



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Fictief excessief voordeel?

Appelman, M.D.

Citation

Appelman, M. D. (2023). Fictief excessief voordeel? *Nlfiscaal*, 2023. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3704614>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3704614>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NLF Opinie 2023/19

Fictief excessief voordeel?

mr.drs. M.D. Appelman

Matthijs Appelman wijst in deze opinie op de interactie tussen de Wet excessief lenen en de aanstaande verhoging van het box 2-tarief.

‘De fiscaliteit is zo’n mooi vakgebied omdat er altijd zoveel verandert’, heb ik mij wel eens door vakgenoten laten vertellen. Tegelijkertijd zijn het diezelfde mensen die op LinkedIn steen en been klagen over dergelijke veranderingen. ‘Ondoordacht’, ‘Binnen een paar uur een paar miljard durven verbouwen’, ‘Wee ons vestigingsklimaat’, enz. U heeft het zelf vast allemaal wel gehoord, gelezen of zelfs uitgesproken. Persoonlijk kan ik me niet altijd vinden in die kritiek, ook omdat ze niet zelden feitelijk gaat over de onderliggende politieke motivaties in plaats van de fiscaaltechnische uitwerking van wetgeving.¹ Goedverdienende dga’s zwaarder belasten om te voorkomen dat meer mensen in de armoede terechtkomen vind ik persoonlijk bijvoorbeeld niet een geheel onsympathieke gedachte, dus dat alleen brengt mij niet direct tot protest. Toch zetten twee recente wetsvoorstellen die precies dat trachten te bereiken mij nu zelf wel fiscaal-inhoudelijk aan het denken. Als ik namelijk de Wet excessief lenen (Stb. 2022, 531) in samenhang lees met het amendement van Van der Lee c.s. om onder andere het box 2-tarief te verhogen (hierna: amendement),² dan zie ik dat het voor een beperkte groep belastingplichtigen relatief eenvoudig is deze tariefverhoging nog een paar jaar te ontlopen.

Dat zie ik ongeveer zo. Door de Wet excessief lenen wordt het ‘excessief’ lenen van de eigen bv aangepakt. Alles wat geleend wordt boven € 700.000 wordt gezien als een fictief regulier voordeel. Indien er verder geen verliezen zijn, zal hierover box 2-belasting moeten worden betaald. Echter, als later (een deel van) de lening wordt terugbetaald, ontstaat er een negatief fictief regulier voordeel, maximaal ten grootte van het eerder ontstane fictief regulier voordeel. Dit negatieve voordeel streept dus mooi weg tegen dit eerder ‘genoten’ positieve voordeel: een prima gesloten systeem dat moet ontmoedigen excessief te lenen van de eigen bv.

Echter, indien er voldoende liquide middelen aanwezig zijn in de bv, is het door deze nieuwe wetgeving mogelijk om via leningen in box 2 kunstmatig winsten en verliezen te creëren in box 2. Waarom je dat zou willen? Om de wijzigende belastingtarieven tegen elkaar uit te spelen! Creëer in 2023 nog snel een fictief regulier voordeel dat wordt belast tegen het huidige, relatief lage tarief van 26,9% en betaal pas terug op het moment dat dit tarief is gestegen naar 33%. Dat is toch een verschil van 6,1% (of zonder

1 Zie ook C.A.T. Peters, ‘Belasting-techno-populisme’, WFR 2022/209.

2 Kamerstukken II 2023/24, 36 418, 11.

amendement: 4,1%).³ Deze mogelijkheid is al eerder gesignaleerd door Boer & Heithuis,⁴ maar lijkt mij door deze grote tariefverschillen nu daadwerkelijk lucratief geworden.

Een en ander is wel gebonden aan enkele beperkende voorwaarden. Zo zijn er voldoende liquide middelen nodig om de lening bij de bv aan te gaan en de belasting in privé te betalen. Daarbij is het noodzakelijk de lening minimaal een jaar en een dag aan te houden, omdat anders door de carry-backverliesverrekening van een jaar het fictieve reguliere voordeel wordt verrekend met het negatieve fictieve reguliere voordeel. Als er dus op 31 december 2023 maximaal wordt geleend, moet dit wel worden aangehouden tot 1 januari 2025. Verder moeten er ook voldoende liquide middelen aanwezig zijn om later als dividend uit te keren, zodat dit tariefvoordeel kan worden verzilverd.⁵ En dit alles moet vanwege de carry-forward ook weer binnen zes jaar gebeuren, dus uiterlijk 31 december 2029 moet alles weer zijn ingelopen.

Feitelijk wordt er dan dus al in 2023 belasting betaald voor later uit te keren dividenden, om zo voorlopig niet tegen het nieuwe tarief van 33% aan te lopen. Voordeel ten opzichte van de overtollige liquide middelen direct uitkeren in 2023 is dat daarover na aflossing aan de eigen bv een periode geen box 3-belasting meer betaald hoeft te worden. Na terugstorting in box 2 worden ze immers in de periode 2025-2029 langzaam weer overgeheveld naar box 3, in plaats van dat ze de gehele periode in box 3 staan. Daarnaast kan deze constructie gebruikt worden om te anticiperen op toekomstig te ontvangen dividenden. Bij semi-reguliere uitbetalingen in geldzak-bv's lijkt mij dat niet een geheel onwaarschijnlijk scenario. Nadeel is dat het te betalen belastingbedrag in 2023 wel gewoon weg is, waardoor dit tussentijds niet kan renderen. Dat gemis moet worden ingelopen.

Het risico van toekomstig dalende tarieven is beperkt. Ze worden van tevoren aangekondigd, dus er is tijd te reageren. Indien de carry-backperiode van een jaar nog loopt, kan de lening direct worden afgelost waardoor de geleden schade beperkt is. Indien de tarieven dalen na deze periode kan er bij voldoende liquide middelen tijdig dividend worden uitbetaald om nog gebruik te maken van het hoge tarief. Dit risico speelt dus voornamelijk wanneer er wordt geanticipeerd op toekomstig te ontvangen dividenden en er onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om een eventueel dalend tarief op te vangen. Maar dan nog is de vraag hoe groot de kans is, gezien de tijdgeest, dat deze tarieven weer zullen dalen.

Ik meen dat niets deze constructie in de weg staat, wellicht op fraud legi na dan. De Wet excessief lenen is ingevoerd om belastinguitstel en -afstel dat zich voordoet bij excessief lenen bij de eigen vennootschap tegen te gaan,⁶ en het tarief in box 2 gaat omhoog met als doel een hogere

3 Hierbij moet niet vergeten worden dat er vanaf 2024 een opstaptarief zal zijn van 24,5% tot € 67.000. Voordat er echt een belastingvoordeel ontstaat t.o.v. 2023, moet bij het uitkeren eerst dat lagere tarief worden ingehaald, wat bij een toptarief van 33% (31% zonder amendement) het geval zal zijn bij een uitkering boven de € 93.361 (€ 106.220 zonder amendement), volgens de vergelijking $\text{€ } 67.000 \times 24,5\% + (X - \text{€ } 67.000) \times (\text{toptarief box 2}) = X \times 26,9\%$. Daarbij dient ook opgemerkt te worden dat vanwege de vrije toerekening bij partners een de facto box 2-grens geldt van € 134.000, waardoor het voordeel pas ontstaat bij een uitkering van € 186.721 (€ 212.439 zonder amendement).

4 J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De nationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen van de eigen vennootschap', WFR 2020/170, par. 2.2.

5 Zie ook E.J.W. Heithuis, 'Gordiaanse knoop: excessief lenen in samenhang met box 3', NTFR 2023/1462.

6 Kamerstukken II 2020/21, 35 496, 9, p. 2.

belastingopbrengst te verkrijgen. Als dan juist extra wordt geleend van de eigen bv met het doel dit hogere belastingtarief te ontlopen waardoor er materieel gedeeltelijk sprake is van belastingafstel, dan zou het argument gemaakt kunnen worden dat er naast de aanwezigheid van een motief ook sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de Wet excessief lenen als zodanig en van beide wetten in samenhang bezien. Dan is er sprake van misbruik van recht.

Daar staat tegenover dat de Hoge Raad in 1999 heeft geoordeeld dat het ontwijken van aankomende wetgeving nog geen *fraus legis* oplevert.⁷ In deze zaak werden vlak voor aanvang van het 'nieuwe' aanmerkelijkbelangregime aandelen in een werkmaatschappij vervreemd aan een eigen houdstermaatschappij, om zo tijdig de stille reserves te realiseren. Elk zakelijk motief ontbrak. Toch is een verschil met onderhavige casus dat daar reeds alle benodigde handelingen waren voltooid tijdens het oude regime om een toekomstige bepaling te omzeilen, terwijl hier via een samenspel van transacties een toekomstige bepaling wordt gebruikt om doel en strekking van een reeds bestaande bepaling te omzeilen. Daarbij dienen zowel handelingen te worden verricht in het oude – creëren fictief regulier voordeel – als het nieuwe regime – creëren negatief fictief regulier voordeel. Hierdoor kan mijns inziens niet op voorhand worden geconcludeerd dat dit arrest analoog toepassing zal vinden en er dus ook hier geen sprake zal zijn van *fraus legis*.

Dit alles geldt echter enkel voor leningen die niet voorzien in een financieringsbehoefte van de dga en die dus expliciet zijn aangegaan om dit fiscale voordeel van 6,1% binnen te tikken. Sowieso zou het niet zo moeilijk moeten zijn de leningen zo in te kleden dat dit fiscale voordeel slechts een mooie 'bijkomstigheid' is, maar bovendien kunnen oudere leningen aan de eigen bv die al langer bestaan maar nog niet zijn afgelost niet met succes bestreden worden met *fraus legis*, aangezien ze met een geheel andere doelstelling zijn ontstaan.

Voor de goede orde: dit is geen aanmoediging om nu excessief te gaan lenen van de eigen bv. Het lijkt mij vanuit doel en strekking van de wet bezien zelfs zeer onwenselijk zo gebruik te maken van het (negatief) fictief regulier voordeel. Echt chique oplossingen om dit te voorkomen zie ik echter niet direct. De problematiek ontstaat mijns inziens bij de mogelijkheid kunstmatig (negatieve) fictieve reguliere voordelen te creëren, en die systematiek is nu net wel de kern van de Wet excessief lenen. Er zou misschien een bepaling aan artikel 4.14a Wet IB 2001 kunnen worden toegevoegd op grond waarvan negatieve fictieve reguliere voordelen enkel verrekend kunnen worden met positieve fictieve reguliere voordelen, waarbij dan wel simultaan de carry-back moet worden opgerekt. Het zal de wet wel weer een stukje ingewikkelder maken, maar gelukkig is die bij invoering ook al nooit echt heel eenvoudig geweest. Veel te verpesten is er in die zin ook weer niet.

mr.dr.s. M.D. Appelman
Universiteit Leiden

⁷ HR 1 december 1999, 34.935, ECLI:NL:HR:1999:AA3388.