzien per 1 januari 2024. Voor open fgr's met een boekjaar dat afwijkt van het kalenderjaar, zal dus sprake zijn van een kort boekjaar; er wordt niet aangesloten bij de boekjaren maar misschien

komt dat nog in het definitieve wetsvoorstel. Voor de situatie dat na de fictieve vervreemding van alle activa en passiva een onverrekenbaar verlies overblijft, is geen voorziening getroffen.

De fictie heeft geen gevolgen voor de dividendbelasting. In een situatie met buitenlandse participanten lijkt Nederland echter wel afstand te doen van een voordien bestaand heffingsrecht. Overigens is ook voor bijvoorbeeld de bronheffing niets geregeld.

In de toelichting wordt geheel niet ingegaan op de situatie dat na wetswijziging sprake zou zijn van een omgekeerde hybride. In die situatie is op basis van de voorgestelde wettekst de vervreemdingsfictie onverkort van toepassing. Dat lijkt ons niet redelijk, maar vermoedelijk wel praktisch. Hoe dan ook, er zou eigenlijk in de toelichting moeten worden ingegaan op deze problematiek.

Doorschuiffaciliteit

Voor deelgerechtigden die belastingplichtig zijn voor de VPB, geldt een doorschuiffaciliteit (conceptartikel III). Deze doorschuiffaciliteit zat ook al in het oorspronkelijke conceptwetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' (zie V-N 2021/18.7). Ten opzichte van dat voorstel is echter vervallen de eis dat alle betrokken partijen binnen de EU of de EER zijn gevestigd. Die eis leek ons ook onjuist en zou al snel in strijd komen met de nondiscriminatiebepalingen in de belastingverdragen. De vraag kan alleen worden gesteld of er een heffingslek kan ontstaan in die situaties waarin geen sprake is van een (fictieve) Nederlandse vaste inrichting. In dat verband zou een voorbeeld met een buitenlandse participant niet misstaan.

Gehandhaafd is de eis dat de doorschuiffaciliteit alleen geldt, indien alle participanten aan de VPB zijn onderworpen. Andere participanten kunnen volgens de toelichting eerst de aandelenfusiefaciliteit toepassen, waarna alle participaties worden gehouden door VPB-plichtige entiteiten, en daarna de doorschuiffaciliteit kan worden toegepast. Waarom voor de doorschuiffaciliteit vereist zou zijn dat er alleen VPB-plichtige participanten zijn, wordt niet toegelicht. Wij zien de noodzaak niet en het komt ons voor dat de regel onredelijk hard kan uitpakken. Wij denken bijvoorbeeld aan familiefondsen met oudere, wellicht inmiddels dementerende participanten, bij wie het niet lukt om bij iedereen de aandelenfusiefaciliteit (tijdig) toe te passen. Wij hopen dat voor sprekende gevallen in het wetgevingsproces of anders beleidsmatig (hardheidsclausule?) een oplossing zal worden getroffen. De wettekst laat daartoe ook de ruimte. Het is met name de toelichting die suggereert dat voor de doorschuiffaciliteit geen ontheffing mogelijk zou zijn van de voorwaarde dat alle participanten VPB-plichtig zijn.

Wij spreken hiervóór van VPB-plichtige entiteiten, omdat het volgens de toelichting geen probleem is als sprake is van een subjectieve vrijstelling, zoals bij pensioenfondsen. Wij zouden veronderstellen dat ook stichtingen en verenigingen die geen onderneming drijven, kwalificeren, maar het zou goed zijn als dit wordt bevestigd (of anders in elk geval de aandelenfusiefaciliteit voor dergelijke entiteiten zou worden opengesteld). De wettekst spreekt overigens over "deelgerechtigden (...) [die] zijn onderworpen aan de Wet op de vennootschapsbelasting 1969". Dat staat toch wel op gespannen voet met voornoemde toelichting. Die tekst zou eigenlijk moeten worden aangepast.

Aandelenfusiefaciliteit

De aandelenfusiefaciliteit (conceptartikel IV) geldt alleen voor natuurlijke personen en alleen voor box 2. Waarom de toepassing beperkt is tot box 2, is ons niet duidelijk. Wij zouden menen dat een box 1-vrijstelling die doorwerkt naar box 2 en 3, net zoals de gewone aandelenfusiefaciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001, op zijn plaats zou zijn. Daarmee wordt zowel ondervangen de incidentele situatie dat het belang in box 1 valt (belegging van tijdelijke overtollige kasmiddelen), als die waarin het belang in box 3 valt, terwijl sprake zou zijn van heffing op basis van daadwerkelijke inkomsten (zoals op basis van het Kerstarrest wellicht mogelijk is). Wij vragen ons overigens af waarom VPB-plichtige entiteiten niet ook gebruik zouden kunnen maken van de aandelenfusiefaciliteit. In dat geval kunnen alle participanten inbrengen in één vennootschap en zo potentiële nieuwe aanmerkelijkbelangposities als gevolg van omgekeerde verwatering vermijden.

Een andere vraag die hierbij opkomt, is of een belastingplichtige in een open fgr per 1 januari 2024, wanneer volgens het voorstel het wetvoorstel in werking treedt, box 3-vermogen bezit ter zake van het (dan besloten, fiscaal transparante) fgr en derhalve in box 3 in de IB wordt aangeslagen. Tweede vraag daarbij is of hierbij nog verschil bestaat in de situatie, waarin wel gebruik wordt gemaakt van de bijzondere aandelenfusievrijstelling uit het wetsvoorstel (het voorgestelde art. III) en waarin daarvan geen gebruik wordt gemaakt. Zeker in het eerste geval (wel gebruik bijzondere aandelenfusievrijstelling) lijkt het vreemd dat de belastingplichtige op 1 januari 2024 al wel over box 3-vermogen bezit ter zake van het fgr, terwijl de aandelenfusie nog moet plaatsvinden. Dan zou men toch zeggen dat de belastingplichtige op die peildatum nog steeds een (box 2-)belang heeft in het (dan nog) open fgr en de fiscale transparante van het open fgr pas optreedt, nadat de aandelenruil heeft plaatsgevonden (en de participaties in het open fgr zijn ingebracht in de bv). Uit de inwerkingtredingsbepaling lijkt deze volgorde ook te volgen maar heel duidelijk is dit ook weer niet. Overigens is ook nog wel de vraag wat, als al sprake is van box 3-vermogen op 1 januari 2024 (mogelijk dus in de gevallen waarin geen gebruik is gemaakt van de bijzondere aandelenfusievrijstelling van het voorgestelde art. III), in box 3 moet worden aangegeven, de netto-participatie in het (dan op 1 januari 2024 fiscaal transparante fgr) of de bezittingen en schulden van het fgr naar rato van het belang in het fgr. Het verschil in benadering komt met name aan de orde als het fgr haar bezittingen (geheel of gedeeltelijk) met schulden heeft gefinancierd, vanwege het lagere forfaitaire rendement voor schulden dan voor de overige bezittingen. Hopelijk wordt aan de eventuele doorwerking van het wetsvoorstel naar box 3 nader aandacht besteed in het definitieve wetsvoorstel op Prinsjesdag 2023. Dat zou voor de praktijk wel prettig zijn.

Anders dan in de eerdere internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel 'Aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' bevat dit conceptwetsvoorstel ook een aparte aandelenfusiefaciliteit voor de overdrachtsbelasting (conceptartikel VII). Wel geldt daarbij een minimale houdsterperiode van drie jaar na toepassing van de faciliteit, behoudens bepaalde kwalificerende opvolgende reorganisaties. Wij vragen ons af of dit in alle gevallen redelijk is. Dat de aandelenfusiefaciliteit hier wordt toegepast, hangt samen met de wetswijziging, niet met keuzen van belastingplichtigen. Wij zouden menen dat er in elk geval een uitzondering op de minimale houdsterperiode zou moeten zijn, indien de vervreemding leidt tot heffing van overdrachtsbelasting.

Betalingsfaciliteit voor ten hoogste tien jaar

Sluitstuk van het overgangsrecht is een voorwaardelijk renteloos uitstel van betaling voor de duur van tien jaar (conceptartikel II: art. 70g (nieuw) IW). De bepaling geldt niet alleen, indien het voor deelgerechtigden niet mogelijk is om gebruik te kunnen maken van de aandelenfusie- of doorschuiffaciliteit, maar, als wij het goed zien, ook als deelgerechtigden ervoor kiezen geen gebruik

te maken van deze faciliteiten. Vervreemding van activa door het inmiddels fiscaal transparante fgr beïnvloedt het uitstel verder niet.

Flankerend beleid in de overdrachtsbelasting in verband met de vastgoedmaatregel

Voor de vastgoed-fbi is een tamelijk beperkte overgangsmaatregel in de overdrachtsbelasting voorgesteld (conceptartikel VI). De faciliteit is beperkt tot de verkrijging van de economische eigendom van het vastgoed. De gedachte is namelijk dat de juridische eigendom bij de vastgoed-fbi achterblijft. Bovendien geldt de beperking dat verkrijging plaatsvindt in de vorm van een deelgerechtigdheid in “een lichaam dat voor de vennootschapsbelasting niet zelfstandig belastingplichtig als bedoeld in de artikelen 2 of 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is”. Dat is wat ons betreft toch op zijn minst een opmerkelijke definitie. Wij lezen in art. 1 Wet VPB 1969 dat belasting alleen wordt geheven van lichamen, wat verder wordt uitgewerkt in art. 2 Wet VPB 1969. Daarnaast merken wij op dat de faciliteit aldus niet toepasbaar is, indien sprake is van omgekeerde hybride lichamen (zie art. 2 lid 3 en lid 12-13 Wet VPB 1969). Wij hebben sterke twijfels of dat zo is bedoeld. Het lijkt ons in elk geval niet gewenst.

De toelichting gaat uit van inbreng van de economische eigendom in een fgr. Wij zouden menen dat qua rechtsvorm een besloten cv ook mogelijk zou moeten zijn, waarbij de oude fbi de beherend vennoot wordt. De oude fbi brengt haar onroerende zaken in de cv in en draagt de commanditaire belangen over aan haar aandeelhouders. Het zou goed zijn als deze route in het ‘echte’ wetsvoorstel wordt toegevoegd.

De vraag is verder of niet aanvullende mogelijkheden tot herstructurering zonder heffing van overdrachtsbelasting zouden moeten worden geboden. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan een ruimhartig(er)e toepassing van de ruziesplitsing om de onroerende zaken aan de aandeelhouders te kunnen overdragen. Wij denken overigens dat al dit soort oplossingen met name werken voor grotere participanten, zoals pensioenfondsen. Voor de kleinere belegger biedt dit geen oplossing. Deze laat het kabinet eigenlijk min of meer in de steek.

Er wordt voorzien in een antimisbruikregeling die erop is gericht dat overdrachtsbelasting wordt geheven als binnen twee jaar een belang wordt uitgebreid tot een derde of meer.

Bijzonder is dat de overgangsmaatregel in de overdrachtsbelasting in de tijd beperkt is tot 31 december 2024, terwijl het fbi-regime voor de vastgoed-fbi vervalt met ingang van het eerste boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2025. Bij een gebroken boekjaar loopt het regime dus nog door in 2025 tot het einde van het boekjaar, maar kan in dat deel van het boekjaar niet meer worden geherstructureerd zonder de heffing van overdrachtsbelasting. Mogelijk dat deze anomalie nog wordt aangepast in het definitieve wetsvoorstel.