

ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelor scriptie Fiscale Economie

Toetsing van het wetsvoorstel *Wet excessief lenen bij eigen vennootschap* aan fiscale criteria

Naam student: Femke van Sevenbergen

Studentnummer: 432676

Begeleider: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Tweede beoordelaar: Drs. M.H.M. Smeets

Datum definitieve versie: 17 augustus 2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	4
1.1	Introductie	4
1.2	Probleemstelling en toetsingskader	5
1.3	Afbakening	6
2	Hoe zit het wettelijk kader met betrekking tot een lening in elkaar?	7
2.1	Inleiding	7
2.2	De civiele aspecten van een lening	7
2.2.1	Wilsverklaring	7
2.2.2	Aannemelijke terugbetalingsverplichting	8
2.3	De civiele aspecten van een rekening-courant	8
2.4	De fiscale aspecten van een lening	8
2.4.1	Uitzonderingen op de civielrechtelijke vorm voor fiscale doeleinden	8
2.4.1.1	Schijnlening bij de lening van de bv aan de dga	9
2.4.1.2	Bodemlozeputlening	10
2.4.2	Onzakelijke kwijschelding	10
2.4.3	Onzakelijke lening	10
2.5	Fiscale aspecten van de rekening-courant	11
2.6	Conclusie	12
3	Wat houdt het Wetsvoorstel in en in hoeverre voldoet het Wetsvoorstel aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?	13
3.1	Inleiding	13
3.2	Het Wetsvoorstel	13
3.3	Toetsing van het Wetsvoorstel	14
3.3.1	Doeltreffendheid	14
3.3.2	Doelmatigheid	17
3.3.3	Draagkracht	19
3.3.3.1	Reële stelsel	19
3.3.3.2	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	20
3.3.4	Rechtszekerheid	23
3.3.5	Geen terugwerkende kracht	24
3.4	Conclusie	26
4	Welke alternatieven voor het Wetsvoorstel zijn er en in hoeverre voldoen deze aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?	28
4.1	Inleiding	28
4.2	Aanpassing van het Wetsvoorstel; het beperken tot consumptieve doeleinden	28
4.2.1	Tussenconclusie	30
4.3	<i>Loan-To-Value</i> maatregel	30
4.3.1	Tussenconclusie	32

4.4	<i>Director's loans</i> maatregel	32
4.4.1	Tussenconclusie	34
4.5	Omkering van de bewijslast; een systeem dat vergelijkbaar is met Australië	34
4.5.1	Tussenconclusie	36
4.6	Conclusie en aanbeveling	37
5	Conclusie	39
5.1	Inleiding	39
5.2	Conclusie	39
	Literatuurlijst	42
	Artikelen	42
	Boeken	43
	Jurisprudentie	44
	Rechtbank	44
	Hof	44
	Hoge Raad	44
	Hof van Justitie	45
	Europees Hof voor de Rechten van de Mens	45
	Mediabronnen	45
	Parlementaire stukken	46

1 Inleiding

1.1 Introductie

*“Waarom zou de samenleving moeten opdraaien voor de lagere belastingopbrengst als gevolg van private besommingen van de directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga)?”*¹ Een dga kan bij zijn bv (zonder toetsing van kredietwaardigheid) schulden opbouwen, waardoor belastingheffing over uitgekeerd dividend (25%) en/of salaris (maximaal 52%) uitblijven.² Dga's kunnen zo langdurig belastingheffing uitstellen doordat zij consumptieve uitgaven en privé investeringen kunnen financieren met een lening van hun eigen bv. Het opbouwen van de schuld vervangt daarmee een (belaste) winstuitdeling. Het uitstel van deze belastingheffing leidt tegelijkertijd tot lagere effectieve tarieven.³ Hier staat tegenover dat ondernemers die hun onderneming niet binnen een rechtspersoon drijven deze mogelijkheid niet hebben.

Om uitstel van belastingheffing te voorkomen, is op Prinsjesdag jongstleden in het pakket Belastingplan 2019 onder andere een conceptwetsvoorstel ‘Excessief lenen bij de eigen vennootschap’ (hierna: het Wetsvoorstel) aangekondigd. Met dit Wetsvoorstel wordt beoogd om het excessief lenen van de eigen vennootschap te ontmoedigen. Hierbij geldt dat indien een aanmerkelijkbelanghouder (hierna: ab-houder) vanaf 1 januari 2022 meer dan €500.000 heeft geleend van zijn vennootschap, het deel van de schuld dat boven €500.000 uitstijgt in box 2 wordt belast. Eigenwoningschulden vallen buiten dit bereik.⁴

De maatregel is voor de belastingdienst gunstig, omdat hij niet meer aan hoeft te tonen dat er voor bedragen hoger dan €500.000 sprake is van een winstuitkering. De belastingplichtige krijgt in een dergelijk geval ook niet de mogelijkheid tegenbewijs te leveren om zo aannemelijk te maken dat de schuld niet als dividenduitkering kwalificeert.

Het Wetsvoorstel heeft tot veel kritiek geleid. Zo heeft het Wetsvoorstel slechts betrekking op een klein gedeelte van alle ab-houders, waardoor kan worden afgevraagd of het Wetsvoorstel alleen een budgettair doel kent.⁵ Uit aangiftes vennootschapsbelasting blijkt namelijk dat er in 2016 circa 355.000 aanmerkelijk belang (hierna: ab) huishoudens waren, waarvan 61% een lening is aangegaan (216.000). Echter krijgt van dit gedeelte maar 11.000 aandeelhouders (3% van het totaal) te maken met de maatregel, waarbij opmerkelijk is dat ruimschoots 10% van de lenende ab-houders, tezamen ongeveer 60% van het totaal geleende bedrag ad €55 miljard lenen.⁶

Daarnaast wordt gesteld dat leningen voor privé-investeringen of privébeleggingen vaak worden afgelost met de opbrengst, wat vergelijkbaar is met leningen bij banken.⁷ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) geeft hierbij als reactie op de internetconsultatie van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, dat het kabinet, maatregelen kan treffen om de zakelijkheid en

¹ Spanjers, WFR 2019/110

² Meijer, WFR 2015/918.

³ S.A. Stevens, WFR 2019/71.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.3; Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 72, onderdeel 8, p. 3-4.

⁵ S.A. Stevens, WFR 2019/71.

⁶ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.4.

⁷ Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

documentatie van een lening te bepalen, zodat zakelijke leningen ook uitgesloten worden van de maatregel.⁸

Tot slot stelt Heithuis dat het conceptwetsvoorstel een aantal regels breekt die de fiscale wetgeving in acht hoort te nemen. Hij noemt hierbij drie aspecten:

1. *Geen meervoudig dubbele belastingheffing*: Hoewel op grond van het voorgestelde artikel 10a.22 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB) in 2022 een anticumulatieregeling voor fictief regulier voordeel en fictieve vervreemdingen door middel van een vervreemdingskorting is gecreëerd, is geen sprake van een algemene anticumulatieregeling die betrekking heeft op daadwerkelijke dividenduitkeringen, latere vervreemdingsvoordelen en latere aflossing van de schuld.⁹ De NOB sluit hierbij aan en stelt voor om een anticumulatieregeling in werking te stellen, zodat dubbele heffing voorkomen wordt. De anticumulatieregeling zou zowel voor reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen moeten gelden;¹⁰
2. *Belastingheffing bij degene die het inkomen daadwerkelijk geniet (reële stelsel)*: Zo wordt de ab-houder in de heffing betrokken voor het gedeelte boven €500.000 dat bloed- en aanverwanten lenen bij de bv van de aandeelhouder. Volgens Heithuis is dit vreemd, aangezien de bloed- en aanverwanten, in plaats van de ab-houder, het voordeel genieten;¹¹ en
3. *Geen materieel terugwerkende kracht*: Aangezien de maatregel vanaf 1 januari 2022 ingaat en, ongeacht of de schuld hiervoor al bestond, op elke schuld (met uitzondering van de eigenwoningschuld) betrekking heeft,¹² stelt Heithuis dat de maatregel onverwacht en onvoorzien is en dat het kabinet bij wijziging van wetgeving verantwoording dient te geven van de bestaande gevallen. Voorgesteld wordt om de schuld op Prinsjesdag 2018 aan te houden, zodat aankondigingseffecten voorkomen worden.¹³

1.2 Probleemstelling en toetsingskader

Zoals uit de introductie blijkt, is er discussie ontstaan omtrent het Wetsvoorstel. Aan de hand van de volgende probleemstelling zal onderzocht worden in hoeverre deze ophef gegrond is.

Mijn probleemstelling luidt als volgt: *Voldoet het Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht? Zo nee, welke alternatieven zijn er mogelijk?*

⁸ NOB (2019), Betreft reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

⁹ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹⁰ NOB (2019), Betreft reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

¹¹ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹² MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.3.

¹³ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

Zoals uit de onderzoeksvraag blijkt zal het Wetsvoorstel worden getoetst aan enkele beginselen van het belastingrecht. De voor dit onderzoek relevante beginselen (die in hoofdstuk drie uiteengezet worden) zijn:

- Doeltreffendheid (paragraaf 3.3.1);
- Doelmatigheid (paragraaf 3.3.2);
- Draagkracht (paragraaf 3.3.3);
- Rechtszekerheid (paragraaf 3.3.4);
- Geen terugwerkende kracht (paragraaf 3.3.5).

Om een antwoord te vormen op deze hoofdvraag, zal tijdens de analyse gebruik worden gemaakt van deelvragen. De deelvragen zijn:

Hoofdstuk 2: Hoe zit het wettelijk kader met betrekking tot een lening in elkaar?

Over de kwalificatie van leningen is in de loop der jaren veel jurisprudentie ontstaan. In dit hoofdstuk zullen de civiele en fiscale aspecten van een lening uiteen worden gezet.

Hoofdstuk 3: Wat houdt het Wetsvoorstel in en in hoeverre voldoet het aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

In dit hoofdstuk zal het Wetsvoorstel in hoofdlijnen worden uiteengezet, waarna het Wetsvoorstel aan voor dit onderzoek relevante criteria getoetst wordt.

De criteria zullen worden toegelicht en vervolgens zal getoetst worden of en in welke mate het Wetsvoorstel worden gezien of en in welke mate aan deze criteria wordt voldaan.

Hoofdstuk 4: Welke alternatieven voor het Wetsvoorstel zijn er en in hoeverre voldoen deze aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

Naast het Wetsvoorstel, zal een aanpassing van het Wetsvoorstel en drie alternatieven voor het Wetsvoorstel worden gegeven. Daarnaast zal deze aanpassing van het Wetsvoorstel en de alternatieven aan de voor dit onderzoek relevante criteria worden getoetst. De alternatieven zijn:

- *Loan-to-value*-methode
- *Director's loans* maatregel
- Australische systeem; omkering van de bewijslast

Na de toetsing van de alternatieven, zal een aanbeveling worden gegeven welke maatregel de voorkeur heeft.

Hoofdstuk 5: Conclusie/samenvatting

In dit hoofdstuk zal, aan de hand van de beantwoording van de voorgaande deelvragen, een conclusie gegeven worden.

1.3 Afbakening

Deze scriptie zal zich beperken tot een analyse van de debetstand van leningen, aangezien het Wetsvoorstel betrekking heeft op een schuld van een ab-houder aan de bv. Daarbij geldt dat het Wetsvoorstel niet in detail onderzocht zal worden. De nadruk zal liggen op de toetsing van uitgangspunten om zo ook ruimte te scheppen voor het onderzoeken van alternatieven. Ook bij de alternatieven beperk ik me tot de uitgangspunten.

2 Hoe zit het wettelijk kader met betrekking tot een lening in elkaar?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de begrippen ‘lening’ en ‘rekening-courant’ uiteen worden gezet. Door deze begrippen te behandelen wordt het wettelijk kader in kaart gebracht. In paragraaf 2.2 zal ingegaan worden op de civiele aspecten van een lening, aangezien het toelichten van het wettelijk kader van belang is om de huidige situatie met betrekking tot leningen van een bv aan de ab-houder vast te kunnen stellen. Daarnaast zal in paragraaf 2.3 ingegaan worden op de civiele aspecten van de rekening-courant.

In paragraaf 2.4 zullen de fiscale aspecten van een lening behandeld worden. Hierbij zal ten eerste worden gekeken naar de drie uitzonderingen (de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening) op de civiele kwalificatie van een lening. Indien fiscaalrechtelijk sprake is van een lening, geldt dat het later kwijtschelden van de schuld ook tot een winstuitdeling kan leiden, hetgeen in paragraaf 2.4.2 uiteengezet wordt. Ook zal de onzakelijke lening in paragraaf 2.4.3 behandeld worden.

Tot slot zal in paragraaf 2.5 worden ingegaan op de fiscale aspecten van de rekening-courant. Hierbij geldt dat de toename van een rekening-courant en het prijsgeven van een zekerheid tot een winstuitdeling kunnen leiden.

2.2 De civiele aspecten van een lening

De Hoge Raad heeft als hoofdregel geformuleerd dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking leidend is voor de fiscale behandeling van een lening.¹⁴ Het is daarom van belang om te begrijpen wanneer een lening civielrechtelijk tot stand komt.

2.2.1 Wilsverklaring

Civilrechtelijk is bij een geldlening van belang dat de totstandkoming geschiedt door *“overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een van de partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.”*¹⁵ Aansluitend wordt in het Haviltex-arrest van 13 maart 1981, NJ 1981/635 gesteld dat een contract niet alleen gebaseerd kan worden op een *“van zuiver taalkundige uitleg van het contract”*.¹⁶ Zo is bij een, mondelinge,¹⁷ overeenkomst de zin: *“die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”* bepalend.¹⁸

In het kader van deze scriptie waarbij de lening tussen een ab-houder en zijn bv in kaart wordt gebracht, geldt dat naar de wil van de ab-houder en de bv gekeken dient te worden. Doordat de ab-houder veelal

¹⁴ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

¹⁵ Asser/Sieburgh 6-III 2018/8.

¹⁶ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

¹⁷ HR 04 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, NJ 2009, 397 (*Van Regteren/VGK*).

¹⁸ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

een bestuurder is of een overheersende invloed heeft op de beslissingen van de bv,¹⁹ zal mijns inziens snel sprake zijn van een overeenstemmende wilsverklaring.

2.2.2 Aannemelijke terugbetalingsverplichting

Naast de wilsverklaring stelt de Hoge Raad twee voorwaarden aan de civielrechtelijke vorm van een lening. Dit zijn: *“dat aan de geldverstrekking voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting is verbonden en dat ten tijde van de geldverstrekking niet was te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen.”*²⁰ Hierbij geldt dat een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting niet aan de civielrechtelijke vorm afdoet.²¹ Het is dus van belang dat er een *“al dan niet afdwingbare, al dan niet voorwaardelijke – schuld vaststaat ter zake van zowel hoofdsom als eventueel uitgestelde rente, waarvan betaling niet volstrekt onaannemelijk is.”*²²

2.3 De civiele aspecten van een rekening-courant

Indien een ab-houder niet direct belasting wil betalen over een winstuitdeling, kan de ab-houder ervoor kiezen om een lening of rekening-courant aan te gaan met zijn eigen bv. Voor een rekening-courant kan worden gekozen indien beide partijen het doel hebben dat geldschulden niet afzonderlijk, maar met elkaar worden verrekend waardoor enkel één saldo op ieder tijdstip verschuldigd is.²³ Uit artikel 6:140, BW blijkt dat geldvorderingen en geldschulden in één rekening opgenomen kunnen worden waardoor onttrekkingen en stortingen makkelijk kunnen plaatsvinden²⁴ en dat op reguliere wijze rente berekend dient te worden op basis van het gemiddeld uitstaand saldo per jaar.²⁵ Aangezien er wordt uitgegaan van het stelsel van doorlopende verrekening²⁶ wordt er een uitzondering op de hoofdregel gemaakt dat verrekening door middel van een daartoe strekkende verklaring plaats vindt.²⁷ Tot slot kan opgemerkt worden dat bij een rekening-courant geen aflossing overeengekomen zal worden. Zo kan binnen de afgesproken hoofdsom gelden worden opgenomen en teruggestort en kan dit niet zomaar worden opgeëist.²⁸

2.4 De fiscale aspecten van een lening

Hoewel de civielrechtelijke vorm van een lening voor fiscale doeleinden leidend is, zijn er drie uitzonderingen op de regel die een lening kunnen herkwalficeren.²⁹

2.4.1 Uitzonderingen op de civielrechtelijke vorm voor fiscale doeleinden

De Hoge Raad wijkt in een drietal gevallen af van de civielrechtelijke vorm als leidraad voor de fiscale kwalificatie. Dit zijn de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening.³⁰ Met

¹⁹ Dga's worden vaak als drijvende kracht gezien die een belangrijk onderdeel van een bv vormen, zie ook Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder, V-N 2009/24.6.

²⁰ Zie HR 08 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, BNB 2007/104, m.nt. A.H.M. Daniels (*Oliemaatschappijarrest, Kaspische Zee-arrest*).

²¹ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003,50 (*Helm/Aerts*).

²² Concl. A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:169, bij HR 22 februari 2019, nr. 18/03178.

²³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/250.

²⁴ Zie artikel 6:140 lid 1 BW.

²⁵ TM, Parl. Gesch. 6, p.517/8.

²⁶ MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 520.

²⁷ Zie artikel 6:127 lid 1 BW.

²⁸ Ravenhorst, TVVS 1993, 148.

²⁹ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

³⁰ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

betrekking tot een lening van de bv aan de dga, heeft de Hoge Raad situaties gesteld waarbij sprake is van een schijnlening of bodemlozeputlening.³¹ Indien sprake is van een schijnlening of bodemlozeputlening, zal de lening gefingeerd zijn en zal op het moment dat het 'geleende' geld aan de ab-houder ter beschikking gesteld wordt, sprake zijn van een winstuitdeling.³²

Van de deelnemerschapslening kan ingeval sprake is van een lening van de bv aan de dga geen sprake zijn. Zo ziet dit op een lening die onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de schuldeiser door het verstrekken van de lening in zekere mate een deel verkrijgt in de onderneming van de schuldenaar.³³ Indien hier sprake van is wordt gesproken van een storting op aandelen³⁴, hetgeen niet mogelijk is bij een lening van de bv aan de dga.

2.4.1.1 Schijnlening bij de lening van de bv aan de dga

Ingeval een aandeelhouder geld leent van zijn bv kan op grond van twee situaties gesteld worden dat sprake is van een schijnlening.³⁵ Dit zijn:

- a) Als de schuldenaar niet de bedoeling heeft om het opgenomen bedrag schuldig te blijven.³⁶ Uit het arrest HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196 kan geconcludeerd worden dat: *“Het ontbreken van deze bedoeling moet worden afgeleid uit het niet bedingen van aflossingen, al dan niet in combinatie met het niet bedingen van rente. Het vermoeden dat partijen geen echte schuld in het leven hebben willen roepen, wordt nog versterkt ingeval de geldnemer geen enkele zekerheid ter nakoming van zijn aflossingsverplichtingen of rentebetaling heeft gesteld. Voor het aannemen van een gefingeerde lening — die in wezen een winstuitdeling voorstelt — dient naar onze mening tevens de eis te worden gesteld, dat ook de aandeelhouder zich bewust is geweest dan wel redelijkerwijs bewust heeft moeten zijn dat deze geldverstrekking voor hem geen echte schuldverhouding in het leven heeft geroepen”*;³⁷ en
- b) Dat de bedoeling er wel is om een schuld te laten ontstaan, maar dat *“reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de opgenomen gelden niet zouden kunnen worden terugbetaald of verrekend.”*³⁸

Hierbij merkt Stevens op dat de Hoge Raad in 2015 heeft bevestigd dat sprake is van een winstuitdeling indien aan de cumulatieve voorwaarden (dat de lening niet kan of zal worden afgelost en dat partijen zich hier bewust van zijn) voldaan wordt.³⁹ Echter dient dit van een onzakelijk debiteurenrisico gescheiden te worden.⁴⁰ Zo kwalificeert een onzakelijk debiteurenrisico niet als winstuitdeling en valt dit alleen onder de onzakelijke lening (zie paragraaf 2.4.3).⁴¹

³¹ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, BNB 1964/196.

³² Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht* Vpb 2.2.2.B.e3.IV (online, laatst bijgewerkt op 8 februari 2019).

³³ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217, m.nt. G. Slot (Unilever-arrest).

³⁴ Zie bijvoorbeeld HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, BNB 1957/16, m.nt. M.J.H. Smeets en HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5968, BNB 2006/83, m.nt. D Juch.

³⁵ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10 Wet Vpb 1969, aant. 11 Lid 1(a) (online, laatst bijgewerkt op 8 juli 2019).

³⁶ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, BNB 1964/196.

³⁷ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht* Vpb 2.2.2.B.e3.IV (online, laatst bijgewerkt op 8 februari 2019).

³⁸ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, BNB 1964/196.

³⁹ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, BNB 2015/141, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

⁴⁰ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, BNB 2015/141, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

⁴¹ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

2.4.1.2 Bodemlozeputlening

De Hoge Raad stelt (zoals hiervoor in paragraaf 2.4.1.1 vermeld) in het arrest HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196 dat in het geval een bv liquide middelen uitleent aan de aandeelhouder en direct duidelijk is deze schuld niet kan of niet zal worden terugbetaald, er sprake is van een schijnlening. Echter wijkt de Hoge Raad later van deze terminologie af en stelt dat in dit geval sprake is van een bodemlozeputlening.⁴² Vermeulen stelt dan ook dat dat de bodemlozeputlening als een uitzondering op de generieke regel (van de schijnlening) gezien kan worden indien ervan uit wordt gegaan dat geen sprake van een terugbetalingsverplichting is.⁴³

2.4.2 Onzakelijke kwijschelding

Hoewel in eerste instantie zowel civielrechtelijk- als fiscaalrechtelijk sprake is van een lening, kan op een later moment alsnog sprake zijn van een winstuitdeling indien de schuld op een later moment zonder betaling of verrekening wordt vernietigd.⁴⁴ Hierbij dient opgemerkt te worden dat indien de lening kwijsgescholden wordt omdat de dga beloond wordt voor arbeid, de kwijschelding (verkapt) loon is.⁴⁵

Indien een schuld kwijsgescholden wordt, geldt dat het motief van kwijschelding van belang is. Hoewel normaliter geldt dat het op zakelijke gronden kwijschelden van een schuld niet tot winstuitdeling leidt, wordt er wel een winstuitdeling gerealiseerd indien het kwijschelden ter bevoordeling van de ab-houder gebeurt.⁴⁶

2.4.3 Onzakelijke lening

Indien is vastgesteld dat een lening als vreemd vermogen kwalificeert, geldt dat er toch nog sprake kan zijn van een hybride figuur (de onzakelijke lening). De onzakelijke lening bevindt zich tussen informeel kapitaal en vreemd vermogen.⁴⁷ Hoewel de lening als vreemd vermogen kwalificeert en niet tot kapitaal geherkwalificeerd wordt, geldt hier dat een afwaarderingsverlies niet in aftrek op de winst kan worden gebracht.⁴⁸

Een lening wordt als onzakelijk beschouwd indien een lening tussen gelieerde partijen verstrekt wordt, waarbij dusdanige voorwaarden en omstandigheden zich voordoen dat er een debiteurenrisico gelopen wordt die een onafhankelijke derde niet genomen zou hebben. Hierbij dient opgemerkt te worden dat indien dit alleen komt door een onzakelijke rente, deze rente verzakelijkt kan worden op grond van het *'at arm's length'*-beginsel.⁴⁹ Het *'at arm's length'* houdt in dat voorwaarden van een transactie tussen de dga en de bv vergeleken wordt met voorwaarden van een transactie die met een derde wordt gesloten, bijvoorbeeld door een bank.⁵⁰ Als geen marktconforme rente (*'at arm's length'*) bepaald kan worden, geldt dat er sprake is van een debiteurenrisico die een derde niet zou hebben genomen. Derhalve wordt dan gesproken over een onzakelijke lening en is het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar.⁵¹

⁴² Concl. A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, onderdeel 5.10; HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, BNB 2005/64, m.nt. P.H.J. Essers.

⁴³ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.2.B.e3.IV* (online, laatst bijgewerkt op 8 februari 2019).

⁴⁴ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, BNB 1964/196.

⁴⁵ HR 29 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC7048, BNB 1998/217, m.nt. J.W. Zwemmer.

⁴⁶ HR 4 mei 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2485, nr. 12 283, BNB 1955/225.

⁴⁷ Albert 2017, p.7.

⁴⁸ HR 25 november 2011, BN3442 (Beroepschrift), BNB 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert (*onzakelijkeleningarresten*).

⁴⁹ HR 25 november 2011, BN3442 (Beroepschrift), BNB 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert (*onzakelijkeleningarresten*).

⁵⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën 30 maart 2001, IFZ2001/295M, BNB 2001/286.

⁵¹ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.2.B.e3.III* (online, laatst bijgewerkt op 8 februari 2019).

Indien sprake van een onzakelijke lening bij een lening tussen de bv en een ab-houder, geldt dat er geen eenduidige opvatting is van de gevolgen voor de ab-houder.

Zo stelt Bobeldijk dat op grond van HR 7 juni 1939, B 6921 en HR 29 augustus 1997, BNB 1997/346 gesteld kan worden dat indien sprake is van een onzakelijke lening aan de aandeelhouder, het verlies een dividenduitdeling is. Reden hiervoor is dat wegens de relatie met de ab-houder een debiteurenrisico gecreëerd is. Zo stelt hij dat als het verlies vaststaat, de omvang van de dividenduitkering ook vast staat.⁵²

Anderzijds stelt Albert dat op grond van HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64 alleen sprake van een winstuitdeling is indien op het moment dat de lening verstrekt wordt al duidelijk is dat de lening niet kan of zal afgelost worden. Zo zou er bij een onzakelijke lening civielrechtelijk sprake zijn van een lening (waarbij dus een terugbetalingsverplichting overeengekomen is). Het gevolg hiervan is dat hoewel het afwaarderingsverlies voor de bv een onttrekking vormt, er geen sprake is van een winstuitdeling voor de ab-houder.⁵³ Vermeulen stelt echter dat naar zijn mening op grond van BNB 2008/191 sprake is van een (latent) regulier voordeel uit ab, dat belast wordt indien de lening niet meer kan of niet meer terugbetaald hoeft te worden.⁵⁴

De staatssecretaris van Financiën⁵⁵ stelt dat indien een vennootschap een onzakelijke lening aan de aandeelhouder verstrekt, eventueel sprake kan zijn van een winstuitdeling. Hier is sprake van indien het debiteurenrisico in het belang van de ab-houder aanvaard is (hetgeen overeenkomstig met Bobeldijk) en de aflossingsverplichting kwijtgescholden is (hetgeen overeenkomt met Albert en Vermeulen). De staatssecretaris van Financiën verwijst bij dit standpunt naar de zaak van HR 28 februari 2014. Hierbij is sprake van een afwaardering op een dochtervennootschap, waarbij gesteld wordt dat als definitief is dat de debiteur de verplichting niet meer zal voldoen, sprake is van een informele kapitaalstorting. Hiervan moet worden onderscheiden het geval dat dit niet vaststaat. Indien alleen afgewaardeerd wordt moet de debiteur nog steeds de nominale schuld voldoen.⁵⁶ Dit sluit aan bij de veronderstelling in paragraaf 2.4.1.1 dat indien een lening een onzakelijke lening vormt, er niet direct sprake is van verkapt dividend.⁵⁷ Mijns inziens zal, in overeenstemming met de Staatssecretaris van Financiën, sprake zijn van een winstuitdeling indien de schuld kwijtgescholden wordt en het debiteurenrisico wegens het belang van de ab-houder is aanvaard.⁵⁸

2.5 Fiscale aspecten van de rekening-courant

Indien sprake is van een rekening-courant, kan een toename hiervan tot een winstuitdeling leiden.⁵⁹ Dit geldt vanaf het moment dat het aannemelijk is dat de schuld niet kan of zal worden afbetaald.⁶⁰ Zo is in de zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 24 februari 2015 sprake van een rekening-courant die van 2007 tot 2010 elk jaar ruimschoots verdubbelt. Hof Arnhem-Leeuwarden stelt dat aangezien de

⁵² Bobeldijk 2009, P.37.

⁵³ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, BNB 2008/191, m.nt. P.G.H. Albert (*Onzakelijke lening arrest*).

⁵⁴ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht* Vpb.2.2.2.B.e3.III (online, laatst bijgewerkt op 8 februari 2019).

⁵⁵ BESLUIT Staatssecretaris van Financiën (m.nt. E.J.W. Heithuis) van 9 maart 2018 nr. 2018-27139, *Stcrt.* 2018, 15751.

⁵⁶ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, nr. 12/03526.

⁵⁷ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, V-N 2015/16.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁵⁸ BESLUIT Staatssecretaris van Financiën (m.nt. E.J.W. Heithuis) van 9 maart 2018 nr. 2018-27139, *Stcrt.* 2018, 15751.

⁵⁹ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 2.314 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2018).

⁶⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24.

zekerheden niet voor 11 februari 2011 schriftelijk zijn vastgelegd (bijvoorbeeld een hypotheek door middel van een akte) of mondeling⁶¹ zijn overeengekomen, het vermogen van de dga in 2008 en 2009 negatief is geweest en er geen invorderingsmaatregelen zijn getroffen om de schuld te verminderen, sprake is van een winstuitdeling voor zover de rekening-courant boven het saldo van 31 december 2009 uitstijgt.⁶² Tevens geldt dat dit niet veranderd indien de schuld verrekend kan worden met een latere dividenduitkering.⁶³

Ook het prijsgeven van een zekerheid kan als verkapte winstuitdeling gezien worden. In de zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 24 februari 2015 wordt €1.815.000 geleend door de dga bij de bv ten behoeve van een privéwoning in Frankrijk. Bij aankoop van een tweede woning wordt echter een lening ad €1.500.000 bij een bank afgesloten, waarbij recht van hypotheek op de woning in Frankrijk verstrekt wordt. Doordat verhaalsmogelijkheden kwijtgescholden worden (die een willekeurige derde wel een geëist zou hebben), wordt €1.500.000 als verkapte winstuitdeling gezien.⁶⁴

Opgemerkt dient te worden dat toetsing of sprake is van een verkapte winstuitdeling van feitelijke aard is.⁶⁵ Zo blijkt uit jurisprudentie dat bij een toename van een rekening-courant naar de feiten en omstandigheden gekeken dient te worden om te bepalen of sprake is van een winstuitdeling.⁶⁶

2.6 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat hoewel over het algemeen gesteld wordt dat de civielrechtelijke kwalificering van een lening leidend is voor de fiscale behandeling, er bij een lening van de bv aan de dga diverse uitzonderingen mogelijk zijn. Zo wordt van de civielrechtelijke vorm afgeweken indien sprake is van een schijn- of bodemlozeputlening. Hiervan is sprake als er geen bedoeling is om het bedrag van de lening schuldig te blijven of, respectievelijk, indien direct duidelijk is dat de lening niet afgelost kan of zal worden. Het gevolg is dat de lening gefingeerd is waardoor het bedrag als winstuitdeling wordt gezien vanaf het moment dat het aan de ab-houder ter beschikking wordt gesteld. Indien in eerste instantie sprake is van een lening terwijl de schuld op een later moment wordt kwijtgescholden zal tevens sprake zijn van een winstuitdeling. Het kwijtschelden van de onzakelijke lening, die vanwege het belang van de ab-houder is aangegaan, zal tevens tot een winstuitdeling leiden.

Met betrekking tot een rekening-courant dient opgemerkt te worden dat het oplopen van de rekening-courant of het prijsgeven van een zekerheid ook tot een winstuitdeling kan leiden. Aangezien er zowel bij de lening als de rekening-courant veel jurisprudentie omtrent de kwalificatie van een winstuitdeling is, wordt in hoofdstuk drie een alternatief op het Wetsvoorstel uiteengezet.

⁶¹ Hof Arnhem-Leeuwarden volgt het oordeel van de Rechtbank dat dit in dit geval niet aannemelijk is.

⁶² Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24.

⁶³ HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, BNB 2005/64, m.nt. P.H.J. Essers.

⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24.

⁶⁵ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 2.314 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2018).

⁶⁶ Zie onder andere Rb. Noord-Holland 30 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10977, V-N 2017/17.2.1; en Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2047, V-N 2007/26.1.3.

3 Wat houdt het Wetsvoorstel in en in hoeverre voldoet het Wetsvoorstel aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ten eerste uiteengezet worden wat het Wetsvoorstel inhoudt, waarna het eerste deel van de probleemstelling beantwoord wordt. Dit betreft de vraag of het Wetsvoorstel aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht voldoet. Door toetsing van de belangrijkste doelen aan deze beginselen wordt de basis gelegd voor de afweging tussen het Wetsvoorstel en de alternatieven die in hoofdstuk 4 worden behandeld. Getoetst zal worden aan doeltreffendheid, doelmatigheid, draagkracht, rechtszekerheid en geen terugwerkende kracht. In de conclusie zal een overzicht gegeven worden van de uitkomst van de toetsing aan deze criteria.

3.2 Het Wetsvoorstel

Zoals in de Memorie van toelichting⁶⁷ wordt vermeld is getracht het Nederlandse belastingstelsel op dusdanige wijze in te richten dat het de belastingplichtige zo min mogelijk belemmert. In het huidige systeem kan de ab-houder hierdoor een lening aangaan met zijn eigen bv, waardoor heffing van dividend uitgesteld kan worden.⁶⁸ Zo is de afgelopen jaren meermaals geconstateerd dat ab-houders voor consumptieve leningen een schuld bij de bv aangaan waarbij de schuld alleen met toekomstig dividend verrekend wordt (en er dus geen of nauwelijks afbetaling is met privé middelen), hetgeen uitstel van belastingheffing als gevolg heeft.⁶⁹

Om een einde te maken aan het uitstel (en afstel) van belastingheffing is er een algemene preventieve maatregel voor alle ab-houders, inclusief partner en de daaraan verbonden personen (bloed- of aanverwanten in de rechte lijn), ingesteld. Er geldt dat (met uitzondering van eigenwoningschulden) geen onderscheid gemaakt wordt in type schulden en dat alle schulden boven de €500.000 als fictief regulier voordeel uit ab in aanmerking worden genomen. Zo wordt namelijk gesteld dat ongeacht met welk doel de (zakelijke of onzakelijke) lening aan is gegaan, de ab-houder over geld beschikt omdat de ab-houder een voordeel heeft dat hij het geld bij de bv kan lenen. Hierbij geldt dat een onderscheid tussen leningen de uitvoering van het Wetsvoorstel gecompliceerd maakt. Met dit in gedachte heeft de Wetgever ervoor gekozen om geen tegenbewijsmogelijkheid in het Wetsvoorstel op te nemen.⁷⁰

Ondanks de fictieve heffing, geldt dat de lening civielrechtelijk blijft bestaan. Hierdoor moeten de vereisten voor een lening, zoals aflossing en rentebetalingen, nog steeds plaats vinden. Om te voorkomen dat dubbele heffing zich bij het intredingsjaar (1 januari 2022) voordoet, wordt in het desbetreffende jaar een korting op het vervreemdingsvoordeel uit ab toegepast.⁷¹

Met betrekking tot het internationale aspect geldt dat bij emigratie een conserverende aanslag opgelegd wordt. Bij immigratie zal het maximale te lenen bedrag zonder dat de lening fictief belast

⁶⁷ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2.

⁶⁸ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2.

⁶⁹ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.2.

⁷⁰ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.9.

⁷¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.8.

wordt, gesteld worden op de hoogte van de schuld ten tijde van de immigratie. Uiteraard geldt dit indien dit bedrag groter is dan €500.000.⁷²

3.3 Toetsing van het Wetsvoorstel

In deze paragraaf zal het Wetsvoorstel worden getoetst aan de vijf beginselen van belastingrecht die in hoofdstuk 1 zijn genoemd.

3.3.1 Doeltreffendheid

Een wet dient doeltreffend te zijn. Er kan van doeltreffendheid of effectiviteit gesproken worden indien de inspanningen en uitgaven een bijdrage leveren aan de realisatie van een beoogd doel.⁷³ Hierbij dient in kaart te worden gebracht in hoeverre een wet zijn doel bereikt.⁷⁴ In het kader van doeltreffendheid wordt gekeken naar het belang van de overheid.⁷⁵ In de toelichting van elke regeling dient vermeld te worden in hoeverre doeltreffendheid verzekerd is.⁷⁶

Het doel van het Wetsvoorstel kan niet kwantitatief worden geformuleerd waardoor alleen het bereik van de beleidsdoelstellingen aangegeven wordt en zo op de kwalitatieve doelen van het Wetsvoorstel wordt gefocust.⁷⁷ Hieronder worden de belangrijkste doelen van het Wetsvoorstel besproken.

Het eerste doel dat het kabinet met het Wetsvoorstel nastreeft is om het langdurig uitstellen of uiteindelijk zelfs afstellen van belastingheffing bij ‘excessieve leningen’ door dga’s en andere ab-houders tegen te gaan. Het voorstel richt zich met name op een dga die een nauwe verbondenheid met de vennootschap heeft. Zo zijn een dga en andere ab-houders gemakkelijk in staat om geld te lenen van zijn bv in plaats van loon of dividend uit te keren.⁷⁸ Door andere ab-houders ook in de heffing te betrekken veronderstelt de Wetgever mijns inziens dat ab-houders ook in staat zijn om geld te lenen van de bv waarin zij een aanmerkelijk belang hebben. Uitstel van belastingheffing vindt plaats aangezien een lening niet als regulier voordeel aangemerkt wordt, terwijl uitkering van dividend tegen een percentage van 25% belast wordt.⁷⁹

Afstel kan plaatsvinden indien misbruik gemaakt wordt van de navorderingstermijn van vijf jaar of het ontbreken van een nieuw feit.⁸⁰ Brummen en Youssef stellen dat dit slechts bij de bodemlozeputlening en de schijnlening het geval is. Zo dient ten eerste naar de civielrechtelijke vorm gekeken te worden om de geldverstrekking als lening te kwalificeren. Zo geldt bij een lening tussen de dga en de bv (zoals in hoofdstuk twee uiteengezet) dat indien bijvoorbeeld geen sprake is van een terugbetalingsverplichting, de lening het karakter van een schijnlening kan hebben. Ook indien direct vaststaat dat de lening niet terugbetaald zal worden, wordt de lening als winstuitdeling gezien. Hierbij geldt wel dat de inspecteur

⁷² MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.11.

⁷³ Kamerstukken II 2011/12, 31935, nr 8, p.2.

⁷⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 juni 2010 betreffende de beoordeling beleidsdoorlichting belastinguitgaven, 31935-6, p.6.

⁷⁵ TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 25; Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen (FM nr. 141)* 2013, p.19.

⁷⁶ TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 25.

⁷⁷ In bijna alle gevallen met betrekking tot doelen van fiscale instrumenten kunnen geen kwantitatieve prestatie-indicatoren geformuleerd worden, zie ook Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 juni 2010 betreffende de beoordeling beleidsdoorlichting belastinguitgaven, 31935-6, p.7.

⁷⁸ MvT, Kamerstukken II 2018/19, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2 en p.6.

⁷⁹ Hofman en de Vries, *WFR* 2019/107.

⁸⁰ Meijer, *WFR* 2015/918; Meijer, *WFR* 2018/170; Nadere NOB-reactie inzake “rekening-courantmaatregel voor directeur-grotaandeelhouders” van 19 oktober 2018.

wel binnen vijf jaar na het verstrekken van deze lening moet ingrijpen als hij een dividenduitkering wil constateren. Indien de inspecteur dit niet doet, zal het wegstrepen van de heffing inderdaad zonder box 2 heffing plaatsvinden.⁸¹

Indien de geldverstrekking (civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk) als lening is gekwalificeerd, kan deze lening onzakelijk zijn. Zoals in hoofdstuk twee uiteengezet, kan pas bij afwikkeling van de lening een winstuitdeling⁸² geconstateerd worden, waardoor geen navorderingslek ontstaat.⁸³

Alleen bij een normaal debiteurenrisico waarbij op een gegeven moment niet meer afgelost kan worden, kan sprake zijn van een vermogensverschuiving naar de dga die onbelast is. Zo zal afstel van belastingheffing ontstaan indien de dga bijvoorbeeld persoonlijk failliet is.⁸⁴

Mijns inziens kan er worden gesteld dat navorderen (binnen de vijfjaarstermijn) in de meeste gevallen dus mogelijk is, maar dat de capaciteit van de Belastingdienst hier veelal niet toereikend tot zal zijn. Het verminderen van de werklast voor de Belastingdienst vormt dan ook het tweede doel van het Wetsvoorstel, wat later in deze paragraaf uiteengezet wordt.

Brummen en Youssef stellen dat doordat het Wetsvoorstel op alle aanmerkelijkbelanghouders van toepassing is het eerste doel wordt voorbijgeschoten. Zij stellen dat niet elke ab-houder het immers voor het zeggen heeft in een vennootschap.⁸⁵ Echter zou mijns inziens gesteld kunnen worden dat hoewel niet iedere ab-houder het voor het zeggen heeft, wel gesteld kan worden dat iedere ab-houder zeggenschap heeft over het feit dat er een 'excessieve' lening aangegaan wordt.

Alleen in gevallen waarbij er minstens twee ab-houders bij één bv zijn waarvan de schuldenaar voor beide ab-houders een bloed-of aanverwant in de rechte lijn is, kan afgevraagd worden of het doel van het Wetsvoorstel voorbijgeschoten wordt. Zo wordt het 'excessieve' deel, ongeacht de grootte van het aanmerkelijk belang in de bv, in gelijke delen bij deze aandeelhouders belast.⁸⁶ Hierdoor kan een situatie ontstaan waarbij een ab-houder die over een klein gedeelte (bijvoorbeeld 5%) beschikt, minder invloed op de lening kan uitoefenen dan de andere ab-houder (die bijvoorbeeld over 95% beschikt). Indien het de daadwerkelijke bedoeling is om de ab-houder te belasten voor het 'excessieve' deel van de bloed-of aanverwant in de rechte lijn, zou dit opgelost kunnen worden door de heffing conform het aandelenbelang in de bv plaats te laten vinden.

Tegenover het argument dat het Wetsvoorstel zijn eerste doel (het voorkomen van uitstel van belastingheffing) voorbijgaat, geldt dat de maatregel door de uitzondering van de eigenwoningschuld uitsluitend op circa 3% van alle ab-houders betrekking zal hebben.⁸⁷ Het kan worden betwijfeld of de maatregel wel genoeg ab-houders raakt en het 'excessief' lenen wel beperkt wordt. Indien de overheid stelt dat pas van 'excessief' lenen sprake is indien er meer dan €500.000 geleend wordt, kan gesteld worden dat het doel bereikt wordt.

⁸¹ Brummen en Yousef, *WFR* 2019/59.

⁸² Er zijn diverse opvattingen omtrent het moment dat een winstuitdeling bij een onzakelijke lening gerealiseerd wordt, zie hiervoor paragraaf 2.4.3.

⁸³ Brummen en Yousef, *WFR* 2019/59.

⁸⁴ Brummen en Yousef, *WFR* 2019/59.

⁸⁵ Brummen en Yousef, *WFR* 2019/59.

⁸⁶ Zie Heithuis, *NTFR* 2019/1020 en het voorgestelde artikel 4.14b, lid 3, Wet IB 2001.

⁸⁷ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.4.

Echter kan afgevraagd of het bedrag niet lager ingesteld dient te worden. Zo is het bedrag “*arbitrair en werkt mogelijk voor lagere schuldposities juist averechts omdat dit onbenutte leencapaciteit suggereert.*”⁸⁸ Voorgesteld zou kunnen worden om de schuld naar €100.000 bij te stellen.⁸⁹ Er zijn namelijk 84.000 ab-huishoudens die (na aftrek van de eigenwoningschuld) een schuld aan de bv hebben, terwijl hiervan maar 11.000 ab-huishoudens in de heffing van het Wetsvoorstel worden betrokken.⁹⁰ Wellicht wordt de drempel op €500.000 gezet omdat dit een relatief kleine groep is met een groot fiscaal voordeel van €1,35 miljard, zodat er sprake is van een eenmalig grote belastingopbrengst.⁹¹

Om de beoogde belastingontwijking daadwerkelijk aan te pakken, dienen er geen lekken in het Wetsvoorstel te zijn. Heithuis stelt dat er in het huidige Wetsvoorstel al een manier bestaat om belasting te ontwijken. Om dit te bewerkstelligen kan een vader met het geld van een lening van zijn eigen bv ‘doorlenen’ aan zijn zoon. De zoon die in dit geval een excessieve lening van de bv van zijn vader heeft, kan de lening in privésfeer gebruiken om zijn excessieve lening af te lossen. Dit ziet er als volgt uit: In deze casus zijn er een vader en een zoon. De vader heeft een ab in een bv en leent vanuit deze bv €700.000 aan zijn zoon. Zelf leent de vader op dat moment nog niet van zijn bv. De vader zou in dit geval een lening van €200.000 bij zijn bv kunnen afsluiten en deze door kunnen lenen aan zijn zoon. Zo blijft de vader onder de drempel en kan de zoon deze €200.000 gebruiken om het excessieve gedeelte van zijn lening af te lossen. Zo blijven zowel de vader als de zoon onder de drempelwaarde van €500.000 en worden zij niet belast voor excessief lenen.⁹²

Heithuis stelt echter wel dat hierbij een kanttekening moet worden geplaatst. Deze constructie zou alleen opgaan indien het op deze manier doorlenen van een lening niet onder ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ valt.⁹³ Mijns inziens valt dit er wel onder, aangezien de Memorie van toelichting⁹⁴ stelt dat ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ is vormgegeven op basis van de gedachte bij artikel 10a, eerste lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) en artikel 3.92, lid 1, onderdeel a, Wet IB. Op deze manier wordt er gesteld dat ‘*back-to-back*’-situaties voorkomen moeten worden. Het voorbeeld dat hierbij gegeven wordt is: “*de situatie waarbij de vennootschap gelden leent aan de broer van de aanmerkelijkbelanghouder die de gelden doorleent aan de aanmerkelijkbelanghouder.*”⁹⁵ De invulling van artikel 10a, Wet Vpb en 3.92, lid 1, Wet IB sluiten hierbij aan aangezien ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ situaties voorkomt waarin men via een derde financiert om belastingheffing te ontgaan.⁹⁶ Hoewel bij de materiële werkelijkheid aangesloten wordt, ligt de bewijslast bij de inspecteur.⁹⁷ Er zal dus mijns inziens een grotere werklast voor de inspecteur ontstaan, wat de doeltreffendheid daarmee vermindert.

⁸⁸ L.G.M. Stevens, ‘Belastingheffing over leningen bij de eigen bv zou contraproductief zijn’, *FD* 2 april 2019, p. 24.

⁸⁹ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

⁹⁰ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.4.

⁹¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.12.

⁹² Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

⁹³ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

⁹⁴ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.14.

⁹⁵ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.14.

⁹⁶ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a, lid 1 Wet VPB 1969, aant. 6.4 (online, laatst bijgewerkt op 3 juli 2019; *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 3.92, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001, aant. 3.1.3 (online, laatst bijgewerkt op 5 juli 2019).

⁹⁷ Strik, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*.2.2.3.C.d (online, laatst bijgewerkt op 10 april 2019).

Ook kan de situatie ontstaan dat zakenpartners kruislings aan elkaar kunnen lenen.⁹⁸ In het geval dat dergelijke zakenpartners geen bloed-of aanverwant in de rechte lijn zijn kunnen zij aan elkaar vanuit hun eigen bv's leningen gaan verstrekken, als zij zelf al een lening van meer dan €500.000 van hun eigen bv hebben. Het huidige Wetsvoorstel lijkt zo een situatie niet te voorkomen.

Het tweede doel van het Wetsvoorstel poogt de werklast van de Belastingdienst te verminderen door een duidelijke beleidslijn te hanteren; alle leningen van meer dan €500.000 zijn excessief voor het gedeelte van de lening dat de €500.000 overtreft.⁹⁹ Hierbij kan worden afgevraagd in hoeverre deze harde beleidslijn de werkdruk van de Belastingdienst vermindert. Zo raakt de maatregel slechts 11.000 belastingplichtigen, wat slechts 13,10% van alle ab-houders met een schuld bij hun eigen bv betreft.¹⁰⁰ Daarnaast neemt dit niet weg dat discussie kan ontstaan over het deel van de ab-houders dat een schuld heeft voor het gedeelte kleiner dan €500.000. Zo blijft voor deze schulden de bestaande jurisprudentie voor geldleningen en eigenwoningschulden van toepassing. Hierbij wordt opgemerkt dat indien zowel sprake is van een winstuitdeling (op grond van jurisprudentie) als een excessieve schuld, slechts eenmaal geheven wordt over dit bedrag.¹⁰¹ Toch lijkt het Wetsvoorstel mijns inziens in ieder geval een kleine stap in de goede richting te zijn door de bewijslast in ieder geval bij een gedeelte van de leningen weg te halen.

Geconcludeerd kan worden dat het Wetsvoorstel aan de twee gestelde doelen; 1. het voorkomen van uitstel- en afstel van belastingheffing; en 2. het verminderen van de werklast, voor schulden boven de €500.000, voldoet. Dit wordt bereikt door elke ab-houder die 'excessief' leent in de maatregel te betrekken. Echter zal de maatregel beperkt zijn omdat het maar 13,10% van alle ab-houders met een schuld bij de bv raakt. Het Wetsvoorstel ziet niet op de leningen die de drempel van €500.000 niet halen, waardoor de huidige problematiek daar nog steeds zal blijven bestaan.

3.3.2 Doelmatigheid

Een wet dient ook doelmatig (ook wel efficiënt/eenvoudig) te zijn. Een wet is doelmatig indien de kosten bijdragen aan de realisatie van een bepaald doel en deze kosten in verband staan met de opbrengsten.¹⁰² Zoals bij doeltreffendheid, dient in elke regeling vermeld te worden in welke mate doelmatigheid in ieder geval verzekerd is.¹⁰³

Eenvoud (hetgeen vaak als efficiënt beschouwd wordt) is vaak moeilijk meetbaar. Zo wordt eenvoud vaak in combinatie met ruwere wetgeving gebracht, waardoor sprake is van minder maatwerk voor specifieke doelgroepen. Hierdoor dient vaak in een ander gebied de prijs voor eenvoud betaald te worden.¹⁰⁴ Hoewel deze prijs door een ander gebied betaald dient te worden, kan doelmatigheid als een valide rechtvaardigingsgrond gezien worden voor bepaalde regelingen.¹⁰⁵ Reden hiervoor is dat doelmatigheid rechtszekerheid kan bieden. Zo wordt het werken met forfaits (indien zij de werkelijkheid benaderen) bijvoorbeeld door het 'eenvoud' criterium niet als discriminatie aangemerkt.¹⁰⁶ Er dient dus

⁹⁸ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

⁹⁹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2.

¹⁰⁰ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.6.

¹⁰¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.6-7.

¹⁰² Kamerstukken II 2011/12, 31935, nr 8, p.2.

¹⁰³ TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 25.

¹⁰⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2019, 2019-0000088297, p.20.

¹⁰⁵ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, *BNB* 1999/271 (*Arbeidskostenforfait*).

¹⁰⁶ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, *BNB* 1999/271 (*Arbeidskostenforfait*).

een dusdanige verhouding gecreëerd te zijn, dat de verhouding tussen de baten en lasten niet te ongunstig zal uitpakken.¹⁰⁷

Het Wetsvoorstel creëert doelmatigheid, aangezien heffing niet afgedaan kan worden indien de belastingplichtige bewijs levert dat de lening niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een reden om een dergelijke ‘tegenbewijsmogelijkheid’ niet toe te staan is omdat dit tot onacceptabele handhavingsproblemen¹⁰⁸ en dus tot meer werkdruk bij de Belastingdienst leidt. Dit sluit aan bij het tweede doel van het Wetsvoorstel, wat het verminderen van de werklust van de Belastingdienst beoogt.

De vraag is echter in hoeverre dit tot onacceptabele handhavingsproblemen leidt, aangezien andere fiscale regelgevingen¹⁰⁹ die betrekking hebben op de juridische vormgeving van een structuur de belastingplichtige wel voorzien in een tegenbewijsmogelijkheid.¹¹⁰

Om de handhavingsproblemen in kaart te brengen, dient afgevraagd te worden hoe tegenbewijs voor privébeleggingen of privé-investeringen geleverd kan worden. Zo dient bij een eigenwoningschuld vanaf 1 januari 2022 een hypotheekrecht gegeven te worden. Reden hiervoor is dat door een hypotheekrecht te vereisen voorkomen wordt dat een eigenwoningschuld aangegaan wordt bij de bv, waarna de abhouder de woning bijvoorbeeld als onderpand aan een bank kan geven. Het gevolg hiervan is dat de woning dan gebruikt zou kunnen worden om een consumptieve behoefte te herfinancieren.¹¹¹

Tegenbewijs voor leningen ten behoeve van privébeleggingen of investeringen zal echter lastiger zijn, waardoor veel discussie kan ontstaan. Echter zou gesteld kunnen worden dat zekerheid aangetoond kan worden door middel van bankgaranties, hypotheekrechten of een verpanding.¹¹² Tevens wordt in paragraaf 4.2 en 4.3.3 alternatieven gegeven voor deze bewijsvoering, waardoor minder of geen handhavingsproblemen zullen spelen.

Geconcludeerd kan worden is dat het Wetsvoorstel eenvoudig is aangezien er geen tegenbewijsmogelijkheid bestaat. Voor de belastingplichtige is dit nadelig aangezien zij geen mogelijkheid heeft om de zakelijkheid van een mogelijk zakelijke lening te bewijzen. Voor de belastingplichtige is het ook duidelijk dat het geen zin heeft om voor het excessieve gedeelte boven de €500.000 een juridische procedure te beginnen, omdat het Wetsvoorstel tegenbewijsvoering niet toelaat. Per saldo zal de besparing van de fiscus om geen ellenlange discussies en procedures voor schulden boven de €500.000 plaats te laten vinden ervoor zorgen dat voor de fiscus aan het criterium van doelmatigheid wordt voldaan. Echter zal het Wetsvoorstel niet geheel doelmatig zijn, aangezien er alternatieven mogelijk zijn die wel in een tegenbewijsmogelijkheid of mogelijkheid om als lening voor privéinvestering of belegging te voorzien.

¹⁰⁷ TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 25.

¹⁰⁸ Peters en Auerbach, *FTV* 2019/3-10.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 3.55 Wet IB, waar bij een aandelenfusie een tegenbewijsmogelijkheid gegeven wordt om te bewijzen dat de fusie niet plaats vindt met het oog op ontstaan of uitstellen van belastingheffing.

¹¹⁰ Peters en Auerbach, *FTV* 2019/3-10.

¹¹¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.10.

¹¹² MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, p. 66.

3.3.3 Draagkracht

Het draagkrachtbeginsel vormt de grondslag van de Wet IB en geldt als het belangrijkste verdelingsbeginsel. Zo wordt de inkomstenbelasting geheven naar financiële draagkracht.¹¹³ Hierbij wordt gekeken naar de *“mate waarin natuurlijke personen (nieuwe) beschikkingsmacht over goederen en diensten verkrijgen.”*¹¹⁴ Om dit te bepalen wordt bij de heffingsgrondslag van het fiscale inkomstenbegrip gekeken naar hetgeen werkelijk is genoten. Dit gebeurt op basis van het reële stelsel.¹¹⁵ Daarnaast geldt bij een gelijk inkomen, dat het inkomen naar dezelfde rato belast moet worden en dat het bedrag aan belasting dus gelijk dient te zijn.¹¹⁶ Er mag dus niet tweemaal over hetzelfde bedrag worden geheven, hetgeen ook wel het *“ne bis in idem”* principe genoemd. Anderzijds geldt dat een (gedeeltelijke) vrijstelling van belasting (denk hier bijvoorbeeld aan de MKB-winstvrijstelling bij een IB-ondernemer) het draagkrachtprincipe kan schenden. Indien hier sprake van is, zal een rechtvaardiging vereist zijn.¹¹⁷

3.3.3.1 Reële stelsel

Het reële stelsel speelt een belangrijke rol in de Wet IB. Schendstok stelt in 1932 al dat in de Wet IB 1914 iemand inkomen geniet als er sprake is van een verbinding tussen de belastingplichtige en de bron van inkomen.¹¹⁸ Daaropvolgend wordt onder de Wet IB 1964 een bronnensysteem geïntroduceerd waar, hoewel er geen definities opgenomen zijn, twee typen inkomen uit af te leiden zijn. Zo zijn er ten eerste objectieve bronnen, waarbij de genietter diegene is die het recht heeft van de bron of aan wie de bron ter beschikking gesteld is. Ten tweede zijn er subjectieve bronnen. Hierbij wordt eerst objectief vastgesteld of sprake is van winst uit onderneming, waarna het daaruit vloeiende voordeel aan de eerste persoon die dit geniet wordt toegekend.¹¹⁹ Ook in de Wet IB is geen definitie gegeven van het begrip ‘genieten’. De Memorie van toelichting¹²⁰ kent hier (met dezelfde betekenis als in de Wet IB 1964) echter wel een definitie aan toe: *“Het genieten van inkomen is van toepassing indien het inkomen is ‘opgekomen’ of het inkomen op grond van een specifieke bepaling geacht wordt ‘opgekomen’ te zijn.”*¹²¹ Hierbij wordt opgemerkt dat de Wet IB streeft naar individualisering van het belastingstelsel, zodat elk voordeel (met uitzondering van inkomensbestanddelen voor minderjarige kinderen¹²² en toerekening van gezamenlijke inkomensbestanddelen tussen partners¹²³) bij diegene die het inkomen geniet, wordt belast.¹²⁴

Indien het reële stelsel leidt tot onrechtvaardigheid door uitvoeringstechnische redenen, bijvoorbeeld omdat belastingbesparende constructies makkelijk zijn, kunnen uitzonderingen aangebracht worden.¹²⁵ Zo kan een afweging tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid ervoor zorgen dat een forfaitaire

¹¹³ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.0.0.1 (online, laatst bijgewerkt op 24 april 2019).

¹¹⁴ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2) 2014, p. 62.

¹¹⁵ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2) 2014, p. 29.

¹¹⁶ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2) 2014, p. 1531.

¹¹⁷ L.G.M. Stevens, *WFR* 2011/1168.

¹¹⁸ Zie voor een korte uiteenzetting van de inhoud van deze les bijvoorbeeld S. Klein, *WFR* 1959/749.

¹¹⁹ Van Dijk, *WFR* 1988/1661.

¹²⁰ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26726, 3, p. 79.

¹²¹ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26726, 3, p. 79.

¹²² Zie artikel 2.15 Wet IB 2001.

¹²³ Zie artikel 2.17 Wet IB 2001.

¹²⁴ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26726, 3, p. 79.

¹²⁵ Essers, *WFR* 1999/1463.

regeling in het kader van efficiëntie de voorkeur heeft. Dit is bijvoorbeeld in box 3 met de vermogensrendementsheffing het geval.¹²⁶

Met betrekking tot het Wetsvoorstel kan men zich afvragen of een ab-houder die van zijn bv leent, een voordeel geniet die een andere Wet IB-ondernemer niet geniet. Gesteld kan worden dat alleen het deel van de winst dat niet benodigd is om de continuïteit van de onderneming te garanderen of benodigd is voor investeringen, beschikbaar is voor winstuitkering. Belastingheffing dient dus plaats te vinden indien geld vrijkomt voor consumptie.¹²⁷ Deze gedachte wordt immers ook voor de Wet IB-ondernemer doorgevoerd, bijvoorbeeld voor het deel van de winst dat onder de MKB-winstvrijstelling valt. Zo wordt gesteld dat dit benodigd is voor continuïteit.¹²⁸ Aangezien er dus gesteld zou kunnen worden dat een voordeel wordt genoten voor het gedeelte dat niet meer in de bv benodigd is, zou gesteld kunnen worden dat bij een lening ten behoeve van consumptie sprake is van 'genieten' en derhalve belast zou moeten worden. Leningen ten behoeve van investeringen zouden dus niet onder het begrip vallen, waardoor het Wetsvoorstel voorbijgaat aan het begrip genieten.

Tevens is de afwijking van de toewijzing van 'genieten' opvallend bij het Wetsvoorstel. Zo is voorgesteld dat indien bloed- of aanverwanten van een ab-houder bij een bv een bedrag boven de €500.000 bij de desbetreffende bv lenen, de ab-houder voor dit bedrag belast wordt.¹²⁹ Heithuis stelt dat het Wetsvoorstel ertoe leidt dat de belasting bij verkeerde persoon wordt geheven.¹³⁰ Als gekeken wordt naar de definitie die in de toelichting is gegeven,¹³¹ kan inkomen door middel van een specifieke bepaling geacht 'opgekomen' te zijn. Als echter de relatie tussen de bron en de belastingplichtige bekeken wordt, kan gesteld worden dat juist de bloed- of aanverwant van de ab-houder van het geleende geld hebben genoten en niet de ab-houder zelf.¹³²

Eveneens volgt op grond van het voorgestelde artikel 4.14b, Wet IB dat indien er meerdere ab-houders zijn waarvan de lener bloed- of aanverwant in de rechte lijn is het 'excessieve' deel gelijkmatig verdeeld wordt over de ab-houders. Hierbij zou ik mij willen aansluiten bij de mening van Heithuis aangezien het mijns inziens logischer zou zijn als ervoor wordt gekozen om het fictieve voordeel op basis van het aandelenbelang te verdelen.¹³³

Geconcludeerd kan worden dat aangezien heffing niet alleen over consumptieve leningen plaatsvindt en de belasting wordt geheven bij partijen die geen voordeel van de lening ondervinden, gesteld kan worden dat niet in alle gevallen aan het reële stelsel voldaan wordt.

3.3.3.2 Inkomen wordt naar dezelfde rato belast

Op grond van het draagkrachtbeginsel wordt gesteld dat aan elke Euro gelijke draagkracht moet worden gegeven.¹³⁴ Om dit te waarborgen dient elke belastingplichtige op dezelfde wijze belast te worden. Zo

¹²⁶ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2) 2014, p.30-31.

¹²⁷ Wijtvliet, *FED* 2019/80.

¹²⁸ Essers, *WFR* 2018/109.

¹²⁹ Zie het voorgestelde artikel 4.14b lid 2 Wet IB 2001.

¹³⁰ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹³¹ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26726, 3, p. 79.

¹³² Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹³³ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹³⁴ L.G.M. Stevens, *WFR* 2011/1168.

dient iedereen voor hetzelfde feit belast te worden en mag er ook geen dubbele belastingheffing plaatsvinden.

Met betrekking tot het Wetsvoorstel wordt gesteld dat een voordeel wordt genoten indien er meer dan €500.000 wordt geleend.¹³⁵ Echter blijkt uit paragraaf 3.3.3.1 dat elk bedrag dat voor consumptie aangewend kan worden onder het begrip ‘genieten’ valt. Het gevolg is dat er niet naar draagkracht wordt gekeken aangezien elke ab-houder onder de €500.000 ook voor het consumptieve deel in de heffing betrokken zou moeten worden. Derhalve wordt hiermee aan het draagkrachtbeginsel voorbijgegaan.

Met betrekking tot heffing dient tevens naar artikel 1.1.5, Leidraad Invordering 2008 (hierna: de Leidraad) gekeken te worden. Zo stelt de Leidraad dat bij invordering zoveel mogelijk in overeenstemming met de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en het Besluit Fiscaal bestuursrecht dient te worden gehandeld. Zo stelt de Memorie van toelichting op artikel 8:77, Awb dat een beginsel als “*ne bis in idem*” altijd meegenomen dient te worden.¹³⁶ Bij het strafrecht houdt dit in dat niemand voor een tweede keer vervolgd kan worden indien de rechter reeds onherroepelijk uitspraak heeft gedaan over hetzelfde feit (artikel 68, Wetboek van Strafrecht).¹³⁷

Voor de Wet IB geldt dat de rangorderegeling van artikel 2.14, lid 1, Wet IB ervoor zorgt dat het “*ne bis in idem*” principe wordt gevolgd. Deze regeling bepaald dat een voordeel alleen op grond van het eerste opgenomen wetsonderdeel in de heffing betrokken kan worden. Hiermee wordt voorkomen dat gegeneerde inkomsten uit vermogensbestanddelen tweemaal worden belast.¹³⁸ Dat dubbele belasting bijvoorbeeld vermeden wordt blijkt tevens bij de invoering van de Wet IB. Zo worden bijvoorbeeld aandelen, winstbewijzen en schuldvorderingen die door het boxensysteem niet onder het ab-regime vallen, belast in box 3. Echter zou indien de historische verkrijgingsprijs aangehouden wordt en de aandelen later weer tot box 2 gaan behoren, dubbele heffing kunnen plaatsvinden.¹³⁹ Er wordt in box 2 bij vervreemding namelijk belast tegen de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs.¹⁴⁰ Daarom wordt in dit geval de verkrijgingsprijs op waarde economisch verkeer gesteld.¹⁴¹ Essers sluit hierbij aan door te stellen dat bij belastingheffing sprake moet zijn van dynamische neutraliteit. Zo stelt hij dat een evenwichtig stelsel dubbele belastingheffing of een claimverlies, zowel in een box als bij overplaatsing van een vermogensbestanddeel tussen boxen, altijd voorkomen dient te worden.¹⁴²

De grootste kritiek op het Wetsvoorstel betreft de dubbele belastingheffing die het Wetsvoorstel met zich brengt, aangezien er, met uitzondering voor het in aanmerking genomen fictieve voordeel in 2022, geen anticumulatieregeling is opgenomen voor eerder in aanmerking genomen fictieve reguliere

¹³⁵ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2.

¹³⁶ T&C Awb, aant. 3 op art. 8:77 onder verwijzing naar MvT, PG Awb II, p. 500.

¹³⁷ HR 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BD0200, *BNB* 2010/5, m.nt. G.J.M.E. de Bont.

¹³⁸ Hoogeveen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.2.4.1.A (online, laatst bijgewerkt op 28 januari 2019).

¹³⁹ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26727, 3, p.211.

¹⁴⁰ Zie artikel 4.19 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹⁴¹ MvT Kamerstukken II 1998/99, 26727, 3, p.211; artikel 4.22 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹⁴² Essers, *WFR* 1999/1463.

voordelen.¹⁴³ Het gevolg is dat viermaal dubbele heffing kan ontstaan.¹⁴⁴ Heithuis zet de viermaal dubbele heffing als volgt uiteen:

“Stel, vader heeft € 700.000 geleend van ‘zijn’ bv. Hij wordt dus ingevolge het voorgestelde art. 4.13, lid 1, onderdeel f, Wet IB voor € 200.000 belast in box 2. Vervolgens schenkt hij de aandelen in de bv aan zijn dochter. Voor die € 700.000 zal vermoedelijk geen beroep kunnen worden gedaan op de schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB, aangezien dit kwalificeert als beleggingsvermogen. Vader wordt dus opnieuw belast in box 2 over die € 200.000 (en ook over de € 500.000 overigens). Dat is dus twee keer heffen over € 200.000 (zie ook hiervóór). Blijft de schuld verder ongewijzigd in stand, dan wordt de dochter na de schenking opnieuw belast voor diezelfde € 200.000 vanwege eerdergenoemde toerekeningsregel van het voorgestelde art. 4.14b, lid 2, Wet IB. Weliswaar heeft de heffing over € 200.000 het maximumbedrag van € 500.000 verhoogd tot € 700.000 (vide het voorgestelde art. 4.14b, lid 1, Wet IB), maar dit is geschied bij de vader en niet bij de dochter; de dochter heeft niets aan deze verhoging. Dit is dus drie keer heffen over € 200.000. Lost vader de schuld vervolgens af en keert de dochter die aflossing in een later jaar uit als dividend, dan vindt er weer belastingheffing plaats over diezelfde € 200.000. Dat is dus vier keer heffen over hetzelfde bedrag!”¹⁴⁵

Aangezien de maatregel een bewuste dubbele heffing betreft (eerst wordt de lening fictief belast, waarna geen verrekening voor fictieve reguliere voordelen vanaf 2023 plaats kan vinden)¹⁴⁶ en er geen behoorlijk verband is tussen het principe van een ab-heffing en de heffing van het Wetsvoorstel, zou afgevraagd kunnen worden of sprake is van een ‘criminal charge’.¹⁴⁷ Het doel van box 2 is namelijk om ervoor te zorgen dat cumulatief, tezamen met de vennootschapsbelasting, het bedrag van de heffing van dividend gelijk te stellen is aan het box 1.¹⁴⁸

Om te spreken van ‘criminal charge’ (artikel 6, EVRM) zijn er diverse criteria ontwikkeld. Een van de voorwaarden die hierbij in de zaak Bendenoun/Frankrijk is gesteld, is dat een sanctie onder andere punitief dient te zijn.¹⁴⁹ Dit houdt in dat het een bestraffende sanctie betreft waarbij het doel is om leed te creëren bij een overtreder.¹⁵⁰ *“De enkele omstandigheid dat een regeling in een zekere mate een afschrikwekkend karakter heeft en de bedoeling heeft bepaald gedrag te ontmoedigen door aan dat gedrag voor de betrokkene negatieve financiële gevolgen te verbinden (in casu heeft de belanghebbende gewezen op (de verhoging van) het heffingspercentage en de daarmee samenhangende aanzienlijke omvang van de naheffingsaanslag), is onvoldoende om die regeling als zijnde ‘criminal’ in de zin van artikel 6, EVRM aan te merken.”¹⁵¹*

Aangezien het doel van het Wetsvoorstel is om ‘excessief lenen’ te ontmoedigen door fictief te belasten en er geen doel is om leed te creëren, kan mijns inziens gesteld worden dat er geen sprake is van een ‘criminal charge’.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld NOB (2019), Betreft reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap; Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹⁴⁴ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹⁴⁵ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹⁴⁶ NOB (2019), Betreft reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

¹⁴⁷ Peters & Acherbach, *FTV* 2019/3-10.

¹⁴⁸ Heithuis, *WFR* 2006/291.

¹⁴⁹ EHRM 24 februari 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2047, *NJ* 1994, 496, m.nt. E.A. Alkema (*Bendenoun/Frankrijk*).

¹⁵⁰ Verbeek, T&C Awb, commentaar op art. 5:2 Awb (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2019).

¹⁵¹ Hof Amsterdam 14 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2441, nr. 17/00390.

Dubbele heffing zou bij het Wetsvoorstel mogelijk zijn indien het doel is om gedrag te ontmoedigen en tot een evenwichtiger vorm van belastingheffing te komen, waarbij samenloop van heffing niet disproportioneel of excessief is.¹⁵² Zo wordt de pseudo-eindheffing bijvoorbeeld gebruikt om keuzes van bedrijven en burgers te beïnvloeden.¹⁵³ Dit blijkt tevens uit artikel 2.14, derde lid, onderdelen b, c, en d, Wet IB, waarbij dubbele heffing opgenomen is om gedrag te ontmoedigen, dan wel misbruik te voorkomen.¹⁵⁴

Het doel van het Wetsvoorstel is om excessief lenen te ontmoedigen.¹⁵⁵ Er wordt echter niet direct weergegeven dat sprake is van een antimisbruikbepaling. Indien sprake is van een antimisbruikbepaling, geldt dat nieuwe regelingen over het algemeen geen invloed hebben op gebeurtenissen voor de inwerkingtreding van de maatregel of terugwerkende kracht mogen bevatten.¹⁵⁶ Het is aan de Wetgever om duidelijker toe te lichten of met het Wetsvoorstel een antimisbruikbepaling is beoogd.

Geconcludeerd kan worden dat het Wetsvoorstel voor schulden na 2023 in eerste instantie niet aan dit criterium voldoet, aangezien dubbele heffing kan plaatsvinden. Indien ervanuit gegaan wordt dat de Wetgever een antimisbruikbepaling beoogd, kan dubbele heffing plaatsvinden, maar mag er geen sprake zijn van terugwerkende kracht.

3.3.4 Rechtszekerheid

Popelier stelt op grond van diverse omschrijvingen van diverse Hoven dat het rechtszekerheidsbeginsel als volgt beschreven kan worden: *“Essentieel aan de werking van het rechtszekerheidsbeginsel is het onderscheid tussen (...) enerzijds, de rechtszekerheid die wordt geboden door het objectieve recht en, anderzijds, het vertrouwensbeginsel als een toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel in zijn meer subjectieve aspect.”*¹⁵⁷

Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit het vertrouwensbeginsel voort.¹⁵⁸ Vertrouwen is van belang, aangezien het een basiswaarde voor de samenleving betreft.¹⁵⁹ Het vertrouwensbeginsel houdt in dat een belastingsschuld uitsluitend uit de wet voortvloeit en dat het vertrouwen wat gewekt is beschermd wordt.¹⁶⁰ Echter geldt dat een belastingplichtige er niet vanuit mag gaan dat er geen wetwijziging plaats kan vinden.¹⁶¹ De belastingplichtige moet ervanuit gaan dat regelingen veranderd kunnen worden, maar dat de regelingen niet met terugwerkende kracht mogen worden ingevoerd.¹⁶²

¹⁵² Rb. Noord-Holland 07 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:5606, V-N 2017/51.2.1.

¹⁵³ Hof Amsterdam 14 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2441, nr. 17/00390.

¹⁵⁴ Vakstudie *Inkomstenbelasting*, art. 2.14 Wet IB 2001, aant. 5 lid 3(b,c en d) (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2019).

¹⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.3.

¹⁵⁶ Vakstudie *Inkomstenbelasting*, art. 3.57 Wet IB 2001, aant. 6.10 (online, laatst bijgewerkt op 3 juli 2019); Vakstudie *Inkomstenbelasting*, art. 3.55 Wet IB 2001, aant. 6.10 (online, laatst bijgewerkt op 3 juli 2019).

¹⁵⁷ Popelier 1997, p. 176.

¹⁵⁸ Zie onder andere HvJ EG 3 december 1998, C-381/97, ECLI:EU:C:1998:589 (*Belgocodex*); HvJ EG 3 mei 1978, C-112/77, ECLI:EU:C:1978:94 (*Toepfer*); HvJ EG 26 april 1988, C-31/86 (*Krücken*).

¹⁵⁹ L.G.M Stevens, *WFR* 2004/1363.

¹⁶⁰ Lubbers, *Foutenleer* (FM nr. 95) 2000, p.232.

¹⁶¹ Zie onder andere HvJ EG 29 april 2004 gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02, ECLI:EU:C:2004:263 (*Gemeente Leusden en Holin*); HR 21 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1497, NJ 1996, 231, m.nt. M. Scheltema (*Krijco/Hilversum*).

¹⁶² Lubbers, *Foutenleer* (FM nr. 95) 2000, p. 232.

Met betrekking tot het Wetsvoorstel sluit de SRA¹⁶³ bij het feit dat geen sprake van terugwerkende kracht mag zijn. Zo stelt zij dat hoewel schulden ter verwerving van aandelen in een bv makkelijk terugbetaald kunnen worden door bijvoorbeeld de effectenportefeuille over te dragen aan de bv of de effectenportefeuille te verkopen en met de winst de schuld af te lossen, dit ingeval van investeringen in onroerende zaken vaak niet direct binnen 3,5 jaar mogelijk is. Een reden hiervoor is dat onroerende zaken als zekerheid ingezet kunnen zijn bij derden. Andere reden zijn dat bij verkoop, verkoopkosten als overdrachtsbelasting ontstaan of dat verkoop niet mogelijk is. Indien verkoop wel mogelijk zou zijn, zou een overdrachtsbelastingvrijstelling in 2022 ook wenselijk zijn.¹⁶⁴ Als de belastingplichtige dit twee of drie jaar geleden had geweten, had hij wellicht voor een andere financieringsstructuur gekozen.

Mijns inziens schiet de regeling dan ook tekort en worden belastingplichtigen onevenredig gestraft voor een keuze die op de huidige regeling is gebaseerd. Het vertrouwen dat dga's ervan uit mochten gaan dat de huidige regeling zou worden gerespecteerd, wordt geschaad. *“Natuurlijk heeft een kabinet de bevoegdheid om het fiscale regime te wijzigen, maar dan heeft het zich rekenschap te geven van de binnen de huidige wet- en regelgeving legitiem bestaande gevallen.”*¹⁶⁵

Geconcludeerd kan worden dat niet volledig aan het vertrouwensbeginsel wordt voldaan. Hoewel een belastingplichtige ervan uit dient te gaan dat wetgeving kan veranderen, bevat de maatregel terugwerkende kracht. Ondanks dat sprake is van een overgangstijd aangezien de maatregel (volgens het conceptwetsvoorstel) per 1 januari 2022 ingaat, geldt dat privé investeringen en beleggingen vaak niet binnen een korte termijn (kosteloos) teruggedraaid kunnen worden.

3.3.5 Geen terugwerkende kracht

Schuver-Bravenboer definieert terugwerkende kracht als volgt: *“Na het inwerkingtredingsmoment veranderen de materiële rechtsgevolgen die zijn verbonden aan feiten die zich voordeden vóór het inwerkingtredingsmoment of aan toestanden die bestonden op het moment van aanvang van de werking dan wel in de periode tussen aanvang van de werking en het inwerkingtredingsmoment zijn ontstaan.”*¹⁶⁶ Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen materieel-, formeel-, en maatschappelijk terugwerkende kracht.¹⁶⁷ Deze drie vormen worden hieronder uiteengezet.

1. *Formeel terugwerkende kracht*: hierbij werkt de wet, door bewoordingen, in vóór de bekendmaking.¹⁶⁸ Zo dient een wet in te grijpen op voldongen feiten of afgeronde toestanden te hebben. Een voldongen feit betreft een feit dat plaats vond vóór het inwerkingtredingsmoment en waaraan toentertijd een rechtsgevolg verbonden was.¹⁶⁹ Een afgeronde toestand heeft betrekking op een feit dat voor de inwerkingtreding bestond, waar voor inwerkingtreding een rechtsgevolg aan verboden was, dat het enige rechtsgevolg is dat aan deze toestand gegeven wordt.¹⁷⁰ Met betrekking tot het Wetsvoorstel is sprake van een voldongen feit, aangezien er voordat het Wetsvoorstel inwerking treedt er op grond van jurisprudentie een rechtsgevolg aan

¹⁶³ SRA is de afkorting voor Samenwerkende Register Accountants en Accountants Administratieconsulenten.

¹⁶⁴ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.8.

¹⁶⁵ Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

¹⁶⁶ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p.30.

¹⁶⁷ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p.32.

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Weber in zijn aantekening bij HvJ EG 8 juni 2000, C-396/98, ECLI:EU:C:1991:65 (*Schloßstraße*) FED 2001/396; HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (*Zuckerfabrik*), Jurispr. 1991, blz. I-415.

¹⁶⁹ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 341.

¹⁷⁰ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 51.

een ‘excessieve lening’ verbonden is. Echter geldt dat bij het Wetsvoorstel geen sprake is van formeel terugwerkende kracht, aangezien deze niet ingrijpt op de voldongen feiten. Alle leningen worden immers belast vanaf 1 januari 2022,¹⁷¹ wat na aankondiging van het Wetsvoorstel is.

2. *Materieel terugwerkende kracht*: dit ziet op het feit dat een regel feitelijk terug kan gaan naar het verleden.¹⁷² Zo geldt dat de regel niet in werking treedt voor de bekendmaking, maar dat het wel effect heeft op situaties voor deze datum.¹⁷³ Om te spreken van materieel terugwerkende kracht dient aan één van de twee voorwaarden van het gehanteerde beoordelingskader voor belastende wetswijzigingen voldaan te worden. De eerste voorwaarde betreft een verandering in bronvoorwaarden, waardoor inkomsten of vermogensbestanddelen anders belast gaan worden.¹⁷⁴ Aan de eerste voorwaarde wordt niet voldaan, aangezien de inkomsten of vermogensbestanddelen voortaan niet tot een andere bron van inkomen worden gerekend.¹⁷⁵ De tweede voorwaarde houdt in dat het inkomensbegrip veranderd dient te worden.¹⁷⁶ Aangezien het Wetsvoorstel zorgt voor een verandering van het inkomensbegrip wordt aan het tweede criterium voldaan. Zo worden schulden boven de €500.000, ongeacht of zij voor de inwerkingtredingsdatum al bestonden, als fictief voordeel in aanmerking genomen.¹⁷⁷ Indien het Wetsvoorstel in deze vorm aangenomen wordt, zal dit tot veel heffingen leiden als de ab-houder hier niet op heeft geanticipeerd.¹⁷⁸
3. *Maatschappelijk terugwerkende kracht*: houdt in dat verwachtingen van belastingplichtigen niet uitkomen door de invoering van een nieuwe regel, aangezien de regel niet voorzienbaar was.¹⁷⁹ Hierbij geldt dat zodra een wetswijziging voorzienbaar is, er geen verwachting meer kan zijn dat de ‘oude’ regel van toepassing blijft.¹⁸⁰ Reden hiervoor is dat het vanaf dat moment begrijpelijk voor de belastingplichtige is wat de rechtsgevolgen zijn.¹⁸¹

Schuver-Bravenboer kent aan gebeurtenissen bij een wetswijziging een *voorzienbaarheidsfactor* toe, waarmee een rangorde tussen verschillende gebeurtenissen aangebracht wordt. Deze schaal loopt van 0 (niet voorzienbaar) tot 5 (volledig voorzienbaar).¹⁸² Hoewel veel jurisprudentie omtrent de kwalificatie van een lening ontstaan is, kan niet gesteld worden dat het Wetsvoorstel voorzienbaar is. Reden hiervoor is dat jurisprudentie van de Hoge Raad, Hvj, EVA-Hof en EHRM een *voorzienbaarheidsfactor* van 0 toegewezen krijgen.¹⁸³ Zo wordt gesteld dat in situaties waarbij de Hoge Raad een termijn voor een wetswijziging vrijlaat (met uitzondering van het geval waarbij niet aan het non-discriminatiebeginsel voldaan wordt), geen

¹⁷¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.2.

¹⁷² Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p.32.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld Weber in zijn aantekening bij HvJ EG 8 juni 2000, C-396/98, ECLI:EU:C:1991:65 (*Schloßstraße*) FED 2001/396; HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (*Zuckerfabrik*), Jurispr. 1991, blz. I-415.

¹⁷⁴ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 341-342.

¹⁷⁵ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 13.

¹⁷⁶ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 341-342.

¹⁷⁷ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.3.

¹⁷⁸ Heithuis, *NFTF* 2019/1020.

¹⁷⁹ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 143 -225.

¹⁸⁰ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 320.

¹⁸¹ HvJ EG 26 april 2005, C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251 (*Goed Wonen II*).

¹⁸² Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 182-225.

¹⁸³ Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 320.

zekerheid verleend kan worden. Daarnaast zal indien een wijziging na een arrest plaats zal plaatsvinden, dit bijvoorbeeld door de staatssecretaris aangekondigd worden. Derhalve is jurisprudentie op zichzelf niet voldoende.¹⁸⁴

Er geldt dat media een *voorzienbaarheidsfactor* van 1 toegewezen krijgen.¹⁸⁵ Hoewel in de loop der jaren veel artikelen gepubliceerd zijn met betrekking tot het (consumptief) lenen bij een bv,¹⁸⁶ kan ondanks de zichtbare tendens, geen zekerheid gegeven worden dat een wetswijziging plaats zal vinden.¹⁸⁷ Er zal pas sprake zijn van volledige voorzienbaarheid indien een wetswijziging aangekondigd is door middel van een persbericht of indien een Wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen wordt. Dit is echter nog niet het geval, aangezien tot 1 april 2019 een internetconsultatie gestart is en de verwachting is dat het Wetsvoorstel pas na de zomer bij de Tweede Kamer ingediend wordt.¹⁸⁸ Als het Wetsvoorstel op deze wijze toegepast wordt, is sprake van maatschappelijk terugwerkende kracht.

Terugwerkende kracht mag alleen bij een bijzondere reden (bij noodzaak, waarbij het vertrouwen in acht is genomen) gebruikt worden.¹⁸⁹ De Raad van State stelt dat er twee omstandigheden zijn die bij belastende regelingen (het Wetsvoorstel is belastend aangezien de ab-houder fictief in de heffing betrokken wordt) tot de uitzonderlijke gevallen behoren. Ten eerste wordt terugwerkende kracht gerechtvaardigd indien er aanmerkelijke aankondigingseffecten zijn. Ten tweede vindt rechtvaardiging plaats indien er sprake is van extensief oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening.¹⁹⁰

Indien het Wetsvoorstel op deze wijze ingevoerd wordt, zou een overgangsmaatregel op zijn plaats zijn. Hoewel de kosten nadelig zouden kunnen zijn door bijvoorbeeld aankondigingseffecten,¹⁹¹ zou om aankondigingseffecten te voorkomen de stand van de schuld op Prinsjesdag 2018 gehanteerd kunnen worden.¹⁹² Er wordt dan voorkomen dat na deze datum meerdere 'excessieve schulden' aangegaan worden.

Geconcludeerd kan worden dat het Wetsvoorstel (zonder aanpassingen) terugwerkende kracht bevat. Om dit te voorkomen dient de stand van de schuld aan de ab-houder op Prinsjesdag 2018 gehanteerd te worden, zodat aankondigingseffecten voorkomen worden. Indien het Wetsvoorstel deze overgangsmaatregel gaat hanteren, voldoet het Wetsvoorstel aan dit criterium. Aangezien het Wetsvoorstel deze overgangsmaatregel nog niet bevat, is dit een tekortkoming van het Wetsvoorstel.

3.4 Conclusie

Aan de hand van de tussenconclusies uit paragraaf 3.2, wordt in dit schema een beoordeling aan de onderdelen toegekend door gebruik te maken van symbolen. De symbolen die toegekend worden zijn: ✓ (voldoende), ≈ (middelmatic) of ✗ (onvoldoende). Voor dit onderzoek zullen alle criteria eenzelfde

¹⁸⁴ Schuiver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 203-210.

¹⁸⁵ Schuiver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 213-214.

¹⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Meijer, *WFR* 2015/918; Meijer, *WFR* 2018/170.

¹⁸⁷ Schuiver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 213-214.

¹⁸⁸ Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie, *V-N Vandaag* 2019/498.

¹⁸⁹ Zie onder andere HvJ EG 25 januari 1979, C-98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*); HvJ EG 26 april 2005, C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251 (*Goed Wonen II*).

¹⁹⁰ Kamerstukken II 1996/97, 25212, nr. 2.

¹⁹¹ Schuiver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (FM nr. 131) 2009, p. 367-378.

¹⁹² Heithuis, *NTFR* 2019/1020.

weging hebben, maar zullen doeltreffendheid en draagkracht bij gelijkspel een doorslaggevende factor zijn. Zo heeft een wet mijns inziens geen nut als geen sprake is van doeltreffendheid. Het draagkrachtbeginsel is de grondslag van de Wet IB.¹⁹³

Het schema met betrekking tot het Wetsvoorstel ziet er als volgt uit:

Criterium	Onderdelen van het criterium	Beoordeling Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	≈
	Doel 2: Het verminderen van de werklust van de Belastingdienst	≈
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	≈
Draagkracht	Het reële stelsel	x
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	x
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓
	Het vertrouwensbeginsel	≈
Geen terugwerkende kracht	Geen formeel-en materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	x

Zoals uit het schema blijkt voldoet het Wetsvoorstel niet aan alle criteria. Daarom zal een aanpassing van het Wetsvoorstel en drie alternatieven om excessief lenen te voorkomen in hoofdstuk vier aan de criteria worden getoetst.

¹⁹³ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.0.0.1 (online, laatst bijgewerkt op 24 april 2019).

4 Welke alternatieven voor het Wetsvoorstel zijn er en in hoeverre voldoen deze aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

4.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk drie is geconcludeerd, voldoet het Wetsvoorstel niet aan alle toetsingscriteria. Daarom wordt er in dit hoofdstuk gekeken naar een mogelijke aanpassing aan het Wetsvoorstel en naar mogelijke alternatieve methodes van het Wetsvoorstel. De alternatieven worden op hoofdlijnen aan de in hoofdstuk 1 gegeven beginselen getoetst. De alternatieven zullen daarom niet in detail worden uitgewerkt.

Eerst zal in paragraaf 4.2 een mogelijke aanpassing voor het Wetsvoorstel worden gegeven en getoetst worden aan de gestelde beginselen. In paragraaf 4.3 zullen de alternatieve methodes voor het Wetsvoorstel worden behandeld om vervolgens ook te worden getoetst aan de gestelde beginselen. Gekeken zal worden naar de effecten van het invoeren van de volgende regelingen: *loan-to-value*-maatregel, *director's loans*-maatregel en de Australische blik op deze problematiek. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie en een aanbeveling.

4.2 Aanpassing van het Wetsvoorstel; het beperken tot consumptieve doeleinden

Een van de kritieken op het Wetsvoorstel is dat het ook privé-investeringen en beleggingen raakt. Zo wordt gesteld dat deze leningen, in tegenstelling tot consumptieve leningen, veelal wel zakelijk zijn.¹⁹⁴ Reden hiervoor is dat privé-investeringen of beleggingen veelal worden afgelost indien de investering of belegging verkocht wordt. De aflossing geschiedt met de opbrengst, wat ook een gangbare zaak is bij bancaire leningen.¹⁹⁵ Kanttekening die gemaakt kan worden is dat banken veelal strenge eisen aan aflossingsschema's stellen en zekerheden eisen. In hoeverre dit wordt ingevuld kan per bank verschillend zijn.¹⁹⁶ Een voorbeeld van de invulling is dat een bank, voor een ongedekte lening, maximaal een keer het bruto jaarsalaris uitleent. Deze toetsing wordt door de bestuurder van de bv niet gedaan en blijft bij de vaststelling van de rekening courant of lening achterwege.¹⁹⁷ Reden dat het in deze verhouding vaak achterwege blijft is mijns inziens dat de dga van een bv vaak de touwtjes in handen heeft.

Aangezien leningen voor privé-investeringen of -beleggingen vaak zakelijk zijn, is het ook een optie om het Wetsvoorstel tot consumptieve leningen te beperken.¹⁹⁸ Het aantonen van een privé-investering of -belegging kan echter lastig zijn. Stevens stelt daarom dat bijvoorbeeld gesteld kan worden dat de financiering opgenomen moet zijn als vermogensbestanddeel in box 1 bij bijvoorbeeld ondernemingsvermogen en resultaatsvermogen,¹⁹⁹ in box 2 als ab-belang, of in box 3 bij sparen en beleggen. Dit heeft als gevolg dat leningen ten behoeve van activa zoals kunst of een boot indirect fictief

¹⁹⁴ Brummen en Tydeman-Youssef, *WFR* 2019/59.

¹⁹⁵ Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59.

¹⁹⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2010, nr. DGB2010/86 U, V-N 2010/12.18.

¹⁹⁷ Meijer, *WFR* 2015/918.

¹⁹⁸ Zie bijvoorbeeld S.A. Stevens, *WFR* 2019/71; SRA, *Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap*, Nieuwegein: SRA 2019, p.6.

¹⁹⁹ SRA, *Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap*, Nieuwegein: SRA 2019, p.6.

belast kunnen worden. Hierbij kan wel opgemerkt worden dat dit niet op gaat indien de activa als box 3 belegging wordt opgenomen.²⁰⁰

De SRA voegt als variatie op dit alternatief toe dat aangezien het Wetsvoorstel naast consumptieve leningen ook leningen ter financiering van beleggingen in wil perken, dat box 3 vermogen ook in de heffing betrokken kan worden. Reden voor de ab-houder om een schuld bij te bv aan te gaan voor een box 3 financiering is namelijk dat op beleggingsvermogen grote rendementen behaald kunnen worden. De te betalen rente op de lening bij de bv, waar vennootschapsbelasting over geheven wordt en de toekomstige ab-claim vallen in het niet als dit dus vergeleken wordt met het box 3 rendement.²⁰¹

Echter zou indien belastingarbitrage voorkomen moet worden, een fictief rendement, zoals de Commissie van Dijkhuizen²⁰² voorgesteld heeft, beter op zijn plaats zijn.²⁰³ Derhalve kan mijns inziens bij de visie van Stevens worden aangesloten dat indien het Wetsvoorstel ingevoerd wordt leningen voor privé-investeringen of -beleggingen in box 1, 2 of 3 van heffing uitgesloten dienen te worden.

De maatregel om het Wetsvoorstel tot consumptieve doeleinden te beperken is doeltreffend, aangezien uitstel van belastingheffing (door het verbieden van consumptieve leningen) verminderd wordt en de werkdruk van de Belastingdienst wordt verlaagd. Daarnaast is de deze aanpassing op het Wetsvoorstel voor de Belastingdienst doelmatig, aangezien voor de Belastingdienst weinig kosten gepaard gaan met de maatregel, de financiering dient immers een aangewezen vermogensbestanddeel te zijn.²⁰⁴

Met betrekking tot het draagkrachtbeginsel wordt aan het reële stelsel voldaan. Door zakelijke leningen uit te sluiten, wordt alleen geheven over consumptieve leningen, hetgeen zoals in paragraaf 3.3.3.1 geconcludeerd is onder het begrip 'genieten' valt.²⁰⁵

Ook dient met betrekking tot het draagkrachtbeginsel, elke euro gelijk belast te worden.²⁰⁶ Aangezien leningen die voor consumptief gebruik aangewend worden bij elke ab-houder belast worden, zal hieraan voldaan worden. Stevens merkt echter op dat een IB-ondernemer uit netto-inkomen dient te beleggen en dat de ab-houder dat met deze regeling niet hoeft.²⁰⁷ Mijns inziens moet hierbij wel opgemerkt worden dat de IB-ondernemer ook gecompenseerd wordt. Zo wordt bijvoorbeeld met de MKB-winstvrijstelling beoogd wordt om ondernemingsactiviteiten en doorgroei van bedrijven te stimuleren²⁰⁸ en heeft de IB-ondernemer andere faciliteiten zoals de zelfstandigenaftrek.²⁰⁹ Uiteraard zullen met de huidige wetgeving altijd verschillen blijven tussen de IB-ondernemer en de ab-houder, wat gekenmerkt wordt door een gebrek aan rechtsvormneutraliteit.²¹⁰ In het kader van deze scriptie zal hier, ook bij de alternatieven, aan voorbij aan worden gegaan.

²⁰⁰ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²⁰¹ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.6.

²⁰² Zie hiervoor Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (Commissie Van Dijkhuizen), *Naar een activerend belastingstelsel*, 2013, p. 53-56.

²⁰³ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.6.

²⁰⁴ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²⁰⁵ Wijtvliet, *FED* 2019/80.

²⁰⁶ L.G.M. Stevens, *WFR* 2011/1168.

²⁰⁷ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²⁰⁸ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 3; 9-10, V-N 2006/30.3; Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 3, p. 88, V-N 2009/46.3, p. 29.

²⁰⁹ Zie artikel 3.76 Wet IB 2001.

²¹⁰ Wijtvliet, *FED* 2019/80.

Aangezien leningen voor privé-investeringen of beleggingen niet in de heffing worden betrokken, vindt daar geen dubbele heffing plaats. Echter geldt dat aangezien consumptieve leningen fictief in de heffing betrokken worden, dubbele belastingheffing plaatsvindt indien de verkrijgingsprijs niet verhoogd wordt met het fictief regulier voordeel. Een vervreemdingskorting zoals in het Wetsvoorstel is opgenomen zorgt ervoor dat er na 2022 wel dubbele heffing ontstaat. Daarnaast zal de vervreemdingskorting in 2022 dubbele belastingheffing voor fictief reguliere voordelen niet vermijden indien dividend na 2022 uitgekeerd wordt. Derhalve zal dus een verhoging van de verkrijgingsprijs met het fictief regulier voordeel plaats moeten vinden.²¹¹ Opgemerkt kan worden dat het verhogen van de verkrijgingsprijs met het huidige Wetsvoorstel ook van toepassing dient te zijn om dubbele heffing te voorkomen. Hierbij geldt dan dat naast de consumptieve leningen, ook voor leningen ten behoeve van privé-investeringen en beleggingen die in de heffing betrokken worden, een verhoging van de verkrijgingsprijs plaats moet vinden. Met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel en terugwerkende kracht geldt net zoals bij het Wetsvoorstel dat een overgangsmaatregel opgenomen dient te worden om de terugwerkende kracht te voorkomen.

4.2.1 Tussenconclusie

Criterium	Onderdelen van het criterium	Beoordeling van het beperken van het Wetsvoorstel tot consumptieve doeleinden
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklast van de Belastingdienst	✓
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	✓
Draagkracht	Het reële stelsel	✓
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	✓
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓

4.3 Loan-To-Value maatregel

De eerste alternatieve methode is de *loan-to-value* maatregel.

Stevens stelt dat bij de *loan-to-value* maatregel een vergelijking wordt gemaakt tussen de grootte van de schuld die de dga aan de bv heeft en de waarde van de netto-bezittingen in box 1 en in box 3 die met deze lening gefinancierd zijn. De waarde van de netto-bezittingen betreft de bezittingen minus schulden die aan derden verschuldigd zijn. Door deze vergelijking te maken, kan in kaart gebracht worden hoe groot het probleem van uitstel en mogelijk afstel van belastingheffing is.²¹²

²¹¹ SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019, p.3.

²¹² S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

Er kan bijvoorbeeld gesteld worden dat dit ratio groter dan 25% dient te zijn. Indien de ratio kleiner dan 25% is geldt dat de dga niet in staat is om de eventuele ab-heffing te voldoen, omdat een groot deel (meer dan 75%) van de privé-middelen gebruikt is om een investering of belegging te verwerven. Uiteraard dient bij een percentage onder de 100% altijd de vraag gesteld te worden of de bedoeling er is om de lening terug te betalen.²¹³ Als de bedoeling er namelijk niet is, zal immers sprake zijn van een winstuitdeling.²¹⁴

Opgemerkt kan worden dat *loan-to-value* maatregel ook in Ierland gebruikt wordt. Hoewel hier het percentage van de lening aan de dga maximaal op €65.000 of 10% van de netto bezittingen (activa – passiva) in de onderneming gesteld wordt,²¹⁵ zou voor Nederland het *loan-to-value* ratio (zoals Stevens stelt) op 25% gesteld kunnen worden. Indien dit groter dan 25% is, zal het vermogen groot genoeg zijn om de ab-claim af te kunnen rekenen.²¹⁶

Aangezien met een ratio gewerkt wordt, kan gesteld worden dat consumptieve uitgaven niet toegestaan zijn en dat beleggingen niet geheel met vreemd vermogen gefinancierd mogen worden.²¹⁷ Hiermee wordt het probleem dat ab-houders voor consumptieve bestedingen lenen (grotendeels) opgelost.²¹⁸ De waarde van de activa zou weergegeven kunnen worden door middel van een instandhoudingsverklaring, pandrechten of recht van hypotheek hetgeen ook bij de eigenwoningschuld gehanteerd wordt.²¹⁹ Echter geldt, zoals bij de maatregel waar het Wetsvoorstel beperkt wordt tot consumptieve doeleinden ook geldt, dat alleen investeringen met een van deze zekerheden dan met het totaal meegeteld worden.

Deze maatregel is met betrekking tot het eerste doel lijkt doeltreffend te zijn in het verminderen van uitstel van belastingheffing. Echter slaagt de maatregel er niet in om de werklast van de Belastingdienst te verminderen. De waarde van de vermogensbestanddelen moeten namelijk periodiek vastgesteld en gecontroleerd worden.²²⁰ Ook indien de bewijslast van de waarde naar de ab-houder wordt verschoven zal dit kosten voor de ab-houder meebrengen wat tot een beperkte doelmatigheid leidt.

Aan het draagkrachtbeginsel wordt voldaan, aangezien belast wordt bij diegene die inkomen geniet (voornamelijk consumptieve uitgaven worden nu tegengegaan), waarbij iedereen voor elke euro ten behoeve van consumptieve uitgaven op eenzelfde wijze belast wordt. Daarnaast geldt dat er niet dubbel belast wordt (er vindt geen fictieve heffing plaats). Met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel en terugwerkende kracht, geldt net zoals bij het Wetsvoorstel dat een overgangsmaatregel (zoals de eerbiedigende werking) opgenomen dient te worden om terugwerkende kracht te voorkomen.

²¹³ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²¹⁴ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.

²¹⁵ Zie artikel 238 lid 1 en 2 Companies Act 2014 en Grant Thornton (<https://www.grantthornton.ie/insights/factsheets/the-companies-act-2014-directors-loans-and-advances>), The Companies Act 2014: Directors' loans and advances. Bron geraadpleegd op 24 juli 2019.

²¹⁶ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²¹⁷ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

²¹⁸ Boer, *WFR* 2019/70.

²¹⁹ Boer, *WFR* 2019/70.

²²⁰ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

4.3.1 Tussenconclusie

Criterium	Onderdelen van het criterium	Beoordeling <i>loan-to-value</i> maatregel
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklust van de Belastingdienst	≈
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	✓
Draagkracht	Het reële stelsel	✓
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	✓
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓

4.4 Director's loans maatregel

Het Verenigd Koninkrijk gebruikt een *director's loans* maatregel dat excessief lenen bij de bv voorkomt.²²¹ Zo dient de bv over het uitgeleende bedrag direct tegen het Vpb-tarief af te rekenen,²²² tenzij de bv uitleent in het kader van normale bedrijfsuitoefening en deze lening korter is dan zes maanden en de duur niet langer is dan aan een derde partij gegeven zou worden.²²³ Ten tweede hoeft de bv niet direct tegen het Vpb-tarief af te rekenen indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan dat:²²⁴

1. Het uitgeleende bedrag niet groter is dan £10.000;
2. De lener voltijd voor de bv of voor een van de gelieerde ondernemingen werkt; en
3. De lener een materieel belang heeft.

Er is sprake van een materieel belang wanneer de lener over meer dan vijf procent van het aandelenkapitaal beschikt.²²⁵ Dit is in lijn met het ab-criterium in Nederland.²²⁶ Daarbij geldt dat de lening boven de £10.000 als 'voordeel in natura' gezien wordt waardoor de werkgever een nationale verzekering-premie dient te betalen.²²⁷

²²¹ Gov.uk, <https://www.gov.uk/directors-loans/you-owe-your-company-money>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

²²² Zie artikel 419 lid 1 Income and Corporation Taxes Act 1988.

²²³ Zie artikel 420 lid 1 en 2 Income and Corporation Taxes Act 1988.

²²⁴ Zie artikel 420 lid 1 en 2 Income and Corporation Taxes Act 1988.

²²⁵ Zie artikel 168 lid 11 Income and Corporation Taxes Act 1988.

²²⁶ Zie voor het begrip aanmerkelijk belang artikel 4.6 Wet IB 2001.

²²⁷ Gov.uk, <https://www.gov.uk/expenses-and-benefits-loans-provided-to-employees/what-to-report-and-pay>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

Indien de lening binnen vier jaar wordt afgelost, wordt de Vpb na aftrek van rente aan de bv gestorneerd.²²⁸ Hierbij geldt dat indien de lening afgeschreven wordt of niet terugbetaald wordt de bv de vennootschapsbelasting na aftrek van rente terugkrijgt en de aandeelhouder het geleende bedrag tegen het geldende inkomstenbelastingtarief afrekent.²²⁹ Er kan worden gesteld dat de situatie waar een lening wordt verstrekt terwijl er een dividenduitkering werd beoogd, ontmoedigd wordt. De belastingheffing over dividend²³⁰ is namelijk lager dan de belastingheffing over inkomen.²³¹

De *director's loans* maatregel is doeltreffend aangezien er weinig capaciteit is vereist voor de uitvoering van de maatregel (met uitzondering van administratieve kosten die gepaard gaan met de maatregel) en uitstel van belastingheffing voorkomen wordt aangezien de bv direct tegen het Vpb-tarief af moet rekenen en indien de lening niet binnen vier jaar afgelost wordt door de aandeelhouder afgerekend moet worden. Daarnaast is de *director's loans* maatregel doelmatig, omdat er geen sprake is van kosten die voortkomen uit ellenlange discussies omtrent de kwalificatie van een lening, hetgeen bij huidige wetgeving een knelpunt is.²³²

Met betrekking tot het draagkrachtbeginsel geldt dat niet aan het reële stelsel voldaan wordt. Zo kan vier jaar lang consumptief worden geleend, terwijl leningen voor consumptie (zoals in hoofdstuk drie gesteld) volgens het Nederlandse systeem direct afgerekend dienen te worden. Daarbij geldt dat indien de lening niet afgelost wordt er meer belast wordt dan indien er direct dividend uitgekeerd zou worden. Derhalve wordt het inkomen niet even zwaar belast. Als de *director's loans* maatregel als 'antimisbruikbepaling' beschouwd wordt zal de verwachting kunnen ontstaan dat dividend sneller uitgekeerd zal worden en dat een ab-houder minder snel een lening met zijn eigen bv aan zal gaan. Echter zijn er mijns inziens andere mogelijkheden die het probleem van 'excessief' lenen kunnen verhelpen, waardoor deze 'antimisbruikbepaling' en schending van het reële stelsel niet benodigd zijn.

Ook hier geldt dat voor het rechtszekerheidsbeginsel en terugwerkende kracht een overgangsmaatregel opgenomen dient te worden.

²²⁸ Zie artikel 419 lid 4 Income and Corporation Taxes Act 1988.

²²⁹ Gov.uk, <https://www.gov.uk/directors-loans/you-owe-your-company-money>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

²³⁰ Dit loopt uiteen van 7,5% tot 38,1%, zie Gov.uk, <https://www.gov.uk/tax-on-dividends>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

²³¹ Dit loopt uiteen van 0% tot 45%, zie Gov.uk, <https://www.gov.uk/income-tax-rates>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

²³² Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p. 3-4.

4.4.1 Tussenconclusie

Criterium	Onderdelen van het criterium	Beoordeling <i>director's loans</i> maatregel
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklust van de Belastingdienst	✓
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	✓
Draagkracht	Het reële stelsel	x
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	x
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓

4.5 Omkering van de bewijslast; een systeem dat vergelijkbaar is met Australië

Bij de derde alternatieve methode is het de taak van de inspecteur om kenmerken vast te stellen die aantonen dat een geldverstrekking niet als lening maar als winstuitdeling beschouwd moet worden. Hiervoor zal de inspecteur een onderbouwing op basis van de feiten en omstandigheden moeten voorbereiden. Bij deze maatregel is er dus sprake van een omkering van de bewijslast.²³³ Hofman en de Vries verwijzen hierbij naar het systeem van Australië.²³⁴ Australië kent een uitgebreide regeling waarin kenmerken van een onzakelijke lening zijn opgenomen. Indien de lening aan deze kenmerken voldoet moet de vergoeding over de lening als dividend worden aangemerkt. Zo geldt, in eerste instantie, dat een lening als dividend wordt aangemerkt indien een betaling aan een ab-houder of aan een verbonden persoon van de ab-houder plaatsvindt waarbij niet voor het einde van het fiscale boekjaar wordt af gelost.²³⁵ Hierbij wordt de eigenwoninglening uitgezonderd,²³⁶ wat vergelijkbaar is met het Wetsvoorstel. Daarnaast geldt dat indien de ab-houder kan aantonen dat aan cumulatieve voorwaarden voldaan wordt, het bedrag als lening (in plaats van dividend) gekwalificeerd wordt. Deze voorwaarden zijn dat:

- a) *“de overeenkomst waarbij de lening is aangegaan schriftelijk is; en*
- b) *de rentevoet die op de lening moet worden betaald voor jaren van inkomsten na het jaar waarin de lening is verstrekt, gelijk is aan of hoger is dan de referentierentevoet voor het jaar; en*
- c) *de looptijd van de lening overschrijdt niet de termijn (de maximale looptijd) voor dat type lening dat is uitgewerkt onder subsectie (3).”²³⁷*

²³³ HR 01 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8731, *BNB* 2010/327.

²³⁴ Hofman en de Vries, *WFR* 2019/107.

²³⁵ Zie artikel 109D INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936

²³⁶ Zie artikel 109N lid 3 sub a, INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936.

²³⁷ Zie artikel 109N lid 1, INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936.

Hierbij geldt dat de rente gelijk dient te zijn aan de Euribor rente of de rente die door de Belastingdienst is vastgesteld.²³⁸ De Euribor rente is tevens ook al in de Nederlandse jurisprudentie door de Rechtbank als renterichtlijn gebruikt.²³⁹ De looptijd van een lening bedraagt 25 jaar voor een onroerende zaak met hypothecaire zekerheid, terwijl de looptijd voor andere leningen 7 jaar bedraagt.²⁴⁰

Met betrekking tot doeltreffendheid, kan gesteld worden dat uitstel van belastingheffing en de werklast van de Belastingdienst verminderd wordt als de ab-houder aan dient te tonen dat daadwerkelijk sprake is van een lening.²⁴¹ Dit alternatief zal voor de Belastingdienst doelmatig zijn, aangezien weinig kosten verbonden zijn aan de maatregel. De ab-houder moet immers aantonen dat sprake is van een zakelijke lening. Echter geldt wel dat kosten voor de ab-houder ontstaan door eventueel nieuw contact met de belastingadviseur en/of Belastingdienst omtrent de zakelijkheid van de lening, hetgeen ook meer werkdruk oplevert voor de Belastingdienst. Hierbij kan wel opgemerkt worden dat de voorwaarden die aangetoond moeten worden over het algemeen gelijk zullen zijn aan de over het algemeen in jurisprudentie vastgestelde eisen bij een lening.

Met betrekking tot het draagkrachtbeginsel wordt ten eerste voldaan aan het reële stelsel, aangezien een verbonden persoon van de ab-houder immers zelf wordt belast (wat bij het Wetsvoorstel²⁴² niet zo is). Daarnaast wordt de belastingplichtige belast op het moment dat hij het voordeel geniet. Zo dient aangetoond te worden dat een lening zakelijk is, waardoor uitstel van belastingheffing van een consumptieve lening niet mogelijk is. Indien zakelijkheid niet bewezen kan worden, zal immers geen sprake van een lening zijn. Het gevolg is tevens dat elke euro op dezelfde wijze belast wordt.

Er wordt ook aan het “*ne bis in idem*” principe voldaan, aangezien de ab-houder bij onvoldoende bewijs belast wordt en er geen dubbele heffing plaats vindt. Er wordt immers een fictief regulier voordeel geconstateerd, waardoor de verkrijgingsprijs van het ab ook verhoogd wordt.²⁴³ Zo wordt bij vervreemding niet nogmaals belast.²⁴⁴ Met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel en terugwerkende kracht, zal een overgangsmaatregel ingevoerd moeten worden.

²³⁸ Zie artikel 109N lid 1, INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936.

²³⁹ Zie Rb. Arnhem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK3097, nr. AWB 08/1894, waarbij het rentevoordeel van een renteloze lening gelijkgesteld werd aan de euribor rente met een risico opslag.

²⁴⁰ Zie artikel 109N lid 3, INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936.

²⁴¹ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71; Hofman en de Vries, *WFR* 2019/107.

²⁴² MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.8-9.

²⁴³ Hofman en de Vries, *WFR* 2019/107.

²⁴⁴ Het vervreemdingsvoordeel betreft immers de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs, zie artikel 4.19 Wet IB.

4.5.1 Tussenconclusie

Criterium	Onderdelen van het criterium	Beoordeling van het systeem van Australië: omkering van de bewijslast
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklast van de Belastingdienst	✓
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	≈
Draagkracht	Het reële stelsel	✓
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	✓
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓

4.6 Conclusie en aanbeveling

Samengevat ziet de uitkomst van alle getoetste alternatieven en het Wetsvoorstel er als volgt uit:

Criterium	Onderdelen van het criterium	Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap	Wetsvoorstel voor consumptieve doeleinden	Loan-to-value maatregel	Director's loans maatregel	Omkering van de bewijslast
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	≈	✓	✓	✓	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklast van de Belastingdienst	≈	✓	≈	✓	✓
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	≈	✓	✓	✓	≈
Draagkracht	Het reële stelsel	✗	✓	✓	✗	✓
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	✗	✓	✓	✗	✓
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓	✓	✓	✓	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓*	✓	✓	✓	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓*	✓	✓	✓	✓

* Voor de vergelijking wordt uitgegaan van een aanpassing in het Wetsvoorstel dat geen sprake meer is van terugwerkende kracht, aangezien dit ook de assumptie is bij de andere alternatieven.

De drie maatregelen die de voorkeur hebben om 'excessief lenen' te voorkomen zijn (van hoog naar laag):

1. Aanpassing van het Wetsvoorstel; de strekking beperken tot consumptieve doeleinden. Belastinguitstel- en eventuele afstel komt voort uit het feit dat niet direct belasting geheven wordt indien geld vrijkomt voor consumptie.²⁴⁵ Door de maatregel tot alle consumptieve schulden te beperken en duidelijke richtlijnen te geven omtrent de kwalificatie van een schuld ten behoeve van privé-investeringen of beleggingen, wordt dit voorkomen. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de verkrijgingsprijs verhoogd dient te worden indien een fictieve heffing plaats vindt. De kanttekening dat de IB-ondernemer en ab-houder met betrekking tot investeringen anders behandeld worden, kan gezien worden als een gebrek aan rechtsvormneutraliteit,²⁴⁶ hetgeen bij alle alternatieven speelt.
2. Het Australische systeem (omkering van de bewijslast). Dit alternatief geeft duidelijke richtlijnen omtrent de kwalificatie van de lening, waardoor geen ellenlange discussies omtrent de kwalificatie van een lening zullen ontstaan. Kanttekening die gemaakt kan worden is dat de belastingplichtige nu aan dient te tonen dat sprake is van een zakelijke lening, waardoor alsnog discussies kunnen ontstaan.

²⁴⁵ Wijtvliet, FED 2019/80.

²⁴⁶ Wijtvliet, FED 2019/80.

3. Als derde optie zou de *loan-to-value* maatregel ingevoerd kunnen worden. Hoewel de waarde van vermogensbestanddelen periodiek vastgesteld moeten worden wat kosten en werklast met zich meebrengt, zal 'excessief lenen' hier ook door voorkomen worden en zullen de meeste consumptieve leningen tevens ook uitgesloten worden.²⁴⁷

²⁴⁷ S.A. Stevens, *WFR* 2019/71.

5 Conclusie

5.1 Inleiding

Dit onderzoek had als doel om het conceptwetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap' en diverse alternatieven te toetsen aan een aantal beginselen van het belastingrecht, om zo de volgende probleemstelling te beantwoorden:

“Voldoet het Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht? Zo nee, welke alternatieven zijn er mogelijk?”

Deze probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van drie deelvragen die in paragraaf 5.2 worden behandeld.

5.2 Conclusie

Deelvraag 1:

Hoe zit het wettelijk kader met betrekking tot een lening in elkaar?

Met betrekking tot een lening kan over het algemeen gesteld worden dat de civielrechtelijke vorm leidend is voor de fiscaalrechtelijke vorm. Hierbij is van belang dat sprake is van een overeenstemmende wilsverklaring en dat er een terugbetalingsverplichting bestaat waarbij terugbetaling niet onaannemelijk is.

Met betrekking tot een lening van een bv aan een ab-houder, wijkt de fiscaalrechtelijke vorm van een lening af van de civielrechtelijke vorm indien sprake is van een schijn- of bodemlozeputlening. Hiervan is sprake indien er geen bedoeling is om het geleende bedrag schuldig te blijven, of indien direct duidelijk is dat de schuld niet kan of zal worden afgelost. In zulke gevallen zal sprake zijn van een winstuitdeling.

Ook indien er sprake is van een lening kan er sprake zijn van een winstuitdeling indien de lening op een later moment kwijtgescholden wordt of indien een onzakelijke lening afgewaardeerd wordt. Met betrekking tot de rekening-courant kan het oplopen van de rekening-courant of het prijsgeven van zekerheden ook tot een winstuitdeling leiden.

Deelvraag 2:

Wat houdt het Wetsvoorstel in en in hoeverre voldoet het aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

In hoofdstuk twee zijn de civiele en fiscale aspecten van een lening behandeld. Wegens uitstel- en afstel van belastingheffing en de grote werklust voor de Belastingdienst (aangezien de inspecteur dient te bewijzen dat sprake is van een winstuitkering), is in het Wetsvoorstel opgenomen dat alle leningen boven de €500.000 fictief in box 2 belast worden.

Wegens alle commotie omtrent het Wetsvoorstel is het Wetsvoorstel aan de volgende criteria, die voor dit onderzoek als relevante beginselen van belasting beschouwd worden, getoetst:

- Doeltreffendheid

Met betrekking tot doeltreffendheid zijn er twee doelen die van belang zijn: 1) het voorkomen van uitstel- en afstel van belastingheffing; en 2) het verminderen van de werklust voor de Belastingdienst. Er kan gesteld worden dat de doelen met betrekking tot schulden boven de €500.000 bereikt wordt. Echter

blijft voor schulden onder de €500.000 de huidige wetgeving bestaan waardoor de doelen voor deze schulden niet worden behaald.

- Doelmatigheid

Met betrekking tot doelmatigheid kan gesteld worden dat eenvoud bereikt wordt aangezien alle schulden boven de €500.000 in de heffing betrokken worden en er geen tegenbewijs mogelijk is. Het gevolg is dat langdurige discussies vermeden worden. Echter kan er worden gesteld dat het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid kosten met zich mee brengt die niet onontkoombaar zijn.

- Draagkracht

Bij het draagkrachtbeginsel kan gesteld worden dat niet aan het reële stelsel voldaan wordt. Zo dient alleen belasting geheven te worden indien sprake is van consumptieve uitgaven en wijkt de toewijzing van het begrip 'genieten' af indien een bloed- of aanverwant van de bv leent. Zo wordt bij een 'excessieve' lening van de bloed- of aanverwant bij de ab-houder belasting geheven.

Daarnaast geldt dat alleen schulden boven de €500.000 belast worden waardoor niet elke euro gelijk wordt belast. Ook vindt er dubbele heffing plaats, aangezien de verkrijgingsprijs niet verhoogd wordt indien een fictieve heffing plaatsvindt. Derhalve zal nogmaals heffing plaatsvinden bij vervreemding.

- Rechtszekerheid

Hoewel rechtszekerheid geboden moet worden, dient de belastingplichtige er altijd rekening mee te houden dat een wet gewijzigd kan worden. Derhalve kan de ab-houder vanaf het moment van aankondiging er niet meer vanuit gaan dat de huidige wetgeving van kracht blijft. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt geschonden indien het Wetsvoorstel met terugwerkende kracht ingevoerd wordt.

- Geen terugwerkende kracht

Het Wetsvoorstel bevat twee van de drie vormen van terugwerkende kracht indien het Wetsvoorstel op deze wijze ingevoerd wordt. Van formeel terugwerkende kracht is geen sprake aangezien het Wetsvoorstel niet ziet op voldongen feiten of afgeronde toestanden. Van materieel terugwerkende kracht is echter wel sprake, aangezien het Wetsvoorstel vanaf 1 januari 2022 ook de schulden die voor aankondiging van de maatregel bestonden in de heffing betreft. Tot slot is van maatschappelijk terugwerkende kracht sprake, aangezien de regel niet voorzienbaar was.

Deelvraag 3:

Welke alternatieven voor het Wetsvoorstel zijn er en in hoeverre voldoen deze aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht?

Aangezien het Wetsvoorstel niet aan alle criteria voldoet, is ten eerste een mogelijke aanpassing van het Wetsvoorstel, waarbij het Wetsvoorstel tot consumptieve doeleinden beperkt is, bekeken en getoetst. Daarnaast zijn ook nog drie andere alternatieve methodes bekeken en getoetst. In onderstaand schema zijn de toetsingen samengevat:

Criterium	Onderdelen van het criterium	Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap	Wetsvoorstel voor consumptieve doeleinden	Loan-to-value maatregel	Director's loans maatregel	Omkering van de bewijslast
Doeltreffendheid	Doel 1: het voorkomen van uitstel van belasting.	≈	✓	✓	✓	✓
	Doel 2: Het verminderen van de werklast van de Belastingdienst	≈	✓	≈	✓	✓
Doelmatigheid	De uitvoering van het doel met de minst mogelijke kosten.	≈	✓	✓	✓	≈
Draagkracht	Het reële stelsel	✗	✓	✓	✗	✓
	Inkomen wordt naar dezelfde rato belast	✗	✓	✓	✗	✓
Rechtszekerheid	Het objectieve recht	✓	✓	✓	✓	✓
	Het vertrouwensbeginsel	✓*	✓	✓	✓	✓
Geen terugwerkende kracht	Geen materieel-en maatschappelijk terugwerkende kracht	✓*	✓	✓	✓	✓

* Voor de vergelijking wordt uitgegaan van een aanpassing in het Wetsvoorstel dat geen sprake meer is van terugwerkende kracht, aangezien dit ook de assumptie is bij de andere alternatieven.

Beantwoording van de hoofdvraag:

“Voldoet het Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap aan de voor dit onderzoek relevante beginselen van het belastingrecht? Zo nee, welke alternatieven zijn er mogelijk”

Aan de hand van de hiervoor behandelde deelvragen kan geconcludeerd worden dat het Wetsvoorstel niet aan de relevante beginselen van het belastingrecht voldoet. Gesteld kan worden dat de aanpassing van het Wetsvoorstel waarbij de maatregel tot consumptieve doeleinden beperkt wordt, de voorkeur heeft. Ook zouden het Australische systeem waarbij de bewijslast omgekeerd wordt en de loan-to-value maatregel, op basis van de voor dit onderzoek relevante beginselen, de voorkeur boven het huidige Wetsvoorstel hebben.

Indien vooralsnog voor het Wetsvoorstel wordt gekozen dienen er, mijns inziens, drie aanpassingen te worden gemaakt. Ten eerste zal de verkrijgingsprijs met het fictief in aanmerking genomen reguliere voordeel verhoogd te worden zodat dubbele belasting vermeden wordt. Ten tweede zal inkomen belast moeten worden bij diegene die het voordeel geniet. Tot slot zal terugwerkende kracht vermeden moeten worden, waarbij aankondigingseffecten voorkomen kunnen worden door de stand van de schuld van Prinsjesdag 2018 aan te houden.

Literatuurlijst

Artikelen

Boer, WFR 2019/70

K. Boer, Excessief wetsvoorstel lenen bij de eigen vennootschap, *WFR* 2019/70.

Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59

M.F. van Brummen en Tydeman-Yousef, Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel, *WFR* 2019/59.

Van Dijck, WFR 1988/1661

J.E.A.M. Van Dijck, Vermogenswinstbelasting (Openbaar afscheidscollege gegeven op 16 december 1988 aan de Katholieke Universiteit Brabant.), *WFR* 1988/1661.

Essers, WFR 1999/1463

P.H.J. Essers, De boxenstructuur van de Wet inkomstenbelasting 2001, *WFR* 1999/1463.

Essers, WFR 2018/109

P.H.J. Essers, Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht, *WFR* 2018/109.

Heithuis, WFR 2006/291

E.J.W. Heithuis, Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2, *WFR* 2006/291.

Heithuis, NTFR 2019/1020

E.J.W. Heithuis, Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen bv, *NTFR* 2019/1020.

Hofman en de Vries, WFR 2019/107

P.W. Hofman en A.C.M. de Vries, Rekening-courantmaatregel zet box 2 op z'n kop. Doe het zoals Down-Under, *WFR* 2019/107.

Klein, WFR 1959/749

S. Klein, Voordelen met een oorzaak of opbrengst van bronnen, *WFR* 1959/749.

Meijer, WFR 2015/918

H.J. Meijer, Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders, *WFR* 2015/918.

Meijer, WFR 2017/153

H.J. Meijer, Een ongedekte lening van € 1 miljoen van de BV is verkapt dividend, *WFR* 2017/153.

Peters en Auerbach, FTV 2019/3-10

J.J.C Peters en X.G.R. Auerbach, De rekening-courantmaatregel? Noodweerexces? Excessief!, *FTV* 2019/3-10.

Ravenhorst, TVVS 1993,148

C. Ravenhorst, Over krediet, krediet in rekening-courant en bankrelatie, *TVVS* 1993,148.

Spanjers, WFR 2019/110

M. Spanjers, Geen belastinguitstel voor private besommeringen dga, *WFR* 2019/110.

S.A. Stevens, WFR 2019/71

S.A. Stevens, Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven, *WFR* 2019/71.

L.G.M. Stevens, WFR 2004/1363

L.G.M. Stevens, Fiscale Beleidsnotities 2005, *WFR* 2004/1363.

L.G.M. Stevens, WFR 2011/1168

L.G.M. Stevens, Fiscaal totaalinkomen en draagkrachtbeginsel anno 2011, *WFR* 2011/1168.

Wijtvliet, FED 2019/80

L.W.D. Wijtvliet, 'Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet.' Gedachten over de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, *FED* 2019/80.

Boeken**Albert, De onzakelijke lening (FA nr. 23) 2017**

P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening* (Fiscaal Actueel nr. 23), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bobeldijk 2009

A.C.P. Bobeldijk, *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, Soest: 2009.

Vakstudie Inkomstenbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Kempen, Rijkers & Strik, Cursus Belastingrecht

M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Lubbers, Foutenleer (FM nr. 95) 2000

A.O. Lubbers, *Foutenleer* (Fiscale Monografieën nr. 95), Deventer: Kluwer 2000.

Popelier, Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving 1997

P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 1997.

Schuver-Bravenboer, Fiscaal overgangsbeleid (FM nr. 131) 2009

M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid. Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever* (Fiscale Monografieën nr. 131) (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Sieburgh 6-II 2017/250

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018/8

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2) 2014

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2), Deventer: Kluwer 2014.

Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen* (FM nr. 141) 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen. Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten* (Fiscale Monografieën nr. 141) (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2013.

Jurisprudentie

Rechtbank

Rb. Arnhem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK3097, nr. AWB 08/1894.

Rb. Noord-Holland 30 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10977, V-N 2017/17.2.1.

Rb. Noord-Holland 07 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:5606, V-N 2017/51.2.1.

Hof

Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2047, V-N 2007/26.1.3.

Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24.

Hof Amsterdam 14 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2441, nr. 17/00390.

Hoge Raad

HR 4 mei 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2485, nr. 12 283, *BNB* 1955/225.

HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, *BNB* 1957/16, m.nt. M.J.H. Smeets.

HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. G. Slot (*Unilever-arrest*).

HR 21 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1497, *NJ* 1996, 231, m.nt. M. Scheltema (*Krijco/Hilversum*).

HR 29 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC7048, *BNB* 1998/217, m.nt. J.W. Zwemmer.

HR 12 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, *BNB* 1999/271 (*Arbeidskostenforfait*).

HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003,50 (*Helm/Aerts*).

HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64, m.nt. P.H.J. Essers.

HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5968, *BNB* 2006/83, m.nt. D Juch.

HR 08 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104, m.nt. A.H.M. Daniels
(*Oliemaatschappijarrest, Kaspische Zee-arrest*).

HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, m.nt. P.G.H. Albert (*Onzakelijke lening arrest*).

HR 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BD0200, *BNB* 2010/5, m.nt. G.J.M.E. de Bont.

HR 04 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, *NJ* 2009, 397 (*Van Regteren/VGK*).

HR 01 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8731, *BNB* 2010/327.

Concl. A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, onderdeel 5.10.

HR 25 november 2011, BN3442 (Beroepschrift), *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert (*onzakelijkeleningarresten*).

HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, nr. 12/03526.

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB* 2015/141, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *V-N* 2015/16.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

Concl. A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:169, bij HR 22 februari 2019, nr. 18/03178.

Hof van Justitie

HvJ EG 25 januari 1979, C-98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*).

HvJ EG 3 mei 1978, C-112/77, ECLI:EU:C:1978:94 (*Toepfer*).

HvJ EG 26 april 1988, C-31/86 (*Krücken*).

HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (*Zuckerfabrik*), Jurispr. 1991, blz. I-415.

HvJ EG 3 december 1998, C-381/97, ECLI:EU:C:1998:589 (*Belgocodex*).

Weber in zijn aantekening bij HvJ EG 8 juni 2000, C-396/98, ECLI:EU:C:1991:65 (*Schloßstraße*) FED 2001/396.

HvJ EG 29 april 2004 gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02, ECLI:EU:C:2004:263 (*Gemeente Leusden en Holin*).

HvJ EG 26 april 2005, C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251 (*Goed Wonen II*).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 24 februari 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2047, *NJ* 1994, 496, m.nt. E.A. Alkema (*Bendenoun/Frankrijk*).

Mediabronnen

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (Commissie Van Dijkhuizen) 2013

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (Commissie Van Dijkhuizen), Naar een activerend belastingstelsel, 2013

Nadere NOB-reactie inzake “rekening-courantmaatregel voor directeur-groootaandeelhouders” van 19 oktober 2018.

NOB (2019), brief van 29 maart 2019 met daarin opgenomen de reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

SRA, Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, Nieuwegein: SRA 2019.

L.G.M. Stevens, ‘Belastingheffing over leningen bij de eigen bv zou contraproductief zijn’, *FD* 2 april 2019

Grant Thornton (<https://www.grantthornton.ie/insights/factsheets/the-companies-act-2014-directors-loans-and-advances>), The Companies Act 2014: Directors’ loans and advances. Bron geraadpleegd op 24 juli 2019.

Gov.uk, <https://www.gov.uk/directors-loans/you-owe-your-company-money>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

Gov.uk, <https://www.gov.uk/expenses-and-benefits-loans-provided-to-employees/what-to-report-and-pay>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

Gov.uk, <https://www.gov.uk/tax-on-dividends>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

Gov.uk, <https://www.gov.uk/income-tax-rates>, Bron geraadpleegd op 16 juli 2019.

Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie, *V-N* Vandaag 2019/498.

Parlementaire stukken

Besluit Staatssecretaris van Financiën 30 maart 2001, IFZ2001/295M, *BNB* 2001/286.

BESLUIT Staatssecretaris van Financiën (m.nt. E.J.W. Heithuis) van 9 maart 2018 nr. 2018-27139, *Stcrt.* 2018, 15751.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2010, nr. DGB2010/86 U, *V-N* 2010/12.18.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 juni 2010 betreffende de beoordeling beleidsdoorlichting belastinguitgaven, 31935-6.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2019, 2019-0000088297.

Kamerstukken II 1996/97, 25212, nr. 2.

Kamerstukken II 2005/06, 30572-8.

Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 3, p. 88, *V-N* 2009/46.3.

Kamerstukken II 2011/12, 31935, nr 8.

Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 72, onderdeel 8.

Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2.

MvA II, Parl. Gesch. 6.

MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26726, nr. 3.

MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3.

MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, *V-N* 2006/30.3.

MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2.

Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder, *V-N* 2009/24.6.

TK 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2.

TM, Parl. Gesch. 6.