

13. Grensoverschrijdende effecten Wet excessief lenen in het familierecht

DRS. S.C.M. SCHILDER FM RV

De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap (hierna: de Wet) kent inmiddels zijn eerste 'slachtoffers', namelijk de aanmerkelijkbelanghouders die op 31 december 2023 te veel rood stonden (meer dan € 700.000¹) bij de eigen vennootschap(pen). De fiscale wetgever staat bij nieuwe wetgeving regelmatig te weinig stil bij de effecten in het familierecht. Zo ook hier.

In deze bijdrage zal aan de hand van een drietal praktijkcasus een aantal grensoverschrijdende effecten (onder andere dubbele heffing) van deze Wet binnen het familierecht worden getoond. Dit behoeft aandacht van de fiscale wetgever en wel op korte termijn.

Inleiding

De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap (hierna: de Wet) kent inmiddels zijn eerste 'slachtoffers', namelijk de aanmerkelijkbelanghouders die op 31 december 2023 te veel rood stonden (meer dan € 700.000²) bij de eigen vennootschap(pen). Zij dienen in hun aangifte inkomstenbelasting 2023 voor het bovenmatige deel van de schulden een positief fictief regulier voordeel aan te geven, dat belast is tegen 26,9% (AB-tarief 2023).

Eerlijk? Ik ben geen fan van de Wet. De Wet slaat te ver door, denk onder andere aan het heffen over positief fictief regulier voordeel (hierna: PFRV) over zakelijk gedekte schulden en het ontstaan van 'collateral damage'. Dit is allemaal gelegitimeerd met het argument dat 'langdurig belastinguitstel moet worden tegengegaan bij excessief lenen'.

Begrijp me niet verkeerd, natuurlijk is het goed om de aanmerkelijkbelanghouder (hierna: AB-houder), die de bankrekening van de bv plundert voor zijn/haar consumptieve believen, aan te pakken. Mijn vermoeden is dat dit de belangrijkste aanleiding is geweest voor invoering van de Wet. Maar om dit tegen te gaan, is de Wet helemaal niet nodig. De jurisprudentie van de Hoge Raad over verkapt dividend voorziet immers prima in mogelijkheden voor onze uitvoerder, de Belastingdienst, om te heffen over dergelijke excessen. Het enige dat moet gebeuren, is dat deze 'in actie' komen. Dáár ligt de oplossing en niet in deze Wet.

1 Het maximumbedrag (ook wel grens- of drempelbedrag genoemd) is bij het Belastingplan 2024 verlaagd naar € 500.000 per ultimo 2024.

2 Zie noot 1.

De fiscale wetgever staat bij nieuwe wetgeving regelmatig te weinig stil bij de effecten in het familierecht. Zo ook hier. In deze bijdrage zal ik u aan de hand van een drietal reguliere praktijkcasus de, in mijn ogen, grensoverschrijdende effecten van deze Wet binnen het familierecht laten zien.

Werking van de Wet

De werking van de Wet is vrij simpel. De Wet bewerkt dat de – in de ogen van de wetgever onterecht – uitgestelde AB-heffing bij excessief lenen bij de eigen vennootschap naar 'voren' wordt gehaald. Dit zonder enige bewijslast voor de inspecteur.³

Indien de totale som van alle schulden – met uitzondering van eigenwoningsschulden – van een AB-houder en zijn partner en het toerekenbare deel van de schulden⁴ van met hem verbonden personen⁵ bij een of meer van zijn AB-vennootschappen op 31 december van enig jaar meer bedraagt dan het maximumbedrag (in 2023 € 700.000, in 2024 € 500.000),⁶ is dat meerdere belast als PFRV.⁷ Het maximumschuldbedrag wordt vervolgens verhoogd met het in aanmerking genomen PFRV.⁸

Om geen dubbele heffing te laten ontstaan, behaalt de AB-houder bij aflossing van het bovenmatige deel van de schuld(en) een negatief fictief regulier voordeel (hierna:

3 Er geldt geen tegenbewijsregeling voor de belastingplichtige.

4 Zie art. 14b-1 Wet IB 2001.

5 Dat zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner; art. 14b lid 1 laatste volzin Wet IB 2001.

6 Zie noot 1.

7 Art. 4.13-1f jo. 4.14a-1a jo. 4.14a-4 Wet IB 2001.

8 Art. 4.14a-2 Wet IB 2001.

NFRV) tot maximaal het bedrag dat eerder als PFRV in aanmerking is genomen.⁹

Tevens is er een fictiebepaling opgenomen die maakt dat als het AB-houderschap op het einde van het jaar is geëindigd (bijvoorbeeld door overlijden), men er voor de werking van de Wet¹⁰ vanuit gaat dat er nog sprake is van een AB-houder maar met een (fictieve) schuld van nihil. Op deze manier wordt er dus ook een NFRV in aanmerking genomen.

Hierdoor is het systeem volgens de fiscale wetgever ‘kloppend’. Eerst een PFRV, later een NFRV van dezelfde omvang. Maar let wel, lang niet in alle gevallen werkt het systeem ‘kloppend’ en er moeten geen ‘timingsfouten’ worden gemaakt door de belastingplichtige. Ook hierop zal ik nader ingaan bij behandeling van de drie casus. Over de verdere werking van de Wet verwijs ik naar enkele eerdere artikelen¹¹ in dit tijdschrift.

Casus I Huwelijkse voorwaarden

Marco en Sophie zijn getrouwd onder huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting. Marco is 100% aandeelhouder van Marco BV. Sophie is in 2018 een zake-lijk gedekte financiering ad € 1.100.000 bij Marco BV aangegaan. Haar schuld bedraagt ultimo 2023 en 2024 nog immer € 1.100.000. Marco heeft geen schulden bij zijn bv.

De Wet maakt het huwelijksgoederenrecht irrelevant voor de schulden tussen partners. De schuld van Sophie leidt tot een overschrijding van € 400.000 van het maximumbedrag van € 700.000,¹² resulterend in een PFRV van € 400.000 in het jaar 2023. Het maximumbedrag per ultimo 2023 bedraagt € 1.100.000.¹³

Eind 2024 worden Sophie en Marco wederom geconfronteerd met een PFRV van € 200.000. Immers, het zogenoemde ‘maximumbedrag’ bedraagt volgens de wet in 2024 € 500.000 (in plaats van € 700.000) vermeerderd met een eerder PFRV. Dit komt neer op een maximumbedrag van € 900.000.¹⁴ Dit (lagere) maximumbedrag afgezet tegen de schuld per ultimo 2024 van € 1.100.000, leidt derhalve tot een PFRV van € 200.000 in het jaar 2024. Het maximumbedrag per ultimo 2024 stijgt hiermee naar € 1.100.000.¹⁵ Wat zijn nu de keuzes voor Marco en Sophie bij het invullen van hun aangiften inkomstenbelasting 2023 én 2024?

Dit is een belangrijke vraag voor een adviseur om te stellen bij het invullen van de aangiften. Sterker, ter voorkoming van een potentiële schadeclaim bij de adviseur is het advies aan hem om Marco en Sophie goed voor te lichten en hen te laten bepalen wat zij kiezen en dat goed vast te leggen. De reden hiervoor leest u hierna.

Marco en Sophie kiezen ervoor om het PFRV 2023 € 400.000 en het PFRV 2024 € 200.000 in de aangifte inkomstenbelasting 2023 én 2024 volledig toe te rekenen aan Sophie. Immers, zij heeft het bedrag geleend. Het is letterlijk ‘haar schuld’ dat Marco geconfronteerd wordt met een PFRV. Gelukkig is dit voor hen mogelijk omdat een PFRV inkomen uit aanmerkelijk belang is en gekwalificeerd wordt als een zogenaamd ‘gemeenschappelijk inkomensbestanddeel’ wanneer Marco en Sophie het gehele kalenderjaar fiscaal partners zijn. En dat zijn zij in 2023 en 2024.¹⁶ De aanslag IB 2023 ad € 107.600¹⁷ en de aanslag IB 2024 ad € 60.305¹⁸ wordt vervolgens opgelegd bij Sophie en zij heeft deze betaald. In 2026 gaan Sophie en Marco scheiden. De schuldposities zijn eind 2026 nog immer gelijk gebleven. Alleen zijn Marco en Sophie niet meer *on speaking terms*.

Fiscale gevolgen

Indiening van het verzoekschrift tot scheiding én uitschrijving van Sophie in het BRP van het echtelijke adres in het jaar 2026, maakt dat Sophie in 2026 geen fiscaal partner meer is van Marco.¹⁹

Voor Marco, 100% AB-houder in Marco BV, leidt dit op grond van de Wet tot een NFRV van € 600.000 in 2026. Immers, hij heeft geen schulden aan Marco BV per eind 2026 en dat maakt dat de Wet dit beschouwt als een aflossing door Marco van € 1.100.000. Echter, het NFRV kan nooit hoger zijn dan het bedrag dat eerder als (totaal van) PFRV in aanmerking is genomen, derhalve is het NFRV € 600.000.²⁰

Marco krijgt van zijn adviseur te horen dat hij het NFRV via carry back als negatief inkomen uit AB kan verrekenen met positief inkomen uit AB in 2025. En mocht carry back niet lukken, dan is het NFRV zes jaar voorwaarts verrekenbaar met positief inkomen uit AB. In potentie levert hem dat een maximum voordeel op van € 192.305.²¹ Het klinkt allemaal als muziek in de oren bij Marco. Natuurlijk geeft zijn adviseur aan dat het redelijk is dat Marco dit financiële voordeel laat toekomen aan Sophie. Immers, zij heeft deze inkomstenbelasting betaald over de PFRV's. Maar de suggesties van de adviseur zijn tegen Marco's dovemansoren gericht. Zoals gezegd, waren Marco

9 Art. 4.14a-1b Wet IB 2001.

10 Art. 4.14a-5 in combinatie met 4.14a-1 Wet IB 2001.

11 Mr. T.C. Hoogwout, ftV nr. 4, april 2023; mr. J.H.M. Arts, ftV 2021/32; mr. J.H.M. Arts ftV 2023/2; J.H.J. Jansen & J.J.J.M. Sturme ftV 2021/3.

12 Wettekst 2023: Art. 4.14a-3. Voor fiscaal partners geldt tezamen het maximumbedrag van € 700.000.

13 Wettekst 2023: 4.14a-2 € 700.000 + € 400.000 PFRV 2023.

14 Wettekst 2024: 4.14a-2: € 500.000 + € 400.000 PFRV 2023.

15 Wettekst 2024: 4.14a-2: € 500.000 + € 400.000 PFRV 2023 + € 200.000 PFRV 2024.

16 Art. 2.17-5, letter b Wet IB 2001.

17 $26,9\% \times € 400.000 = € 107.600$.

18 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 133.000 = € 16.415 + € 43.890 = € 60.305$.

19 Art. 5a-4 AWR.

20 Art. 4.14a-1 letter b Wet IB 2001, derhalve NFRV = PFRV 2023 € 400.000 + PFRV 2024 € 200.000 = € 600.000.

21 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 533.000 = € 16.415 + € 175.890 = € 192.305$.

en Sophie niet meer *on speaking terms*, hetgeen nogal eens voorkomt bij een echtscheiding.

Het is maar de vraag of Sophie ook een goede adviseur heeft, die haar op dit vervelende en onterechte effect kan wijzen. Misschien komt ze er wel nooit achter. Want de huidige adviseur wordt door Marco vriendelijk doch dringend verzocht om niet meer werkzaam te zijn voor Sophie.

Gelukkig heeft Sophie wel een andere goede adviseur in de arm genomen die dit heeft gezien. Sophie vraagt Marco om ‘haar geld’ terug te betalen. Maar Marco weigert te betalen. Marco geeft haar aan: ‘Dit is hoe de Wet werkt. Dus zal het wel goed zijn. Daar kan ik toch niets aan doen?’

En nu? Sophie is genooddaakt een juridische procedure te starten tegen Marco in de hoop dat zij haar geld terugkrijgt.

Natuurlijk hadden Marco en Sophie ook ervoor kunnen kiezen om de PFRV's in de aangifte inkomstenbelasting 2023 en 2024 bij Marco te laten belasten. Doordat het NFRV bij Marco in 2026 opkomt, zou men kunnen stellen dat Marco – los van het rentenaaldeel dat Marco heeft geleden – gecompenseerd wordt voor de door hem in aanmerking genomen PFRV's. Maar, let op. Er is alleen sprake van compensatie als Marco het NFRV als negatief inkomen uit aanmerkelijk belang ook daadwerkelijk kan verrekenen met positief inkomen uit aanmerkelijk belang. Als Marco in 2025 geen aanmerkelijkbelanginkomen heeft genoten en dat ook niet, of onvoldoende, geniet in 2026 of de volgende zes jaren, terwijl hij wel aanmerkelijkbelanghouder blijft, is van daadwerkelijk compensatie geen sprake. Er bestaat dus zeker kans op dubbele AB-heffing.

Zoals gezegd, kunnen Marco en Sophie het PFRV ad € 400.000 in 2023 en het PFRV ad € 200.000 in de aangiften inkomstenbelasting 2023 en 2024 verdelen zoals ze willen. Misschien lijkt u een 50%/50%-verdeling dan toch maar de beste oplossing. Maar dan ontstaat een combinatie van voorgaande uitwerkingen.

Dit alles realiseren fiscaal partners zich niet. Mijs inziens zou een wetgever dit ook niet van belastingplichtigen mogen verlangen. Immers, je weet vooraf toch niet of je gaat scheiden? Echter, de fiscaal partners worden wel opgezadeld met deze, in mijn ogen, grensoverschrijdende effecten bij het einde van de relatie.

Een extra complicerende factor voor het voorgaande is de invoering van een twee tariefschijvensysteem²² in box 2 vanaf 1 januari 2024. Dat zal een extra fiscale prikkel

geven voor spreiding van een PFRV over de fiscaal partners met alle vervelende hiervoor genoemde gevolgen van dien.

Casus II Overlijden

Balans BV			
Rek.crt dga	900.000	E.V.	1.900.000
EW-schuld	1.000.000		0
	1.900.000		1.900.000

Vader is enig aandeelhouder van Balans BV. Vader heeft Balans BV opgericht met € 1. Vader geniet een royaal pensioen van € 100.000. Vader woont op hetzelfde adres samen met zijn vriendin in zijn eigen woning (waarde circa € 1,5 miljoen). Vader heeft bij zijn bv een (consumptieve) rekening-courantschuld van € 900.000 en een (aflossingsvrije) bestaande eigenwoningsschuld (BEWS) ad € 1 miljoen aangegaan vóór 1 januari 2013 ten behoeve van de aanschaf van de eigen woning en eind 2020 overgesloten naar de eigen bv. De eigenwoningsschuld kwalificeert als een uitgezonderde schuld voor de Wet.²³ Vader heeft geen overig vermogen. Vader en zijn vriendin hebben een notarieel samenlevingsovereenkomst afgesloten. Dit alles maakt dat vader en zijn vriendin fiscaal partners zijn. In de samenlevingsovereenkomst is bepaald dat bij overlijden van vader zijn vriendin het voortgezet gebruik heeft van de woning van vader voor twee jaar. Er is geen overnemingsbeding inzake de woning opgenomen. Vader heeft geen testament.

Vader heeft één zoon. De zoon heeft zelf in 2012, middels schenkingen van vader in het verleden, een eigen woning kunnen bemachtigen (waarde aanschaf € 300.000, waarde per d.d. heden € 500.000) in een nabijgelegen dorp en is in loondienst bij een tuincentrum. Hij verdient € 35.000 bruto per jaar. De zoon heeft geen interesse voor fiscaliteit. Vader overlijdt plotseling op 10 december 2024. Zoon aanvaardt de erfenis ‘zuiver’ op 15 december 2024 en verkrijgt daarmee alle bezittingen en schulden aanwezig in de nalatenschap van vader.

Fiscale gevolgen aangifte IB 2023 vader

De Wet heeft voor vader fiscale gevolgen. Weliswaar is de eigenwoningsschuld uitgezonderd, maar de rekening-courantschuld ad € 900.000 zorgt voor een overstand. Vader realiseert in zijn aangifte inkomstenbelasting een PFRV van € 200.000 (€ 900.000 -/- maximumbedrag 2023 € 700.000).

Fiscale gevolgen aangiften IB vader en zoon 2024

Positie vader

Vader overlijdt. Dat leidt voor hem tot een fictieve vervreemding van zijn AB-belang.²⁴ Er bestaat geen mogelijkheid tot het benutten van een doorschuifafaciliteit aangezien er geen sprake is van een onderneming.²⁵ De bezittingen van de bv

²³ Art. 10a.23 Wet IB 2001.

²⁴ Art. 4.16-1, letter e Wet IB 2001.

²⁵ Onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001.

²² Art. 2.12 Wet IB 2001. Tot € 67.000: 24,5%. Vanaf € 67.000: 33%.

worden verondersteld volwaardig²⁶ te zijn. Er wordt afgerekend over een vervreemdingsvoordeel van € 1,9 miljoen.²⁷ Ook is er sprake van een NFRV van € 200.000. Dit omdat voor de werking van de Wet²⁸ ervan uit wordt gegaan dat er nog sprake is van een AB-houder maar met een (fictieve) schuld van nihil.

Vader rekent derhalve in zijn overlijdensaangifte IB 2024 af over een positief inkomen uit aanmerkelijk belang van € 1,7 miljoen (€ 1,9 miljoen -/- € 200.000 NFRV). Tot de nalatenschap van vader behoort een aanslag IB 2024 ter grootte van € 555.305.²⁹

Positie zoon

De zoon is enig erfgenaam. Vriendin van vader is namelijk geen erfgenaam op grond van wettelijk erfrecht. En vader heeft geen testament opgesteld waarin hij zijn vriendin tot erfgenaam had kunnen benoemen.

Zoon, een fiscale nitwit, treedt onder andere als nieuwe AB-houder van Balans BV in de voetsporen van vader. De afrekening bij vader levert zoon een verkrijgingsprijs AB-aandelen op van € 1,9 miljoen.

Echter, zoon heeft ook – zonder daar ook maar enig bewuste kennis van te hebben – per ultimo 2024 € 1,9 miljoen aan ‘foute schulden’ in de zin van de Wet. Immers de uitgezonden eigen woningschuld van vader is dat niet voor de zoon.

Nadat zoon alle werkzaamheden rond het versterf van vader heeft afgerond, neemt hij begin 2025 contact op met de adviseur van vader. Want, zo is hem gezegd tijdens de begrafenis, hij moet nog wel een aangifte erfbelasting indienen binnen acht maanden na het overlijden van vader.

De adviseur van vader vertelt zoon dat er nog een belastingaanslag IB 2024 van vader aan zit te komen van € 555.305. Gelukkig heeft de zoon het voordeel dat de adviseur gedege kennis heeft van de Wet en meldt de Zoon dat hij in zijn eigen aangifte IB 2024 een PFRV heeft behaald van € 1,4 miljoen.³⁰ Er volgt voor de zoon een te betalen aanslag IB 2024 van € 456.305.³¹

De zoon, in volstrekte verwarring en paniek, vraagt: ‘Hoe ga ik dat allemaal betalen?’ De adviseur geeft aan dat er geen bijzondere (uitstel van) betalingsregeling voor het PFRV is opgenomen in de Invorderingswet 1990.

De aanslag IB 2024 van de zoon zal in beginsel binnen zes weken na de dagtekening dienen te worden betaald. Maar de zoon heeft geen geld. En verkoop van de woning van

vader is ook geen optie, aangezien de vriendin nog twee jaar recht heeft op voortgezet gebruik.

De NOB heeft voor deze casus ook aandacht gevraagd. Het antwoord van de fiscale wetgever viel te verwachten:³² ‘Indien belastingplichtigen tijdens leven hun leningen (gedeeltelijk) aflossen, zou deze situatie niet voorkomen’ en ‘De systematiek van het NFRV regelt dat de door de erfgenamen verschuldigde belasting bij aflossing van de lening of vervreemding van het aandelenbelang via verrekening weer wordt teruggegeven.’

De fiscale wetgever vergeet echter te vermelden dat er in het jaar 2024 over in totaal van € 3,1 miljoen (€ 1,7 miljoen vader + € 1,4 miljoen zoon) aan AB-inkomen wordt geheven, terwijl de AB-claim op Balans BV maar maximaal over € 1,9 miljoen³³ gaat. Hoe bizar!?

Verder gaat de wetgever er gemakshalve vanuit dat de zoon en (vooral) de adviseur de parate kennis en alertheid hebben, dat zij zich realiseren om in 2025 de schulden af te gaan lossen om het PFRV van € 1,4 miljoen in de aangifte IB 2024 van de zoon te kunnen verlagen tot nihil middels carry back van het NFRV ad € 1,4 miljoen in de aangifte IB 2025 van de zoon.

De wetgever ‘overromantiseert’ in mijn optiek dat er telkens tijdige verrekening zal plaatsvinden. De praktijk zal regelmatig laten zien dat er, door allerlei omstandigheden, geen goede ‘timing’ heeft plaatsgehad, waardoor verrekening middels carry back niet mogelijk is.

Dus bij geen goede timing en derhalve het te laat realiseren van een NFRV, denk aan ‘aflossing’ middels liquidatie, overlijdensdividend in de zin van art. 4.12a Wet IB of verkoop van aandelen alle uitgevoerd in het jaar 2026, rest slechts nog het ‘noodverbandartikel’ van art. 4.53 Wet IB om het niet-verrekenbare (carry forward) AB-verlies – als resultaat van het te laat gerealiseerde NFRV – om te zetten in een belastingkorting.

In de casus gaat het dan om het niet-verrekenbare AB-verlies (NFRV) ad € 1,4 miljoen – dat zal volgen uit de aangifte IB 2026 van de zoon – om te zetten in een belastingkorting ad € 343.000 (zijnde 24,5% x 1,4 miljoen) dat verrekening biedt met de verschuldigde box 1-belasting van het jaar 2028 en de daaropvolgende zeven jaren.

Echter, de zoon, is ‘slechts’ € 12.950^{34,35} aan box 1-belasting verschuldigd over zijn inkomen. Bij eenzelfde inkomen en IB-tarief voor de zoon in de toekomst leidt dit tot een maximale verrekening van € 103.600.³⁶

26 Omwille van praktische eenvoud, laat ik een eventuele discussie over volwaardigheid vorderingen in combinatie met art. 4.22 Wet IB 2001 hier buiten beschouwing.

27 Omwille van het gemak laat ik verkrijgingsprijs van € 1 even buiten beschouwing.

28 Art 4.14a-5 in combinatie met art. 4.14a-1 Wet IB 2001.

29 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 1.633.000 = € 16.415 + € 538.890 = € 555.305$. Tevens aanname geen andere IB-effecten voor aangifte IB 2024 van vader.

30 € 1,9 miljoen -/- € 500.000 (maximumbedrag 2024).

31 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 1.333.000 = € 16.415 + € 439.890 = € 456.305$.

32 *Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 9, p. 23.*

33 Zijnde het eigen vermogen, bestaande uit nog te belasten winstreserves.

34 37% (afgerond tarief 1^e schijf) x € 35.000 = € 12.950.

35 ECLI:NL:HR:2023:1092. Daarin heeft de HR bepaald dat eerst de belastingkorting van art. 4.53 wordt verrekend en daarna voor zover er nog box 1-belasting verschuldigd is, deze verminderd wordt met heffingskortingen.

36 Acht jaar x € 12.950 = € 103.600.

Het niet-verrekenbare deel van de belastingkorting ad € 239.400³⁷ betekent feitelijk dubbele heffing, nog los van het grote tijdsbestek dat deze beperkte verrekening met zich meebrengt. Maar in het gunstigste geval dat de zoon zodanig veel box 1-belasting voldoet dat de volledige belastingkorting van € 343.000 in de navolgende jaren zou kunnen worden verrekend, dan geldt nog altijd dat geen goede ‘timing’, naast het rentenadeel, een belastingnadeel bewerkstelligt van € 119.000 netto.³⁸

Er is namelijk over het hoogste tarief van 33% afgerekend,³⁹ terwijl de hiervoor genoemde belastingkorting slechts een verrekening geeft tegen 24,5%.⁴⁰

Dit zal in de praktijk tot fouten gaan leiden en tot aansprakelijkstellingen van de betrokken adviseur als deze niet tijdig aan de bel heeft getrokken. Wat mij betreft, zijn dit onnodige en onterechte grensoverschrijdende effecten van de Wet.

Casus III Hoge verkrijgingsprijs + overlijden

De fiscale wetgever neemt, zoals gezegd, als uitgangspunt dat een eerdere heffing over een PFRV later ‘gecompenseerd’ wordt door een NFRV als gevolg van een aflossing (bijvoorbeeld door een dividenduitkering die verrekend wordt) op enig moment, maar uiterlijk in het jaar van overlijden van de AB-houder.⁴¹

De wetgever verwacht dat een NFRV behaald in het jaar van overlijden kan worden verrekend met te belasten winstreserves als positief inkomen uit AB in het jaar van overlijden.⁴²

Het idee daarachter is dat het nagenoeg zeker is dat de uitgeleende gelden als beleggingsvermogen van de eigen vennootschap worden beschouwd waarvoor nimmer een doorschuif-faciliteit bij overlijden kan gelden, dan wel dat er sprake is van een vennootschap zonder onderneming. Ook dan zal er over alle nog opgepotte winstreserves bij een overlijden, als box 2-inkomen, afgerekend moeten worden.

Echter, er kunnen ook situaties zijn waarbij de uitgeleende liquiditeiten niet zijn voortgekomen uit opgepotte winstreserves waarop nog een latente AB-claim rust, dan wel dat er na de verstrekte geldlening verliesgevende resultaten zijn behaald die (nagenoeg) alle winstreserves hebben doen verdampen.

Er zijn daarnaast ook situaties waarin de verkrijgingsprijs van het gehouden AB-belang zeer hoog is, waardoor er nauwelijks tot geen AB-heffing zal plaatsvinden. Denk bij deze laatste situaties aan het niet hebben (kunnen) toepassen van een doorschuif-faciliteit. Bijvoorbeeld bij een eerder overlijden waarbij de erfgenaam het AB-belang heeft verkregen en er geen sprake was van een onderneming

binnen de vennootschap, en dus verplichte AB-afrekening door de erfflater heeft plaatsgevonden.

Ook kan de bekende ‘tweejaarstermijn’⁴³ bij een verdeling van AB-aandelen zijn overschreden of kan een AB-belang zijn voortgekomen uit een geruisloze inbreng⁴⁴ onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964.

Of ten slotte, een veel gegeven advies (mede) ter verlaging van box 3-heffing, zijnde de inbreng van privévermogen middels kapitaalstorting in de eigen vennootschap om daarna de ingebrachte middelen aan de vennootschap te onttrekken middels een zakelijke geldlening.

Wellicht heeft u bij dit laatste advies uw bedenkingen. Maar let wel, de belastingplichtige heeft de vrijheid om door feitelijke en rechtshandelingen de fiscaal voordeligste weg te kiezen. Hij kan belastingheffing vermijden door handelingen achterwege te laten die tot belastbare feiten leiden. Zo is de niet-roker geen tabaksaccijns verschuldigd. De burger kan verder kiezen om voor een op zichzelf reële transactie de fiscaal voordeligste weg te bewandelen. De Hoge Raad heeft hier meermalen positief over geoordeeld jegens belastingplichtige.⁴⁵

De fiscale wetgever heeft echter ten aanzien van dit fiscaal advies aangegeven dat, ondanks dat er geen sprake is van een latente AB-claim waar een NFRV mee verrekend kan worden, het kabinet het wenselijk acht dat de Wet ook dergelijke ‘kasronddjes’ die voortkomen uit fiscale motieven ontmoe-digt.⁴⁶

De wetgever merkt op dat het – onder voorwaarden⁴⁷ – ook mogelijk is om het eerder gestorte kapitaal onbelast te laten uitkeren. Laat de AB-houder dit achterwege, dan is het zijn keuze dat de uitgeleende schulden onder de Wet vallen. Op zich is dat goed te volgen.

Echter, dan merkt de wetgever aanvullend op:

‘Overigens leidt de maatregel uit het wetsvoorstel in dergelijke situaties (ik lees hierin: situaties waarin er geen latente AB-claim is) ook niet tot meer belastingheffing. Uiteindelijk, wanneer de schuld wordt afgelost, of het AB wordt vervreemd (bijv. bij overlijden), zal de AB-houder een NFRV genieten.’⁴⁸

Hier zit een denkfout. Ik zal dit aantonen met het volgende voorbeeld:

Balans BV			
lening dga	4.500.000	E.V.	4.500.000
	0		0
	4.500.000		4.500.000

37 € 343.000 -/- € 103.600 = € 239.400.

38 33% -/- 24,5% = 8,5% x 1,4 miljoen = € 119.000.

39 Ten behoeve van eenvoud 1° tariefschijf buiten beschouwing gelaten.

40 Art. 4.53-2 Wet IB 2001.

41 Art. 4.14a-5 Wet IB 2001

42 Fictieve vervreemding, art. 4.16-1 letter e Wet IB 2001.

43 Art 4.17 Wet IB 2001.

44 Art. 18 Wet IB 1964 waarbij de verkrijgingsprijs van de aandelen op de commerciële waarde werd gesteld.

45 Bijv. HR 7 maart 1982, *BNB* 1982/142; HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121 en HR 10 februari 2012, *BNB* 2012/127.

46 *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 13.

47 Op grond van art. 4.13-1 onderdeel b, c en d.

48 *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 14.

Vader is enig aandeelhouder van Balans BV. Vader heeft Balans BV opgericht met gestort privévermogen € 4,5 miljoen. Dit ter verlaging van box 3-heffing. Zijn verkrijgingsprijs bedraagt € 4,5 miljoen. De lening dga bedraagt ultimo 2023 en 2024 nog immer € 4.500.000. Vader heeft na de storting in 2022 de gelden weer tegen zakelijke condities geleend van zijn vennootschap. Vader heeft in privé nog eens € 1,1 miljoen op een spaarrekening staan. De adviseur van vader had hem aangegeven dat hij die gelden niet moest inbrengen aangezien vader een afrekening kon gaan verwachten rond dat bedrag op grond van de (toen nog in te voeren) Wet.

Vader, weduwnaar, heeft drie kinderen: twee zoons en een dochter. Oudste zoon A is niet vermogend en verdient in loondienst bruto € 35.000. Jongste zoon B is niet vermogend en verdient in loondienst bruto € 300.000. Dochter C is niet vermogend, momenteel zonder baan en zorgt voor haar gezin (drie opgroeiende kinderen) en is gehuwd met een dga met een goed renderende onderneming. Vader overlijdt plotseling op 10 december 2025. Alle drie de kinderen zijn erfgenaam en allen aanvaardden de erfenis zuiver op 15 december 2025.

Fiscale gevolgen aangifte IB 2023 + IB 2024 vader

De Wet heeft voor vader fiscale gevolgen. Vader realiseert in zijn aangifte inkomstenbelasting 2023: een PFRV van € 3.800.000 (€ 4.500.000 -/- maximumbedrag 2023 € 700.000). Een aanslag zal volgen van € 1.022.200.⁴⁹ Vader realiseert in zijn aangifte inkomstenbelasting 2024: een PFRV van € 200.000 (€ 4.500.000 -/- maximumbedrag 2024 € 4.300.000).⁵⁰ Een aanslag zal volgen van € 60.305.⁵¹ Deze aanslagen voldoet vader met het daarvoor gereserveerde spaargeld ad € 1,1 miljoen. Het maximumbedrag is eind 2024 gestegen naar € 4,5 miljoen.

Fiscale gevolgen aangiften IB vader en drie kinderen 2025

Positie vader

Vader overlijdt. Dat leidt voor hem tot een fictieve vervreemding van zijn AB-belang.⁵² Er bestaat geen mogelijkheid tot het benutten van een doorschuiffaciliteit aangezien er geen sprake is van onderneming.⁵³ Door de hoge verkrijgingsprijs volgt er geen afrekening over een vervreemdingsvoordeel.⁵⁴

Ook is er sprake van een NFRV van € 4 miljoen.⁵⁵ Dit omdat men voor de werking van de Wet⁵⁶ er per ultimo

2025 vanuit gaat dat er nog sprake is van een AB-houder maar met een (fictieve) schuld van nihil.

In de overlijdensaangifte IB 2025 van vader zal een negatief inkomen uit aanmerkelijk belang van € 4,0 miljoen moeten worden aangegeven. Carry back levert hem 'slechts' verrekening van € 200.000 op en hij heeft ook geen fiscaal partner om het restantverlies uit AB aan toe te rekenen. Kortom, het restantverlies uit AB ad € 3,8 miljoen verdampt als sneeuw voor de zon, met als gevolg dubbele heffing ter grootte van (tenminste) de eerder betaalde € 1.022.200!

Deze uitwerking staat volledig haaks op de opmerking van de fiscale wetgever dat de maatregel niet tot meer belastingheffing zal leiden!

Positie kinderen

Alle drie de kinderen hebben de erfenis zuiver aanvaard. Alle drie worden daarmee voor een evenredig deel eigenaar en schuldenaar van alle bezittingen en schulden aanwezig in de nalatenschap van vader.

De broers die al niet echt op goede voet leefden, krijgen vervolgens ruzie over de afwikkeling van de nalatenschap van vader. Er komt zelfs een gerechtelijke procedure aan te pas.

Op instigatie van de zus lukt het de broers begin 2027 onder begeleiding van een mediator om hun meningsverschillen op te lossen. Nu is er eindelijk ruimte om de nalatenschap van vader af te wikkelen. Ze besluiten de beleggingen (waarde nog immer € 4,5 miljoen) direct te gelde te maken en de schuld ad € 4,5 miljoen aan de bv af te lossen en daarna Balans BV te liquideren.

Alle drie de kinderen zijn in 2025 voor een derde deel AB-houder en allen hebben een schuld van € 1,5 miljoen bij de vennootschap. Allen behalen een PFRV van € 1 miljoen⁵⁷ in hun aangifte IB 2025. Dat betekent voor alle drie de kinderen een te betalen aanslag van € 324.305.⁵⁸

Allen hadden echter geen weet dat zij deze aanslag moesten betalen. Zij zaten met hun aangiften IB 2025 in de uitstelregeling van hun adviseur. Gelukkig maar dat de ruzie op tijd was bijgelegd, zodat de aanslagen IB 2025 met de erfisgelden begin 2027 konden worden betaald.

De adviseur van de drie kinderen meldt hen vervolgens dat zij door de liquidatie in het jaar 2027 en de daarmee gepaard gaande aflossing een NFRV hebben behaald van € 1 miljoen. Spijtig genoeg valt het NFRV niet via carry back te verrekenen. Dan had de liquidatie en aflossing in 2026 moeten plaatsvinden. De drie kinderen vragen de adviseur: 'En nu?'

De adviseur stelt voor de twee broers voor om het 'noodverbandartikel 4.53 Wet IB' te benutten om het niet-verrekenbare AB-verlies om te zetten in een belastingkorting. In de casus gaat het om het niet-verrekenbare AB-verlies (NFRV) ad € 1 miljoen uit de aangifte IB 2027 om te zetten in een belastingkorting ad € 245.000 (zijnde 24,5% x 1 miljoen)

49 $26,9\% \times € 3,8 \text{ miljoen} = € 1.022.200.$

50 $\text{Wettekst 2024: } 4.14a-2: \text{maximumbedrag } € 500.000 + € 3.800.000 = € 4.300.000.$

51 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 133.000 = € 16.415 + € 43.890 = € 60.305.$

52 Art. 4.16-1 letter e Wet IB 2001.

53 Onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001.

54 Omwille van het gemak laat ik eventuele (kleine) gerealiseerde winstreserves ontstaan door het rendement op de verstrekte geldlening ad € 4,5 miljoen/miljoen even buiten beschouwing.

55 $\text{NFRV} = \text{PFRV 2023 } € 3,8 \text{ miljoen} + \text{PFRV 2024 } € 200.000 = \text{totaal } € 4 \text{ miljoen}.$

56 Art 4.14a-5 in combinatie met art. 4.14a-1 Wet IB 2001.

57 $€ 1,5 \text{ miljoen} - \text{ maximumbedrag } € 500.000 = € 1 \text{ miljoen}.$

58 $24,5\% \times € 67.000 + 33\% \times € 933.000 = € 16.415 + € 307.890 = € 324.305.$

dat verrekening biedt met de verschuldigde box 1-belasting van het jaar 2029 en de daaropvolgende zeven jaren.

Zoon A

De oudste zoon A is ‘slechts’ € 12.950⁵⁹ aan box 1-belasting verschuldigd over zijn inkomen. Bij eenzelfde inkomen en IB-tarief voor zoon A in de toekomst leidt dit tot een maximale verrekening van € 103.600.⁶⁰ Het niet-verrekenbare deel van de belastingkorting ad € 141.400⁶¹ betekent feitelijk een dubbele heffing. Nog los van het grote tijdsbestek dat deze beperkte verrekening met zich meebrengt.

Zoon B

De jongste Zoon B heeft meer mazzel. Hij voldoet zodanig veel box 1-belasting dat hij met twee à drie jaar de volledige belastingkorting van € 245.000 heeft benut. Wat een heerlijk cadeau is dit? Zoon B maakt zich niet zo druk over het grote tijdsbestek. Ook met het tariefnadeel (verschil 33% versus 24,5%) heeft hij weinig moeite.⁶²

Dochter

De dochter is onder huwelijkse voorwaarden gehuwd. Wel heeft zij een goed huwelijk. Haar echtgenoot is dga van zijn vennootschap met daarin een goed renderende onderneming. Voor de dochter heeft de adviseur een ander advies. Hij adviseert haar de volgende afspraak te maken met haar echtgenoot. Zij ‘schuift’ haar NFRV van € 1 miljoen naar haar echtgenoot en de echtgenoot keert zichzelf in 2027 een dividend uit van € 1 miljoen. Dit leidt bij haar echtgenoot in zijn aangifte IB 2027 tot een inkomen uit AB van per saldo € 0. Normaliter zou de echtgenoot € 324.305⁶³ over een dividenduitkering van € 1 miljoen in box 2 verschuldigd zijn. Nu € 0.

Omdat de dochter – theoretisch bezien – over de jaren heen maximaal⁶⁴ via een belastingkorting € 245.000 had kunnen behalen en zij en haar echtgenoot nu een voordeel hebben behaald van € 324.305, besluiten zij om het verschil ad € 79.305 samen te delen. De man houdt van afgeronde bedragen en betaalt zijn vrouw, van het uitgekeerde 1 miljoen, een bedrag door van € 285.000 en houdt zelf van zijn uitgekeerde dividend € 715.000 over in plaats van € 675.695.⁶⁵

Een sprekende casus waarbij de verschillen niet meer uit te leggen zijn voor de gewone burger. Dit alles zou niet aan de orde zijn als de Wet niet zou zijn ingevoerd. Een volstrekte *overkill* aan grensoverschrijdende fiscale effecten tussen directe familieleden.

Conclusie

U heeft middels een drietal casus een aantal, in mijn visie, kwalijke grensoverschrijdende effecten van de Wet kunnen aanschouwen. Er zullen ongetwijfeld nog meer casus te bedenken zijn met onnodig kwalijke effecten.

In hoeverre een belastingplichtige – die door de Wet in een fiscaal nadelige positie (denk onder andere aan dubbele heffing) terecht is gekomen – dit in de toekomst gaat bestrijden met de box 3-munitie, zoals art. 1 EP EVRM⁶⁶ en wellicht het discriminatieverbod van art. 14 EVRM moeten we gaan afwachten.

De reeds lang geleden aangekondigde AMvB beschreven in art. 14b lid 6 Wet IB 2001 moet enkele kleinere ‘problemen’ in het familierecht gaan tackelen. Echter, naar verwachting zal deze niet gaan zien op de door mij beschreven nadelige effecten. Althans, dat blijkt niet uit hetgeen daarover is aangegeven in de parlementaire geschiedenis.⁶⁷

Wat wel een belangrijke hulp kan zijn ter verzachting van enkele grensoverschrijdende effecten is het gelijktrekken van de verliesverrekeningsregels in het AB-regime met dat van de IB-ondernemersregime. Dus drie jaar carry back en negen jaar carry forward. Eigenlijk bijna gelijk aan de voormalige verliesverrekeningsregels in het AB-regime van vóór 1 januari 2007. Laat oude tijden herleven.

Of beter nog: betaal een NFRV gewoon direct uit. De belastingplichtige moet bij een PFRV toch ook direct afrekenen. Maar nog beter: schaf de Wet weer af.

Of de fiscale wetgever hier gevoelig voor is? Ik verwacht het niet. Waarschijnlijk zal het counterargument van de fiscale wetgever op de door mij beschreven nadelige gevolgen in de diverse casus zijn: ‘Hadden belastingplichtigen maar onder het maximumbedrag moeten blijven’.

Had ik al gezegd dat ik geen fan van de Wet ben...?

Over de auteur

Drs. S.C.M. (Sander) Schilder FM RV

Fiscaal econoom, Registervaluator, auteur en docent met als bijzonder aandachtsgebied de familierechtpraktijk. Tevens wordt hij regelmatig benoemd als deskundige en treedt hij op als financiële mediator in (complexe) familiezaken. Daarnaast is hij eigenaar van Santax fiscaal economen en Santax Opleidingen.

59 37% (afgerond tarief 1° schijf) x € 35.000 = 12.950.

60 Acht jaar x € 12.950 = € 103.600.

61 € 245.000 -/- € 103.600 = € 141.400.

62 Art. 4.53-2 Wet IB 2001.

63 Zie noot 58.

64 Het is goed mogelijk dat de dochter, net als haar broer A, tot geen volledige verrekening van de belastingkorting zou zijn gekomen.

65 € 1 miljoen -/- € 324.305.

66 Art. 1 EP EVRM: ledere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom.

67 Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 9, p. 27.