VERBOND VAN VERZEKERAARS

Reactie Consultatie fonds voor gemene rekening (FGR)

7 maart 2025

Algemeen
De nieuwe FGR-definitie veroorzaakt voor verzekeraars rechtsonzekerheid over de fiscale kwalificatie van binnen- en buitenlandse beleggende personenvennootschappen en fondsen en kan leiden tot nieuwe hybride mismatches. De kern van het probleem ligt in de samenloop van de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (Wet FKR) en de nieuwe FGR-definitie. Volgens de parlementaire geschiedenis geldt de FGR-regeling als "lex specialis", wat betekent dat dit de fiscale kwalificatie op basis van de Wet FKR overruled. Dit zorgt voor onzekerheid bij verzekeraars over investeringen in binnen- en buitenlandse fondsen en met name voor investeringen in CVs en CV-achtigen.

De nieuwe criteria in de FGR-definitie leiden ertoe dat grondige kennis van financiële toezichtwetgeving nodig is om te kunnen beoordelen of een personenvennootschap kwalificeert als FGR. Verder moet worden vastgesteld of de activiteiten van het fonds als 'beleggen' of 'ondernemen' worden gezien. Het ontbreken van een duidelijk toetsingskader en de subjectiviteit van dit criterium kunnen leiden tot verschillende conclusies over dezelfde activiteiten. Dit kan resulteren in uiteenlopende visies op de fiscale kwalificatie van hetzelfde fonds en kan veranderen naarmate de activiteiten veranderen, wat de onzekerheid en complexiteit vergroot.

De huidige wetgeving maakt de fiscale kwalificatie van beleggende personenvennootschappen en fondsen onduidelijk en complex, wat leidt tot rechtsonzekerheid voor verzekeraars en daarmee uiteindelijk voor de (belanghebbende) polishouders. Bovendien zou de Wet FKR de hybride mismatches moeten opheffen en kunnen deze hiermee juist weer ontstaan.

Ter nadere illustratie is hieronder een voorbeeld casus opgenomen.

Casus ter illustratie

- Een in Nederland gevestigde institutionele investeerder beoogt te investeren in een Luxemburgs private debt fonds. Het doel van het fonds is om te investeren in leningen verstrekt aan bedrijven binnen de Europese Unie. De hiermee gemoeide activiteiten gaan verder dan het aan- en verkopen van verhandelbare financiële instrumenten. De fondsmanager is actief betrokken bij de acquisitie en beslissingen ten aanzien van de debt investments.
- Het fonds is opgezet als een Société en Commandite Spéciale (“SCSp”) volgens Luxemburgs recht en wordt als fiscaal transparant behandeld voor Luxemburgse belastingdoeleinden. Voor toe- en uittreding is toestemming van alle participanten vereist.

Nederlandse fiscale kwalificatie

- Op basis van de kenmerken zoals uiteengezet in het ‘Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’ is de Luxemburgse SCSp vergelijkbaar met een Nederlandse commanditaire vennootschap (“CV”). Het fonds wordt daarom in beginsel, net als onder het geldend recht vóór invoering van de Wet FKR, ook als fiscaal transparant behandeld voor Nederlandse belastingdoeleinden. Hiermee is er een éénduidige fiscale behandeling en geen risico op het ontstaan van een hybride mismatch.
- In de parlementaire geschiedenis van de ‘Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling’ en de ‘Nota van toelichting bij het Besluit vergelijking rechtsvormen’ is echter vermeld dat als een buitenlandse CV ook onder de definitie van een fonds voor gemene rekening (“FGR”) valt, de kwalificatie als FGR voorrang heeft. In dat geval wordt de buitenlandse CV voor Nederlandse belastingdoeleinden als niet-transparant aangemerkt. Vergeleken met de situatie voor invoering van de Wet FKR (transparantie op basis van ‘toestemmingsvereiste’) verandert het fonds hierdoor van transparant naar niet-transparant en wordt juist een hybride mismatch geïntroduceerd.
- Een fonds kwalificeert als FGR als aan de volgende eisen wordt voldaan:

1. het fonds kwalificeert als een beleggingsfonds of instelling voor collectieve belegging in effecten (“ICBE”) in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (“Wft”);
2. de participaties in het fonds zijn overdraagbaar, waarbij participaties niet als overdraagbaar worden beschouwd als ze alleen door middel van inkoop aan het fonds zelf kunnen worden overgedragen (dit wordt ook wel een inkoopfonds genoemd); en
3. de activiteiten van het fonds worden voor de toepassing van Nederlandse belastingheffing niet als een onderneming beschouwd.

Beleggingsfonds in de zin van artikel 1:1 Wft

- Allereerst moet dus worden beoordeeld of het fonds kwalificeert als een beleggingsfonds of ICBE in de zin van artikel 1:1 Wft.
- Kennis van de financiële toezichtwetgeving is daarom vereist om de fiscale kwalificatie van het fonds – en derhalve de fiscale positie van de belastingplichtige – vast te stellen. Bij fondsen die buiten Nederland zijn gevestigd, is de kennis van Nederlandse financiële toezichtwetgeving niet voldoende en is ook kennis van buitenlandse financiële toezichtwetgeving nodig.
- De situatie wordt complexer wanneer het gaat om fondsen die niet onder Europees toezicht vallen. In de praktijk bestaat namelijk veel onduidelijkheid over hoe dit criterium moet worden toegepast in het geval van fondsen buiten de Europese Unie.
- De verwijzing naar de financiële toezichtwetgeving leidt daarom tot onnodige complexiteit en rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen bij de vaststelling van hun fiscale positie.

Beleggen vs ondernemen

- Vervolgens moet worden beoordeeld of de investeringsactiviteiten van het fonds kunnen worden aangemerkt als ‘beleggen’ of ‘ondernemen’. Een duidelijk toetsingskader in dit kader ontbreekt.
- In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat voor de vraag of sprake is van beleggen of ondernemen moet worden aangesloten bij de criteria die daarvoor in de fiscale jurisprudentie zijn ontwikkeld.
- Het beleggen/ondernemen-criterium is echter subjectief, wat ertoe kan leiden dat partijen tot uiteenlopende conclusies kunnen komen over dezelfde activiteiten van een fonds. Dit kan resulteren in verschillende visies op de fiscale kwalificaties van hetzelfde fonds.
- Daarnaast zullen er ook activiteiten zijn waarvan het vooraf niet duidelijk is of deze als beleggen of ondernemen kunnen worden beschouwd. Bovendien kunnen de activiteiten van een fonds veranderen, wat kan leiden tot een wijziging in de fiscale kwalificatie.
- Het beleggen/ondernemen-criterium leidt daarom in de praktijk tot veel onzekerheid en complexiteit.