

Geachte heer, mevrouw,

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om te reageren op de lijst van 10 belastingconstructies die is toegevoegd aan uw internetconsultatie. Enkele constructies vragen naar mijn mening om een nadere nuancering.

#### **'Constructie 4': de 'Funda makeover'**

Het vierde voorbeeld – de 'Funda makeover' – is geen recent fenomeen. De afbakening tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden of tussen die werkzaamheden en box-III vermogen is ongetwijfeld voor de fiscus een arbeidsintensieve aangelegenheid. Dit is nu echter exact waar de noodzakelijke flexibiliteit in de wetgeving zit, omdat deze grenzen naar hun aard niet te hard kunnen zijn juist om ontwijking van wetgeving tegen te gaan. Daar staat tegenover dat het ook aan de zijde van de Belastingdienst om enig handwerk/maatwerk vraagt om zaken te kunnen inschatten, iets wat de afgelopen jaren vanwege de personeelstekorten steeds lastiger is geworden.

Het gegeven voorbeeld geeft onder b) en c) echter de indruk dat de bestaande wetgeving geen strobreed in de weg legt en de belastingplichtige een keuze heeft box I en III, wat geen recht doet aan de feitelijke situatie. Het is echter denkbaar om, ter vermindering van het aantal geschillen, aan art. 3.91 lid 1 sub c Wet IB 2001 een bewijsvermoeden toe te voegen bij een verkoop op korte termijn. In dat geval is wel een tegenbewijsregeling gewenst, voor het geval iemand, bijvoorbeeld vanwege het onvoorzien wisselen van baan, genoodzaakt is te verhuizen vlak na het zelf verbouwen van of uitvoeren van groot onderhoud aan zijn (eigen) woning, terwijl permanent verblijf het oogmerk was. Deze situatie zou anders onbedoeld binnen het resultaat uit overige werkzaamheden kunnen komen te vallen, indien bij een dergelijke wijziging wordt betoogd dat sprake is van een uitbreiding op het resultaatsbegrip van art. 3.90 IB en niet langer alleen van een verheldering ervan.

#### **'Constructies 5, 6 en 7': box 2 versus box 3**

Het voorbeeld onder 5 geeft zelf al aan dat een correctie van een te lage huur mogelijk is op basis van bestaande wetgeving, waarbij het voorbeeld zelf nog andere vragen oproept. Zo is het denkbaar dat onder de huidige wetgeving een deel van de kosten van de vakantiewoning die is aangeschaft ten behoeve van de verliesgevende verhuur aan de aandeelhouder niet in aftrek wordt toegestaan, zeker indien geen verdere verhuur aan derden is beoogd. Mogelijk is er zelfs sprake van het doen van een onjuiste aangifte in het geschetste geval indien de correctie van de huur en de beperking van de aftrek niet spontaan in de aangifte wordt verwerkt. De vraag is dan ook of de kwalificatie als 'constructie' in dit geval terecht is, nu deze primair lijkt te zijn ingegeven door het feit dat actieve handhaving noodzakelijk is om de wet tot zijn recht te laten komen.

De voorbeelden 5 en 6 leggen het probleem bloot dat een herziening van box 3 niet los kan staan van een aanpak van box 2. Waar in een BV duurzaam overtollige liquide middelen feitelijk ter beschikking van de aandeelhouder komen, zou mogelijk een onttrekking aangenomen kunnen worden voor box 2-doeleinden. In zoverre schiet de recent ingevoerde regeling voor excessief lenen te kort, nu deze in een riant, arbitraire grens voorziet van € 700.000 in plaats van, bijvoorbeeld, een bescheiden doelmatigheidsmarge voor een rekening-courant. Ook de daarin gemaakte uitzondering voor de eigen woning lijkt evenmin passend is voor (nieuwe) situaties waarin wordt gefinancierd met duurzaam overtollige liquiditeiten. (Zie het IBO-rapport hierover.)

Een aandachtspunt is wel dat de onder 5 én 6 geschetste 'constructies' zich vooral zullen voordoen wanneer een BV in kleine kring wordt beheerd, bijvoorbeeld door een 100%-aandeelhouder of in een kleine kring van directe familie. Het huidige regime voor een aanmerkelijk belang vindt echter al toepassing vanaf een belang van 5%, waarbij het zo kan zijn dat een aandeelhouder een uitkering of uitdeling civielrechtelijk niet kan afdwingen. Een anti-misbruikmaatregel zou zich daarom moeten richten op situaties waarbij de belastingplichtige al dan niet in kleine kring feitelijk in controle is van de onderneming en de keuze om al dan niet uit te keren feitelijk aan de belastingplichtige zelf is.

'Constructie' 7 is een direct voortvloeiend van hoe de wetgeving is opgebouwd. De keuze van de wetgever om box 2 vermogen niet mee te tellen bij vermogenstoetsen verdient herziening, maar ook daarbij zal van belang zijn om vast te stellen in hoeverre sprake is van echt ondernemingsvermogen bij de BV en van 'privé-vermogen'. Anders zou er een discrepantie kunnen ontstaan tussen het aanhouden van een IB-onderneming en een VPB-onderneming, nu het IB-ondernemingsvermogen (en het ROW-vermogen) eveneens niet meetelt.

Het is denkbaar om het vermogen dat normaliter bij een IB-onderneming tot het privévermogen zou worden gerekend als zodanig mee te tellen, ook als een feitelijke uitdeling ontbreekt. Dit zou dan niet alleen gaan om duurzaam overtollige liquide middelen, maar ook om tijdelijk overtollige liquide middelen voor zover zij op een wijze worden besteed of belegd dat ze niet tijdig in de onderneming beschikbaar zouden zijn. (Voor zover een BV in het verleden pensioenverplichtingen is aangegaan, kan het nodig zijn om bepaalde middelen langdurig te beleggen zonder dat aan die laatste voorwaarde is voldaan.) Een dergelijke inbreuk op de civielrechtelijke situatie zou zich dan wel dienen te beperken tot de situaties waarin sprake is van daadwerkelijke controle zoals hierboven aangehaald; dat is niet bij ieder AB het geval noch zal er bij ieder AB sprake zijn van een BV met vermogen dat verder niet nodig is voor de voortzetting van de onderneming.

### **'Constructie 10': de familielening**

'Constructie' 10 lijkt erop gericht om meerdere fenomenen gelijktijdig aan te pakken, terwijl slechts bij één element van de casus echt sprake lijkt van een constructie.

Nu de huidige eigenwoningregeling een hypotheekrenteaftrek gedurende een periode van 30 jaren toestaat, gaat het naar mijn mening te ver om belastingplichtigen – binnen die vrijheid – te verwijten een lening van 30 jaren af te sluiten. U kunt belastingplichtigen niet tegenwerpen te kiezen voor een 30-jarige hypotheek, omdat een korte rentevastperiode bij het afsluiten voordeliger geweest zou zijn. Dit is een keuze die een belastingplichtige mag maken, een keuze die bij een dreiging van een sterk stijgende hypotheekrente niet eens onbegrijpelijk is. (Ik laat hier buiten beschouwing dat het uitgeleende geld voor de ouders als belegging kwalificeert die in box 3 geacht wordt een aanmerkelijk hogere opbrengst te genereren, wat op zichzelf bezien fiscaal al vragen oproept.)

U kunt ouders ook niet tegenwerpen de rente kwijt te schelden tot aan het bedrag van de schenkingsvrijstelling. Het staat ouders onder de huidige wetgeving fiscaal vrij tot op zekere hoogte onbelast een schenking te doen. De vorm van de schenking doet daarbij niet ter zake.

Evenmin kunt u een belastingplichtige ervan betichten daadwerkelijk betaalde hypotheekrente in aftrek te brengen, ook al is besloten dit liever te lenen van ouders dan

van een bank. Indien de lening noodzakelijk was voor de financiering van de aanschaf of verbetering van de eigen woning, dan is de aard van de geldgever van ondergeschikt belang.

Het evidente pijnpunt van de constructie is de hoogte van de rente die in aanmerking wordt genomen, mede vanwege het ontbreken van hypothecaire zekerheid. Indien u van opvatting bent dat de rente op een eigenwoningsschuld slechts in aftrek mag komen tegen het percentage dat verschuldigd zou zijn indien een recht van hypotheek zou zijn gevestigd en onder de fictie dat, gelet op de hoogte van de lening, een NHG-waarborg zou zijn verstrekt, dan zou dit in wetgeving opgenomen kunnen worden. Dat situaties zoals deze zich vooral binnen meer vermogende families zullen voordoen is evident, maar na normalisering van de rente zou de belastingheffing hier verder neutraal moeten uitwerken.

### **Toekomstige opmerkelijke constructies**

U geeft aan dat u jaarlijks een overzicht van opmerkelijke belastingconstructies zult publiceren. Bij een publieke consultatie leidt de term 'belastingconstructies' al snel tot een bepaalde beeldvorming die niet in alle gevallen terecht is. Het ligt voor de hand daarbij nadrukkelijker onderscheid te maken tussen situaties waarin:

- (1) de bestaande wetgeving (te) veel vraagt van de Belastingdienst in termen van handhaving en controle terwijl de wetgeving op zich bij correcte toepassing ervan leidt tot het beoogde resultaat,
- (2) de bestaande wetgeving leidt tot belastingverlagingen die anno 2023 niet meer gewenst lijken, ook al waren ze ooit beoogd of expliciet voor lief genomen, en
- (3) de bestaande wetgeving wordt gebruikt op een wijze zoals de wetgever die niet lijkt te hebben bedoeld (een echte belastingontwijkingsconstructie).

Dat houdt de discussie zuiver, ook al moet die, met het oog op ieder van de 10 aangedragen voorbeelden, gevoerd worden in de context van de vermogensverdeling en de kansengelijkheid. Alle 10 de voorbeelden uit het IBO rapport vallen binnen een van de genoemde categorieën en zijn in zekere zin opmerkelijk, maar ze zijn daarmee niet zonder meer als belastingconstructie te bestempelen.

Tot een nadere toelichting ben ik graag bereid.