

Mr. J.H.J. Borsboom
Mr. D.C. Simonis

Een gewijzigd fiscaal regime voor beleggingsinstellingen en (familie)fondsen

INHOUDSOPGAVE

Afkortingenlijst / IX

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 2

Vastgoedmaatregel fbi (Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling) / 3

- 2.1 Beknopte beschrijving van de vastgoedmaatregel (Inleiding) / 3
- 2.2 Achtergrond en doelstelling fbi-regime / 3
- 2.3 Toepassing van het fbi-regime bij vastgoedbeleggingen / 6
- 2.4 Gesignaleerde knelpunten bij belastingheffing over vastgoedinkomsten / 8
- 2.5 Evaluatierapport SEO (fbi-regime) / 9
- 2.6 Aankondiging vastgoedmaatregel (2017 en 2022) / 11
- 2.7 Internetconsultatie (voorjaar 2023) / 12
- 2.8 Wetsvoorstel Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling (Prinsjesdag 2023) / 14
 - 2.8.1 Aanpassing fbi-regime (Inleiding) / 14
 - 2.8.1.1 Uitzondering voor direct gehouden Nederlands vastgoed, nader beschouwd / 17
 - 2.8.1.2 Doorwerking vastgoedmaatregel naar vastgoedontwikkelingsdochter / 18
 - 2.8.1.3 Doorwerking vastgoedmaatregel naar servicedochter / 20
 - 2.8.2 Directe gevolgen vastgoedmaatregel voor de fbi met Nederlands vastgoed / 22
 - 2.8.2.1 Statusverlies en herwaardering / 22
 - 2.8.2.2 Statusverlies en uitdelingsverplichting / 24
 - 2.8.2.3 Statusverlies en uitdelingstekorten / 24
 - 2.8.2.4 Statusverlies en fiscale eenheid / 25
 - 2.8.2.5 Statusverlies en afdrachtvermindering dividendbelasting / 26
 - 2.8.2.6 Statusverlies en gebroken boekjaar / 27
 - 2.8.2.7 Normale vennootschapsbelastingplicht, geen toepassing BBI / 27
 - 2.8.2.8 Doorwerking statusverlies naar aandeelhouder/deelgerechtigde / 30
 - 2.8.3 Alternatief 1: Overgang naar een fiscaal transparante structuur / 31
 - 2.8.3.1 Beoogde eindstructuur (Inleiding) / 31
 - 2.8.3.2 Overdrachtsbelastingaspecten / 35
 - 2.8.3.3 Gevolgen voor het fbi-lichaam bij overgang naar een fiscaal transparante structuur / 46
 - 2.8.3.4 Gevolgen voor de aandeelhouder in de vastgoed-fbi bij overgang naar een fiscaal transparante structuur / 49
 - 2.8.3.5 Gevolgen voor de participant in een fiscaal transparant lichaam / 52

- 2.8.4 Alternatief 2: Onderbrenging Nederlands vastgoed in regulier belaste dochter-ondernemingen / 55
- 2.8.4.1 Beoogde eindstructuur (Inleiding) / 55
- 2.8.4.2 Overdrachtsbelastingaspecten / 57
- 2.8.4.3 Gevolgen voor het fbi-lichaam / 58
- 2.8.4.4 Gevolgen voor de aandeelhouders in de fbi / 59
- 2.8.4.5 Transfer pricing / 60
- 2.8.4.6 Financieringslasten bij vastgoeddochter / 61
- 2.9 Kanttekeningen vanuit staatssteunperspectief / 62
- 2.10 Samenloop met Wet aanpassing fgr en vbi / 62
- 2.11 Toekomstperspectief: naar een nieuw REIT-regime? / 63

HOOFDSTUK 3

Aanpassing regeling fgr (Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling) / 67

- 3.1 De huidige regeling voor het fgr in de Wet Vpb / 67
- 3.2 Designaleerde knelpunten / 69
- 3.3 Nieuwe definitie fgr in de Wet Vpb / 70
- 3.4 Verhouding met Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen / 72
- 3.5 Directe gevolgen van statuswijziging fgr / 75
- 3.5.1 Overdrachtsfictie vermogensbestanddelen fgr/eindafrekening fgr / 75
- 3.5.2 Doorwerking naar participanten (vervreemdingsfictie) / 76
- 3.5.2.1 Deelgerechtigde institutionele belegger (belastingplichtig) / 76
- 3.5.2.2 Deelgerechtigde institutionele belegger (niet-onderworpen of vrijgesteld) / 78
- 3.5.2.3 Deelgerechtigde particuliere belegger – box 1 / 79
- 3.5.2.4 Deelgerechtigde particuliere belegger – box 2 / 80
- 3.5.2.5 Deelgerechtigde particuliere belegger box 3 / 81
- 3.5.3 Situatie bij gebroken boekjaar / 82
- 3.5.4 Situatie bij fgr met fbi-status / 82
- 3.5.5 Situatie bij fgr met vbi-status / 83
- 3.6 Flankerende maatregelen / 84
- 3.6.1 Uitstel van betaling voor het ofgr / 84
- 3.6.2 Doorschuiffaciliteit ofgr / 85
- 3.6.3 Doorschuiffaciliteit participanten bij aandelenfusie / 89
- 3.6.4 Vrijstelling overdrachtsbelasting bij aandelenfusie / 91
- 3.6.5 Doorwerking naar regeling conserverende aanslag / 99

HOOFDSTUK 4

Aanpassing regeling vbi (Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling) / 101

- 4.1 Achtergrond en doelstelling vbi-regime / 101
- 4.2 Designaleerde knelpunten / 102
- 4.3 Evaluatierapport SEO (vbi-regime) / 103
- 4.4 Internetconsultatie / 104

4.5	Nieuwe definitie vbi in de Wet Vpb vanaf 1 januari 2025 /	105
4.6	Gevolgen statusverlies voor het vbi-lichaam /	107
4.7	Doorwerking verlies vbi-status naar aandeelhouders/participanten /	108
4.7.1	Institutionele belegger (belastingplichtig) /	108
4.7.2	Institutionele belegger (niet-onderworpen of vrijgesteld) /	109
4.7.3	Particuliere belegger – box 1 /	110
4.7.4	Particuliere belegger – box 2 /	110
4.7.5	Particuliere belegger box 3 /	111
4.8	Gebroken boekjaar en verlies vbi-status /	111
4.9	Samenloop bij verlies vbi-status en open-fgr-status /	112
4.10	Omzetting ofgr met vbi-status in rechtspersoon /	113
4.11	Omzetting ofgr met vbi-status in rechtspersoon met fbi-status /	113

Trefwoordenregister / 115

Jurisprudentieregister / 119

HOOFDSTUK 1

Inleiding

Als onderdeel van het Belastingpakket 2024 zijn de ‘Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling’¹ en de ‘Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling’² ingevoerd. De aanpassingen treden in werking met ingang van 1 januari 2025.

De Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling bevat een verbod voor de fiscale beleggingsinstelling (fbi) om rechtstreeks in Nederlands vastgoed te beleggen. Dit staat inmiddels bekend als de vastgoedmaatregel. De aanpassing van het regime voor de vrijgestelde beleggingsinstelling (vbi) betreft in feite een uitsluiting van familie-vbi’s.

De wijziging in de zelfstandige belastingplicht van een (open) fonds voor gemene rekening (fgr) valt samen met het gewijzigde kwalificatiebeleid van rechtsvormen zoals opgenomen in de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.³ In feite komt het erop neer dat fgr’s alleen nog zelfstandig belastingplichtig kunnen zijn als het gaat om professioneel beheerde fondsen die aan een breed publiek of aan professionele beleggers worden aangeboden (fondsen in de zin van art. 1:1 Wft).

Naar verwachting zal een groot deel van de vastgoed-fbi’s, familie-vbi’s en open fgr’s op de aankomende wijzigingen inspelen door nog dit kalenderjaar herstructureringen te gaan doorvoeren. Omdat het bestaande fiscale instrumentarium niet in alle situaties toereikend zou zijn, bevatten beide wetten flankerende maatregelen die extra fiscale begeleiding bieden. Deze nieuwe faciliteiten betreffen tijdelijke vrijstellingen (overdrachtsbelasting), doorschuifmogelijkheden (inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting) en het gefaseerd betalen van belasting (invordering). De flankerende maatregelen zijn reeds in werking getreden op 1 januari 2024.

In deze uitgave worden inhoud en betekenis voor de praktijk van beide aanpassingswetten beschreven en toegelicht.

Het manuscript is afgerond op 31 mei 2024.

- 1 Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 tot aanpassing van de regeling voor de fiscale beleggingsinstelling (Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling), *Stb.* 2023, 502.
- 2 Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot aanpassing van de regelingen voor het fonds voor gemene rekening en de vrijgestelde beleggingsinstelling (Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling), *Stb.* 2023, 503.
- 3 Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot codificatie en aanvulling van het fiscale kwalificatiebeleid inzake buitenlandse rechtsvormen en tot afschaffing van de zelfstandige belastingplicht van de open commanditaire vennootschap (Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen), *Stb.* 2023, 508.

HOOFDSTUK 2

Vastgoedmaatregel fbi (Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling)¹

2.1 Beknopte beschrijving van de vastgoedmaatregel (Inleiding)

De vastgoedmaatregel behelst een verbod voor de fbi om vanaf 1 januari 2025 rechtstreeks te beleggen in Nederlandse onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen. Het verbod geldt ook voor deelname in (voor de heffing van vennootschapsbelasting) transparante rechtsvormen waarin (economische eigendom van) Nederlands vastgoed is ondergebracht. De vastgoedmaatregel kent geen eerbiedigende werking of uitzonderingen.

De vastgoedmaatregel werkt door naar de regeling voor de zogeheten vastgoedontwikkelingsdochter² en de servicedochter.³ Deze entiteiten mogen zich vanaf 1 januari 2025 niet meer richten op Nederlands vastgoed voor zover dat toebehoort aan een fbi.

Omdat de vastgoedmaatregel een harde inwerkingtredingsdatum heeft van 1 januari 2025, is een specifieke regeling getroffen voor de fbi met een gebroken boekjaar.⁴

De wetgever ziet een overgang naar een (voor de heffing van vennootschapsbelasting) transparante structuur als enige alternatieve oplossing voor een bestaande vastgoed-fbi om de fiscale neutraliteit te behouden. Om een dergelijke overgang te faciliteren is een tijdelijke vrijstelling van overdrachtsbelasting geïntroduceerd. Deze vrijstelling geldt alleen voor specifieke verkrijgingen in het kalenderjaar 2024 (zie paragraaf 2.8.3.2 hierna).

2.2 Achtergrond en doelstelling fbi-regime

Achtergrond en doelstelling van het fbi-regime is het faciliteren van collectief beleggen door particulieren en institutionele beleggers via een rechtspersoon of open fgr, zonder additionele vennootschapsbelastingheffing. Dit doel wordt bereikt door de belastingheffing

1 Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 tot aanpassing van de regeling voor de fiscale beleggingsinstelling (Wet aanpassing fiscale beleggingsinstelling), *Stb.* 2023, 502.

2 Zie art. 28 lid 3 onderdeel a Wet Vpb.

3 Zie art. 28 lid 3 onderdeel e Wet Vpb.

4 Zie art. XIV Besluit van 20 december 2023 tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten op het gebied van de belastingen en enige andere besluiten (Eindejaarsbesluit 2023), *Stb.* 2023, 511.

te verleggen van de beleggingsinstelling naar de aandeelhouder.⁵ De opbrengsten van de fbi worden getransformeerd in verplicht uit te keren dividend dat bij de aandeelhouder zal worden belast, waarbij op het niveau van de fbi heffing van vennootschapsbelasting achterwege blijft.

Bij de fbi is dit vormgegeven door een 0%-vennootschapsbelastingtarief voor winsten in combinatie met een verplichting om de voor uitdeling beschikbare winst binnen acht maanden na afloop van het boekjaar uit te delen aan de aandeelhouders.⁶ Uitgangspunt van de wetgever is dat dit plaatsvindt onder inhouding van 15% dividendbelasting. Het BBI bevat bijzondere voorschriften voor het bepalen van de voor uitdeling beschikbare winst. Art. 4 BBI biedt de mogelijkheid om koersresultaten op effecten en gerealiseerde vermogenswinsten en -verliezen op overige beleggingen (waaronder vastgoed) toe te voegen aan een hbr, waardoor deze permanent buiten de uitdelingsverplichting worden gehouden. Voor de Wet DB wordt de hbr aangemerkt als fiscaal erkend gestort kapitaal, waardoor een fbi zonder heffing van dividendbelasting uitkeringen kan doen ten laste van de hbr.⁷ Het regime ademt daarmee de sfeer uit van de wetgeving van vóór 2001, waarin bij de particuliere belegger alleen inkomsten uit vermogen werden belast en vermogenswinsten onbelast bleven. Vanwege de box 3-heffing vanaf 2001 is het heffingsbelang van de Nederlandse fiscus sindsdien vooral gelegen in de heffing van dividendbelasting in grensoverschrijdende situaties (ingezeten fbi's met buitenlandse aandeelhouders).

Naast de uitdelingsverplichting worden voorwaarden gesteld aan doel en feitelijke werkzaamheid van een fbi. Deze mogen enkel bestaan uit het beleggen van vermogen.⁸ Wat in dit kader onder 'beleggen' dient te worden verstaan betreft een grijs gebied. Er is geen vastomlijnde definitie gegeven van het beleggingsbegrip. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat aan het beleggingsbegrip de gedachte ten grondslag ligt dat de particuliere belegger slechts een beperkt risico wenst te dragen, waarbij hij primair streeft naar een periodiek rendement naast vermogensgroei.⁹ Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat van het beleggen van vermogen sprake is indien het bezit van het vermogen is gericht op het rendement dat en de waardeinstijging die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht en waarbij geen risico's worden genomen die een particuliere belegger met eenzelfde vermogenspositie bij normaal vermogensbeheer niet zou hebben aanvaard.¹⁰ Dit geldt eveneens bij vastgoedexploitatie.¹¹

5 Zie o.a. r.o. 3.2 in HR 10 juli 2015, nr. 14/03956, *BNB* 2015/203 en r.o. 5.7.2 in HR 23 oktober 2020, nr. 16/03954, 17/02428 en 19/01141, *BNB* 2021/73. Omwille van eenvoud wordt gesproken over 'aandeelhouder'. Het kan ook gaan om de deelnemer in een ofgr (hierna ook aangeduid als 'participant').

6 Art. 28 lid 1 Wet Vpb jo. art. 9 BBI en art. 28 lid 2 onderdeel b Wet Vpb jo. art. 2 BBI.

7 Zie art. 3b Wet DB en onderdeel 7 van het Beleidsbesluit.

8 Art. 28 lid 2 aanhef Wet Vpb.

9 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 701, nr. 6, p. 11.

10 Zie HR 8 november 1989, nr. 25 257, *BNB* 1990/73 en HR 23 juni 1999, nr. 34570, *BNB* 1999/294. Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30 689, nr. 3, p. 1.

11 Vgl. HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319, HR 15 april 2016, nr. 15/02829, *BNB* 2016/166 en HR 18 juni 2021, nr. 20/01487, *V-N* 2021/27.12.

Art. 28 Wet Vpb stelt voorts eisen aan de rechtsvorm, de maximale omvang van vreemd-vermogenfinanciering en de samenstelling van het aandeelhoudersbestand van de fbi.

De rechtsvorm van de fbi mag enkel bestaan uit de NV, de BV en het ofgr. Ook naar aard en inrichting vergelijkbare rechtsvormen die naar het recht van EU-lidstaten of bepaalde verdragsstaten zijn opgericht komen in aanmerking.¹²

De beleggingen van de fbi mogen slechts met schulden worden gefinancierd tot maximaal 60% van de fiscale boekwaarde van onroerende zaken en 20% van de fiscale boekwaarde van overige beleggingen.¹³

Voor de aandeelhouderseisen geldt een onderscheid tussen de beursgenoteerde of geregleerde fbi enerzijds en de niet-beursgenoteerde of niet-geregleerde fbi anderzijds.

- o Voor de eerstgenoemde categorie geldt dat het belang in de fbi niet voor 25% of meer mag berusten bij een enkele natuurlijk persoon en dat niet 45% of meer van het totaal aantal aandelen mag berusten bij een lichaam dat is onderworpen aan een winstbelasting of waarvan de winst in een zodanige belasting wordt betrokken bij de aandeelhouders of participanten in dat lichaam.¹⁴
- o Voor de tweede categorie gelden strengere aandeelhouderseisen, waarbij geldt dat er geen natuurlijk persoon mag zijn die een aanmerkelijk belang in de zin van afd.4.3 Wet IB 2001 houdt in de fbi en dat van het totaal aantal aandelen ten minste 75% berust bij:
 - a) natuurlijke personen;
 - b) lichamen die niet zijn onderworpen aan een winstbelasting of daarvan zijn vrijgesteld en waarvan de winst niet in een zodanige belasting wordt betrokken bij de aandeelhouders of participanten in dat lichaam; dan wel
 - c) beursgenoteerde of geregleerde fbi's.¹⁵

Voorts geldt nog dat het belang in een fbi niet door tussenkomst van buitenlandse fondsen voor gemene rekening en/of kapitaalvennootschappen voor 25% of meer bij in Nederland gevestigde lichamen mag berusten.¹⁶ In geval van een beursgenoteerde of geregleerde fbi geldt verder dat bestuurders en meer dan de helft van de commissarissen van de fbi niet eenzelfde rol mogen vervullen bij een ander lichaam waarbij ten minste 25% van de aandelen in de fbi berust (tenzij dat andere lichaam een beursgenoteerde of geregleerde fbi is).¹⁷

12 Art. 28 lid 2 aanhef Wet Vpb.

13 Art. 28 lid 2 onderdeel a Wet Vpb. Er geldt een ontheffingsmogelijkheid gedurende de eerste 24 maanden om de fbi in haar opstartfase in staat te stellen de financieringslimieten op orde te krijgen (zie onderdeel 2.1 van het Beleidsbesluit).

14 Art. 28 lid 2 onderdeel c Wet Vpb.

15 Art. 28 lid 2 onderdeel d Wet Vpb. Er geldt overigens een ontheffingsmogelijkheid gedurende de eerste 24 maanden om de fbi in haar opstartfase in staat te stellen de aandeelhouderseisen op orde te krijgen (zie onderdeel 3.2 van het Beleidsbesluit). Het Beleidsbesluit bevat in onderdeel 3.1 eveneens een goedkeuring voor stapelstructuren met niet-beursgenoteerde of -geregleerde fbi's.

16 Art. 28 lid 2 onderdeel e Wet Vpb.

17 Art. 28 lid 2 onderdeel f Wet Vpb.

Tot slot geldt voor een fbi een speciale afdrachtvermindering dividendbelasting ter zake van te haren laste ingehouden dividendbelasting en buitenlandse bronheffing, waardoor deze effectief kunnen worden verlegd naar de aandeelhouders van de fbi.¹⁸

2.3 Toepassing van het fbi-regime bij vastgoedbeleggingen

Hoewel er geen bijzondere eisen worden gesteld aan aard, omvang of samenstelling van de beleggingen van de fbi, is het fbi-regime in de loop der jaren steeds verder toegespitst op vastgoedbeleggingen, waardoor het fbi-regime is uitgegroeid tot het Nederlandse equivalent van een REIT-regime (waarbij REIT staat voor *real estate investment trust*).

Vastgoedontwikkelingsactiviteiten gaan in algemene zin normaal vermogensbeheer te boven vanwege de daarmee gepaard gaande risico's.¹⁹ Hetzelfde geldt voor het besturen van een dochtermaatschappij die zich met dergelijke werkzaamheden bezighoudt.²⁰ Om projectontwikkeling binnen bepaalde grenzen mogelijk te maken voor fbi's is per 1 augustus 2007 een beleggingsfictie geïntroduceerd op basis waarvan het de fbi is toegestaan om aandelen te houden in en bestuurswerkzaamheden te verrichten voor regulier belaste lichamen waarvan doel en feitelijke werkzaamheid, afgezien van het beleggen van vermogen, bestaan uit het ontwikkelen van vastgoed ten behoeve van zichzelf of ten behoeve van:

- i. de fbi;
- ii. met de fbi verbonden lichamen die eveneens als fbi worden aangemerkt; dan wel
- iii. lichamen waarin de onder i. of ii. genoemde lichamen een belang hebben van ten minste een derde gedeelte.²¹

Met hiervoor genoemde wetwijziging werd het voor fbi's dus mogelijk gemaakt om binnen de groep van verbonden lichamen vastgoed te ontwikkelen ten behoeve van de eigen beleggingsportefeuille. De dreiging van statusverlies voor de fbi is daarmee sterk gereduceerd. Niet is vereist dat het vastgoed hierbij ook daadwerkelijk wordt overgedragen aan de vastgoedontwikkelingsdochter.²² Wel dienen alle ontwikkelingswerkzaamheden en alle ontwikkelingsrisico's in de vastgoedontwikkelingsdochter te worden ondergebracht. Van belang sindsdien is de *transfer pricing* tussen fbi en vastgoedontwikkelingsdochter, waarover helaas veel discussie met de Belastingdienst is ontstaan. De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat de winsttoerekening aan de regulier belastingplichtige vastgoedontwikkelingsdochter dient te worden gebaseerd op de volledige waardemutatie van het ontwikkelde vastgoed vanaf de aanvang van de planfase/initiatieffase tot de voltooiing van het project, exclusief de autonome waardemutatie van het ontwikkelde vastgoed.²³ De inspecteur zal zich daaraan moeten conformeren.

18 Art. 11a Wet DB.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 689, nr. 3, p. 1-2.

20 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 25, p. 14-15. Uit deze passage uit de wetsgeschiedenis volgt ook dat het een fbi wel is toegestaan om het bestuur te voeren over een dochtermaatschappij die eveneens een beleggingsinstelling is, omdat het besturen van de dochter in dat geval voortvloeit uit de centrale doelstelling van de fbi.

21 Art. 28 lid 3 onderdeel a Wet Vpb.

22 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 689, nr. 3, p. 5.

23 Zie onderdeel 5.1.3 van het Beleidsbesluit.

Tegelijkertijd werd, om binnen zekere grenzen discussie over het onderscheid tussen het uitvoeren van (groot) onderhoud (beleggen) en projectontwikkeling (meer dan beleggen) te voorkomen, een *safe-haven*-bepaling ingevoerd. Op grond daarvan wordt aangenomen dat van beleggen sprake is wanneer de investering in een verbetering of uitbreiding van vastgoed minder bedraagt dan 30% van de WOZ-waarde van het desbetreffende vastgoed voorafgaande aan de aanvang van de werkzaamheid.²⁴

Met ingang van 1 januari 2009 is het werkterrein voor de fbi vervolgens verder vergroot door de introductie van een aantal aanvullende vastgoedbeleggingsficties in art. 28 Wet Vpb. Onder 'beleggen' wordt sindsdien mede verstaan het verstrekken van garanties ten behoeve van met de fbi verbonden lichamen²⁵ alsmede het uitlenen van extern ingeleende gelden aan dergelijke lichamen, mits de bezittingen geconsolideerd beschouwd doorgaans voor ten minste 90% bestaan uit onroerende zaken.²⁶

In verband met deze beleggingsficties werd een versoepeling aangebracht in de financieringslimieten. In de eerste plaats werd het onderscheid tussen directe en indirecte vastgoedbeleggingen opgeheven door de financieringslimiet van 60% voor onroerende zaken ook van toepassing te laten zijn op het belang in een verbonden vastgoedlichaam, zijnde een lichaam waarvan de bezittingen geconsolideerd beschouwd doorgaans voor ten minste 90% bestaan uit onroerende zaken.²⁷ In de tweede plaats werd voor de toetsing van de financieringslimieten een salderingsregeling geïntroduceerd voor het uitlenen van extern ingeleende gelden aan met de fbi verbonden vastgoedlichamen.²⁸ Deze schulden en vorderingen blijven dus buiten beschouwing voor de toetsing aan de financieringslimiet.

De meest recente versoepeling betreft een verdere uitbreiding van de beleggingsfictie per 1 januari 2014 ten aanzien van het houden van aandelen in en het besturen van normaal belaste lichamen waarvan doel en feitelijke werkzaamheden, afgezien van het eventueel beleggen van vermogen, bestaan uit het verrichten van bijkomstige werkzaamheden die een rechtstreeks verband houden met vastgoedbeleggingen van:

- i. de fbi;
- ii. met de fbi verbonden lichamen die eveneens als fbi worden aangemerkt; dan wel
- iii. lichamen waarin de onder i. of ii. genoemde lichamen een belang hebben van ten minste een derde gedeelte.²⁹

In de praktijk wordt een dergelijke dochtermaatschappij aangeduid als servicedochter. Hierbij geldt dat

- a) de waarde van de aandelen in de servicedochter niet meer mag bedragen dan 15% van het eigen vermogen van de fbi;

24 Art. 28 lid 3 onderdeel b Wet Vpb.

25 Art. 28 lid 3 onderdeel c Wet Vpb.

26 Art. 28 lid 3 onderdeel d Wet Vpb.

27 Art. 28 lid 3 onderdeel a laatste volzin Wet Vpb.

28 Art. 28 lid 4 Wet Vpb.

29 Art. 28 lid 3 onderdeel e Wet VPB 1969.

- b) de omzet uit de bijkomstige werkzaamheden van de servicedochter niet meer mag bedragen dan 25% van de behaalde omzet uit de beleggingen in het vastgoed waarvoor de werkzaamheden worden verricht; en
- c) de bezittingen van de servicedochter geheel met eigen vermogen moeten zijn gefinancierd. Deze regeling maakt het voor een fbi mogelijk om aanvullende facilitaire diensten te verlenen die op zichzelf beschouwd normaal vermogensbeheer te boven gaan, maar die wel van haar worden verwacht.³⁰

2.4 Gesignaleerde knelpunten bij belastingheffing over vastgoedinkomsten

In de praktijk zijn twee knelpunten gesignaleerd bij vastgoed-fbi's waardoor het heffingsrecht van Nederland niet in alle situaties is gewaarborgd. Het betreft hier:

- i. de situatie waarbij buitenlandse aandeelhouders met substantiële belangen in een fbi op grond van belastingverdragen recht hebben op teruggaaf of vermindering van Nederlandse dividendbelasting; en
- ii. de situatie waarbij buiten Nederland gevestigde beleggingsinstellingen het fbi-regime wensen toe te passen bij rechtstreeks in Nederland gehouden beleggingsvastgoed. Art. 28 Wet Vpb biedt die mogelijkheid, mits de buitenlandse instelling naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi. Hierover loopt momenteel een procedure bij de Hoge Raad, waarin Advocaat-Generaal Wattel op 27 mei 2022 conclusie heeft genomen.³¹

In beide gevallen is het mogelijk dat Nederland per saldo minder of zelfs geen belasting kan heffen over inkomsten uit Nederlands vastgoed. De voor de fbi kenmerkende en beoogde verdragsgerechtigdheid leidt in situatie i. tot een normale toepassing van de dividendartikelen in de belastingverdragen, waardoor soms tegen een verlaagd tarief of mogelijk zelfs geen dividendbelasting verschuldigd is bij winstuitkeringen.³² In situatie ii. ontbreekt een inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting. Nederland kent immers alleen inhoudingsplicht voor de dividendbelasting bij ingezeten lichamen. De combinatie van het 0%-tarief en het missen van dividendbelasting pakt voor de Nederlandse schatkist dus onvoordelig uit.

30 De wetsgeschiedenis noemt het verzorgen van bepaalde facilitaire diensten aan huurders zoals schoonmaakdiensten, het verzorgen van de catering, receptie of vergaderservice, het uitbaten van een in pandige horecagelegenheid in een kantoorpand gericht op het bedienen van de kantoorpopulatie van het desbetreffende kantoorpand of de actieve exploitatie van billboards of televisieschermen op of binnen het verhuurde beleggingsobject (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 753, nr. 3, p. 25).

31 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 27 mei 2022, nr. 21/04201, V-N 2022/30.10, in cassatie op Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2021, nr. 18/00721-18/00732 en 18/00746, V-N 2021/51.1.3.

32 Opgemerkt zij dat het expliciet de bedoeling is geweest om een fbi als verdragsinwoner te kunnen kwalificeren. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 1968/69, 6 000, nr. 25, p. 17 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 533, nr. 5, p. 4. Ook is de bedoelde verdragsgerechtigdheid van de fbi nog eens expliciet bevestigd in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 april 2023, nr. 2023-0000087551, V-N 2023/18.6.

2.5 Evaluatierapport SEO (fbi-regime)

In het kader van een evaluatie van het fbi- en vbi-regime heeft de regering SEO gevraagd een onderzoek uit te voeren naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van beide regimes. Het evaluatierapport is door SEO in juni 2022 uitgebracht onder de naam *Evaluatie fbi en vbi. Doeltreffendheid en doelmatigheid in kaart*.³³ Het rapport is op 7 juli 2022 door de Staatssecretaris van Financiën doorgestuurd naar de Tweede Kamer.³⁴

Doeltreffendheid

In het SEO-evaluatierapport wordt geconcludeerd dat het fbi-regime bij vastgoed-fbi's in binnenlandse verhoudingen resulteert in de doelrealisatie van een evenwichtige behandeling.

De internationale benchmark laat zien dat buitenlandse vastgoedregimes op een aantal punten flexibeler/gunstiger zijn dan het Nederlandse regime (met name de activiteiteneis). Dit beperkt de mate waarin het regime bijdraagt aan de Nederlandse concurrentiepositie en daarmee de doeltreffendheid op dit punt.

Doelmatigheid

In het SEO-evaluatierapport wordt geconcludeerd dat de uitvoeringskosten bij de Belastingdienst beperkt zijn. Marktpartijen geven aan dat ten opzichte van alle andere administratieve lasten die zij als vastgoed-fbi hebben, de extra lasten van de fbi-status beperkt zijn. Er is dan ook sprake van doelmatigheid.

Een aantal elementen in de vormgeving heeft naar de bevindingen van SEO relatief hogere administratieve lasten, doordat deze elementen niet langer aansluiten bij ontwikkelingen in de markt (met name het beleggingsbegrip). Marktpartijen gaven bijvoorbeeld aan dat de beperkte flexibiliteit in de aanpalende activiteiten die binnen het regime ontplooid kunnen worden hen ertoe dwingt om voor elke nieuwe activiteit of tijdelijke (onverwachte) afwijking van reguliere activiteiten (bijvoorbeeld het terugleveren van stroom bij leegstand) na te gaan of dit past binnen het regime en/of om daarvoor een regulier belaste servicedochter aan te houden. Dit zorgt voor extra administratieve lasten.

Verder constateert SEO dat een neveneffect van de regeling is dat het voor buitenlandse beleggers met grote belangen in de fbi mogelijk is om een beroep te doen op een verlaagd belastingtarief voor deelnemingsdividenden (vaak naar 0% of 5%). Dit zorgt voor een heffingslek (kelpunt i.).

Aanbevelingen

Uit het SEO-evaluatierapport volgt onder meer dat een vastgoedmaatregel, waarover al in 2017 was gesproken (zie onderdeel 2.6 hierna), als oplossing voor de gesignaleerde knelpunten niet proportioneel is en ook niet-misbruiksituaties raakt. Ook zou een vastgoedmaatregel naar het oordeel van SEO hoge (belasting)kosten met zich meebrengen

33 SEO Economisch Onderzoek, *Evaluatie fbi en vbi. Doeltreffendheid en doelmatigheid in kaart*, juni 2022.

34 Zie brief Staatssecretaris van Financiën van 7 juli 2022, nr. 2022-0000172617, V-N 2022/33.17.5.

voor o.a. pensioenfondsen. Het rapport bevat een aantal meer proportionele oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten.

Het SEO-evaluatierapport bevat, naast de mogelijkheid van een (tijdelijk) verplichte beursnotering, de voor de hand liggende oplossing voor knelpunt i. om (tijdelijk) de aandeelhouderseisen voor fbi's aan te scherpen in afwachting van aanpassing van belastingverdragen. Dit zou echter nog geen oplossing bieden voor knelpunt ii.

Het SEO-evaluatierapport noemt in dat kader het codificeren van een dividendbelasting-vervangende betaling en beperking tot lopende inkomsten uit Nederlands vastgoed als voorwaarde voor toegang tot het fbi-regime voor niet-ingezetene fondsen als oplossing voor knelpunt ii.³⁵ Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt immers dat het stellen van deze (in beginsel belemmerende) voorwaarde EU-rechtelijk als geschikte en proportionele maatregel kan worden aangemerkt om de coherentie van het nationale belastingstelsel te waarborgen.³⁶ Volgens het SEO-evaluatierapport zou deze dividendbelasting-vervangende maatregel dan enkel moeten zien op inkomsten uit Nederlands vastgoed (en dus niet op het wereldwijde inkomen van het desbetreffende fonds).

Overigens werd in het SEO-evaluatierapport ook ingegaan op het beleggingsbegrip als knelpunt onder het fbi-regime. Het SEO-evaluatierapport bevat in dat verband een aantal oplossingsrichtingen, waaronder toepassing van het reguliere vennootschapsbelastingtarief voor niet-beleggingsactiviteiten en een doelmatigheidsmarge waarbij de activiteiten bijvoorbeeld voor ten minste 95% moeten bestaan uit beleggen.

Kabinetsreactie

In zijn aanbiedingsbrief bij het SEO-evaluatierapport van 7 juli 2022 gaf de Staatssecretaris aan dat hij de verschillende oplossingsrichtingen nader zou bestuderen en dat hij na de zomer van 2022 met een inhoudelijke reactie zou komen en beleidsvoornemens kenbaar zou maken.

Zonder enige verwijzing naar het hiervoor genoemde SEO-evaluatierapport werd op Prinsjesdag 2022 echter de vastgoedmaatregel aangekondigd door het kabinet.³⁷ De aangekondigde kabinetsreactie op het SEO-evaluatierapport volgde uiteindelijk op 9 december 2022. Daarin gaf het kabinet aan dat de door SEO geschetste alternatieve oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten vanwege de door het kabinet aangekondigde vastgoedmaatregel hun belang hebben verloren. In de kabinetsreactie is niet ingegaan op het beleggingsbegrip.

35 In lijn met de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2021, nr. 18/00721-18/00732 en 18/00746, V-N 2021/51.1.3, betreffende de toepassing van het fbi-regime voor de periode tot 1 augustus 2007, tot welk moment niet-ingezetene beleggingsinstellingen op grond van de wettekst nog uitgesloten waren. Zie ook de instemmende conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 27 mei 2022, nr. 21/04201, V-N 2022/30.10, in cassatie op voornoemde hofuitspraak. Zie voor een uitgebreidere toelichting D.C. Simonis, 'Het naderende einde van de vastgoed-fbi', *NLFW* 2023/40, onderdelen 3.4.2.1-3.4.2.3.

36 HvJ EU 21 juni 2018, nr. C-480/16, V-N 2018/35.13 (*Fidelity Funds*). Zie ook HR 23 oktober 2020, nrs. 16/03954, 17/02428, 19/01141, *BNB* 2021/73.

37 Zie brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2022, nr. 2022-0000215908, V-N 2022/43.2.

2.6 Aankondiging vastgoedmaatregel (2017 en 2022)

Het begin van het einde van de vastgoed-fbi lijkt te liggen in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III uit 2017. Het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' van 10 oktober 2017 bevatte het plan om de dividendbelasting af te schaffen. Omdat Nederland zonder dividendbelasting effectief geen belasting meer zou kunnen heffen (van buitenlandse aandeelhouders) over inkomsten uit vastgoed bij een fbi, zou het een fbi niet langer toegestaan moeten zijn om direct in vastgoed te beleggen.³⁸ Overigens was de vastgoedmaatregel al eerder, op de in april 2017 door het Ministerie van Financiën gepubliceerde Ombuigings- en intensiveringslijst opgenomen. In de op 23 februari 2018 gepubliceerde fiscale beleidsagenda werd het voornemen herhaald, al kon hieruit worden opgemaakt dat de vastgoedmaatregel enkel zou gelden voor in Nederland gelegen vastgoed.³⁹

Op Prinsjesdag 2018 werd de vastgoedmaatregel als wetsvoorstel gepresenteerd (Wet bronbelasting 2020).⁴⁰ Expliciet werd opgemerkt dat de maatregel enkel zou gelden voor in Nederland gelegen vastgoed en dat directe beleggingen in buitenlands vastgoed mogelijk bleven. Ten aanzien van herstructurerings van bestaande vastgoed-fbi's werd in de memorie van toelichting aangegeven dat het kabinet – na nader onderzoek naar de noodzaak hiervan – mogelijk flankerende maatregelen zou nemen, met name op het gebied van de overdrachtsbelasting, mits budgettair inpasbaar, uitvoerbaar en juridisch houdbaar.⁴¹

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet bronbelasting 2020 valt voorts te lezen dat ook zonder de afschaffing van de dividendbelasting er al redenen waren om de vastgoedmaatregel te nemen.⁴² Hierbij werd in de eerste plaats verwezen naar vastgoed-fbi's met buitenlandse aandeelhouders met dusdanig omvangrijke belangen dat zij op basis van belastingverdragen recht hebben op vermindering van dividendbelasting (knelpunt i.). In de tweede plaats werd verwezen naar buitenlandse beleggingsinstellingen die direct in Nederlands vastgoed beleggen en zelf het fbi-regime wensen toe te passen. Als gevolg hiervan zou Nederland geen belasting kunnen heffen over winsten uit het Nederlandse vastgoed omdat buitenlandse beleggingsinstellingen immers niet inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting (knelpunt ii.).

Door politieke druk maakte het kabinet-Rutte III op 15 oktober 2018 kenbaar het plan om de dividendbelasting af te schaffen, te laten varen. Hiermee was ook de vastgoedmaatregel voor fbi's van tafel.⁴³ Vervolgens rezen er Kamervragen over hoe het dan zat met de twee eerder genoemde redenen om de vastgoedmaatregel voor fbi's in te voeren.⁴⁴ In het antwoord van de toenmalige staatssecretaris werd aangegeven dat genoemde situaties nog geen aanleiding vormden om op korte termijn over te gaan tot reparatie, maar dat

38 Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-2017-vertrouwen-in-de-toekomst, p. 67-68.

39 Zie brief Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000027221, V-N 2018/14.3.

40 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. 2.

41 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. 3, p. 26-27.

42 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. 3, p. 25-26.

43 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. A, p. 4-5.

44 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. 18, p. 17.