

VASTGOED IN BOX 3 – HET EERLIJKE VERHAAL

De problematiek aangaande vastgoed in box 3 zal u niet zijn ontgaan. De Staatssecretaris verwacht – te – hoge rendementen, past fiscale wet- en regelgeving aan en in het slechtste scenario moet u box 3-belasting betalen over rendementen die niet worden gehaald. Met andere woorden, u draait verlies, omdat de forfaitaire rendementen niet worden gehaald.

In aanloop naar Prinsjesdag zijn er veel mogelijke oplossingen die worden aangeprezen, maar in die aanprijzingen wordt niet altijd het "eerlijke" verhaal verteld. Er wordt voornamelijk ingezoomd op de besparing van overdrachtsbelasting. Dat komt door het hoge overdrachtsbelastingtarief van 10,4% waarbij wordt geheven over de werkelijke waarde van het vastgoed.

Met de val van het kabinet, de (mogelijk) controversieel verklaring van wet- en regelgeving in de week van 11 september en fiscale haken en ogen bij sommige oplossingen, proberen de vastgoedfiscalisten van RSM orde in de chaos te scheppen. Daarom wordt in dit artikel het probleem van box 3 kort besproken, het voordeel van box 2 uitgelegd en de route daar naartoe begrijpelijk gemaakt, waarbij uiteraard ook veelvoorkomende haken en ogen aan de orde komen. Daarnaast wordt de vraag behandeld welke mogelijkheden er zijn waarbij de heffing van overdrachtsbelasting minimaal is en wat verder te doen. Ten slotte wordt er kort aandacht besteed aan de problematiek rondom excessief lenen waarbij de dga geld leent van de eigen B.V.

(Open) fonds voor gemene rekening

Op dit moment bieden veel belastingadviseurs aan om vastgoed, dat nu in box 3 wordt belast, in een zogenoemd (open) fonds voor gemene rekening (hierna: OFGR) in te brengen, zodat het in box 2 wordt belast. Wat is een OFGR en waarom kan box 2 voordeliger zijn?

OFGR

Er zijn twee soorten fondsen, een open fonds voor gemene rekening (OFGR) en een besloten fonds voor gemene rekening (FGR). Voor beide vormen geldt dat een (O)FGR een set aan overeenkomsten is waarbij meerdere natuurlijk personen, dan wel rechtspersonen, afspraken met elkaar maken over aspecten zoals: beleggingen, beleggingsbeleid, bij wie de winsten terecht komen en de verhandelbaarheid van participaties etc.

De volgende partijen maken deel uit van een (O)FGR. De deelgerechtigden/participanten in een (O)FGR krijgen een winstdeel met betrekking tot de beleggingen. Zij zijn economisch eigenaar van het vastgoed. Er moeten minstens twee participanten zijn, anders is het fonds niet voor gemene rekening. Daarnaast is er nog een bewaarder en beheerder die vaak dezelfde (rechts)persoon is. De bewaarder is juridisch eigenaar van het vastgoed en de beheerder voert het beleggingsbeleid uit en geeft bijvoorbeeld opdracht tot onderhoud van het vastgoed.

Wat maakt een FGR open dan wel besloten? Dat is het verschil in verhandelbaarheid van de participaties. Wanneer participanten de mogelijkheid hebben om hun deelgerechtigdheid zonder toestemming van alle andere participanten te verkopen, dan is een FGR open. Indien participanten toestemming nodig hebben van alle andere participanten om participaties te verkopen, dan is er sprake van een besloten FGR. In het verleden zijn er "trucjes" bedacht om een FGR open te laten lijken. In dat geval werd afgesproken om de participaties enkel aan (klein)kinderen en/of ouders te kunnen verkopen. Tegenwoordig zijn dergelijke FGR's besloten.

Waarom een open fonds voor gemene rekening?


OFGR's zijn belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Tenzij er uitzonderingen van toepassing zijn, kan gezegd worden dat in tegenstelling tot box 3 enkel vennootschapsbelasting wordt geheven indien er daadwerkelijk winst wordt behaald. Er wordt dan belasting geheven op het niveau van het OFGR. Bij een winstuitdeling, dus als er daadwerkelijk sprake is van winst, worden de participanten belast. Wanneer een participant een natuurlijk persoon is en meer dan 5% van de participaties in een OFGR houdt, wordt er bij die participant/natuurlijk persoon belasting geheven in box 2. Ook hierbij geldt, er wordt alleen belasting geheven als er daadwerkelijk winst wordt behaald/ een uitdeling plaatsvindt.

Samengevat. Bij een OFGR wordt er belasting geheven over het daadwerkelijke rendement (vennootschapsbelasting en box 2) en in box 3 op basis van een forfaitaire rendement. Daarnaast is er een mogelijkheid om het probleem van excessief lenen op te lossen, maar dat voert te ver voor dit artikel.

Welk vastgoed leent zich voor een open fonds voor gemene rekening?

Dit is natuurlijk afhankelijk van de feiten en omstandigheden, maar in zijn algemeenheid kan gezegd worden dat "slecht" renderend vastgoed het beste belast kan worden op basis van werkelijk rendement. Wat is dan slecht renderend vastgoed? Daarvoor moet een vergelijking worden gemaakt met box 3-belasting.

In box 3 wordt vastgoed belast op basis van een forfaitair rendement waarbij de WOZ-waarde als uitgangspunt geldt. Er zijn geen mogelijkheden om kosten en investeringen in aftrek te brengen. Dit kan op korte termijn wel van groot belang zijn. Denk aan de duurzaamheidsopgave of hogere financieringskosten. Deze kosten of investeringen kunnen tot gevolg hebben dat er in een jaar of meerdere jaren geen winsten worden behaald.



Wanneer vastgoed in een jaar verliesgevend is en in box 3 wordt belast, vindt er alsnog belastingheffing plaats. Bij een OFGR zal er dan geen belastingheffing plaatsvinden als er geen winst wordt behaald.

Daarom is het verstandig om een "mini" winst- en verliesrekening per pand op te stellen waarbij de aankomende kosten en investeringen worden meegenomen. Zodoende is het mogelijk om box 2-heffing af te zetten tegen box 3-heffing om een voordeliger keuze te maken.

Hoe wordt een open fonds voor gemene rekening gecreëerd?

Hoe wordt vastgoed van box 3 naar box 2 en daarmee naar een OFGR verhuist zonder maximale heffing van overdrachtsbelasting? Dit wordt bereikt, kort gezegd, door het aangaan van enkele overeenkomsten tussen de participanten, de beheerder en de bewaarder.

Een voorbeeld

Wanneer een ouder een "slecht" renderende vastgoedportefeuille heeft met een getaxeerde waarde van € 10 mio, dan kan zij/hij met het meerderjarige kind besluiten om gezamenlijk een OFGR op te richten. Voor kind zijn er meerdere manieren om het vastgoed te verkrijgen, maar in dit geval wordt het vastgoed geschonken door ouder aan kind. Ouder schenkt 10% van het juridisch (en economisch) eigendom aan kind. Hierbij wordt overdrachtsbelasting geheven (10,4% over 10% van € 10 mio) en schenkbelasting in het jaar volgend op de schenking. Er zijn mogelijkheden om schenkbelasting en overdrachtsbelasting met elkaar te verrekenen, maar dat voert te ver door voor dit artikel. Kort gezegd, wordt bij de aangifte schenkbelasting de reeds betaalde overdrachtsbelasting in mindering gebracht.

De OFGR wordt middels een set aan overeenkomsten opgericht waarbij ouder 90% van het economisch eigendom van het vastgoed inbrengt en kind 10%. De verdeling van de participaties geschiedt in de verhouding 90% voor ouder en 10% voor kind. Bij deze stap vindt echter geen heffing van overdrachtsbelasting plaats. Zowel ouder als kind worden belastingplichtig in box 2. Ouder en kind hebben nog steeds het juridisch eigendom op naam staan, maar dat is in de praktijk weinig tot niets waard. Immers, middels de participaties in het OFGR – zijnde het economisch eigendom van het vastgoed – worden de winsten verdeeld. Die participaties vertegenwoordigen daarmee waarde, te vergelijken met een aandeel.

In dit voorbeeld zijn zowel ouder als kind bewaarder van het vastgoed. Zij houden immers 90% respectievelijk 10% van het juridisch eigendom van het ingebrachte vastgoed. De beheerder kan een ander dan ouder of kind zijn, maar de praktijk wijst uit dat het vaak de ouder is.

Haken en ogen open fonds voor gemene rekening

Bovenstaande voorbeeld wordt in de praktijk met enige regelmaat aangeprezen, maar er moeten dan wel een aantal voorbehouden worden gemaakt.

- Ten eerste, een voorbehoud ten aanzien van de verdeling van de participaties. De belastingdienst is van mening dat een OFGR pas een open fonds voor gemene rekening is als een participant maximaal 90% van de participaties houdt. De redenering is als volgt. Als één participant meer dan 90% van de participaties houdt, dan wordt er getwijfeld of de belegging wel voor gemene rekening is als één participant dusdanig overheersend is.

In rechtspraak is al eens beslist dat bij een verdeling van 98% om 2% er nog steeds sprake kan zijn van een OFGR, maar weet dat de belastingdienst de hakken in het zand kan zetten. Overigens is deze verdeling niet verstandig om het vastgoed naar box 2 te verhuizen, omdat een participant op zijn minst 5% moet hebben. Anders wordt die 2% alsnog in box 3 belast.

- Ten tweede, moet er een voorbehoud worden gemaakt over het bestaan van een OFGR wanneer de participanten ook de bewaarder van het vermogen zijn, met andere woorden, als een participant ook het juridisch eigendom van het vastgoed houdt. De belastingdienst is zeer sceptisch over het bestaan van een OFGR als het vermogen van de OFGR niet een afgescheiden vermogen vormt ten opzichte van de participanten. Waarom is dit?

Een van de redenen om een OFGR vennootschapsbelastingplichtig te maken zijn de overeenkomsten tussen een naamloze vennootschap (hierna: N.V.) waarbij de aandelen veelal vrij verhandelbaar zijn en de OFGR waarbij de participaties eveneens vrij verhandelbaar zijn. Beide rechtsfiguren kunnen worden gebruikt om het beleggen te faciliteren. Eén van de verschillen tussen beide rechtsfiguren is dat een N.V. een rechtspersoon is welke juridisch eigenaar kan zijn van vastgoed, en een OFGR kan inherent geen juridisch eigenaar van vastgoed zijn waardoor er altijd een bewaarder (/ participant) nodig is die het juridisch eigendom houdt en het economisch eigendom inbrengt in het OFGR.

Zodra een participant tevens juridisch eigenaar is, is de belastingdienst extra kritisch omdat de vrije verhandelbaarheid van de participaties in twijfel wordt getrokken. Immers, bij de grotere OFGR's waar van de participaties ook vrij verhandelbaar zijn (zoals de grotere fondsen die onder toezicht staan van de AFM), is het vastgoed in juridisch eigendom van een aparte rechtspersoon in de vorm van bijvoorbeeld een stichting dan wel een B.V. om verhaal te bieden aan eventuele schuldeisers en om



eventuele complicaties bij de levering van het vastgoed te voorkomen. Een participatie verhoudt zich in dat opzicht niet hetzelfde tot het vastgoed, zoals een aandeel dat doet. Een participatie is immers niet hetzelfde als een eigendomsrecht, zoals een aandeel dat wel is.

Bij een OFGR, zoals deze wordt voorgesteld om vastgoed van box 3 naar box 2 te verhuizen, is het niet verstandig, economisch gezien, om een aparte bewaarder aan te stellen, zoals wordt uitgelegd in de volgende alinea. Er zijn notarissen die van mening zijn dat deze problematiek opgelost kan worden door de overeenkomsten dusdanig vorm te geven dat de verhandelbaarheid van de participaties vergelijkbaar zijn met aandelen en een participatie in dezelfde relatie tot het vastgoed staat als een aandeel. Gelet op het feit dat de belastingdienst op dit punt extra kritisch is, is het verstandig om de overeenkomsten goed in te richten en bewust te zijn van de risico's.

Is het OFGR anders vorm te geven een mogelijkheid om bovenstaande probleem te voorkomen? Ja en nee. Ja, als 100% van het juridisch eigendom van het vastgoed wordt overgedragen aan een aparte bewaarder, zoals bijvoorbeeld een stichting dan wel een B.V. Echter – en dit is de nee –, de stichting dan wel B.V. zal dan 10,4% overdrachtsbelasting moeten betalen over 100% van de werkelijke waarde van het vastgoed. Meestal is dit evenveel, zo niet meer dan de belastingbesparing die wordt beoogd met de verhuizing van vastgoed van box 3 naar box 2, en derhalve überhaupt niet meer rendabel. Bij een vastgoedportefeuille van € 10 mio wordt er direct overdrachtsbelasting geheven ter waarde van € 1.040.000.

- Ten derde, ligt er een wetsvoorstel uit maart 2023 om de zogenoemde familiefondsen, ofwel de OFGR's die niet voldoen aan de Wet op het financieel toezicht (hierna: WFT), op te heffen per 1 januari 2025. Uiteraard is er overgangsrecht voorzien waarbij – vrij vertaald – de mogelijkheid bestaat om het reeds bestaande OFGR om te vormen tot een B.V. Dit omvormen naar een B.V. wordt dan fiscaal gunstig vormgegeven waardoor er geen winstbelasting wordt geheven en geen overdrachtsbelasting. Hoe dit werkt, voert te ver door voor dit artikel, maar het kan een goede mogelijkheid zijn om het OFGR op te heffen om naar een "simpelere" B.V. te gaan. In de berichten over dit onderwerp wordt veel verwezen naar dit gunstige overgangsrecht.

Het is echter de vraag of dit wetsvoorstel doorgang vindt, omdat het wetsvoorstel niet enkel fiscale gevolgen heeft maar ook civielrechtelijke. Daarom is de kans groot dat het wetsvoorstel in de week van 11 september controversieel wordt verklaard door de Tweede Kamer.

In het geval het wetsvoorstel niet controversieel wordt verklaard en wordt gepresenteerd op Prinsjesdag, is de kans aanwezig dat er een antimisbruikbepaling wordt opgenomen. Deze zal waarschijnlijk het overgangsrecht niet toegankelijk maken voor OFGR's die "te" laat zijn opgericht. De verwachting is dat 7 maart 2023 (publicatiedatum consultatie wetsvoorstel), of 19 september 2023 (Prinsjesdag), "te" laat is. Zo wordt voorkomen dat het OFGR is opgericht met het enige doel om toegang tot het overgangsrecht te krijgen.


- Ten vierde, moet men rekening houden met eventuele hypotheekverstrekkers, zoals banken. Wanneer een bank een hypotheek heeft verstrekt ten behoeve van de financiering van een pand ligt het aan de voorwaarden van de hypotheek of het juridische en economische eigendom overgedragen kan worden zonder de bank in te lichten of toestemming te vragen. Daarom is het raadzaam om de voorwaarden goed na te gaan of om contact met de hypotheekverstrekker te zoeken.

Haken en ogen box 3

In box 3 wordt vastgoed op dit moment nog belast op basis van forfaitaire rendementen. Alhoewel het (demissionaire) kabinet van plan is om in box 3 belasting te heffen op basis van werkelijk rendement, vragen wij ons af of dat administratief mogelijk is voor zowel de belastingdienst als de burger. De vastgoedfiscalisten van RSM verwachten dat er ook in de toekomst wordt gewerkt met forfaitaire rendementen in box 3. Dat heeft de Hoge Raad in het alom bekende kerstarrest immers niet uitgesloten en enkele adviseurs van de Staatsecretaris van Fiscaliteit sturen hier al op aan.

De verwachting is dat dat in een andere vorm en meer gedifferentieerd zal zijn dan in het huidige box 3-stelsel. Zo kan er gewerkt worden met verschillende forfaitaire rendementen bij verschillende categorieën vastgoed waarbij de rendementen waarschijnlijk gebaseerd worden op gemiddelden. Denk aan huurwoningen die onder het puntenstelsel vallen, vrije sectorhuurwoningen en studentenkamers met elk een eigen rendement. Dat rendement kan dan vastgesteld worden op basis van gemiddelden. Er kunnen dus situaties zijn waarbij box 2 onwenselijk is, omdat het verwachte rendement sowieso hoger is dan het forfaitaire rendement van box 3 en dus hoger dan de gemiddelden. Denk aan nieuwbouwwoningen waar de komende jaren geen onderhoud is te verwachten, geen duurzaamheidskosten gemaakt hoeven te worden en waarbij deze zeer gunstig/laag gefinancierd zijn.

Het toekomstige box 3-stelsel kan wellicht alsnog gunstiger zijn dan belasting op basis van werkelijk rendement in box 2.



Aan de andere kant kan een nieuw kabinet beslissen om in de toekomst ook verkoopwinsten te gaan belasten in box 3, iets dat in box 2 sowieso het geval is. Mede omwille van onzekerheid over het toekomstige box 3-stelsel is het eerlijke verhaal dat belastingadviseurs niet met zekerheid kunnen zeggen wat te doen met vastgoed in box 3.

Is er een andere oplossing?

Een andere oplossing kan gevonden worden in de vorming van een open commanditaire vennootschap (hierna: OCV). Dit komt grofweg op hetzelfde neer als het OFGR. Ook de OCV is een set aan overeenkomsten waarbij de OCV zelf geen rechtspersoonlijkheid bezit, maar wel vennootschapsbelastingplichtig is. Hierbij zijn op zijn minst twee vennoten nodig waarbij sowieso één vennoot (commandite) vermogen inbrengt in de vorm van het economisch eigendom van vastgoed en de andere vennoot (beherend vennoot) arbeid en vlijt inbrengt in ruil voor economisch eigendom van het vermogen. In tegenstelling tot het OFGR kan bij de OCV een participatieverhouding afgesproken worden waarbij de commandite 99% van de participaties/economisch eigendom houdt en de beherend vennoot 1% van de participaties/economisch eigendom. Hierdoor is er slechts overdrachtsbelasting verschuldigd over 1% van de werkelijke waarde van het vastgoed.

Er zijn minder complicaties verbonden aan de vorming van een OCV, maar er kunnen toekomstige redenen zijn waardoor onzekerheid bestaat over de OCV. Er wordt al vele jaren gesproken over wijzigingen in het personenvennootschapsrecht wat ook invloed heeft op de OCV. Zo is er in oktober 2022 een consultatie gehouden over dit onderwerp. In deze consultatie wordt gesproken over fiscaal gunstig overgangsrecht, maar dat heeft nog geen concrete handen en voeten gekregen in tegenstelling tot het overgangsrecht van het OFGR. Evenals bij de wijzigingen met betrekking tot het OFGR is het ook bij OCV de vraag of er überhaupt wijzigingen worden gepresenteerd met Prinsjesdag. Dezelfde redenering als bij het OFGR gaat ook hier op. Niet enkel fiscale gevolgen, maar juist de civielrechtelijke gevolgen kunnen een groot twistpunt vormen. Gezien er al vele jaren wordt gediscussieerd over de modernisering van het personenvennootschapsrecht is de verwachting dat dit wetsvoorstel met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid controversieel wordt verklaard door de Tweede Kamer. Daarom is er in de voorzienbare toekomst geen wijziging te verwachten op het gebied van de OCV.

Excessief lenen

Wellicht is er een andere reden om toch box 2 in te gaan? Veelal is vastgoed in box 3 (gedeeltelijk) gefinancierd met geld van een (in)direct gehouden eigen B.V.

In het verleden was dit een goed idee, maar vanaf 31 december 2023 wil de wetgever dit tot een zekere hoogte tegengaan. Zo worden de schulden in box 3 van een eigen (in)direct gehouden B.V. als "excessief" aangemerkt voor het meerdere van €700.00 en dienovereenkomstig wordt het surplus belast in box 2 met een tarief van 26,9% op 31 december 2023. Wanneer het vastgoed verhuisd naar box 2, dan zien wij ook mogelijkheden om de corresponderende lening(en) te verhuizen naar box 2.

Een schuld kan relatief eenvoudig door een andere schuldenaar worden overgenomen middels een overeenkomst van schuldoverneming. Aangaande de OFGR zitten ook hier enkele haken en ogen aan vast. Immers, de OFGR als beleggingsvehikel kent geen rechtspersoonlijkheid waardoor civiel juridisch de vraag kan opkomen of de OFGR schuldenaar is in plaats van de participant/ bewaarder, omdat de participant/ bewaarder van de OFGR juridisch eigenaar blijft van het vastgoed. Daarentegen zien wij bij een OCV minder complicaties om de schuld in te brengen, zodat de OCV de schuld overneemt en de schuld verdwijnt uit box 3.

Deze excessief lenenmaatregel doet sommige beleggers meer pijn dan de hoge box 3-heffing. Zoveel pijn dat beleggers de "veiligheid" van een B.V. opzoeken en daarmee de pijn van de heffing van overdrachtsbelasting in de B.V. op de koop toe nemen. Zo kan de box 3-belegger het vastgoed vóór 31 december 2023 overdragen aan de B.V. bij wijze van schuldverrekening om te voorkomen dat er over het surplus van € 700.000 26,9% box 2-belasting wordt geheven. Zo wordt het een "simpele" rekensom waarbij aan de ene kant box 2-heffing van 26,9% over het surplus van € 700.000 afgezet moet worden tegen de heffing van 10,4% overdrachtsbelasting over de marktwaarde van het vastgoed.

Afsluitend

Het OFGR heeft potentieel veel voordelen, zoals de mogelijkheid om "slecht" renderend vastgoed op basis van werkelijk rendement te belasten en de potentiële mogelijkheid om het OFGR om te katten naar een B.V. Hier zitten wel een paar belangrijke mitsen en maren aan vast.

Aan de andere kant is het mogelijk om een OCV op te richten waarbij het vastgoed ook wordt belast op basis van werkelijk behaald rendement. Ook hierbij geldt dat er enkele kanttekeningen zijn te plaatsen met betrekking tot de toekomst, maar dat is bij box 3 ook het geval. Daarnaast moet men ook rekening houden met de problematiek aangaande excessief lenen. Bovenstaande items zijn complex en roepen wellicht nog vragen op. Geen probleem, neem contact op met de Vastgoeddesk van RSM om uw persoonlijke situatie te bespreken.