de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Reactie internetconsultatie Concept voorstel van wet aanpassing fgr vbi fbi

Amsterdam, 5 april 2023

Geachte lezer,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) heeft met belangstelling kennisgenomen van de internetconsultatie Concept voorstel van wet aanpassing fgr vbi fbi (hierna: de internetconsultatie) en geeft hierbij graag een reactie.

Met deze reactie beogen we een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van goede wet- en regelgeving. Dat doen we vanuit onze expertise en ervaring. Wij hebben daarbij aandacht voor de fundamentele rechts- en wetgevingsbeginselen zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid.

Met vriendelijke groet,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Adres de Muiderpoort, Sarphatistraat 500, 1018 AV Amsterdam **Postbus** 2977, 1000 CZ Amsterdam
T (020) 514 1880 **E** nob@nob.net **www.nob.net** **IBAN** NL98 ABNA 0400 9999 00 **KvK** 40531315

Inhoud

1. Inleiding 3
2. Het fonds voor gemene rekening 3
   2.1 De definitie van het fgr 3
   2.2 Overgangsrecht 4
3. Het vbi-regime 12
   3.1 Artikel I aanhef en onderdeel B (wijziging artikel 6a) 12
4. De vastgoedmaatregel in het fbi-regime 14
   4.1 Inleiding en achtergrond 14
   4.2 Aanleiding maatregel 15
   4.3 Reikwijdte van de maatregel 16
   4.4 Gevolgen statusverlies 19
   4.5 Nadelige consequenties herstructurering en overige nadelen van fgr ten opzichte van fbi 20
   4.6 Flankerend beleid in de overdrachtsbelasting 23
   4.7 Unierechtelijke aspecten 24
5. Tot slot 28

1. Inleiding

De NOB heeft eerder ook gereageerd op de internetconsultatie Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.[1] Daarin was in eerste instantie de kwalificatie van het fgr opgenomen. Dat onderdeel is later overgeheveld naar de onderhavige internetconsultatie en onze voorliggende reactie bouwt dus gedeeltelijk voort op onze eerdere reactie.

In deze reactie houden wij de volgorde aan van de concept MvT van de internetconsultatie.

2. Het fonds voor gemene rekening

2.1 De definitie van het fgr

De NOB merkt op dat een fgr die kwalificeert als beleggingsinstelling of icbe als bedoeld in artikel 1:1 Wft en die bewijzen van deelgerechtigdheid heeft die uitsluitend vervreemd kunnen worden aan het fgr zelf *of aan bloed- en aanverwanten in rechte linie* onder de voorgestelde definitie als open fgr zal kwalificeren. Onder het huidige recht kwalificeert een dergelijk fonds als besloten. In de praktijk zullen dergelijke beleggingsfondsen dus hun fondsvoorwaarden moeten aanpassen om transparante behandeling te behouden, wat in voorkomende gevallen bewerkelijk zal zijn. De memorie noemt dat de regeling voor vervreemding aan bloed- of aanverwanten haar belang verloren heeft doordat familiefondsen niet langer in aanmerking komen voor de kwalificatie als (open) fgr. Deze toelichting kan de NOB niet volgen. Gebruik van het open fgr als familiefonds wordt aan banden gelegd door de ‘artikel 1:1 Wft-eis', terwijl het hiervoor genoemde punt ziet op particulieren die participeren in een breed gehouden niet-familiefonds. Overigens leidt schrapping van de hiervoor genoemde vervreemdingsregeling in gevallen als hiervoor omschreven juist tot kwalificatie als open fgr, terwijl de aangepaste definitie het gebruik daarvan beoogt te beperken.

Een tweede punt betreft de ‘afschaffing’ van het toestemmingsvereiste. De toelichting noemt dat het toestemmingsvereiste internationaal ongebruikelijk is en dat dit tot kwalificatieconflicten kan leiden. Veel landen beschouwen ‘fgr-achtigen’ als transparant, ongeacht voldoening aan enig toestemmingsvereiste. Afschaffing van het toestemmingsvereiste beperkt kwalificatieconflicten niet, maar zorgt er eerder voor dat kwalificatieconflicten toenemen. Als een fgr-achtige die kwalificeert als beleggingsinstelling voldoet aan het toestemmingsvereiste, dan zal de voorgestelde definitie ertoe leiden dat Nederland de fgr-achtige als niet-transparant beschouwt terwijl veel landen de fgr-achtige wel als transparant beschouwen.

[1] Fiscaal kwalificatiebeleid: Oproep tot een meer gerichte aanpak van kwalificatieverschillen, https://www.nob.net/fiscaal-kwalificatiebeleid-oproep-tot-een-meer-gerichte-aanpak-van-kwalificatieverschillen.

Onder huidig recht beschouwt Nederland een dergelijke fgr-achtige als transparant waardoor geen sprake is van een kwalificatieconflict. In de praktijk zullen dergelijke beleggingsfondsen dus stappen moeten ondernemen om de transparante behandeling te waarborgen, bijvoorbeeld door de fondsvoorwaarden aan te passen naar een inkoopvariant, wat in voorkomende gevallen bewerkelijk zal zijn en/of tot commerciële complicaties kan leiden. Met betrekking tot het oplossen van de gevolgen van kwalificatieconflicten vraagt de NOB of het voornemen bestaat meer competent authority agreements af te sluiten over de verdragstoepassing van het fgr zoals met een aantal landen reeds is gedaan.[2]

Een derde punt is dat de definitie van fgr aansluit bij kwalificatie als beleggingsinstelling of icbe als bedoeld in artikel 1:1 Wft. . De concept memorie van toelichting stelt dat hierdoor alleen als fgr zullen kwalificeren die fondsen die bij een reeks beleggers kapitaal ophalen en beschikken over een vergunning op grond van de Wft of die zijn uitgezonderd van de Wft. Volgens de toelichting vallen daaronder alleen beleggingsstellingen of icbes met een beheerder die een vergunning heeft op grond van artikel 2:65 Wft of 2:69b Wft of daarvan is vrijgesteld op grond van artikel 1:13a of 2:66a Wft. De NOB merkt op dat deze artikelen in de Wft alleen gelden voor Nederlandse beheerders. De NOB beveelt aan de toelichting te verduidelijken door te bevestigen dat beleggingsinstellingen en icbes die voldoen aan de materiele definitie van artikel 1:1 Wft maar die geen (Nederlandse) beheerder hebben die een vergunning heeft of is vrijgesteld op basis van de voornoemde Wft bepalingen voldoen aan de nieuwe definitie van het (open) fgr indien tevens aan de overige voorwaarden van artikel 2 lid 4 Wet Vpb wordt voldaan.

Tot slot, de NOB neemt aan dat buitenlandse rechtsvormen welke vergelijkbaar zijn met een Nederlandse fgr ook op basis van de nieuwe definitie van het fgr zullen worden gekwalificeerd als open (non-transparant) dan wel besloten (transparant).

2.2 Overgangsrecht

Artikel II (specifieke uitstel van betaling mogelijkheid bij statuswijziging fgr)
Het voorgestelde artikel 70g van de Invorderingswet 1990 fungeert als vangnet wanneer het niet mogelijk is om gebruik te maken van de nieuw voorgestelde doorschuiffaciliteiten bij statuswijziging van het fgr (artikel IV) of een aandelenfusie (artikel V). De NOB meent dat het onwenselijk is om de betalingsuitstelregeling afhankelijk te stellen van het niet gebruik *kunnen* maken van de andere faciliteiten. Dit leidt potentieel tot veel discussie. De NOB is van mening dat de betalingsuitstelfaciliteit gebruikt moeten kunnen worden als geen gebruik wordt gemaakt van de andere faciliteiten.

[2] Zie voor de Verenigde Staten: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2012-11247.html

De NOB stelt voor om in art. 70g tweede volzin Invorderingsweg 1990 “Het uitstel wordt slechts verleend indien het fonds voor gemene rekening of de deelgerechtigde niet in aanmerking komt voor...” te vervangen door “Het uitstel wordt verleend indien het fonds voor gemene rekening of de deelgerechtigde geen gebruik maakt van …”.

Artikel 70g voorziet in renteloos uitstel van betaling op verzoek, voor de duur van maximaal tien jaar, waarbij jaarlijks 1/10^{e} deel van het oorspronkelijke bedrag voldaan moet worden.

Reactie NOB:

- Een termijn van tien jaar met jaarlijkse aflossing voor het fgr kan gemiddeld genomen als passend worden gezien in het licht van de looptijd waarbinnen effecten worden vervreemd waardoor stille reserves worden gerealiseerd. Anders ligt het bij overige beleggingen zoals vastgoed of private equity investeringen, die vaak voor langere periode worden aangehouden. De NOB geeft in overweging om voor deze categorie beleggingen een langere uitsteltermijn mogelijk te maken. Het uitstel zou idealiter moeten gelden zolang en voor zover de overige beleggingen niet zijn vervreemd. Een soortgelijke regeling als de huidige regeling voor conserverende aanslagen bij emigratie zou overwogen kunnen worden.

- Eenzelfde observatie geldt voor de participaties van de deelgerechtigden in het fgr. Deze worden doorgaans voor een veel langer tijdvak dan één tot tien jaar aangehouden, zeker wanneer participaties berusten bij een jongere generatie. Het uitstel voor de deelgerechtigden zou moeten gelden zolang en voor zover de participaties niet zijn vervreemd. Ook hiervoor zou een soortgelijke regeling als de huidige regeling voor conserverende aanslagen bij emigratie overwogen kunnen worden.

- Omdat de belastingheffing is gebaseerd op een door de wetgever geïntroduceerde fictie valt niet in te zien waarom de belastingplichtige voor zijn uitstel ‘voldoende zekerheid’ moet stellen. Voor de thans opgebouwde latente belastingschuld is immers ook geen zekerheid vereist. Het afgeven van een bankgarantie of vestigen van een hypotheek, zoals toegelicht in de MvT zal niet zonder kosten blijven en is niet altijd mogelijk/wenselijk. De NOB geeft in overweging het vereiste van ‘voldoende zekerheid’ te schrappen.

Artikel III (Overdrachtsfictie/eindafrekening bij statuswijziging fgr)

Artikel III introduceert een tweetal overdrachtsficties bij statuswijziging van een fgr van ‘open’ naar fiscaal transparant als gevolg van de voorgestelde aanpassing van artikel 2 lid 4 van de Wet Vpb.

De eerste fictie ziet op een overdracht van alle vermogensbestanddelen aan de deelnemers naar rato van ieders deelgerechtigdheid tegen de waarde in het economische verkeer, onmiddellijk voorafgaand aan de fiscale statuswijziging van het fgr, waarna het fonds geacht wordt te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten.

De tweede fictie ziet op een vervreemding van de participaties door alle deelgerechtigden tegen de waarde in het economische verkeer.

Hieronder wordt schematisch weergegeven tot welke gevolgen beide ficties leiden wanneer geen fiscale faciliteiten worden geboden. Hierbij kan nog worden aangetekend dat de gevolgen per belastingplichtige kunnen verschillen al naar gelang de aanwezigheid van latente winsten of latente verliezen, fiscale verliescompensatie, gestalde bronheffing of nog te verrekenen afdrachtvermindering (bij de fbi) etc.

Bij statuswijziging van het fgr per 1 januari 2024 treden in beginsel de volgende fiscale gevolgen in werking bij een aangenomen waardestijging van beleggingen en participaties:

Open fgr	**Participant NL Vpb**	**Participant NL IB**	**Participant niet-NL Vpb**	**Participant niet-NL IB**
Overdrachtsfictie vermogensbestand delen ergo (eind) afrekening Vpb bij normale belastingplicht	Step up	Step up	Step up	Step up
	Overdrachtsfictie participaties ergo afrekening Vpb, tenzij deelnemings-vrijstelling.	Overdrachtsfictie participaties ergo eventuele afrekening box 1 of 2.	Overdrachtsfictie participaties ergo afrekening bij buitenlandse belastingplicht.	Overdrachtsfictie participaties ergo afrekening box 1 of box 2 bij buitenlandse belastingplicht.
				Mogelijke invordering conserverende aanslag.

Reactie NOB:

- Ingeval sprake is van een vastgoed-fbi in de vorm van een fgr treedt de statuswijziging een jaar eerder in dan de beoogde ingangsdatum voor het inwerkingtreden van de vastgoedmaatregel door aanpassing van artikel 28 van de Wet Vpb. Dit betekent een uiterst korte termijn voor eventueel gewenste reorganisaties. Overwogen kan worden om de ingangsdatum voor de vastgoed-fbi in de vorm van een fgr in de pas te laten lopen met de ingangsdatum van de vastgoedmaatregel bij artikel 28 Wet Vpb.

- Met de fictieve overdracht van vermogensbestanddelen wordt (mogelijk) een boekresultaat behaald dat naar het oordeel van de NOB in aanmerking komt voor afwikkeling via de herbeleggingsreserve. De afwezigheid van beleggingen op dat moment zal naar het oordeel van de NOB niet mogen leiden tot de constatering dat niet aan de beleggingseis wordt voldaan waardoor met terugwerkende kracht tot de aanvang van het boekjaar statusverlies zou optreden. De NOB beveelt aan in de toelichting expliciet te vermelden dat de fbi status behouden blijft en dat de afwikkeling van boekresultaten via de herbeleggingsreserve kan worden afgewikkeld indien de fbi heeft gekozen voor de herbeleggingsreserve.

- De combinatie van het einde van de binnenlandse belastingplicht van het fgr en de fictieve overdracht van vermogensbestanddelen heeft in materieel opzicht veel weg van een liquidatie van het open fgr. Het wetsvoorstel regelt niets voor de dividendbelasting en ook de toelichting zwijgt daarover. Naar het oordeel van de NOB leiden de ficties ertoe dat een fgr met fbi status geacht wordt te hebben voldaan aan de uitdelingsverplichting (ondanks dat geen dividendbelasting wordt ingehouden). De NOB beveelt aan dit in de memorie van toelichting te bevestigen. Conceptueel gezien is een uitdeling zonder dividendbelasting uitzonderlijk (tenzij sprake is van een uitdeling uit de herbeleggingsreserve). Voor fbi's die bij de statuswijziging beschikken over nog te compenseren afdrachtvermindering (ingevolge artikel 11a lid 2 Wet op de dividendbelasting 1965) zou naar het oordeel van de NOB moeten worden voorkomen dat beleggers worden benadeeld omdat de afdrachtvermindering verloren gaat. Gedacht kan worden aan het in aanmerking nemen van dividendbelasting als voorheffing bij de deelgerechtigden naar rato van hun participatie in het fgr.

- In de artikelsgewijze toelichting bij lid 2 wordt ten onrechte niet genoemd de deelgerechtigde die zijn participatie tot een ondernemingsvermogen of tot het vermogen van een werkzaamheid rekent (box 1 deelnemers). Voor hen geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor de box 2 deelgerechtigden. De NOB geeft in overweging dit alsnog in de toelichting op te nemen.

- In de toelichting wordt niet gerefereerd aan artikel 15d van de Wet Vpb en artikel 4.16 lid 1 onderdeel g van de Wet IB 2001. De vraag rijst of de slotpassage in artikel III lid 1 ("…en wordt dat fonds voor gemene rekening geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten.") een andere reikwijdte heeft dan artikel 15d.

- De NOB signaleert dat in de toelichting beperkt aandacht wordt besteed aan de buitenlandse deelgerechtigde met een box 2 belang in een open fgr aan wie bij emigratie vanuit Nederland een conserverende aanslag is opgelegd waarvoor nog (in de tijd onbeperkt) uitstel van betaling loopt. Door de overdrachtsfictie dan wel de werking van artikel 4.16 lid 1 onderdeel g in verbinding met artikel 7.5 Wet IB 2001 ontstaat er zonder nadere maatregelen een invorderingsactie. Zie in dit verband het commentaar van de NOB bij artikel II.

Artikel IV (doorschuiffaciliteit bij toepassing ficties artikel III, eerste lid)
Artikel IV lid 1 voorziet in een doorschuiffaciliteit ingeval van toepassing van artikel III lid 1. Bij het fgr mag in dat geval winstneming achterwege blijven mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Alle deelgerechtigden moeten bijvoorbeeld zijn onderworpen aan de Wet Vpb en bij alle deelgerechtigden moeten dezelfde bepalingen van toepassing zijn. De overige voorwaarden vertonen gelijkenis met de voorwaarden bij toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 Wet Vpb.

Wordt niet voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid van artikel IV dan biedt het tweede lid op verzoek een mogelijkheid voor geruisloze overgang mits zowel het fgr als alle deelgerechtigden daarom vragen en zonder uitzondering zijn onderworpen aan de Wet Vpb.

<u>Reactie NOB:</u>
- Het ligt voor de hand dat aan de vereisten moet worden voldaan op de peildatum 31 december 2023. Dit zou in het wetsvoorstel kunnen worden gestipuleerd. Wanneer het open fgr een gebroken boekjaar hanteert kan dat in de praktijk complicaties opleveren in de uitvoering. De NOB geeft daarom in overweging de wetswijziging in werking te laten treden met ingang van boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2024. De peildatum ligt dan aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan de statuswijziging.

- De praktijk is er in sommige gevallen bij gebaat dat overgangsrecht voorafgaand aan ingang wetsvoorstel kan worden toegepast, bijvoorbeeld voor omgevingen die in 2023 al willen herstructureren.

- Alle deelgerechtigden moeten zijn onderworpen aan de Wet Vpb. In de MvT wordt opgemerkt dat niet van belang is of de deelgerechtigden daadwerkelijk onderworpen zijn. Ook subjectief vrijgestelde deelgerechtigden (bijvoorbeeld pensioenfondsen) tellen hiervoor als onderworpen.

Buitenlandse deelgerechtigden (al dan niet in het buitenland onderworpen) blokkeren dus - ongeacht hun fiscale status - een onvoorwaardelijke geruisloze statuswijziging van het fgr, tenzij zij in Nederland buitenlands belastingplichtig zijn. Dat laatste is niet waarschijnlijk als de enige band met Nederland de deelgerechtigdheid in het fgr is. Het fgr met buitenlandse lichamen als deelgerechtigde(n) wordt dus in eerste aanleg nadeliger behandeld dan een fgr met louter binnenlandse lichamen als deelgerechtigde.

- Het vereiste van onderworpenheid van alle deelgerechtigden aan de (Nederlandse) Wet Vpb noopt in voorkomende gevallen tot een herstructurering, met alle uitvoeringsproblemen en kosten van dien. Het is de vraag of deze eis proportioneel is.

- Bij fbi's of verzekeraars als deelgerechtigden in een normaal belastingplichtig fgr is een geruisloze statusovergang in beginsel alleen mogelijk op verzoek. De praktijk is ermee gediend wanneer in toelichting kan worden aangegeven aan welke bijzondere voorwaarden wordt gedacht.

- Omdat het niet alleen om meerdere maar soms ook om veel deelnemers kan gaan en strikt genomen de situatie op de peildatum moet worden afgewacht, zal het moeite kosten om deze informatie tijdig te achterhalen. Zie daarom de suggestie hierna om een langere termijn toe te staan.

- De eis dat alle deelgerechtigden een verzoek moeten doen kan tot een belemmering leiden, temeer daar niet uitgesloten is deelnemers met geringe belangen moeilijk te bewegen zijn hieraan mee te werken. Het zou de praktijk dienen wanneer de beheerder van het fgr zich zou kunnen laten machtigen om het verzoek in te dienen.

- Om toepassing van de doorschuiffaciliteit moet uiterlijk op 31 december 2024 schriftelijk worden verzocht. Het kan enige tijd kosten voordat de fiscale positie van de (buitenlandse) deelgerechtigden op de peildatum in kaart is gebracht. Een ruimere termijn zou daarom wenselijk zijn, bijvoorbeeld uiterlijk de datum waarop het verleende uitstel voor de indiening van de aangifte over het laatste boekjaar van het fgr eindigt.

- In de opsomming van te stellen voorwaarden zou aandacht kunnen worden besteed aan het eventueel door te schuiven nog niet in aanmerking genomen afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a van de Wet op de dividendbelasting 1965.

- Vanwege het grillige beursklimaat de laatste jaren valt niet te sluiten dat het fgr beschikt over fiscale verliezen. Mogelijk kan in de toelichting bij het wetsvoorstel worden bevestigd dat het meegeven van verliezen uitgangspunt is bij het stellen van voorwaarden.

Artikel V (doorschuiffaciliteit bij toepassing ficties artikel III, tweede lid)
Om gebruik te kunnen maken van de doorschuiffaciliteit van artikel III lid 1, mag geen sprake zijn van particuliere deelgerechtigden. Dat zal in voorkomende gevallen betekenen dat natuurlijke personen hun participaties in het – op dat moment nog open – fgr gaan inbrengen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die is onderworpen aan de Wet Vpb (aandelenfusie). Een soortgelijke situatie geldt bij deelname door buitenlandse lichamen/deelgerechtigden in het fgr die thans niet zijn onderworpen aan de Wet Vpb.

Artikel V bevat een doorschuiffaciliteit voor natuurlijke personen met een aanmerkelijk belang (box 2) in het fgr dat zijn open status als gevolg van deze wetgeving verliest. Bepaald wordt dat deze categorie de participaties in het kader van een aandelenfusie uiterlijk op 31 december 2024 geruisloos kunnen inbrengen in een vennootschap tegen uitreiking van aandelen of winstbewijzen. Deze aandelenfusie werkt terug tot 1 januari 2024. Het idee van de wetgever is dan dat uitsluitend aan de (Nederlandse) Vpb onderworpen lichamen deelnemen waardoor het fgr toegang heeft tot de doorschuiffaciliteit van artikel IV.

<u>Reactie NOB:</u>

- Het is onnodig bezwarend dat de belastingplichtige(n) worden gedwongen tot kostbare reorganisaties om in twee stappen een geruisloze overgang van de maatregel te bewerkstelligen. De prijs om ook in privacygevoelige situaties niet mee te werken aan een overgang naar een belang in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal kan hoog zijn. Hetzelfde kan gelden bij een buitenlands belastingplichtige (particuliere) deelgerechtigde. Deze ziet zich wellicht in zijn woonland geconfronteerd met ongewenste fiscale gevolgen waardoor deze niet wenst mee te werken. Door geen unanimiteit te verlangen maar een ‘voor zover’ benadering te volgen zou individueel maatwerk mogelijk moeten zijn. Aan de deelgerechtigde die om hem moverende reden niet meedoet aan de aandelenfusie zou een conserverende box 1 of box 2 aanslag kunnen worden opgelegd waarin tevens de vennootschapsbelasting is verdisconteerd. Daar waar dat niet mogelijk is (bijvoorbeeld box 3 beleggers) zou dan vennootschapsbelasting moeten worden geheven bij het open fgr waarvoor uitstel van betaling geboden moet worden op grond van het voorgestelde artikel 70g Invorderingswet 1990. De uitdaging waarvoor het fgr zich gesteld ziet is om deze belasting te zijner tijd te kunnen verhalen op de deelgerechtigde die niet heeft meegedaan aan de aandelenfusie.

- Voor de natuurlijke persoon die zijn participatie tot een ondernemingsvermogen of tot een werkzaamheid (box 1) rekent ontbreekt een doorschuiffaciliteit. De NOB geeft in overweging dit alsnog in het wetsvoorstel op te nemen. Een andere mogelijkheid zou zijn dat wordt goedgekeurd dat winstneming in box 1 op grond van de ruilgedachte achterwege mag blijven.

- Het is niet ondenkbeeldig dat de beleggingen van het fgr bestaan uit aandelen in een vennootschap. Voor de toepassing van artikel 3a van de Wet op de dividendbelasting 1965 zou niet moeten worden gekeken naar het op de ingebrachte aandelen gestorte kapitaal maar naar het gestort kapitaal van het fgr op 1 januari 2024 (althans, de datum van inbreng). Het verdient aanbeveling dit expliciet te regelen dan wel in de toelichting op te nemen.

- Heeft de wetgever overwogen of de overgangstermijn van één jaar niet te kort is? Er zijn zeer wel mogelijkheden denkbaar waardoor het redelijkerwijs niet haalbaar is om binnen een termijn van één jaar tot een herstructurering te komen. Denk aan de eerdergenoemde voorbeelden waarin een participant zijn medewerking nog niet heeft verleend vanwege (bijvoorbeeld) privacyoverwegingen of buitenlandse fiscale situaties. Ook is denkbaar dat voor een herstructurering bepaalde toestemmingen moeten worden verkregen, bijvoorbeeld van investeringen van het fonds (change of control) of gerechtelijk (als minderjarige kinderen participant zijn of een participant onder curatele/bewind is gesteld). Is de wetgever bereid om voor individuele gevallen termijnverlenging mogelijk te maken of op een later moment een algehele termijnverlenging te overwegen als blijkt dat de termijn van één jaar in bredere zin te kort is?

Artikel VIII (continuering uitstel van betaling conserverende aanslag)
Het voorgestelde artikel VIII beoogt te voorkomen dat een vervreemding van participaties in gevolge een aandelenfusie als bedoeld in artikel V leidt tot beëindiging van uitstel van betaling voor een reeds vastgestelde conserverende aanslag op grond van artikel 25 lid 8 Invorderingswet 1990. Het initiatief daartoe moet uitgaan van de belastingplichtige. Deze moet een nieuw verzoek om uitstel indienen. Uitstel is mogelijk voor de duur van ten hoogste tien jaar, mits voldoende zekerheid is gesteld en jaarlijks 1/10^{e} deel wordt voldaan.

<u>Reactie NOB:</u>
- Artikel VIII geeft de ontvanger de mogelijkheid om aan het verzoek voorwaarden te stellen, die verder (kunnen) gaan dan de thans geldende voorwaarden waaronder uitstel van betaling is verleend. De NOB vraagt zich af waarom niet kan worden volstaan met een vaststelling dat de krachtens de aandelenfusie verkregen aandelen of winstbewijzen voor de toepassing van de Invorderingswet 1990 in de plaats komen van de desbetreffende participaties in het fgr en daarmee geacht worden aan dat uitstel ten grondslag te liggen. Door het verzoek te incorporeren in het verzoek om toepassing van de aandelenfusiefaciliteit kan dit in een keer worden geregeld.

– Met het hanteren van een vaste termijn wordt geabstraheerd van het feitelijk genieten van box 2 inkomen. Het is onwenselijk dat een belastingplichtige gedwongen wordt inkomen te realiseren. Gelijktrekking met de reeds geldende regels voor de conserverende aanslag (betaling op het moment van realisatie, uitstel zonder einddatum) ligt voor de hand.

– Omdat de belastingheffing is gebaseerd op een door de wetgever geïntroduceerde fictie valt niet in te zien waarom de belastingplichtige voor zijn uitstel 'voldoende zekerheid' moet stellen, daar waar dat thans niet het geval is. Het afgeven van een bankgarantie of vestigen van een hypotheek, zoals toegelicht in de MvT zal niet zonder kosten blijven en is niet altijd mogelijk/wenselijk.

Artikel XI (volgorde overgangsrecht)
Op grond van artikel I onderdeel A is een fgr dat niet voldoet aan de nieuwe definitie transparant. Voor de particuliere belegger die geen gebruik maakt van de doorschuiffaciliteiten betekent dit in beginsel dat, althans volgens het standpunt van de Belastingdienst dat vorige week is gepubliceerd, per 1 januari 2024 de bezittingen en schulden naar rato van diens belang in het fonds moet worden aangegeven in box 3.[3] Het voorgestelde art III lid 2 creëert een fictieve vervreemding van de participaties door de aanmerkelijkbelanghouder. Deze fictieve vervreemding vindt plaats in 2024. Potentieel levert dit in hetzelfde kalenderjaar (2024) heffing op in box 3 en box 2. Dat is onwenselijk.

Op grond van artikel XI, vindt de fictieve vervreemding op basis van art. III bij fictie plaats vóór toepassing van art. I, onderdeel A. De NOB vraagt te bevestigen dat deze volgordebepaling tot gevolg heeft dat art. IX ertoe leidt dat voor de participant/aanmerkelijkbelanghouder slechts sprake is van box 2 heffing, omdat de fictieve vervreemding bij fictie plaatsvindt voorafgaande aan de transparantie. De participant hoeft het besloten fondsvermogen per 1 januari 2024 dan ook niet op te nemen in box 3.

3. Het vbi-regime

3.1 Artikel I aanhef en onderdeel B (wijziging artikel 6a)

De voorgestelde wetswijziging betreft de omschrijving van het begrip 'beleggingsinstelling' in artikel 6a lid 1 Wet Vpb. Daarvoor komt in de plaats 'een beleggingsinstelling of icbe als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht'. In verband daarmee wordt het derde lid geschrapt. In het huidige derde lid wordt het begrip 'beleggingsinstelling' beschreven.

[3] Hier kan ook anders over worden gedacht. Zie ook ons commentaar bij het wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen.

Behoudens een vernummering van de huidige leden vier t/m acht wordt verder niets gewijzigd.

De wetswijziging treedt in werking met ingang van 1 januari 2024.

Als gevolg van deze wijziging zal volgens de toelichting de niet-gereguleerde fgr (al dan niet met vbi status) als belastingplichtig lichaam verdwijnen. Voor de NV en daarmee naar aard en inrichting vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen zal een normale belastingplicht ontstaan.

Volledigheidshalve merken wij hier op dat als gevolg van de voorgestelde vernummering van artikel 6a van de Wet Vpb ook de verwijzing naar het vbi-regime in artikel 3.29a lid 1 van de Wet IB 2001 aangepast dient te worden, namelijk naar het derde lid in plaats van het vierde lid.

<u>Reactie 1 NOB (gevolgen statusverlies)</u>
Een vbi zal met ingang van 1 januari 2024 normaal belastingplichtig worden tenzij sprake is van een gereguleerde beleggingsinstelling. Voor de vbi met een gebroken boekjaar dreigt hierdoor statusverlies met terugwerkende kracht omdat niet het gehele jaar aan de voorwaarden wordt voldaan (artikel 6a lid 7 Wet Vpb). Dit pleit ervoor de wijziging in werking te laten treden met ingang van boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2024.

De niet-gereguleerde vbi met als rechtsvorm het fgr wordt op twee fronten geraakt door dit wetsvoorstel. Vanwege de overgang naar een fiscaal transparante rechtsvorm zal de belastingplicht en daarmee het vbi regime van rechtswege eindigen. De deelgerechtigden worden geconfronteerd met een fictieve overdracht van hun participaties (artikel III) maar kunnen gebruik maken van de doorschuifmogelijkheid van artikel V. Verwezen wordt naar het NOB commentaar bij deze artikelen.

Specifiek voor deelgerechtigden in een vbi kan daaraan worden toegevoegd dat niet valt uit te sluiten dat het werkelijke rendement is achtergebleven bij het forfaitaire voordeel van artikel 4.13 lid 1 aanhef en onderdeel a van de Wet IB 2001. De kans is daardoor groot dat deze categorie wordt geconfronteerd met een verlies uit aanmerkelijk belang (zie artikel 4.27 lid 1 Wet IB 2001). In de toelichting zou kunnen worden benadrukt dat in dit geval artikel 4.24 lid 3 Wet IB 2001 kan worden toegepast waardoor een verlies daadwerkelijk in mindering komt op het box 2 inkomen in het jaar van statusovergang van open naar fiscaal transparant mits geen sprake is van inbreng in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.

Voor de deelgerechtigde in een fgr/vbi die als gevolg van dit wetsvoorstel ophoudt een aanmerkelijk belang te hebben (en geen ander box 2 belang bezit) acht de NOB het redelijk om een overgangsmaatregel te treffen die ertoe strekt de tweejaarsperiode van artikel 4.53 lid 1 Wet IB 2001 te verkorten en al in het jaar volgend op dat van de statuswijziging een belastingkorting mogelijk te maken.

Reactie 2 NOB (gevolgen bij normaal belastingplichtig geworden rechtspersoon)
De NV die de vbi status verliest, wordt van rechtswege normaal belastingplichtig. Het ligt voor de hand dat de vermogensbestanddelen voor de waarde in het economische verkeer op de openingsbalans van de normaal belastingplichtige NV verschijnen.

Voor zover nodig – en in aanvulling op het NOB commentaar bij artikel V – wordt aandacht gevraagd voor een mogelijk ongewenst gevolg van artikel 8bd van de Wet Vpb. Het idee achter het overgangsregime is dat deelgerechtigden hun participaties geruisloos inbrengen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Op dat moment is nog geen sprake van een fiscaal transparant fonds en wordt de vennootschap (enig) deelnemer in de fgr met vbi status. Direct daarop volgend treedt statusverlies op voor de fgr-vbi, nog los van de vraag of dat al niet gebeurt bij het in één hand brengen van de participaties. Dit kan fiscaal worden gezien als een met een liquidatie-uitkering vergelijkbare gebeurtenis waardoor vermogensbestanddelen worden verkregen van een (op dat moment) gelieerd lichaam waarvan de waarde in het economische verkeer op dat moment hoger is dan de waarde die bij de (voormalige) vbi ter zake van de 'overdracht' in de belastingheffing wordt betrokken. Dat lijkt een niet bedoeld en mogelijk ook ver gezocht gevolg. Mocht artikel 8bd van de Wet Vpb zo moeten worden uitgelegd dan dient overgangswetgeving zulks te voorkomen.

4. De vastgoedmaatregel in het fbi-regime

4.1 Inleiding en achtergrond

Tot de Nederlandse vastgoed-fbi's behoren zowel private als publieke (beursgenoteerde) beleggingsinstellingen. De private vastgoed fbi's worden veelal gehouden door pensioenfondsen, maar er zijn ook fbi's met een bredere investeerdersbasis. Daarnaast bestaan er veel andersoortige beleggingsinstellingen die in fbi's investeren (zogenaamde fund of funds), die soms zelf ook weer een fbi zijn. De meeste beleggers in vastgoed-fbi's zijn particulieren en pensioenfondsen.

Het fbi-regime heeft altijd primair tot doel om collectief beleggingen te faciliteren. Dat gebeurt door de beleggers in een fbi zo veel mogelijk in de dezelfde fiscale positie te brengen als wanneer ze rechtstreeks in de vastgoed(belegging) zouden hebben geïnvesteerd. Het 0%-tarief voor de vennootschapsbelasting bij een fbi zorgt ervoor dat bij de belegger/aandeelhouder geen dubbele belasting ontstaat en voor pensioenfondsen dat zij nog steeds effectief van hun belastingvrijstelling gebruik kunnen maken.

Het SEO heeft in haar rapport het regime van de vastgoed-fbi als doelmatig aangemerkt. Het vastgoed-fbi regime is volgens het SEO ook doeltreffend met de kanttekening dat voor grote buitenlandse beleggers het mogelijk is een beroep te doen op een verlaagd tarief voor deelnemingsdividenden.[4] Van een verlaagd tarief kan sprake zijn indien een buitenlandse verdragsinwoner een belang van (meestal) 10 procent of meer in de fbi bezit (het percentage aandelenbezit dat als deelnemingsdividend kwalificeert verschilt per verdrag).

4.2 Aanleiding maatregel

Uit de toelichting op het voorstel begrijpt de NOB dat de vastgoedmaatregel beoogt de fiscale behandeling over resultaten uit vastgoed evenwichtiger te maken. De NOB begrijpt voorts dat de concrete aanleiding van de vastgoedmaatregel is dat onder huidig recht in buitenlandse verhoudingen door verdragstoepassing een heffingslek kan ontstaan. Buitenlandse belastingplichtige beleggers kunnen een beroep doen op een verlaagd verdragstarief voor deelnemingsdividenden. Het gevolg zou zijn dat Nederland zijn heffingsrecht op de winsten uit vastgoed onder veruit de meeste verdragen niet of niet volledig kan effectueren.

De NOB begrijpt dit knelpunt als volgt: dat Nederland van buitenlandse belastingplichtige aandeelhouders door toepassing van belastingverdragen niet in alle gevallen 15 procent dividendbelasting kan heffen over door een vastgoed-fbi uitgekeerd dividend. Dit zou gaan om situaties waar sprake is van een zogenaamd deelnemingsdividend. Daarvan kan – afhankelijk van het belastingverdrag – sprake zijn bij een belang groter dan 10 procent of 25 procent. In het voorstel is de omvang van de budgettaire derving van dit knelpunt niet gekwantificeerd. Om de noodzaak van de vastgoedmaatregel te kunnen beoordelen is een kwantitatieve onderbouwing van het knelpunt zeer gewenst, mede om te kunnen beoordelen of de maatregel in verhouding tot de aanzienlijke gevolgen van de afschaffing van de vastgoed-fbi, zoals hierna toegelicht, proportioneel is. In het kader van de omvang van het knelpunt merkt de NOB nog het volgende op:

1. Het gesignaleerde knelpunt is beperkt tot de situatie dat een vastgoed-fbi reguliere exploitatieinkomsten als dividend uitkeert. Immers de uitkering als dividend van door de vastgoed-fbi behaalde vermogenswinsten is onder nationaal recht niet onderworpen aan dividendbelasting door toepassing van de herbeleggingsreserve. De geschetste verdragsproblematiek speelt dus niet in relatie tot uitgekeerde vermogenswinsten.
2. Het gesignaleerde knelpunt doet zich naar zijn aard uitsluitend voor bij deelnemingsdividenden. Hiervoor is vereist dat een buitenlands belastingplichtig lichaam een belang van ten minste 10%/25% in de vastgoed-fbi bezit. In dat geval kan het percentage van de dividendbelasting verlaagd worden naar 0%/5%/10%. Voor een aantal landen geldt al geen verlaagd dividendbelastingtarief bij een uitkering door een fbi. Het komt de NOB voor dat gezien de strikte aandeelhouderseisen van het fbi-regime het in de praktijk maar weinig voorkomt dat Nederland door toepassing van belastingverdragen het tarief van 15 procent dividendbelasting dient te verlagen.

[4] https://www.seo.nl/wp-content/uploads/2022/07/2022-68-Evaluatie-fbi-en-vbi.pdf p. 75-76

De ‘oplossing’ die het kabinet heeft voorgesteld is het afschaffen van het fbi-regime voor directe beleggingen in vastgoed. Dit leidt ertoe dat ook in alle gevallen waar geen sprake is van een verlaging of vrijstelling van dividendbelasting, onder een verdrag, het fbi-regime niet meer kan worden toegepast. Indien het maar weinig voorkomt dat de dividendbelasting op grond van een verdrag wordt verlaagd is de maatregel disproportioneel.

De NOB gaat ervan uit dat de Belastingdienst beschikt over de gegevens met betrekking tot ingediende teruggaafverzoeken van door vastgoed-fbi’s uitgekeerde dividenden. Uit het SEO-rapport begrijpt de NOB dat op basis van door de Belastingdienst verstrekte gegevens het aantal vastgoed-fbi’s tussen de 60 en 65 bedraagt met een gemiddeld balanstotaal van tussen de 400 miljoen en 500 miljoen euro.[5] Gezien het beperkte aantal vastgoed-fbi’s moet het volgens de NOB goed mogelijk zijn door de Belastingdienst in kaart te laten brengen hoe groot de derving van dividendbelasting is als gevolg van bedoelde verdragstoepassing. De NOB verzoekt de wetgever dit in kaart te brengen om een beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel mogelijk te maken.

De NOB vraagt om een toelichting waarom er in plaats van de voorgestelde vastgoedmaatregel niet voor een meer gerichte maatregel is gekozen zoals het aanpassen van de aandeelhouderseisen. Dat is relatief eenvoudig te bewerkstelligen, bijvoorbeeld door fbi’s alleen nog toe te staan in direct vastgoed te beleggen indien de aandeelhouders uitsluitend bestaan uit vrijgestelde aandeelhouders (zoals pensioenfondsen) en/of overige aandeelhouders met een belang van minder dan 10 procent.

4.3 Reikwijdte van de maatregel

Buitenlands vastgoed

Op basis van het voorstel mag een fbi met ingang van 1 januari 2025 niet meer beleggen in vastgoed. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen in Nederland en buiten Nederland gelegen vastgoed. De NOB begrijpt niet waarom – gezien de doelstelling van de maatregel - deze zich mede uitstrekt tot door een door een fbi gehouden buitenlands vastgoed. Over inkomen uit buitenlands vastgoed heeft Nederland geen heffingsrecht dus hier loopt Nederland geen belastinginkomsten mis. Naar de mening van de NOB is de toepassing van de maatregel op buitenlands vastgoed onvoldoende gemotiveerd en disproportioneel. De NOB verzoekt om een toelichting waarom het rechtstreeks beleggen in buitenlands vastgoed niet meer is toegestaan.

Financieringsarrangementen

In de praktijk zijn een aantal van de door fbi's aangegane externe leningen gekoppeld aan 'het zijn’ van fbi, met andere woorden, zodra een fbi de status van fbi verliest zal op grond van de leningsvoorwaarden de lening mogelijk direct opeisbaar worden, dan wel zal op z'n minst een heronderhandeling moeten plaatsvinden met de financieringsverschaffers, hetgeen in het huidige tijdsgewricht een groot risico met zich meebrengt dat de rentelasten op bestaande leningen sterk zullen toenemen.

[5] SEO rapport, pagina 42-43.

Dit risico doet zich dus ook voor indien een weliswaar fiscaal gefaciliteerde overgang naar een fgr structuur wordt aangeboden, maar waarbij uiteindelijk het resultaat is dat de status van fbi is beëindigd. De NOB vraagt zich af of de wetgever zich van dit *niet-fiscale* effect van de vastgoedmaatregel bewust is?

Vastgoedlichaam

In de toelichting staat beschreven dat een fbi nog wel mag beleggen in aandelen in een regulier belastingplichtige dochtervennootschap die in Nederland of in het buitenland gelegen vastgoed houdt (vastgoedlichaam). De NOB vraagt wat wordt verstaan onder een 'regulier belastingplichtige dochtervennootschap'? De tekst van de voorgestelde wet geeft hier geen duidelijkheid over. De NOB neemt aan dat dit ook een buitenlandse dochtervennootschap kan zijn. De NOB vraagt te bevestigen dat niet relevant is of een door een fbi gehouden buitenlandse dochtervennootschap onderworpen is aan een speciaal regime bijvoorbeeld een buitenlands fiscaal regime vergelijkbaar met het huidige fbi-regime. Voorts vraagt de NOB of het nog van belang is of de activiteiten van het (buitenlandse) vastgoedlichaam beperkt zijn tot normaal vermogensbeheer (beleggen) zoals onder huidig recht (afgezien van de in de wet benoemde uitzonderingen) wel het geval is. De NOB vraagt hoe de invulling van het nieuwe bestuursverbod zich, voor wat betreft toegestane en niet toegestane bestuurshandelingen, verhoudt tot het onder huidig recht bestaande bestuursverbod voor deelnemingen die een materiële onderneming drijven (werkmaatschappijen).

Besturen van een vastgoedlichaam

Op grond van het voorstel is het een fbi niet toegestaan zich bezig te houden met het besturen van een met de fbi verbonden vastgoedlichaam (bestuursverbod). De NOB ziet niet in waarom een fbi zich niet zou mogen bezighouden met het besturen van een vastgoeddochter waarvan de activiteiten enkel bestaan uit het beleggen in onroerende zaken. Onder huidig recht is dit zonder meer toegestaan.[6] De NOB ziet ook niet in waarom dit nieuwe criterium noodzakelijk is voor het bereiken van het doel van de vastgoedmaatregel (het zekerstellen van de toepassing van het 15 procent dividendbelastingtarief) en beschouwt het bestuursverbod als disproportioneel.

Daarnaast voorziet de NOB grote operationele bezwaren voor fbi's die beleggen in aandelen van vastgoedlichamen. Het nieuwe criterium zou betekenen dat ieder (buitenlands) vastgoedlichaam een volledig van de fbi onafhankelijk bestuur zou moeten hebben waarbij de rol van de fbi beperkt zou moeten zijn tot die van een belegger in aandelen. Bij een (internationaal) vastgoedfonds is het noodzakelijk dat het bestuur van de holding/fbi zijn controlerende zeggenschap kan uitoefenen over de indirect gehouden (buitenlandse) vastgoedbeleggingen. In dat geval vloeit het besturen van een vastgoedlichaam voort uit de centrale beleggingsdoelstelling van de fbi.[7]

[6] Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 25, p. 14 en 15.

[7] Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 25, p. 15 en voetnoot 32 in de toelichting bij het voorstel.

In het artikelsgewijs commentaar wordt als argument voor het bestuursverbod genoemd dat hiermee discussie wordt voorkomen over de vraag of vastgoedexploitatie van het met de fbi verbonden vastgoedlichaam als beleggen dan wel het drijven van een onderneming kwalificeert. In tegenstelling tot hetgeen de toelichting suggereert is de praktijk hier niet bij gebaat omdat in plaats van de discussie omtrent de kwalificatie van de vastgoedexploitatie een nieuwe discussie zal ontstaan namelijk rond de vraag of handelingen van de fbi als niet-toegestane bestuurshandelingen dienen te worden aangemerkt. Laatstgenoemde discussie zal zich op basis van het voorstel voordoen bij alle vastgoedlichamen en niet alleen die vastgoedlichamen waarvan de activiteiten normaal vermogensbeheer te boven gaan zoals onder huidig recht het geval is.

In het kader van het bestuursverbod vermeldt de toelichting dat de fbi zich wel bezig mag houden met beleggingsbeleid en beleggingsstrategie van het vastgoedlichaam (zoals portefeuillebeheer, risicobeheer en administratieve handelingen). Omdat dit geen vastomlijnde begrippen zijn is de NOB bevreesd dat er in de praktijk veel onzekerheid zal bestaan of een bepaalde handeling van de fbi wel of niet is toegestaan onder het bestuursverbod met als mogelijk gevolg het verlies van de fbi-status. De rechtsonzekerheid en de operationele complicaties die gepaard gaan met de toepassing van het bestuursverbod is naar de verwachting van de NOB prohibitief voor een goed functionerend fbi-regime. De NOB dringt er op aan – zoals thans ook het geval is - het bestuursverbod niet toe te passen op vastgoedlichamen waarvan de activiteiten binnen de grenzen van normaal vermogensbeheer vallen.

<u>Besturen van een vastgoedontwikkeldochter of servicedochter</u>
In afwijking van de bestaande wetgeving mag een fbi niet langer bestuurlijke betrokkenheid hebben bij een vastgoedontwikkeldochter of een servicedochter. De voorgestelde aanpassing zou betekenen dat iedere vastgoedontwikkeldochter of servicedochter een volledig van de fbi onafhankelijk bestuur zou moeten hebben waarbij de rol van de fbi beperkt zou moeten zijn tot die van een belegger in aandelen. Bij een vastgoedfonds is het noodzakelijk dat het bestuur van de holding/fbi zijn controlerende zeggenschap kan uitoefenen over de activiteiten van de vastgoedontwikkeldochter of servicedochter. De activiteiten van deze vennootschappen zijn namelijk ondersteunend aan die van de aan de fbi gelieerde vastgoedlichamen. Het voorstel is naar de mening van de NOB niet in overeenstemming met het operationele model van een vastgoedbeleggingsinstelling. Zoals hierboven reeds is opgemerkt met betrekking tot het vastgoedlichaam roept het voorstel discussie op over de vraag of een bepaalde bestuurshandeling van de fbi wel of niet is toegestaan met het mogelijke gevolg dat de fbi status verloren gaat. De hiermee gepaard gaande rechtsonzekerheid is volgens de NOB zeer ongewenst.

Omdat de activiteiten van een vastgoedontwikkeldochter en servicedochter (deels) niet bestaan uit het beleggen van vermogen voorziet de huidige wet er reeds in dat deze activiteiten in een regulier belaste vennootschap zijn ondergebracht. Het is dan uiteraard niet de bedoeling dat de feitelijke werkzaamheden door de fbi tegen een aan de vastgoedontwikkeldochter of servicedochter in rekening te brengen managementvergoeding worden verricht waardoor de ondernemingsactiviteiten van de dochters alsnog (deels) onder het 0%-tarief worden gebracht.

Om dit te voorkomen zou er in plaats van een bestuursverbod ook voor kunnen worden gekozen een bepaling in de wet op te nemen die er in voorziet dat een managementvergoeding betaald door een vastgoedontwikkeldochter of servicedochter aan een fbi in aftrek is beperkt. In dat geval zou het bestuursverbod zoals thans voorgesteld kunnen vervallen. Een alternatieve oplossing zou kunnen zijn dat wordt toegestaan het besturen van deze dochters over te laten aan een normaal belaste management-BV waarin de managementorganisatie is ondergebracht waarbij het de fbi is toegestaan de aandelen in de management-BV te houden en daarover de zeggenschap uit te oefenen. De (arm's length) managementvergoeding wordt dan op grond van het reguliere Vpb-tarief bij de management-BV belast.

Financieringslimiet

De voorgestelde regeling voorziet in het vervallen van de financieringslimiet van 60 procent voor onroerende zaken (artikel 28 lid 2 onderdeel b (nieuw)). Deze aanpassing wordt verklaard uit het vervallen van de mogelijkheid om rechtstreeks in onroerende zaken te beleggen. Op basis van het voorstel vervalt ook de gelijktrekking van de financieringslimiet voor onroerende zaken voor de financiering van aandelen in vastgoedlichamen. Dit is naar de mening van de NOB onevenwichtig. Immers het beleggen in vastgoedlichamen is onder de nieuwe regeling nog steeds mogelijk. Voor een bestaande fbi die belegt in vastgoedlichamen en deze beleggingen voor meer dan 20 procent (zeg 50 procent) met vreemd vermogen heeft gefinancierd betekent dit dat deze fbi op straffe van statusverlies een aanzienlijk deel van het vreemd vermogen voor 1 januari 2025 zal moeten herfinancieren met eigen vermogen. Dit kan een onmogelijke opgaaf zijn. De NOB dringt aan op eerbiedigende werking voor bestaande financiering dan wel handhaving van de 60 procent financieringslimiet voor beleggingen in vastgoedlichamen.

Statutaire doelomschrijving

De NOB zou graag toegelicht zien of een fbi die na invoering van de vastgoedmaatregel als fbi blijft kwalificeren, omdat haar beleggingen bestaan uit aandelen in vastgoedlichamen, haar statutaire doelomschrijving moet aanpassen indien de doelomschrijving mede bevat het ‘beleggen in onroerende zaken’?

In het verlengde daarvan vraagt de NOB of de doelomschrijving ‘beleggen van vermogen’ vanaf 2025 nog volstaat indien het beleggen in onroerende zake in de statutaire doelomschrijving niet expliciet is uitgesloten.

4.4 Gevolgen statusverlies

De NOB heeft een aantal vragen met betrekking tot de gevolgen van mogelijk statusverlies als gevolg van de invoering van de vastgoedmaatregel.

1. Kan worden verduidelijkt dat artikel 10 lid 6 Besluit beleggingsinstellingen ook van toepassing is op schuldvorderingen van de fbi op vastgoeddeelnemingen, ontwikkeldochters en servicedochters.

2. Indien een vastgoed-fbi wordt geherstructureerd naar een transparant fgr volgens het stappenplan vermeld in de toelichting zal de activiteit van de fbi vanaf de herstructurering beperkt zijn tot die van bewaarder van de vermogensbestanddelen. Kan worden toegelicht of het zijn van bewaarder van de beleggingen van het transparante fgr nog als beleggen wordt aangemerkt? Zou dit niet zo zijn dan zal de fbi status reeds met ingang van het jaar van de herstructurering verloren gaan en dat lijkt onredelijk. Voor zover nodig vraagt de NOB hier een flankerende maatregel voor op te nemen.

4.5 Nadelige consequenties herstructurering en overige nadelen van fgr ten opzichte van fbi

Voor pensioenfondsen zal het heffen van vennootschapsbelasting tegen het reguliere tarief van bestaande vastgoed fbi's tot 25,8 procent derving over het directe en indirecte rendement leiden, waardoor het voor pensioenfondsen niet meer interessant is om in deze vastgoed-fbi's (nieuw) te blijven beleggen. De wetgever stuurt er op aan dat vastgoed-fbi's met pensioenfondsen als (voornaamste) aandeelhouders zich herstructureren naar een fiscaal transparant fonds (fgr). De NOB merkt op dat dit voor fbi's met vrij verhandelbare aandelen waaronder beursgenoteerde fbi's, geen oplossing biedt, gezien de overdrachtsbeperkingen voor participaties in een transparant fgr. Hiermee wordt het door SEO onderschreven maatschappelijke belang voor kleine en middelgrote beleggers geraakt.[8]

De NOB begrijpt uit het voorstel dat de wetgever er van uitgaat dat een fbi met vrijgestelde aandeelhouders zoals pensioenfondsen nadelige gevolgen van de vastgoedmaatregel kan mitigeren door de fbi via herstructurering om te zetten in een fgr. In de toelichting is ook toegelicht via welke stappen dat kan plaatsvinden en ook is een flankerende maatregel opgenomen voor de overdrachtsbelasting (zie hierna). De NOB merkt op dat er naast overdrachtsbelasting andere fiscale kosten kunnen zijn die direct door de herstructurering worden opgeroepen. In het bijzonder vraagt de NOB aandacht voor de volgende heffingen:

1. Niet-subjectief-vrijgestelde aandeelhouders van de fbi zullen als gevolg van de herstructurering de meerwaarde in het aandelenbelang realiseren en fiscaal moeten afrekenen. Er is geen doorschuifregeling voorgesteld noch een mogelijkheid tot gespreide betaling. Met deze vroegtijdige afrekening zonder dat realisatie heeft plaatsgevonden hebben de aandeelhouders geen rekening kunnen houden. De NOB stelt voor dat voor deze situatie een doorschuifregeling en/of een betalingsregeling wordt getroffen.
2. Buitenlandse niet-vrijgestelde aandeelhouders zullen in de woonstaat doorgaans ook fiscaal moeten afrekenen over de meerwaarde in het belang in de fbi.

[8] https://www.seo.nl/wp-content/uploads/2022/07/2022-68-Evaluatie-fbi-en-vbi.pdf p. 52

Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat deze aandeelhouders zich verzetten tegen de herstructurering, of een compensatie eisen van de aandeelhouders van de fbi die een groter belang hebben bij de herstructurering zoals pensioenfondsen.

3. Een fbi waarvan de beleggingen bestaan uit direct of middels een fiscaal transparant lichaam gehouden buitenlands vastgoed die de fbi status wenst te behouden zal de directe belegging in buitenlands vastgoed moeten herstructureren naar een structuur waar het buitenlandse vastgoed wordt gehouden via een (niet-transparante) vastgoedlichaam. De noodzaak voor een dergelijke herstructurering zal toenemen als de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen wordt ingevoerd een veel belangen in buitenlandse personenvennootschappen als fiscaal transparant worden aangemerkt. Een dergelijke herstructurering zal vaak gepaard gaan met heffing van buitenlandse vennootschapsbelasting over de meerwaarde alsmede overdrachtsbelasting. Deze heffingen zullen aan een herstructurering in de weg staan. De NOB stelt voor buitenlands vastgoed buiten de vastgoedmaatregel te laten of bestaande beleggingen in buitenlands vastgoed te eerbiedigen.

De wetgever gaat er van uit dat dat fbi's met vrijgestelde aandeelhouders de nadelige gevolgen van het voorstel kunnen voorkomen door een herstructurering naar een fgr. Klaarblijkelijk gaat de wetgever er van uit dat het fgr een gelijkwaardig alternatief is voor de fbi. De NOB signaleert een aantal fiscale knelpunten van de fgr die bij de fbi niet bestaan. De NOB roept de wetgever op deze knelpunten zo veel mogelijk op te lossen om bedoelde beleggers en fondsen een meer gelijkwaardig alternatief voor de fbi te bieden. De NOB wijst in het bijzonder op de volgende knelpunten:

1. Kwalificatie fgr als omgekeerde hybride: Met ingang van 1 januari 2022 is een vennootschapsbelastingplicht ingevoerd voor zogenaamde omgekeerde hybride lichamen (artikel 2 lid 12 Wet Vpb). Indien aan de voorwaarden gesteld in de wet is voldaan verliest het fgr de fiscale transparantie en wordt het fgr belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Dit is het geval indien, kort gezegd, ten minste 50 procent van de participaties direct of indirect worden gehouden door een of meer aan het fgr gelieerde lichamen die zijn gevestigd in een staat die het fgr als niet-transparant beschouwt. Indien het fgr als omgekeerde hybride kwalificeert verliezen de vrijgestelde beleggers effectief hun belastingvrijstelling over de vastgoedbelegging mede omdat artikel 9 lid 1 onderdeel f van de Wet Vpb niet van toepassing is. Fondsmanagers zullen de toelating van buitenlandse beleggers moeten beperken om vrijgestelde beleggers te kunnen garanderen dat het fgr als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Dit is in commercieel opzicht onwenselijk omdat dit het fgr als beleggingsvehicle onaantrekkelijk maakt. De onzekerheid wordt vergroot door de onduidelijkheid die bestaat over het begrip samenwerkende groep als gevolg waarvan de participanten in het fgr mogelijk allen als gelieerd aan het fgr worden beschouwd.

Het knelpunt zou kunnen worden beperkt door de toepassing van artikel 9 lid 1 Wet Vpb uit te breiden met winstaandelen van subjectief vrijgestelde participanten en het geven van duidelijkheid dat beleggers in een transparant fgr volgens de inkoopvariant dat kwalificeert als beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 wft in beginsel niet als samenwerkende groep worden aangemerkt.

2. Buitenlandse pensioenfondsen plegen regelmatig te beleggen via een Nederlandse fbi. Indien het buitenlandse pensioenfonds in het woonland subjectief is vrijgesteld van vennootschapsbelasting is dit pensioenfonds ook een kwalificerende aandeelhouder voor het fbi-regime en wordt voor de aandeelhouderstoets op één lijn gesteld met Nederlandse pensioenfondsen. Indien een fbi met buitenlandse pensioenfondsen als aandeelhouder herstructureert naar een fgr bestaat onzekerheid of het buitenlandse pensioenfonds over het vastgoedinkomen op grond van artikel 5 lid 1 letter b wet Vpb is vrijgesteld zoals een Nederlands pensioenfonds dat ook is. Het beleid ten aanzien van het toekennen van de subjectieve vrijstelling van Vpb aan buitenlandse pensioenfondsen is zeer stringent en wordt door velen als strijdig met het Unierecht beschouwd. De NOB vreest dan ook dat met het afschaffen van de vastgoed-fbi er onder het bestaande beleid veel meer discussies zullen ontstaan en naar verwachting ook Unierechtelijke procedures. De NOB roept dan ook op het beleid ten aanzien de vrijstelling van buitenlandse pensioenfondsen zodanig aan te passen dat geen twijfel meer bestaat over de verenigbaarheid van dit beleid met het Unierecht. Ook ten aanzien van pensioenfondsen gevestigd in landen waarmee een belastingverdrag is gesloten dat voorziet in een 0 procent tarief voor de dividendbelasting zou de subjectieve vrijstelling van vennootschapsbelasting moeten gelden.
3. De NOB vraagt duidelijkheid te verschaffen over hoe om te gaan met activiteiten die thans zijn ondergebracht in een ontwikkel- en servicedochter en de activiteiten bedoeld in artikel 28 lid 3 onderdelen b, c en d van de Wet Vpb. Indien een fbi herstructureert naar een fiscaal transparant fgr is artikel 28 lid 3 Wet Vpb niet meer van toepassing. Kan worden bevestigd dat werkzaamheden die thans vallen binnen de toegestane activiteiten van de ontwikkeldochter en de servicedochter alsmede de activiteiten bedoeld in de onderdelen b, c en d van artikel 28 lid 3 door het fgr kunnen worden uitgevoerd zonder dat dit consequenties heeft voor de toepassing van artikel 5 lid 1 letter b Wet Vpb.
4. De NOB merkt op dat een besloten fonds voor gemene rekening voor wat betreft de overdrachtsbelastinggevolgen bij inkoop/uitgifte van participaties is achtergesteld ten opzichte van een Beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal. De Orde stelt voor een salderingsregeling regeling conform artikel 5.3.1. van het Besluit van 23 april 2021[9] in te voeren.

[9] Nr. 2021-64140, Staatscourant 2021, 22617.

5. Voor box 3 beleggers is een deelname in een besloten fonds minder aantrekkelijk dan een deelname in een fbi. Dit vanwege het, althans volgens het standpunt van de Belastingdienst dat vorige week is gepubliceerd, niet kunnen salderen van bezittingen en schulden. Dit nadeel zou kunnen worden weggenomen door te bepalen dat een participatie in een 1:1 Wft-fonds als één geheel in de heffing van box 3 mag worden betrokken.

4.6 Flankerend beleid in de overdrachtsbelasting

- In artikel VI van het voorstel is een flankerende maatregel opgenomen om de herstructurering van een vastgoed-fbi in een fgr zonder heffing van overdrachtsbelasting uit te voeren. Het in het voorgestelde artikel VI genoemde vereiste dat de economische eigendom uiterlijk op 31 december 2024 moet zijn verkregen, houdt geen rekening met het feit dat belanghebbenden vanuit een jaarrekeningtechnische of administratief oogpunt het wenselijk achten om de herstructurering op de eerste dag van het nieuwe boekjaar (1 januari 2025, uitgaande van boekjaar = kalenderjaar) uit te voeren. De NOB acht het wenselijk dat de in artikel VI, lid 1 genoemde termijn wordt verlengd tot in ieder geval begin 2025. Bij een herstructurering begin januari 2025 in plaats van in 2024 wordt ook het hiervoor geadresseerde risico dat bij een herstructurering in de loop van 2024 de status van fiscale beleggingsinstelling met terugwerkende kracht tot 1 januari 2024 verloren gaat.
- Voorts constateert de NOB dat de vastgoedmaatregel van kracht wordt op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2025. De overgangsmaatsregel voor de overdrachtsbelasting eindigt uiterlijk op 31 december 2024, waardoor vastgoed-fbi's met een gebroken boekjaar gedwongen zouden worden vroegtijdig te reorganiseren ten einde gebruik te kunnen maken van de overgangsregel.
- De NOB verzoekt in verband met hiervoor genoemde opmerkingen de in artikel VI lid 1 genoemde termijn te verlengen tot en met uiterlijk de eerste dag van het boekjaar waarop niet langer het FBI-regime van toepassing is.

Het is de NOB niet duidelijk waarom in Artikel VII, lid 2 de eis wordt gesteld dat de als gevolg van de inbreng verkregen aandelen drie jaren moeten worden aangehouden. Hierdoor wordt de inbrenger onnodig belemmerd in de overdraagbaarheid, terwijl voorafgaand aan de omzetting sprake was van vrije overdraagbaarheid van participaties in het open fgr. Gelet op het feit dat de aandelenfusie is afgedwongen door een wetswijziging en slechts een overgangsartikel betreft past naar de mening van de NOB een fiscaal neutrale begeleiding zonder een aanhoudingseis.

4.7 Unierechtelijke aspecten

De NOB vraagt zich af hoe de aanpassing van het fbi-regime zich verhoudt tot het verbod op staatssteun als bedoeld in artikel 107 VWEU.

Het huidige regime getoetst aan de EU-staatssteunbepalingen

De NOB stelt voorop dat het huidige fbi-regime *an sich*[10] niet strijdig is met de EU-staatssteunbepalingen, om de volgende twee redenen.

1. Ten eerste omdat volgens vaste rechtspraak het begrip staatssteun niet ziet op overheidsmaatregelen die weliswaar onderscheid maken tussen ondernemingen (en derhalve prima facie selectief zijn), maar waarbij dit onderscheid voortvloeit uit de aard of de opzet van het stelsel waarvan zij deel uitmaken. Zie daartoe HvJ EU 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, punt 42, (ECLI:EU:C:2001:598).

   Door de uitdelingsverplichting in het fbi-regime wordt bewerkstelligd, dat de belastingheffing wordt verplaatst naar het niveau van de aandeelhouder en door het nulprocenttarief en de afdrachtvermindering dividendbelasting wordt economische dubbele belastingheffing voorkomen indien via een niet-transparant lichaam wordt belegd. Hiermee wordt de doelstelling van het regime bereikt dat de belastingdruk bij direct en indirect beleggen min of meer gelijk is. Hiermee kan het fbi-regime worden verklaard en gerechtvaardigd vanuit het belastingsysteem waar zijn deel van uitmaakt.[11]

2. Daarnaast wijst de NOB op het arrest van het Gerecht van de EU van 8 juni 2022 in de zaken T 363/19 en T 456/19 betreffende ITV plc (ECLI:EU:T:2022:349). Deze zaak betreft een belastingregeling in het Verenigd Koninkrijk, een zogenoemd *controlled foreign companies* (CFC) regime op grond waarvan winsten van een CFC die kunstmatig buiten het Verenigd Koninkrijk zijn verlegd aan bijzondere heffingen worden onderworpen (het Regime). De Europese Commissie concludeerde in 2019 in haar besluit met nummer SA.44896 dat het Regime gedeeltelijk als staatssteun kwalificeert, namelijk voor zover deze gold voor passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leningen.

[10] Hierbij wordt niet ingegaan op de vraag of de facto uitsluiting van buitenlandse beleggingsfondsen van het fbi-regime strijdig is met artikel 107 VWEU.

[11] Zie ook Commission Decision of 12 May 2010, C (2010) 2974 final, State Aid No. N131/2009, par. 28/29.

Het Gerecht overwoog (zie punt 68 van de uitspraak) dat indien blijkt dat een maatregel duidelijk los te maken is van het stelsel als geheel, niet kan worden uitgesloten dat het referentiestelsel waarmee rekening moet worden gehouden, beperkter is dan dat stelsel, of dat de maatregel zelf dat kader vormt als deze een regel met een opzichzelfstaande juridische logica vormt en het niet mogelijk is een coherent geheel van regels daarbuiten te identificeren (zie arrest van 6 oktober 2021, World Duty Free Group en Spanje/Commissie, C 51/19 P en C 64/19 P, EU:C:2021:793, punten 62 en 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Gerecht (zie punt 75) oordeelt daarom dat de Europese Commissie terecht heeft aangegeven dat het referentiestelsel bestond in de CFC-regels, die gezamenlijk het onderwerp of de belastbare grondslag voor de CFC-heffing bepaalden.

Omdat het huidige fbi-regime geen onderscheid maakt in type beleggingen, is het fbi-regime – als het fbi-regime zelf als referentiestelsel geldt – niet selectief.

Dus zowel indien het huidige fbi-regime als onderdeel van een breder belastingstelsel wordt beoordeeld dan wel indien het fbi-regime zelf als referentiestelsel wordt genomen, dan is de conclusie dat er geen sprake is van staatssteun.

De voorgenomen uitsluiting van vastgoedbeleggingen getoetst aan de EU-staatssteunbepalingen
Sinds de Wet van 21 juni 1990, Stb. 1990, 331 kan het regime worden gekenschetst als een algemeen regime voor beleggingen, dat geen onderscheid aanbrengt in de categorieën van beleggingen. Met de voorgestelde maatregel wordt vastgoed evenwel als beleggingscategorie evenwel uitgesloten en niet-vastgoedbeleggingen bevoordeeld.

Uit de punten 161 en 162 van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun'[12] volgt dat een preferente fiscale behandeling die beperkt is tot beleggingsconstructies die aan specifieke voorwaarden voldoen — ten nadele van andere beleggingsconstructies die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden — als selectief moeten worden gezien. Daarvan is bij de uitsluiting van vastgoed van het fbi-regime sprake. Zie ook punt 162 t/m 165 van het arrest van het Gerecht van de EU van 4 maart 2009, T-445/05, (ECLI:EU:T:2009:50). In deze Italiaanse zaak – waarin werd geoordeeld dat sprake was van verboden staatssteun - werden beleggingsfondsen die belegden in beursgenoteerde small- en mid-caps bevoordeeld door een lager belastingtarief.

[12] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN / Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01).

Volgens het Hof neemt dit voordeel de vorm aan van een grotere vraag naar hun aandelen en een grotere liquiditeit, doordat beleggingen in deze ondernemingen aantrekkelijker worden. Van een dergelijke verstoring is ook sprake bij de voorgenomen uitsluiting van vastgoed van het fbi-regime. Een voorbeeld hiervan zijn de koersdalingen van beursgenoteerde vastgoed-fbi's daags na de publicatie van de kabinetsplannen op Prinsjesdag in september 2022.

De NOB is van mening dat er een grote kans is dat, voor wat betreft het doel van het fbi-regime, vastgoedbeleggingen en overige beleggingen vergelijkbaar zijn. Een verschillende behandeling zou daarom een rechtvaardiging behoeven.
Het is evenwel niet geheel uit te sluiten dat een belegging in vastgoed anders moet worden beoordeel dan een belegging in aandelen, obligaties, edelmetalen etc en dat om die reden een dergelijk onderscheid een rechtvaardiging voor een andere behandeling is.

De NOB begrijpt dat het kabinet misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond opwerpt. De NOB meent echter dat de maatregel, voor het geval misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond heeft te gelden, moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Zie in dit verband HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78/08, ECLI:EU:C:2011:550 (*Paint Graphos*), onderdeel 75:

> "Hoe dan ook moet er nog voor worden gewaakt, opdat belastingvrijstellingen zoals die in het hoofdgeding kunnen worden gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat, dat zij met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming zijn en niet verder gaan dan nodig is, in die zin dat het legitiem nagestreefde doel niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt."

In casu acht het kabinet het ongewenst dat onder huidig recht in buitenlandse verhoudingen door verdragstoepassing een heffingslek **kan** ontstaan.[13] Buitenlandse belastingplichtige beleggers kunnen een beroep doen op een verlaagd verdragstarief voor deelnemingsdividenden (doorgaans 0 of 5 procent) uitgekeerd door een fbi. Dit kan omdat in de meeste belastingverdragen niet is geregeld dat die vermindering van dividendbelasting niet geldt voor dividenduitkeringen door fbi's. Het gevolg is dat Nederland zijn heffingsrecht op de winsten uit het vastgoed onder veruit de meeste verdragen niet of niet volledig kan effectueren.

[13] Zie voetnoot 1 van de MvT van het consultatiedocument.

De NOB vraag zich ten eerste af of dit wel misbruik van recht is in Unierechtelijke zin en al om die reden wel als rechtvaardiging zou kunnen gelden. Hierbij wil de NOB de volgende opmerkingen plaatsen:

1. Ten eerste staat niet vast dat er altijd sprake is van volstrekt kunstmatige constructies. Ook kleine buitenlandse beleggers in vastgoed fbi's die geen aanspraak kunnen maken op verdragsreductie worden getroffen door de voorgenomen maatregel. Ook staat bij voorbaat niet vast dat geen heffing plaatsvindt op het niveau van de belegger. Het kabinet lijkt dit zelf al aan te geven omdat wordt gesproken over de mogelijkheid dat een heffingslek '**kan** ontstaan'. Om die reden is een tegenbewijsregeling – waarbij het fbi-regime wel van toepassing is indien het tegenbewijs slaagt – meer proportioneel.

2. Verder moet worden vastgesteld dat Nederland zelf in haar verdragsonderhandelingen heeft afgezien de heffing van 15 procent te verzekeren. Zie in dat kader ook het arrest Wielockx (HvJ EU 11 augustus 1995, ECLI:EU:C:1995:271).
   En ook geldt hier dat een minder vergaande oplossing voorhanden ligt en dat is om de aandeelhoudersvereisten bij een vastgoed-fbi zodanig aan te passen, dat geen aanspraak meer bestaat op een verdragsreductie. Dit is ook in lijn met hetgeen de OESO hierover aanbeveelt. In 2007 heeft een werkgroep van de OESO geadviseerd om in belastingverdragen de toepassing van het verlaagde verdragstarief voor deelnemingsdividenden achterwege te laten ter zake van winstuitdelingen van vastgoed-fbi's en andere vastgoedbeleggingsinstellingen (zogenoemde REIT's) aan grote beleggers[14]. Dit discussiestuk heeft in 2008 geleid tot een aanvulling van het OESO Commentaar bij artikel 10 OESO-Modelverdrag.[15] Zie ook de notitie fiscaal verdragsbeleid 2020, p. 16: "Voor dividenden uitgekeerd door of uitgekeerd aan een fbi of soortelijke instelling in het andere verdragsland, streeft Nederland naar toepassing van het portfoliotarief van 15 procent." Dit heeft ook zijn weerslag gevonden in het protocol tot wijziging van het verdrag met Zwitserland (2019),[16] het nieuwe verdrag met Ierland (2019)[17] en het verdrag met Cyprus (2021).[18] Zie ook p. 31 en 32 van de SEO-evaluatie van de fbi en vbi.[19] Met andere woorden, zolang nog niet alle belastingverdragen zijn aangepast, kan het heffingslek worden gedicht door de aandeelhoudersvereisten aan te passen in artikel 28 Wet Vpb.

[14] Tax treaty issues related to REITS, Centre for Tax Policy and Administration, Public Discussion Draft 30 oktober 2007, OESO.
[15] Paragraaf 67.1 e.v.
[16] Trb. 2019, 94
[17] Trb. 2019, 95.
[18] Trb. 2021, 80.
[19] SEO-rapport 2022-6, ISBN 978-90-5220-202-0

3. Het gesignaleerde heffingslek kan zich ook voordoen bij effecten-fbi's en is dus niet beperkt tot vastgoed-fbi's. In dat licht lijkt deze rechtvaardigingsgrond voor de uitsluiting van vastgoed moeilijk te begrijpen.

De NOB erkent dat hier tegenin zou kunnen worden gebracht dat het fbi-regime als onderdeel van een breder belastingstelsel moet worden beoordeeld en dat de voorgenomen beperking van het fbi-regime enkel tot gevolg heeft dat bij beleggingen in onroerend goed het normale VPB-regime als het ware weer 'herleeft'. In dat geval is het minder evident dat er sprake is van een selectief voordeel.

Conclusie met betrekking tot EU-staatssteun
De NOB acht de kans op verboden staatssteun reëel en meent dat het kabinet op grond van artikel 108 lid 3 VWEU de voorgenomen aanpassing van het fbi-regime verplicht is te notificeren bij de Europese Commissie.

Zo deze zorg niet (volledig) wordt gedeeld (binnen de NOB wordt over de mate van genoemd risico verschillend gedacht), is notificatie hoe dan ook verstandig omdat hiermee onzekerheid wordt weggenomen en aanzienlijke nadelige consequenties worden voorkomen indien later toch blijkt dat er sprake is van verboden staatssteun. In dat kader roept de NOB in herinnering het voorstel van de Baangerelateerde Investeringskorting uit het Pakket Belastingplan 2021 dat met terugwerkende kracht kort na de inwerkingtreding moest worden ingetrokken.[20]

5. Tot slot

De NOB is uiteraard graag bereid het vorenstaande reactie op het wetsvoorstel nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden. Een afschrift van deze reactie wordt verzonden aan de staatssecretaris van Financiën en op onze website gepubliceerd.[21]

Over de NOB
De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) is opgericht in 1954. We zijn de beroepsvereniging van universitair opgeleide belastingadviseurs in Nederland en behartigen de gemeenschappelijke belangen van onze leden. We staan voor een excellente beroepsuitoefening door het aanbieden van opleidingen voor onze leden, het toepassen van onze code of conduct en de handhaving daarvan via onafhankelijk tuchtrecht. We vormen de brug tussen leden en maatschappij door de inzet van de bij onze leden aanwezige (praktijk)kennis over de volle breedte van het fiscale terrein. Deze kennis zetten we in om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat over belastingen.

[20] Zie https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35572-87.html.
[21] Meer informatie over de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB leest u hier: https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen.