

Erasmus School of Economics

Fiscaal Economisch Instituut (FEI)

Masterscriptie Fiscale Economie

WET EXCESSIEF LENEN: VAN UITSTEL KOMT AFSTEL?

Een onderzoek naar belastinguitstel en -afstel door directeur-grotoaandeelhouders en de voorkoming ervan op basis van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Naam: Femke van de Water

Studentnummer: 410122

Begeleider: drs. P.J.C. Oerlemans

Datum: 30 april 2020

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen.....	4
1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Relevantie.....	8
1.3 Probleemstelling.....	9
1.4 Toetsingskader	10
1.5 Afbakening.....	11
2. Het wettelijk kader	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Vennootschapsrecht.....	13
2.2.1 <i>Rechtspersoonlijkheid van vennootschappen</i>	13
2.2.2 <i>Directeur-groootaandeelhouder civielrechtelijk</i>	15
2.2.3 <i>Schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder en vennootschap</i>	17
2.3 Belastingrecht.....	18
2.3.1 <i>De directeur-groootaandeelhouder fiscaalrechtelijk</i>	18
2.3.2 <i>Schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder en vennootschap</i>	23
2.4 Tegenstrijdig belang door verschillende hoedanigheden	24
2.5 Deelconclusie.....	24
3. Jurisprudentie analyse	26
3.1 Inleiding	26
3.2 Karakter van box 2.....	26
3.3 Verkapte winstuitdeling	29
3.3.1 <i>Informeel kapitaal</i>	29
3.3.2 <i>Onttrekkingen</i>	30
3.3.3 <i>Richtinggevende jurisprudentie</i>	32
3.4 Onzakelijke lening.....	34
3.4.1 <i>Onzakelijk debiteurenrisico</i>	34
3.4.2 <i>Onzakelijke rente</i>	36
3.4.3 <i>Onzakelijke kwijtschelding</i>	36
3.5 Rekening-courantverhouding.....	37
3.6 Vaststellingsovereenkomst	39
3.7 Deelconclusie.....	41
4. Wet excessief lenen bij eigen vennootschap	43
4.1 Inleiding	43
4.2 Het wetsvoorstel	43
4.2.1 <i>Achtergrond</i>	43
4.2.2 <i>Subject van heffing</i>	44
4.2.3 <i>Object van heffing</i>	45
4.2.4 <i>Dubbele belastingheffing</i>	51
4.2.5 <i>Internationale aspecten</i>	52
4.2.6 <i>Deelconclusie</i>	54
4.3 Toetsing van het wetsvoorstel	55

4.3.1	<i>Inleiding</i>	55
4.3.2	<i>Doeltreffendheid</i>	56
4.3.3	<i>Doelmatigheid</i>	61
4.3.4	<i>Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (rechtszekerheid)</i>	64
4.3.5	<i>Internationale verenigbaarheid</i>	67
4.3.6	<i>Deelconclusie</i>	69
5.	Beleidsalternatieven	71
5.1	<i>Inleiding</i>	71
5.2	<i>Duitsland</i>	71
5.2.1	<i>Relatie tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting</i>	71
5.2.2	<i>Onzakelijke lening met alternatieve bewijslastverdeling</i>	72
5.2.3	<i>Gemeentelijke ondernemingsbelasting</i>	74
5.3	<i>Beleidsalternatieven</i>	75
5.3.1	<i>Documentatieverplichting</i>	75
5.3.2	<i>Ondernemingswinstbelasting</i>	76
5.3.3	<i>Forfaitaire heffing</i>	77
5.3.4	<i>Acuut heffen over beleggingsvermogen</i>	78
5.3.5	<i>Progressief of gedifferentieerd ab-tarief</i>	79
5.3.6	<i>Maximering van schulden bij de vennootschap</i>	79
5.4	<i>Conclusie</i>	80
6.	Conclusie	82
6.1	<i>Aanleiding</i>	82
6.2	<i>Conclusies</i>	82
6.3	<i>Aanbevelingen</i>	88
	Literatuurlijst	90
	Bijlage 1	95

Lijst van gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
EU	Europese Unie
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IW	Invorderingswet 1990
Maatregel	Concept Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap
MvT	Memorie van Toelichting
NOB	Nederlandse Orde Belastingadviseurs
nr.	Nummer
NV	Naamloze vennootschap
ODR	Onzakelijk debiteurenrisico
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	Pagina
par.	Paragraaf
r.o.	Rechtsoverweging
V-N	Vakstudie Nieuws
VSO	Vaststellingsovereenkomst
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de Loonbelasting 1964
Wet Vpb	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wob	Wet openbaarheid van bestuur

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Het pakket Belastingplan 2019 was door de verschillende wetsvoorstellen omvangrijk. Grote verrassingen waren er niet, met uitzondering van de aankondiging¹ van de maatregel om belastinguitstel en -afstel als gevolg van excessief lenen bij de eigen vennootschap tegen te gaan.² Nadat in een aanvullende brief al enige contouren geschetst werden over de vormgeving van de maatregel, verscheen op 4 maart 2019 het consultatievoorstel Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap. Dit voorstel betreft een wetswijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en –afstel als gevolg van excessief lenen bij de eigen vennootschap. De hoofdlijnen van de rekening-courantmaatregel kunnen als volgt worden geschetst³:

- Als de totale som van de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder aan zijn eigen vennootschap of vennootschappen meer bedraagt dan EUR 500.000, wordt het meerdere als inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen.
- Bestaande en nieuwe eigenwoningschulden van de aanmerkelijkbelanghouder worden uitgezonderd.
- De maatregel treedt in werking op 1 januari 2023.⁴

Hoewel de inwerkingtreding van de maatregel initieel was gepland op januari 2022, heeft het Kabinet op 24 april jl. bevestigd dat de maatregel vanwege de Corona-crisis pas inwerking zal treden op 1 januari 2023.

Het wetsvoorstel zorgde voor veel rumoer. Zo heeft het conceptwetsvoorstel bovenmatig lenen 60 reacties van verschillende belanghebbende partijen uitgelokt. Het voorstel zou leiden tot dubbele belastingheffing en is onevenredig zwaar. Daarbij luidde de krantenkop onder andere: “Het wetsvoorstel voor de ‘dga-taks’ kan rekenen op forse kritiek van allerlei kanten”. Volgens de media vinden fiscalisten het idee “zo gek nog niet”, maar laat de uitwerking te wensen over.⁵ In de tussentijd hebben veel auteurs de pen in handen genomen en het wetsvoorstel becommentarieerd. Heithuis stelt bijvoorbeeld dat men er weinig op tegen kan hebben dat de wetgever het eindeloze uitstel in box 2 wil tegengaan, maar is van mening dat het wetsvoorstel ‘abominabel slecht’ is en een grove inbreuk maakt op de beginselen van behoorlijke wetgeving.⁶

Tal van aandeelhouders die de positie van directeur-groootaandeelhouder⁷ innemen, keert zichzelf niet alleen salaris uit, of winst, maar lenen ook van hun bedrijf om bijvoorbeeld een huis te kopen of te

¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 026, nr. 6 (Brief van 18 december 2018 van de Minister en Staatssecretaris van Financiën), p. 5.

² M. Muller, ‘Belastingplan 2019: veel, weinig verrassend maar wel ingrijpend’, *TaxLive*, 20 december 2018.

³ Zie onder andere Concept-MvT p. 3 en voor de eerdere aankondiging van de maatregel *Kamerstukken II* 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

⁴ Rijksoverheid 24 april 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/24/nieuwe-belastingmaatregelen-vanwege-de-coronacrisis>.

⁵ L. Brandsma, ‘Rumoer om dga-taks houdt aan’, de Telegraaf, 5 april 2019, geraadpleegd via: <https://www.telegraaf.nl/financieel/3397924/rumoer-om-dga-taks-houdt-aan>

⁶ E.J.W. Heithuis, ‘Excessief heffing (!) bij lenen van de eigen BV’, *NDFR* 2019/1020.

⁷ Aanmerkelijkbelanghouder met een controlerend belang in de eigen vennootschap waarin hij tevens een rol als bestuurder inneemt.

consumeren. Met ingang van 1 januari 2023, wil het kabinet deze leningen boven een bedrag van EUR 500.000 belasten alsof het een winstuitkering is.⁸ Indien de directeur-groootaandeelhouders aan de belastingheffing willen ontkomen, dienen zij hun schuld voor die tijd af te bouwen. Aflossen kan voor directeur-groootaandeelhouders een probleem vormen op het moment dat het geld geïnvesteerd is in vastgoed of is opgegaan aan consumptieve bestedingen. In dergelijke gevallen heeft de aanmerkelijkbelanghouder niet altijd (op korte termijn) voldoende liquiditeiten tot zijn beschikking om de schuld aan de vennootschap af te lossen.⁹ Daarbij rijst ook de vraag hoe welwillend de banken zijn om dergelijke leningen te herfinancieren.

Het belangrijkste argument om de wet excessief lenen bij de eigen vennootschap te verdedigen, vloeit voort uit de veronderstelling dat de huidige regeling leidt tot uitstel van belastingheffing over inkomen uit aanmerkelijk belang.¹⁰ Dit is, kortgezegd, mogelijk omdat aanmerkelijkbelanghouders consumptieve uitgaven en privé-investeringen kunnen financieren met een lening van de eigen vennootschap. Doordat de winstreserves door de vennootschap gebruikt worden om een lening te verstrekken in plaats van een dividenduitkering te doen vindt er nog geen belastingheffing plaats in box 2, terwijl de aanmerkelijkbelanghouder wel al kan beschikken over de liquiditeiten. In tegenstelling tot de aanmerkelijkbelanghouders hebben IB-ondernemers¹¹ en werknemers die mogelijkheid niet. De IB-ondernemer loopt jaarlijks tegen een afrekening aan over de behaalde winst uit onderneming, belast tegen de geldende tarieven van box 1 van de inkomstenbelasting. Ook de werknemer betaalt loon- en inkomstenbelasting in het jaar dat het loon is genoten.

Voor een aanmerkelijkbelanghouder zijn er dus verschillende manieren om aan liquiditeiten te komen. Voor een onderneming gedreven door een rechtspersoon geldt dat deze winsten belast worden binnen het regime van de vennootschapsbelasting tegen een tarief van maximaal 25%. De winst na belasting vormt vervolgens een uitkeerbare reserve welke toekomt aan de aandeelhouders. Winstuitkering ontvangen door de aanmerkelijkbelanghouder is belast in box 2 in de inkomstenbelasting tegen een tarief van 26,25% in 2020.¹² Het maximale gecombineerde tarief bedraagt per saldo 44,69%.¹³ Het arbeidsinkomen van de aanmerkelijkbelanghouder wordt progressief belast in box 1. De heffing vindt plaats op basis van 2 schijven in 2020 tegen een maximaal tarief van 49,50%.¹⁴ Op grond van art. 12a Wet op de loonbelasting 1964 is de aanmerkelijkbelanghouder verplicht zichzelf een arbeidsloon toe te kennen. De hoogte van het loon wordt gesteld op het hoogste van de volgende bedragen: 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking waarbij geen sprake is van een aanmerkelijk belang, het hoogste loon van de

⁸ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 026, nr. 6 (Brief van 18 december 2018 van de Minister en Staatssecretaris van Financiën), p. 5.

⁹ J. Heijn, 'Ondernemers moeten 19 miljard terugbetalen', Elsevier, 19 september 2018, geraadpleegd via: <https://www.elsevierweekblad.nl/belasting/achtergrond/2018/09/dga-rekening-courant-plots-belast-644841/>.

¹⁰ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹¹ Natuurlijke personen die een onderneming drijven en in box 1 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) belast worden voor de behaalde winst.

¹² Het box 2 tarief bedroeg 25% in 2019, maar wordt stapsgewijs verhoogd worden naar 26,25% in 2020 en 26,9% in 2021. De verhoging moet ervoor zorgen dat het globale evenwicht tussen de IB-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder die een onderneming drijft in een kapitaalvennootschap gewaarborgd blijft en is het resultaat van de stapsgewijze verlaging van het vpb-tarief.

¹³ Stel de winst bedraagt 100, na vpb-heffing a 25% is de winstreserve 75. Na uitkering aan de dga wordt er 26,9% ab-heffing afgetrokken. $100 * 0,75 * 0,731$ wordt netto ontvangen.

¹⁴ In 2019 werd loon belast op basis van 4 schijven tegen een maximaal tarief van 51,75%.

werknemers die in dienst zijn van de vennootschap, maar ten minste EUR 45.000. Nadat voldaan is aan de minimum looneis kan de aanmerkelijkbelanghouder verdere gelden aan zich doen toekomen door middel van een winstuitkering. Binnen de geschetste kaders kan de aanmerkelijkbelanghouder invloed uitoefenen op de omvang en de vorm van het inkomen en zodoende fiscaal optimaliseren.

Naast het loon en de dividenduitkering, is het voor een aanmerkelijkbelanghouder ook mogelijk om door middel van een lening aan gelden te komen. Leningen kunnen in deze situatie grofweg in drie typen leningen onderscheiden worden: eigenwoningleningen, leningen voor privé-investeringen of – beleggingen en consumptieve leningen.¹⁵ Een consumptieve lening kan eveneens worden vormgegeven als rekening-courant verhouding tussen de aanmerkelijkbelanghouder en de vennootschap. De rekening-courant fungeert als rekening waarop tijdelijk tussen de twee partijen gelden over en weer geboekt kunnen worden zonder dat dit kwalificeert als winstuitdeling of kapitaalstorting. Het gevolg hiervan is dat de aanmerkelijkbelanghouder wel kan beschikken over de gelden zonder dat de vennootschap daar dividendbelasting op inhoudt en afdraagt of de aanmerkelijkbelanghouder daar aanmerkelijkbelangheffing (hierna: ab-heffing) over betaalt.

Hoewel de aanmerkelijkbelanghouder zijn verschillende inkomensstromen kan beïnvloeden, is zijn situatie niet zo opportuun als de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel doet blijken. Een aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap dienen met elkaar te handelen als ware zij derde partijen. De facto betekent dat zij niet zonder consequenties in een overeenkomst treden waar een willekeurige derde niet deel aan had willen nemen.¹⁶ Voor de hoogte van de lening moet onder ander rekening worden gehouden met het inkomen en de leeftijd van de aanmerkelijkbelanghouder, de waarde in het economisch verkeer van de onroerende zaken en andere vermogensobjecten waarvoor de lening bestemd is en overige financiële verplichtingen.¹⁷ Daarnaast is het van belang dat er feitelijk sprake is van een lening en deze is aangegaan onder zakelijke voorwaarden. Indien de lening niet zakelijk is, loopt de aanmerkelijkbelanghouder het risico dat de lening gezien wordt als verkapte dividenduitdeling, waardoor er alsnog dividendbelasting en ab-heffing verschuldigd is over de uitgeleende gelden.¹⁸ Eventueel kan ook het standpunt worden ingenomen dat er geen sprake is van een lening, maar van loon.

Het aanhouden van een onzakelijke schuldverhouding is voor de Belastingdienst een aandachtspunt bij het uitvoeren van controles. De Belastingdienst is van mening dat er op grote schaal oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van het lenen bij de eigen vennootschap door bijvoorbeeld een rekening-courantschuld van de aanmerkelijkbelanghouder weg te poetsen. Aanmerkelijkbelanghouders zouden zich op het standpunt stellen dat de lening altijd al een verkapte uitkering is geweest, maar navordering is niet mogelijk omdat het buiten de navorderingstermijn valt.¹⁹ Hierdoor vist de fiscus achter het net. Medewerkers van de Belastingdienst werden verzocht een dergelijk standpunt te bestrijden.²⁰

¹⁵ M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59, par. 2.

¹⁶ Dan wijzigt de aard van de relatie en wijzigt de behandeling binnen het belastingrecht.

¹⁷ Besluit op Wob verzoek lening tussen BV en DGA, p. 30.

¹⁸ Zie in die verband bijvoorbeeld HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196, HR 25 oktober 1978, nr 18 967, BNB 1978/311 en HR 1 november 1989, nr. 25 777, BNB 1990/64.

¹⁹ Zie in dit kader H.K. Meijer, 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders', *WFR* 2015/918.

²⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën 22 februari 2017, nr. 2017-0000023352. Tevens bijlage bij de brief: 'Intranetbericht'.

De Belastingdienst beschikt over mogelijkheden om een schuldverhouding aan te merken aan verkapt dividend. Echter, het vaststellen en het tegengaan van dergelijk misbruik van een schuldverhouding bij de eigen vennootschap is niet in alle gevallen eenvoudig. De situatie dient te worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden.²¹ Of er al dan niet sprake is van een verkapte dividenduitdeling of misbruik is niet altijd evident en blijkt ook niet altijd goed te bestrijden door de Belastingdienst. Het invoeren van Wet excessief lenen zou de Belastingdienst een extra middel geven om dergelijke misbruiksituaties te bestrijden.

Door gelden te lenen van de eigen vennootschap kan de aanmerkelijkbelanghouder belastingheffing langdurig uitstellen en in sommige gevallen zelfs afstellen. Uit de parlementaire stukken blijkt dat het wetsvoorstel bovenmatig lenen bij de eigen vennootschap moet ontmoedigen. De mogelijkheid tot het beschikken over liquiditeiten zonder dat daarover belasting wordt betaald, wordt door de wetgever als onwenselijk beschouwd. Het wetsvoorstel zou langdurig uitstel en belastingafstel tegen moeten gaan. De voorgestelde maatregel is gericht aan de aanmerkelijkbelanghouder²². Het doel is, zo blijkt uit de memorie van toelichting, dat de aanmerkelijkbelanghouders minder liquide middelen onttrekken aan de vennootschap door middel van een lening en in plaats daarvan meer dividend uitkeren dan wel meer loon genieten.²³

De fictie in de maatregel zorgt ervoor dat er sprake is van inkomen uit aanmerkelijk belang voor zover de schuldverhouding tussen aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap boven de doelmatigheidsgrens uitstijgt. Verder wordt verwacht dat de maatregel een preventief karakter heeft, doordat de aanmerkelijkbelanghouder de heffing door toedoen van deze maatregel zal willen voorkomen. Heffing wordt voorkomen door de schuldpositie onder de EUR 500.000 te brengen en te houden. Daarnaast zal het tarief van box 2 in de komende jaren stapsgewijs worden verhoogd, wat ertoe kan leiden dat aanmerkelijkbelanghouders een dividenduitkering wensen te doen tegen het lagere tarief. Er wordt verwacht dat verhoging van het ab-tarief gaat leiden tot bovengemiddelde uitkeringen om dubbele heffing van opgepotte winsten te voorkomen.²⁴ De budgettaire raming houdt rekening met deze mogelijke gedragseffecten door in de aanloop naar 1 januari 2022 al een opbrengst in te calculeren. Het anticipatie-effect van het voorstel is voor het jaar 2019 ingeboekt als belastingopbrengst van 1,8 miljard euro.²⁵

1.2 Relevantie

Op basis van het aantal reacties op het conceptwetsvoorstel, verschillende publicaties en de media kan gesteld worden dat de aankondiging van de maatregel de fiscale gemoederen heeft aangewakkerd. De maatregel is gericht aan de *directeur-grootaandeelhouder en andere aanmerkelijkbelanghouders*, maar zal hoofdzakelijk aandeelhouders van familiebedrijven en

²¹ Besluit op Wob verzoek lening tussen BV en DGA, p. 30.

²² In bezit van ten minste 5% van het aandelenkapitaal in een vennootschap. Zie verder par. 2.3.1 inzake de aanmerkelijkbelanghouder.

²³ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

²⁴ Dubbele heffing ontstaat doordat de winstreserves belast zijn tegen het oude (hogere) vpb-tarief en bij uitkeren na 1 januari 2021 belast worden tegen het nieuwe (hogere) ab-tarief. Hierdoor ontstaat een accumulatie. Deze zou niet ontstaan zijn indien de winst in hetzelfde jaar uitgekeerd wordt als het jaar waarin de winst onderworpen is aan de vpb.

²⁵ Miljoenennota 2019, onderdeel 4.4.2 en tabel 4.4.2.

ondernemers in het midden en kleinbedrijf raken.²⁶ Het is binnen die groepen aannemelijk dat er aandeelhouders zijn met voldoende zeggenschap om de wijze van uitkeren van liquide middelen te beïnvloeden. Doordat de maatregel reeds in 2018 is aangekondigd, hebben de aanmerkelijkbelanghouders de mogelijkheid om reeds voorafgaande aan de inwerkingtreding van de maatregel op 1 januari 2023 al stappen te nemen om hun persoonlijke situatie in overeenstemming te brengen met de geschetste contouren.

Bij de uitwerking van de maatregel is bepaald dat de aanmerkelijkbelanghouder, zijn partner en eventueel de met hem verbonden personen onder het toepassingsbereik van de maatregel vallen.²⁷ Op basis van de aandeelhoudersspecificaties van de aangiftes vennootschapsbelasting waren er in 2016 355.000 aanmerkelijkbelanghuishoudens²⁸. In dat jaar is 61% van de aanmerkelijkbelanghouders een lening aangegaan bij de eigen vennootschap welke tezamen ruim EUR 55 miljard bedroegen. De omvang van de leningen zijn scheef verdeeld, wat ertoe leidt dat ruim EUR 33 miljard in handen is van 10% van de lenende aanmerkelijkbelanghuishoudens. Door de uitsluiting van de eigen woning schulden en het aanhouden van een drempelbedrag is de verwachting dat uiteindelijk 3% van de aanmerkelijkbelanghuishoudens met de regeling te maken krijgt.²⁹ In een recente reactie van de Minister van Financiën op kamervragen over box 2 is bekend gemaakt dat de stand van leningen van aanmerkelijkbelanghouders bij de eigen vennootschap in 2017 circa EUR 58 miljard bedroeg. Dit bedrag is vastgesteld op basis van gegevens die zijn vermeld in de aandeelhoudersspecificatie van de aangifte vennootschapsbelasting.³⁰

Een aanmerkelijkbelanghouder met voldoende zeggenschap in zijn vennootschap (doorgaans >50% aandeel in het kapitaal en zeggenschap) kan als aandeelhouder de omvang van de winstuitkering en de hoogte van het loon bepalen. In situaties waarbij de aanmerkelijkbelanghouder controlerende zeggenschap heeft kan er gesproken worden van een directeur-grootaandeelhouder. De directeur-grootaandeelhouder is naast zijn hoedanigheid als aanmerkelijkbelanghouder, in zijn hoedanigheid als werknemer ook onderworpen aan de loonbelasting. Vanwege de verschillende hoedanigheden van een directeur-grootaandeelhouder is deze in staat om binnen de wettelijke kaders “te spelen” met zijn inkomen.

1.3 Probleemstelling

Veel auteurs hebben zich uitgelaten over het nut en de noodzaak van de voorgestelde maatregel. Gelet op de werking van het aanmerkelijkbelangregime (hierna: ab-regime) en de huidige methoden om oneigenlijk gebruik van schuldverhoudingen bij de eigen vennootschap tegen te gaan is het de vraag of de voorgestelde maatregel bewerkstelligt dat excessief lenen bij de eigen vennootschap in meer situaties kan worden voorkomen, in vergelijking met de bestaande methoden. Het is daarom wenselijk om te onderzoeken of implementatie van de maatregel, Wet excessief lenen bij de eigen

²⁶ M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, ‘Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel’, *WFR* 2019/59, par. 1.

²⁷ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 4.

²⁸ In de MvT wordt gesproken over aanmerkelijk belang huishoudens welke refereert naar de groep van aanmerkelijkbelanghouders, partners en verbonden personen tezamen.

²⁹ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 4.

³⁰ Antwoorden Kamervragen 28 januari 2020 (over sparen in en lenen van de eigen BV), nr. 2020-0000007032 (Kamervragen 2019Z26057 van 20 december 2019), p. 5.

vennootschap, gerechtvaardigd kan worden vanuit het vermeende uitstel en afstel. Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Wordt belastinguitstel en –afstel door directeur-groootaandeelhouders op adequate wijze voorkomen door de invoer van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap of zijn andere maatregelen noodzakelijk om belastinguitstel te voorkomen?

De probleemstelling richt zich op de belastinguitstel en –afstel door directeur-groootaandeelhouders, vanwege het feit dat dit type aanmerkelijkbelanghouder in ieder geval een dusdanige positie bekleedt binnen zijn vennootschap dat hij de mogelijkheid heeft de gelden te lenen in plaats van loon of dividend uit te laten keren. Om de probleemstelling te beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat is het huidige wettelijk kader omtrent de schuldverhouding tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap? Hierbij wordt ingegaan op de fiscaalrechtelijke en civielrechtelijke kenmerken van een rechtspersoon, directeur-groootaandeelhouder en de onderlinge verhoudingen.
2. Op welke wijze biedt het thans geldende wettelijk kader de mogelijkheid om belastinguitstel en -afstel te bewerkstelligen? Over welke middelen beschikt de Belastingdienst om dit te bestrijden?
3. Hoe werkt een fictieve dividenduitdeling voor het fiscale en vennootschapsrecht op basis van het conceptwetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap? Wordt belastinguitstel en –afstel op adequate wijze voorkomen?
4. Hoe wordt omgegaan met de schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap binnen het Duitse recht? Dit dient ter vergelijking met de Nederlandse aanpak en als basis voor mogelijke beleidsalternatieven.

1.4 Toetsingskader

Om te bepalen of belastinguitstel en -afstel te bewerkstelligen op adequate wijze voorkomen zal worden door implementatie van de aangekondigde maatregel zijn toetsingscriteria opgesteld:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid;
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid; en
- Internationaalrechtelijke verenigbaarheid.

De doeltreffendheid en doelmatigheid van de maatregel zullen meegenomen worden in de beoordeling van de maatregel. Deze criteria zijn ontleend aan de Nota Zicht op Wetgeving en worden beschouwd als fundamentele kwaliteitseisen van behoorlijke wetgeving.³¹ Een wettelijke bepaling wordt gezien als doeltreffend indien deze in belangrijke mate leidt tot verwezenlijking van de beoogde doelstelling van de wetgever. Daarnaast vereist het doelmatigheidscriterium dat de werking van de wet niet mag leiden tot een ongunstige verhouding tussen baten en lasten voor de samenleving of overheid.

³¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

Om de rechtszekerheid te waarborgen is het van belang dat de nationale wetgeving eenvoudig, duidelijk en toegankelijk is.³² De bedoeling van de wetgever moet duidelijk voortvloeien uit de wetgeving zodat voor zowel de belastingplichtige als de rechterlijke macht duidelijk is wat zij mogen doen of nalaten.

Tenslotte is vereist dat de nationale wet niet in strijd komt met enige andere regel van internationaal belastingrecht. Relevant in dit kader zijn de door Nederland gesloten belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting en EU-recht. De goede verdragstrouw jegens de verdragspartners mag niet worden geschonden op grond van art. 26 van het Verdrag van Wenen. Hiervan zou sprake kunnen zijn ingeval Nederland door introductie van de maatregel een verschuiving van heffingsbevoegdheid teweeg brengt.

1.5 Afbakening

Hoewel de inwerkingtreding van de maatregel initieel was gepland op januari 2022, heeft het Kabinet bevestigd dat de maatregel vanwege de Corona-crisis pas inwerking zal treden op 1 januari 2023. Het conceptwetsvoorstel is nog niet aangepast op deze bekendmaking en is gebaseerd op een ingangsdatum van 1 januari 2022. Derhalve zal in de bespreking van het wetsvoorstel en de toetsing ervan, 1 januari 2022 worden aangehouden als datum van inwerkingtreding.

De voorgestelde maatregel is gericht op het voorkomen van belastinguitstel en –afstel door aanmerkelijkbelanghouders. De wetgever wenst dit te voorkomen door zich te focussen op het excessieve deel van de lening tussen de aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap. Onder excessief wordt verstaan: alle schulden voor zover deze (al dan niet gezamenlijk) meer bedragen dan 500.000 euro.³³ Omdat de data niet beschikbaar is, wordt geen onderzoek gedaan naar de gewenste hoogte van de doelmatigheidsdrempel. In hoeverre de hoogte van de grens goed is neergelegd door de wetgever, wordt slechts ingegaan voor zover dat relevant is voor de beantwoording van de probleemstelling.

De problematiek die zich voordoet, speelt hoofdzakelijk in situaties waarbij er sprake is van een aanmerkelijkbelanghouder met een controlerend belang. Echter is de maatregel gericht aan de aanmerkelijkbelanghouder wat een bredere groep aanspreekt. In deze scriptie wordt met het begrip directeur-groootaandeelhouder bedoeld: de aanmerkelijkbelanghouder met een controlerend belang. Met het begrip aanmerkelijkbelanghouder wordt gerefereerd naar de aandeelhouder die onder het regime van box 2 van de inkomstenbelasting valt.

De maatregel is in het leven geroepen om belastinguitstel en -afstel tegen te gaan. Bij de toetsing van de maatregel wordt aangesloten bij de definiëring in de memorie van toelichting. In de memorie van toelichting omschrijft de wetgever belastinguitstel als volgt:

“Door liquide middelen als lening aan de eigen vennootschap te onttrekken in plaats van als dividend uit te keren of loon te genieten, wordt belastingheffing op dat moment voorkomen”³⁴

Belastingafstel wordt niet specifiek gedefinieerd in de memorie van toelichting. Wel wordt een voorbeeld van belastingafstel gegeven:

³² Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 30, par 2.2.7.

³³ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 13.

³⁴ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

“Belastingafstel doet zich bijvoorbeeld voor op het moment dat een vordering op de aanmerkelijkbelanghouder – indirect – in de heffing zou moeten worden betrokken, maar deze belasting niet kan worden betaald.”³⁵

In de rechtsvergelijking met Duitsland zullen slechts de aspecten van het rechtssysteem belicht worden welke relevant zijn voor de relatie tussen de directeur-groootaandeelhouder en de vennootschap. Het systeem zal niet in zijn volledigheid worden toegelicht. Er zal worden ingegaan op de fiscale behandeling van de directeur-groootaandeelhouder en de onderlinge verhoudingen. Dat zijn eveneens de aspecten die voor het onderzoek van de Nederlandse behandeling aan bod komen.

In december 2019 is een artikel verschenen welke ingaat op de situatie waarbij een bovenmatige schuld wordt nagelaten. Hierbij wordt ingegaan op de gevolgen van het wetsvoorstel voor de schenk- en erfbelasting, inkomstenbelasting en Boek 4 Burgerlijk Wetboek.³⁶ Deze aspecten zien niet direct op de verhouding tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap. Dit zijn gevolgen van het wetsvoorstel en dragen niet bij aan de beantwoording van de onderzoeksvraag. Ergo, deze aspecten zullen buiten beschouwen worden gelaten.

³⁵ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6.

³⁶ J.A. Bult, ‘Nalaten van een bovenmatige schuld’, *KWEP* 2019/26.

2. Het wettelijk kader

2.1 Inleiding

Het wetsvoorstel 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap' richt zich zogezegd tot de aanmerkelijkbelanghouder die een schuld heeft bij de eigen vennootschap. Dit hoofdstuk dient ter verduidelijking van de (rechts)personen die onder het wetsvoorstel vallen. Dit zijn de aanmerkelijkbelanghouder, de vennootschap en haar bestuurder. Daarnaast zal ook de schuldverhouding worden behandeld. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de zelfstandigheid van de vennootschap en de rol en verplichtingen van de bestuurder en de aandeelhouder vanuit een civielrechtelijke perspectief. Aansluitend wordt de fiscale positie van de vennootschap, de bestuurder en de aandeelhouder behandeld. In beide gevallen zal ingegaan worden op het ingrijpen in de juridische huls van een rechtspersoon.

2.2 Vennootschapsrecht

2.2.1 Rechtspersoonlijkheid van vennootschappen

Een vennootschap en haar directeur-groootaandeelhouder worden vaak in een adem genoemd. De directeur-groootaandeelhouder heeft namelijk een uitzonderlijke positie als aandeelhouder en bestuurder. In zowel het vennootschaps- als het belastingrecht worden de directeur-groootaandeelhouder en de vennootschap waar hij bestuurder en aandeelhouder is, gezien als twee afzonderlijke partijen. Deze zelfstandigheid wordt ook wel de *corporate veil* genoemd. Dit heeft onder meer tot gevolg dat vennootschappen zelfstandig rechtshandelingen kunnen aangaan en juridisch onafhankelijk zijn van hun aandeelhouders. De mogelijkheid om met de eigen vennootschap een schuldverhouding aan te kunnen gaan vloeit voort uit de zelfstandigheidsfictie.

De vennootschap en zijn rechtspersoonlijkheid is niet voor iedereen een vanzelfsprekend concept. In het Burgerlijk Wetboek worden de beide begrippen gebruikt, maar niet nader toegelicht of gedefinieerd.³⁷ Van origine is alleen de mens een rechtssubject. Als rechtssubject is men drager van rechten en plichten. In het huidige Nederlandse rechtssysteem worden naast natuurlijke personen ook rechtspersonen als rechtssubject erkend. Door middel van een wetsfictie zet het vennootschapsrecht rechtspersonen op gelijke voet met natuurlijke personen.³⁸ Dit houdt in dat er een juridische constructie is die rechtspersonen ook drager van rechten en plichten maakt. Dankzij deze wettelijke fictie kunnen natuurlijke personen zich met behulp van een rechtspersoon organiseren. De gelijkstelling met natuurlijke personen beperkt zich in beginsel tot het vermogensrecht en kan verder aan banden worden gelegd, indien uit de wet of de rechtspraak het tegendeel voortvloeit.^{39,40}

In het Nederlandse vermogensrecht worden rechtssubjecten onderscheiden in twee categorieën, te weten de natuurlijke personen en rechtspersonen. Natuurlijke personen hebben vanzelfsprekend rechten en plichten en kunnen zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen. Doordat rechtspersonen op gelijke hoogte worden gesteld als natuurlijke personen, kunnen groepen van mensen, organisaties en instellingen in de vorm van een rechtspersoon als handelingsbekwaam persoon optreden in het rechtsverkeer. Zij kunnen net zoals een natuurlijk persoon bezittingen en schulden hebben, contracten

³⁷ Zo spreken art. 2:1, 2:2 en 2:3 van rechtspersoonlijkheid.

³⁸ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/5, Overzicht van rechtspersoonlijkheidstheorieën I en

³⁹ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55, Gelijkstelling natuurlijke persoon.

⁴⁰ Zie Artikel 2:5 BW. Tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.

sluiten, rechtszaken aanspannen en aangeklaagd worden. Dat het verrichten van rechtshandelingen door een rechtspersoon rechtstreeks of middellijk geschiedt door een natuurlijk persoon, doet niet af aan de zelfstandigheid van de rechtspersoon.

Rechtspersonen worden onderscheiden in drie hoofdcategorieën te weten de publieke rechtspersonen, de kerkgenootschappen en de privaatrechtelijke rechtspersonen.⁴¹ De bepalingen in het Burgerlijk Wetboek gelden in de eerste plaats voor de privaatrechtelijke rechtspersonen. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) en de naamloze vennootschap (NV) zijn verschijningsvormen van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit zijn voor de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap de relevante verschijningsvormen van privaatrechtelijke rechtspersonen.

Na oprichting heeft de rechtspersoon bij gratie van de wet rechtspersoonlijkheid gekregen. Gierke⁴² (1841-1921) kende in zijn rechtspersoonlijkheidstheorie evenveel realiteit toe aan de persoonlijkheid van rechtspersonen als aan de natuurlijke persoonlijkheid van de mens. De visie is onder andere gebaseerd op het idee dat een rechtspersoon een werkelijke wil heeft die wordt gevormd door zijn organen (lees: bestuur en leden). Hetgeen zij besluiten, vormt naar zijn mening de wil van de rechtspersoon.⁴³ Echter bestaat de rechtspersoon in eerste instantie voornamelijk op papier. Dit beeld verandert op het moment dat de rechtspersoon rechtshandelingen gaat verrichten.⁴⁴ De rechtspersoon kan zich in vermogensrechtelijke zin binden. Krachtens haar rechtspersoonlijkheid zal de vennootschap in het algemeen dezelfde vermogensrechten kunnen hebben als een natuurlijk persoon. Het grote onderscheid tussen de twee rechtssubjecten is de wijze van uitoefening van de rechten.⁴⁵ De rechtspersoon kan niet handelen in fysische of psychische zin, dat geschiedt door vertegenwoordigers. De handelingsbevoegdheid wordt echter wel bepaald door het recht van de rechtspersoon.⁴⁶ De rechtspersoon is zelf exclusief aansprakelijk voor haar verbintenissen, ondanks dat vertegenwoordiging feitelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de rechtspersoon.⁴⁷ De naamloze vennootschap en de besloten vennootschap zijn volkomen rechtspersonen. Dat houdt in dat die vennootschapsvormen de aandeelhouders het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid verschaffen. Het Nederlandse recht kent behoudens uitdrukkelijke situaties geen gevallen waarin de rechtssubjectiviteit van de vennootschap moet worden gerelativeerd en het schild van de rechtspersoonlijkheid wordt doorbroken (*piercing the corporate veil*).⁴⁸

Het ingrijpen in de juridische huls van een rechtspersoon komt van origine uit het civiele recht. De noodzaak lijkt te zijn dat het geldende recht niet leidt tot een redelijke of billijke uitkomst. Het doel en de consequentie van *piercing the corporate veil* is een uitbreiding van de aansprakelijkheid naar aandeelhouders of bestuurders van een vennootschap. Hiervan wordt gesproken indien een aandeelhouder of bestuurder aansprakelijk wordt gesteld voor schulden van de vennootschap ondanks de geldende rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid. Voor doeleinden van aansprakelijkheid wordt de rechtspersoonlijkheid weggedacht. Dit leerstuk doorbreekt het juridische

⁴¹ Zie hiervoor art. 2:1, art 2:2 en art. 2:3 BW.

⁴² Otto von Gierke was een Duitse jurist die zich kritisch heeft uitgelaten over het Duitse Burgerlijk Wetboek.

⁴³ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/5, Overzicht van rechtspersoonlijkheidstheorieën I.

⁴⁴ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/39, Rechtspersoon ontstaat door menselijk handelen.

⁴⁵ P.J. Dortmond, Van der Heiden Handboek NV/BV 2013/61, Gevolg der rechtspersoonlijkheid.

⁴⁶ P.J. Dortmond, Van der Heiden Handboek NV/BV 2013/52, Rechtspersoonlijkheid.

⁴⁷ C.E.J.M. Hanegraaf, '2.2.1 Rechtspersoon en rechtspersoonlijkheid'. Tenzij het tegendeel uit de wet voortvloeit.

⁴⁸ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834, Piercing the corporate veil.

uitgangspunt dat een vennootschap rechtspersoonlijkheid bezit die onafhankelijk is van haar aandeelhouders.⁴⁹

Aandeelhouders, bestuurders en vertegenwoordigers kunnen aansprakelijk worden gesteld door schuldeisers van de vennootschap op grond van bijvoorbeeld de onrechtmatige daad⁵⁰. De aandeelhouder met een machtspositie in de vennootschap zal rekening moeten houden met de belangen van schuldeisers. In het verleden zijn er zaken voorgelegd aan de Hoge Raad waarin de moedermaatschappij die het volledige eigendom in de dochter had krediet verstrekt en vervolgens nagenoeg alle activa in zekerheidseigendom verwerft zodat de dochter aan nieuwe schuldeisers praktisch geen verhaal meer kan bieden. Er kan onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige daad indien de moeder nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken.⁵¹ Een tweede voorbeeld is de zaak van de Hoge Raad waarbij de enige aandeelhouder had besloten tot dividenduitkering ter hoogte van nagenoeg de gehele omvang van de reserves.⁵² Tot slot kan zich een onrechtmatigheid voordoen in situaties waarbij de vertegenwoordiger verbintenissen aangaat voor de vennootschap waarvan hij weet of redelijkerwijs moet weten dat de vennootschap daar wegens insolventie niet aan kan voldoen. Een directeur-grootaandeelhouder heeft een machtspositie in zijn vennootschap, maar is wel gebonden aan zijn verplichtingen als aandeelhouder en bestuurder.

2.2.2 Directeur-grootaandeelhouder civielrechtelijk

Directeur-grootaandeelhouder is geen vastomlijnd privaatrechtelijk begrip. Het duidt op de natuurlijk persoon die alleen of in samenwerking met anderen een onderneming start, inbrengt en voert in een besloten of naamloze vennootschap en zowel als aandeelhouder als bestuurder een controlerende invloed heeft op de vennootschap. De kernelementen van de directeur-grootaandeelhouder zijn dat hij volledige zeggenschap heeft door de combinatie van aandeelhouderschap en zijn bestuursfunctie, recht heeft op inkomen uit hoedanigheid als werknemer en bestuurder en recht heeft op vervreemdings- of liquidatiewaarde.⁵³ De positie van de directeur-grootaandeelhouder kan onderscheiden worden in verschillende vormen zoals bijvoorbeeld een directeur-grootaandeelhouder in een eenmans-BV waarin hij zowel enig aandeelhouder als enig bestuurder is of een vennootschap waarin hij als aandeelhouder of bestuurder doorslaggevende zeggenschap heeft naast enkele andere verspreide aandeelhouders (zoals in een familie BV).

De vennootschap fungeert voor de directeur-grootaandeelhouder als drager van zijn onderneming. De directeur-grootaandeelhouder heeft, als bestuurder, echter wel verplichtingen jegens de vennootschap. De bestuurderstaak is voor alle rechtspersonen neergelegd in art. 2:9 BW. De taakverdeling kan vrijelijk worden verdeeld aangezien dit bij of krachtens de statuten wordt vastgelegd.⁵⁴ Om te voorkomen dat bestuurderstaken tussen wal en schip vallen, is de bepaling negatief geformuleerd. Het eerste lid bepaalt dat alle bestuurstaken die niet aan een andere

⁴⁹ D.R. Post, 'Het civiele leerstuk 'piercing the corporate veil'', *Cursus Belastingrecht Archief* 2017/Vpb.4.0.0.C.b1.

⁵⁰ Art. 6:162 BW.

⁵¹ HR 25 september 1981 (Osby), NJ 1982, 443 m.nt. J.M.M. Maeijer.

⁵² HR 8 november 1991 (Nimox), NJ 1992, 174. Zie Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme, nr. 844.

⁵³ G.J.H. van der Sangen en M.J.G.C. Raaijmakers, 'De directeur-grootaandeelhouder en het BV-recht', *Onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer (2011), p 170-189.

⁵⁴ Art 2:129a, lid 1, BW.

bestuurder zijn toebedeeld tot de taken van de bestuurder horen.⁵⁵ Zo moet de directeur-grootaandeelhouder als bestuurder zijn opdracht niet uit eigen belang vervullen, maar in het belang van de BV en haar onderneming ex. artikel 2:9 BW jo. 2:129 lid 5 BW. In de regel wordt het vennootschapsbelang vooral bepaald door het bevorderen van het succes van de onderneming.⁵⁶ In zijn rol als aandeelhouder mag de directeur-grootaandeelhouder wel uit eigen belang handelen. Ernstig verwijtbare tekortkomingen geeft de vennootschap reden tot actie tegen haar bestuurder. In een situatie waarin de directeur-grootaandeelhouder enig bestuurder en aandeelhouder is beslist hij daar in feite zelf over.

Aandeelhouder

De directeur-grootaandeelhouder bekleedt zowel de positie van bestuurder als van aandeelhouder. Hoewel hij hierdoor de omvang van de winstuitdeling kan bepalen is hij evengoed gebonden aan de bovenstaande wettelijke bepalingen. De winst van een vennootschap komt ten goede aan de aandeelhouders voor zover in de statuten niet anders is bepaald.⁵⁷ De omvang van de dividenduitkering vloeit voort uit de winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden.⁵⁸ Indien niet anders is bepaald, ontstaat er na vaststelling van de winst een opeisbare vordering tot uitkering van de jaarwinst. Het is echter mogelijk dat de statuten voorzien in aanvullende contractuele afspraken omtrent dotaties aan de reserves, waardoor niet alles toekomt aan de winstreserve. Vice versa kan de bestuurder van de vennootschap niet categorisch met een beroep op het belang van de vennootschap weigeren dividend uit te keren aan bepaalde aandeelhouders.

Het is echter niet toegestaan dividend uit te keren, indien de financiële positie van de vennootschap zich hiertegen verzet. De uitkering van dividend mag niet als gevolg hebben dat de aandeelhouders als verschaffers van risicodragend vermogen boven concurrente schuldeisers worden geplaatst. Alsdan kan dat worden gekwalificeerd als een onrechtmatige uitkering van dividend.⁵⁹ De aansprakelijkheid voor de uitkering van dividend wordt in bepaalde mate verschoven van de aandeelhouders naar de bestuurder. Ingevolge art. 2:216, lid 2 BW dient uitkering van dividend na besluit dat strekt tot uitkering te worden geweigerd, als het bestuur “weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden”. De bestuurders kunnen voorts hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het tekort wat door de uitkering is ontstaan indien zij ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap in financiële problemen zou komen, zo blijkt uit art. 2:216, lid 3 BW.

In beginsel kunnen aandeelhouders van de rechtspersoon slechts aansprakelijk gesteld worden tot het door hen deelgenomen kapitaal. Dit kan een motief zijn voor de aandeelhouder(s) om te kiezen voor de rechtspersoon in plaats van zich rechtstreeks te binden voor rechtshandelingen. Door de

⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 7.

⁵⁶ Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 129, onderdeel 7. Hierin wordt verwezen naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286; RO 2014/43; JOR 2014/290 (Cancun).

⁵⁷ Art. 2:216 BW.

⁵⁸ Ingevolge art. 2:373 vallen onder de wettelijke reserves: het geplaatste kapitaal, agio, herwaarderingsreserve, andere wettelijke reserves, statutaire reserves, overige reserves en niet verdeelde winsten voor zover deze niet reeds een bestemming hebben gekregen.

⁵⁹ M.J.G.C. Raaijmakers, G.J.H. van der Sangen, ‘Handboek onderneming en aandeelhouder’, IV.17.3.3 Dividenduitkering aan DGA (huidig recht).

rechtspersoon aldus zelf aansprakelijk te stellen en zijn handelingen aan zichzelf toe te rekenen wordt de zelfstandigheid van de rechtspersoon erkent. Deze zelfstandigheid kan wel beperkt worden bij wanbestuur. Alsdan strekt de aansprakelijkheid zich uit naar de bestuurder. Voor een directeur-grootaandeelhouder heeft de verschuiving van aandeelhouder naar bestuurder in zoverre geen impact omdat het dezelfde persoon betreft.

Bestuurder

Primair is een rechtspersoon aansprakelijk voor de verplichtingen die zij aangaat. In bepaalde situaties kan het echter zo zijn dat er voorbij de zelfstandigheidsfictie wordt gekeken en dat de bestuurder wordt aangesproken voor de verplichtingen van de vennootschap. Het vennootschapsrecht geeft een aantal mogelijkheden om op te treden tegen een falend bestuur. Naast wanprestatie van de bestuurder(s) (toerekenbare tekortkomingen conform art. 6:74 BW) is het mogelijk dat de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld doordat er geen sprake is van behoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW.⁶⁰

2.2.3 Schuldverhouding tussen directeur-grootaandeelhouder en vennootschap

De schuldverhouding tussen de directeur-grootaandeelhouder en zijn vennootschap kunnen op verschillende wijzen worden vormgegeven. Denk aan een formele geldleningsovereenkomst of een rekening-courant verhouding. Voor de civielrechtelijke kwalificatie als geldlening is de terugbetalingsverplichting de meest cruciale eigenschap van de geldlening. Indien deze verplichting is opgenomen in de overeenkomst, is er sprake van een geldlening.⁶¹ Het recht spreekt van een kredietovereenkomst waarbij de uitlener zich bindt een som geld te verstrekken en de inlener zich bindt een som geld terug te betalen.⁶²

Het is voor een directeur-grootaandeelhouder ook mogelijk om via een rekening-courant verhouding aan liquide middelen te komen. Dit is een boekhoudkundige post gericht op kortstondige onderlinge verhoudingen in de vorm van leningen, rentebetalingen en het voldoen van verplichtingen. Deze worden als opname of storting geboekt en kunnen afhankelijk van de omvang resulteren in een schuld van directeur-grootaandeelhouder aan de vennootschap of vice versa. Civielrechtelijk wordt een dergelijke verhouding ook gekwalificeerd als schuld op basis van de definitie ex. art. 7A:1791 BW. Deze kwalificatie heeft als gevolg dat de betrokken partijen bij het aangaan van de schuldverhouding zijn onderworpen aan de terugbetalingsvereiste ex art. 7A:1800 BW.

Tussen derde partijen is het vanzelfsprekend dat er een overeenkomst ten grondslag ligt aan een schuldverhouding. Dit is voor de schuldverhouding tussen een directeur-grootaandeelhouder en zijn vennootschap minder evident. Omwille van de zekerheid is voor externe partijen een verplichting voor schriftelijke vastlegging opgelegd. Immers bestaat het gevaar dat de enig aandeelhouder rechtshandelingen verricht in zijn eigen voordeel en ten nadele van de schuldeisers van de vennootschap.⁶³ Formeel is het zogenoemde 'schriftelijkheidsvereiste' neergelegd in artikel 2:247 BW. Dit artikel bepaalt dat rechtshandelingen tussen een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en haar enig aandeelhouder, waarbij de vennootschap vertegenwoordigd wordt door deze aandeelhouder schriftelijk moeten worden vastgelegd.⁶⁴ Uitzondering wordt geboden voor

⁶⁰ H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid (R&P) nr. ONR2), 2011/I.B.1.a.

⁶¹ HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, r.o. 3.4.5.

⁶² Art. 7:129 BW.

⁶³ MvA, Kamerstukken II 1990/1991, 21 959, nr. 5, p.5.

⁶⁴ Uitzondering wordt gemaakt voor rechtshandelingen die tot de gewone bedrijfsuitoefening horen.

rechtshandelingen in het kader van de normale bedrijfsuitoefening. Ter illustratie van het begrip *normale bedrijfsuitoefening* kan verwezen worden naar een uitspraak van rechtbank Den Haag op 2 september 2015. Aan de orde was of een allesomvattende rekening-courantverhouding tussen twee partijen voldeed aan het eisen van art. 2:247 BW. Onderdeel van de rekening-courantverhouding waren de vergoedingen ten aanzien van de managementovereenkomst. De rechtbank oordeelde dat de managementovereenkomst ingrijpend en omvangrijk was en dat schriftelijke vastlegging in de vorm van facturen onvoldoende was.⁶⁵ In casu wees de rechtbank de vordering tot terugbetaling van de managementfees af, omdat de rechtbank van oordeel was dat de waarde van de geleverde bestuursdiensten opwoog tegen de betaalde bedragen.

De wijze of het moment van vastlegging is niet nader gespecificeerd. Men kan denken aan vastlegging in de notulen van de aandeelhoudersvergadering en aan vastlegging achteraf. Omdat er feitelijk een wilsovereenstemming moet bestaan tussen de partijen, is het wel van belang dat de vastlegging voldoende specifiek is. Wanneer niet voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste, is de rechtshandeling vernietigbaar. Alleen de vennootschap en dus niet de aandeelhouder kan hier een beroep op doen. Dit kan een rol spelen in situaties van faillissement van een vennootschap en is een vorm van aansprakelijkheid.⁶⁶ Het vernietigen van de rechtshandeling heeft tot gevolg dat de liquiditeiten of vermogensbestanddelen civielrechtelijk in bezit zijn gebleven van de vennootschap. Dit kan de vermogenspositie van de vennootschap wijzigen.⁶⁷

2.3 Belastingrecht

Fiscaalrechtelijk wordt over het algemeen aangesloten bij dat wat civielrechtelijk wordt bepaald. Hierdoor worden rechtspersonen in het belastingrecht ook als afzonderlijke belastingplichtigen beschouwd. Door de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen en zelfstandigheid tussen de directeur-groootaandeelhouder en de eigen vennootschap worden transacties tussen beide partijen erkend, ook al is er sprake van een aandeelhouder die een kwalificerend belang heeft en bestuurder is van de vennootschap.

2.3.1 De directeur-groootaandeelhouder fiscaalrechtelijk

Net zoals in het civiele recht is het begrip directeur-groootaandeelhouder niet zodanig gedefinieerd. In het algemeen wordt aangesloten bij het ab-regime uit de inkomstenbelasting welke, kortgezegd, uitgaat van een belang van 5%. Kenmerkend voor de directeur-groootaandeelhouder is dat hij behalve aandeelhouder ook bestuurder is van de vennootschap. Juist de combinatie van de twee posities leidt ertoe dat de opkomende inkomensstromen volgens een afzonderlijk regime worden belast. Twee voorbeelden daarvan zijn de terbeschikkingstellingsregeling en de gebruikelijk-loonregeling.

In het belastingrecht duidt het begrip directeur-groootaandeelhouder op de bestuurder van een vennootschap die tenminste 5% van het geplaatste kapitaal bezit. Veelal in de situatie waarin de betreffende aandeelhouder een controlerend belang heeft in de vennootschap. Onder het vennootschapsrecht zijn de kernelementen van de directeur-groootaandeelhouder dat hij volledige zeggenschap heeft door de combinatie van aandeelhouderschap en zijn bestuursfunctie, recht heeft

⁶⁵ Rb. Den Haag 2 september 2015, *JOR* 2016, 260 m. nt. Wezeman (Aannemingsbedrijf Timmers).

⁶⁶ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Schriftelijke vastlegging bepaalde overeenkomsten bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 247.

⁶⁷ Indien rechtshandelingen worden vernietigd die invloed hebben op de kostensfeer (zoals een managementfee), dalen de kosten van de vennootschap. Dit kan impact hebben op de winst en daarmee ook de belastingclaim die daarop rust.

op inkomen uit hoedanigheid als werknemer en bestuurder en recht heeft op vervreemdings- of liquidatiewaarde. Fiscaalrechtelijk kan hier het recht op exit-waarde aan toegevoegd worden.

De exit-waarde is de waarde in het economisch verkeer van de vennootschap op het tijdstip van zetelverplaatsing van Nederland naar het buitenland.⁶⁸ Bij zetelverplaatsing eindigt in de meeste gevallen het (onbeperkte) heffingsrecht voor Nederland. Om te voorkomen dat de niet gerealiseerde winsten Nederland onbelast verlaten is een eindafrekening geïntroduceerd voor de vennootschap in de vennootschapsbelasting. Hierbij worden de vermogensbestanddelen van de vennootschap die geen onderdeel meer uitmaken van de in Nederland belastbare winst geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer.⁶⁹ Indien de vennootschap zich na zetelverplaatsing in de EU of EER heeft gevestigd, is het mogelijk uitstel van betaling van de exitheffing aan te vragen.⁷⁰

Voor de directeur-groootaandeelhouder die binnenlands belastingplichtig is, verandert er niks bij emigratie van de vennootschap. Hij is ook na zetelverplaatsing nog in het bezit van een aanmerkelijk belang en zal conform het regime van box 2 in de heffing worden betrokken voor reguliere en vervreemdingsvoordelen.⁷¹ De situatie is anders voor de buitenlands belastingplichtige directeur-groootaandeelhouder. Hij werd, tot het moment van emigratie van de vennootschap, op grond van Hoofdstuk 7 van de Wet IB 2001 in de heffing betrokken voor inkomen uit een in Nederland gevestigde vennootschap.⁷² Die belastingplicht houdt op nadat de vennootschap niet langer is gevestigd in Nederland. Zetelverplaatsing van de vennootschap wordt bij fictie aangemerkt als vervreemding en vormt een belastbaar feit voor de inkomstenbelasting.⁷³ Deze directeur-groootaandeelhouder zal een conserverende aanslag opgelegd krijgen voor de waardeinstijging op de aandelen gedurende de periode dat de vennootschap was gevestigd in Nederland.⁷⁴

Aandeelhouder

Naast bestuurder en werknemer heeft de directeur-groootaandeelhouder een rol als aandeelhouder. Als aandeelhouder kan de directeur-groootaandeelhouder zichzelf dividendinkomen toekennen rekening houdend met de financiële positie van de vennootschap. De voorgestelde maatregel wordt onderdeel van de aanmerkelijkbelangregeling van de Wet IB 2001. Hieruit volgt dat wordt aangesloten bij het aanmerkelijkbelangbegrip in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Dit begrip uit de inkomstenbelasting is een belangrijk aanknopingspunt voor de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.92 Wet IB, de aanwezigheid van een fictieve dienstbetrekking in de zin van art. 4, onderdeel d Wet LB 1964 en de fictieve erfrechtelijke verkrijging van aandelen in een pensioen- of verzekeringslichaam van art. 13a SW 1956.⁷⁵ In navolging van de betreffende regelingen sluit de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap nu ook aan bij dit aanmerkelijkbelangbegrip. De koppeling met het ab-regime betekent dus dat de bovenstaande regelingen van toepassing kunnen zijn zodra een belastingplichtige voor de inkomstenbelasting kwalificeert als aanmerkelijkbelanghouder.

⁶⁸ Zetelverplaatsing houdt in dat de werkelijke leiding van een vennootschap van Nederland naar een ander land gaat. Dit bepaalt de emigratie van een vennootschap.

⁶⁹ Art 15c, lid 1, Wet Vpb 1969.

⁷⁰ Art 25a, lid 1, IW 1990.

⁷¹ Hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001, op basis van art 4.12 Wet IB 2001.

⁷² Art 7.5, lid 1, Wet IB 2001 bepaalt dat inkomen uit een in Nederland gevestigde vennootschap tot het belastbaar inkomen van een buitenlands belastingplichtige behoort.

⁷³ Art 7.5, lid 7, Wet IB 2001.

⁷⁴ Art 25, lid 8, IW 1990.

⁷⁵ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Kluwer 2009, p. 5, par. 1.4.

Op grond van artikel 4.6 Wet IB is er sprake van een aanmerkelijk belang in een vennootschap, indien de belastingplichtige al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aanhouder is van de vennootschap;
- b. Rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal;
- c. Winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap, dan wel op tenminste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd; en
- d. Gerechtigd is om tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie of vereniging van coöperatieve grondslag.⁷⁶

Om te bepalen of er sprake is van een aanmerkelijk belang, telt ook het aandelenbezit van de fiscale partner mee op grond van art. 4.10 wet IB 2001. In de basis geldt dat als partner wordt aangemerkt de echtgenoot en de ongehuwde meerderjarige persoon met die wie de belastingplichtige een notarieel samenlevingscontract is aangegaan en met wie hij staat ingeschreven op hetzelfde woonadres.⁷⁷ Tevens moet rekening worden gehouden met het aandelenbelang van bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige en diens partner. Daarnaast is het mogelijk dat aandelen die op zichzelf niet als aanmerkelijk belang kwalificeren toch behandeld worden als zodanig, alsdan is er sprake van een fictief aanmerkelijk belang ex art. 4.11 wet IB 2001. Dit artikel is geïntroduceerd om de belastingclaim op winstbewijzen of aandelen die is ontstaan door een geruisloze omzetting van een IB-onderneming in een vennootschap te behouden mocht het aandelenbelang onder de 5% belanden. Doorschuiving van de inkomstenbelastingclaim leidt door het fictieve aanmerkelijk belang in alle gevallen tot het ontstaan van een aanmerkelijkbelangpositie.⁷⁸ Door de verschillende regelingen is het aanmerkelijkbelangbegrip minder vatbaar voor manipulatie.

De grens voor een aanmerkelijk belang wordt getrokken bij 5%. Uit kamerstukken⁷⁹ blijkt dat deze grens in lijn is met de grens die wordt toegepast bij de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting.⁸⁰ Het criterium maakt een onderscheid tussen beleggen en ondernemen. Er worden vraagtekens gezet bij de omvang van het criterium. In de oude ab-regeling voor 1997 gold een grens van 33,33%. In relatie tot de directeur-grootaandeelhouder kan men de vraag stellen in hoeverre het thans geldende bezitsvereiste recht doet aan de positie van de directeur-grootaandeelhouder. Door het 5% criterium lijkt de macht van de aanmerkelijkbelanghouder om het dividendbeleid te bepalen niet langer bepalend te zijn voor het hebben van een aanmerkelijk belang, maar is de focus verlegd naar het onderscheid tussen beleggen en ondernemen.⁸¹ In de praktijk zal

⁷⁶ I. van Brag ten P.J.M. Meertens, 'De directeur-grootaandeelhouder en zijn BV', *Fiscale Praktijkreeks* nr. 3, onderdeel 3.1.1. Geraadpleegd via NDFR <https://www.ndfr.nl/Boeken/Uitgave?id=FPR&boekId=4123>.

⁷⁷ Het basis partnerbegrip is opgenomen in art. 5a AWR. Nadere voorwaarden omtrent het partnerbegrip kunnen opgenomen zijn in afzonderlijke heffingswetten. Art. 1.2 Wet IB 2001 bepaald dat ongehuwd samenwonende partners alleen fiscale partners zijn als ze: 1) langer dan zes onafgebroken jaren een gezamenlijke huishouding voeren, 2) gedurende die tijd op hetzelfde woonadres staan ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens en 3) kiezen voor het fiscale partnerschap. Dit werkt door naar het regime van de ab-houder.

⁷⁸ *Vakstudie Inkomstenbelasting 2001*, art 4.11, aant. 4 (online bijgewerkt op 15-03-2020).

⁷⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 375 nrs. 1-2, p. 15-16.

⁸⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 375 nrs. 1-2, p. 15-16.

⁸¹ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Kluwer 2009, par. 1.6, p. 5-6.

een directeur-grootaandeelhouder echter vaak een kwalificerend belang houden in zijn eigen vennootschap waardoor hij direct invloed kan uitoefenen op het dividendbeleid.

Inkomen uit aanmerkelijk belang bestaat uit reguliere- en vervreemdingsvoordelen. Van een vervreemdingsvoordeel wordt bijvoorbeeld gesproken bij verkoop of schenking van aandelen. Van een regulier voordeel is sprake als de vennootschap openlijk beslist tot uitkeren van dividend. Ook verkapte of vermomde uitdelingen van winst behoren tot de reguliere voordelen. Bijvoorbeeld giften namens de aanmerkelijkbelanghouder betaalt door de vennootschap, ongedekte schulden bij de eigen vennootschap, renteloze schulden en onzakelijke borgstellingprovisie.⁸² Dit zal in paragraaf 3.3 en 3.4 nader worden toegelicht.

Bestuurder

De directeur-grootaandeelhouder verricht als directeur werkzaamheden voor zijn vennootschap. De vraag of de directeur-grootaandeelhouder hiermee in dienstbetrekking staat, heeft lang centraal gestaan. Als bestuurder moet de directeur-grootaandeelhouder verantwoording afleggen aan de aandeelhouder wat de cirkel rond maakt. De directeur-grootaandeelhouder wordt voor de loonbelasting aangemerkt als werknemer. Dit volgt uit het feit dat er ofwel in arbeidsrechtelijke zin sprake is van een dienstverband ofwel dat de directeur-grootaandeelhouder bij fictie wordt geacht in een dienstbetrekking werkzaam te zijn.⁸³

De loonbelasting haakt aan bij al hetgeen uit (vroegere) dienstbetrekking wordt genoten.⁸⁴ Voor de beoordeling of de directeur-grootaandeelhouder belastingplichtig is voor de loonbelasting moet dus primair sprake zijn van een dienstbetrekking. Om te spreken van een dienstbetrekking moet worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, te weten: arbeid, loon en gezagsverhouding.⁸⁵ Voor het geval dat er bij de directeur-grootaandeelhouder arbeidsrechtelijk geen sprake is van een dienstbetrekking is de fictieve dienstbetrekking relevant.⁸⁶ Zodra er buiten dienstbetrekking werkzaamheden worden verricht voor de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, is er bij fictie sprake van een dienstbetrekking.

De hoogte van de arbeidsvergoeding wordt bepaald door de gebruikelijk-loonregeling. Zoals besproken bewerkstelligt de regeling dat er een reële arbeidsvergoeding wordt toegekend aan de door de directeur-grootaandeelhouder verrichte werkzaamheden. In het verleden werd regelmatig afgezien van het toekennen van salaris. Door een relatief lage arbeidsvergoeding toe te kennen (of te beperken tot nihil), kon de directeur-grootaandeelhouder optimaal gebruik maken van de 80%-regeling in de inmiddels afgeschafte vermogensbelasting⁸⁷, de premie volksverzekeringen⁸⁸ en de inkomensafhankelijke subsidieregelingen. Daarnaast was het maximale inkomstenbelastingtarief over inkomen uit arbeid hoger dan het maximale gecombineerde vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingtarief over dividendinkomen. Om een einde te maken aan de fiscale arbitrage, is

⁸² Commentaar NDFR, art 4.12 wet IB, par. 2.8.

⁸³ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Kluwer 2009, par. 3.1.1, p. 87.

⁸⁴ Art. 10, lid 1, Wet op de Loonbelasting 1964.

⁸⁵ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Kluwer 2009, par. 3.2.1, p. 88-89.

⁸⁶ Art. 4, onderdeel d, Wet op de Loonbelasting 1964.

⁸⁷ De 80%-regeling zorgde ervoor dat de gezamenlijke druk van inkomstenbelasting en vermogensbelasting jaarlijks in totaal niet meer dan 80% bedroeg van het belastbare inkomen van een belastingplichtige.

⁸⁸ De hoogte is afhankelijk van het inkomen in box 1, maar heeft wel een maximumbedrag waarboven de belastingplichtige geen premies meer hoeft af te dragen.

in 1997 is de gebruikelijk-loonregeling ingevoerd.⁸⁹ Momenteel vormt het verschil in het maximale effectieve belastingtarief de belangrijkste bestaansreden voor de gebruikelijk-loonregeling. Immers, het salaris is progressief belast in box 1 tegen maximaal 49,5% en dividendinkomen tegen een gecombineerd tarief van maximaal 44,69%.⁹⁰ Of het tariefverschil tot gevolg heeft dat de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap een relatief laag loon overeenkomen hangt evenwel samen met aftrekposten in box 1 zoals de hypotheekrenteaftrek.

In de praktijk is het lastig vast te stellen welk loon gebruikelijk is voor de werkzaamheden die de directeur-groootaandeelhouder voor de vennootschap verricht. Dit in ogenschouw genomen bevat de regeling verschillende drempels om minimale hoogte van het loon te bepalen. Het loon wat per einde jaar in aanmerking wordt genomen, is de hoogste van de volgende drempels: 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking zonder dat er sprake is van een aanmerkelijk belang, het hoogste loon van de werknemers die in dienst zijn van de vennootschap maar ten minste EUR 45.000. Een lager gebruikelijk loon kan zich voordoen bij: deeltijdfuncties, een arbeidsverhouding die maar een deel van het jaar heeft bestaan en aanhoudend verlieslatende vennootschappen. Daarnaast is een doelmatigheidsgrens ingevoerd van EUR 5.000. Indien het gebruikelijke loon in een kalenderjaar lager is dan EUR 5.000, is de gebruikelijk-loonregeling niet van toepassing.⁹¹

Om te beoordelen of de directeur-groootaandeelhouder premies moet afdragen voor de werknemersverzekeringen wordt gekeken naar zijn feitelijke positie. Materieel gezien lijkt de directeur-groootaandeelhouder qua beslissingsbevoegdheid op een ondernemer en niet op een werknemer, omdat hij een beslissend stemrecht heeft in de vennootschap. Ondanks het feit dat hij zichzelf een loon moet toekennen, wordt de fictieve dienstbetrekking niet gevolgd door de werknemersverzekeringen. De beoordeling van de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen voor de directeur-groootaandeelhouder is verder uitgewerkt in de regeling directeur-groootaandeelhouder, waarbij tevens wordt ingegaan op een kwalificerende familiegroep.⁹²

Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid

Een belangrijk thema voor de bestuurder is de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurdersaansprakelijkheid in de Invorderingswet 1990 geldt voor bestuurders van lichamen die onderworpen zijn aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, rechtspersoonlijkheid bezitten en volledig rechtsbevoegd zijn.⁹³ De Belastingdienst kan bestuurders van een besloten of naamloze vennootschap hoofdelijk aansprakelijk stellen voor bepaalde niet-betaalde belasting en premieschulden.⁹⁴ Het begrip bestuurder reikt verder dan alleen de formele bestuurder. Hier kunnen ook de gewezen bestuurder, de medebeleidsbepaler en de bestuurder van de moedervennootschap mee worden bedoeld.⁹⁵

⁸⁹ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Kluwer 2009, par. 3.2.2, p. 90.

⁹⁰ Gecombineerd tarief van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting.

⁹¹ Vakstudie Inkomstenbelasting, art 12a, aant. 5 (laatst online bijgewerkt op 10-04-2020).

⁹² Stct. 2015, 19073, Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

⁹³ Art. 33 lid 1 Invorderingswet 1990 (IW) bepaalt dat een aantal natuurlijke personen hoofdelijk aansprakelijk gesteld kan worden voor de rijksbelastingen. Daarnaast bepaalt art. 36 IW dat bestuurders van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor de volgende belastingschulden: loonbelasting, omzetbelasting, accijns, verbruiksbelasting van alcoholvrije dranken, pruim en snuiftabak, belasting op grond van art. 1 van de wet op de milieubelasting en kansspelbelasting.

⁹⁴ Art. 36, lid 1, IW 1990.

⁹⁵ Art. 36, lid 5, IW 1990

In beginsel is er geen bestuurdersaansprakelijkheid tenzij wordt voldaan aan de voorwaarden uit de Invorderingswet 1990.⁹⁶ Allereerst moet er een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht plaatsgevonden hebben, dan kan de aansprakelijkheid ingeroepen worden bij onbehoorlijk bestuur in de drie jaren voorafgaand aan de melding. Daarnaast moet het niet betalen van belastingen en/of premies hiervan een gevolg zijn. Door de Hoge Raad is kennelijk onbehoorlijk bestuur gedefinieerd als al hetgeen een redelijk denkend bestuurder niet zou doen.⁹⁷ Benadeling van schuldeisers, verwaarlozing van de administratie en het aangaan van verplichtingen in de wetenschap dat deze niet nagekomen kunnen worden, kunnen duiden op onbehoorlijk bestuur.

2.3.2 Schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder en vennootschap

De fiscaalrechtelijke lening volgt in beginsel de civielrechtelijke lening. Deze hoofdregel werd expliciet bevestigd in het *Unilever-arrest*⁹⁸. De Hoge Raad besliste dat voor de vraag of een geldverstrekking als een geldlening dan wel als kapitaalverstrekking kwalificeert een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.⁹⁹ De Hoge Raad oordeelde dat er drie vormen van leningen zijn die fiscaalrechtelijk gekwalificeerd dienen te worden als kapitaalverstrekking.¹⁰⁰ Deze uitzonderingsvormen luiden als volgt:

- De situatie waarin er naar schijn sprake is van een lening terwijl de partijen feitelijk van plan waren om een kapitaalstorting te doen; dan is er sprake van een schijnlening;
- De situatie waarin een lening onder dusdanige voorwaarden is overeengekomen dat de lening feitelijk fungeert als eigen vermogen; dan is er sprake van een deelnemerschapslening; en
- De situatie waarin een leningsovereenkomst aangegaan wordt terwijl op het moment van aangaan helder is dat de schuldenaar deze lening niet kan terugbetalen; alsdan is er sprake van een bodemlozeputlening.

Een schuldverhouding kwalificeert als deelnemerschapslening indien er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de looptijd meer dan 50 jaar bedraagt of slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.¹⁰¹ De deelnemerschapslening is een lening die onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de schuldeiser in zekere mate een deel verkrijgt in de onderneming van de schuldenaar. Van een deelnemerschapslening zal in de relatie tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap dus nimmer sprake zijn, omdat een vennootschap geen deelneming kan houden in zijn aandeelhouder.

Indien geen van de uitzonderingen zich voordoet, wordt de hoofdregel gevolgd. Alsdan is er sprake van een lening tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap. De fiscaalrechtelijke uitzondering op de civielrechtelijke hoofdregel bestaat niet in de omgekeerde situatie, waarbij civiel eigen vermogen fiscaal gekwalificeerd wordt als vreemd vermogen.¹⁰² Een uitgebreide

⁹⁶ Art 36, lid 2 en lid 3, IW 1990

⁹⁷ HR 7 juni 1996, nr. 15 791, *NJ* 1996, 695 (m. Nt. J.M.M. Maeijer).

⁹⁸ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217.

⁹⁹ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217, r.o. 4.2.

¹⁰⁰ Zie hiervoor onder andere HR 24 mei 2002, *BNB* 2002/231 en HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37.

¹⁰¹ HR 11 maart 1998, nr. 32 240 *BNB* 1998/208, r.o. 3.3.

¹⁰² HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB* 2014/80 (m. nt. R.J. de Vries).

jurisprudentieanalyse van situaties waarin de onderlinge schuldverhouding niet als lening wordt gekwalificeerd, wordt uiteengezet in hoofdstuk 3.

2.4 Tegenstrijdig belang door verschillende hoedanigheden

In grote lijnen kan worden gesteld dat een bestuurder handelt in het belang van de vennootschap met het oog op winst en continuïteit en dat een aandeelhouder handelt uit persoonlijk belang met het oog op een zo hoog mogelijk rendement. Voor een directeur-grootaandeelhouder geldt dat beide belangen een rol spelen waardoor er sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang.

Het is denkbaar dat het handelen van een directeur-grootaandeelhouder wordt beïnvloed door zijn dubbele rol. Bij het opstellen of beoordelen van een overeenkomst zal de directeur-grootaandeelhouder zijn belangen als bestuurder en als schuldeiser of schuldenaar willen behartigen. Omwille van die positie is in art. 2:146 BW opgenomen dat een bestuurder met tegenstrijdig belang niet vertegenwoordigingsbevoegd is. Er is veel kritiek geweest op de bepaling betreffende de uitleg van tegenstrijdig belang. Hier is op gereageerd met een wetswijziging die inhoudt dat een bestuurder met tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is mits deze bevoegdheden nadrukkelijk worden toegekend in de statuten. Hiermee wordt de positie van de directeur-grootaandeelhouder erkend en staat onomstotelijk vast dat hij in zijn hoedanigheid als bestuurder overeenkomsten met zichzelf als privépersoon kan aangaan.

Naast bovenstaande bepaling speelt ook de eerder besproken bestuurdersaansprakelijkheid een rol ingeval van faillissement. Wanneer de directeur-grootaandeelhouder zichzelf toestaat om de vennootschap te ontdoen van liquide middelen of activa loopt hij het risico om persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld in faillissementssituaties. De schuldeisers van de vennootschap moeten kunnen aantonen dat het leegtrekken van de vennootschap in direct verband staan met het faillissement.

2.5 Deelconclusie

De directeur-grootaandeelhouder en 'zijn' vennootschap zijn zelfstandige (rechts)personen. Het feit dat bestuurder en aandeelhouder eenzelfde persoon is en de directeur-grootaandeelhouder de rechtshandelingen van de vennootschap direct beïnvloedt, doet hier niet aan af. Door de zelfstandigheidsfictie die tot stand is gekomen in het vennootschapsrecht is de mogelijkheid ontstaan een schuldverhouding aan te gaan tussen de twee partijen. Civielrechtelijk is er sprake van een schuld indien er een terugbetalingsverplichting is overeengekomen.

In het belastingrecht wordt de zelfstandigheid van de vennootschap en de directeur-grootaandeelhouder gevolgd. Het belastingregime dat van toepassing is op het inkomen van de directeur-grootaandeelhouder, is afhankelijk van de hoedanigheid waarin hij optreedt. Fiscaalrechtelijk kan de vennootschap krediet verstrekken aan de directeur-grootaandeelhouder. Dit vormt naast het uitkeren van dividend en het toekennen van een arbeidsvergoeding een derde manier om aan liquiditeiten te komen. Slechts indien er sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of deelnemerschapslening wordt de civielrechtelijke kwalificatie van een lening fiscaalrechtelijk niet gevolgd en wordt de schuldverhouding geherkwalificeerd tot eigen vermogen.

In beginsel is de vennootschap aansprakelijk voor de rechtsverhoudingen die zij is aangegaan. In enkele gevallen wordt de corporate veil doorbroken, maar hier moet een concrete aanleiding voor zijn. Hiervan zal in beginsel sprake zijn indien de bestuurder of aandeelhouder zijn verplichtingen

jegens de vennootschap niet of niet naar behoren nakomt. De aansprakelijkheid kan zich uitstrekken tot belastingschulden die zijn ontstaan.

3. Jurisprudentie analyse

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de kwalificatie van een schuldverhouding tussen de vennootschap en de directeur-grootaandeelhouder verder behandeld. Om het risico van belastinguitstel en -afstel te beoordelen is het van belang om het onderhavige stelsel van box 2 van de inkomstenbelasting toe te lichten en de methoden in kaart te brengen waarmee de inspecteur kan vaststellen dat de schuldverhouding of toename daarvan een uitdeling vormt. Dit wordt gedaan door middel van een uiteenzetting waarbij opeenvolgend de systematiek van box 2 van de inkomstenbelasting, de verkapte uitdeling en het zakelijkheids criterium voor onderlinge schuldverhoudingen en methoden van belastinguitstel en -afstel behandeld worden. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van de thans geldende jurisprudentie en de gerelateerde vakliteratuur. Verder zal de positie van de Belastingdienst voor zover mogelijk in kaart worden gebracht aan de hand van het eerder openbaargemaakte Wob-verzoek inzake de leningen tussen directeur-grootaandeelhouder en vennootschap¹⁰³ en het onlangs gepubliceerde Wob-verzoek omtrent het beperken van de rekening-courantverhouding¹⁰⁴. De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk luidt als volgt: *“Op welke wijze biedt het thans geldende wettelijk kader de mogelijkheid om belastinguitstel en -afstel te bewerkstelligen? Over welke middelen beschikt de Belastingdienst om belastinguitstel en -afstel te bestrijden?”*.

3.2 Karakter van box 2

In het huidige stelsel wordt via grondslag- en tariefcoördinatie gestreefd naar een globaal evenwicht tussen de directeur-grootaandeelhouder en de IB-ondernemer. Feitelijk bestaat er echter een groot verschil in timing van de belastingheffing voor de twee ondernemersgroepen en zou er beter gesproken kunnen worden over een omslagpunt. Daarbij gaat het om de vergelijking van de gecombineerde belastingdruk van de vennootschaps- en inkomstenbelasting voor een onderneming gedreven in een vennootschap met de inkomstenbelastingdruk voor een IB-onderneming. De keuze voor de meest passende rechtsvorm zou idealiter bepaald worden door bedrijfseconomische en civielrechtelijke overwegingen, maar door de verschillende behandeling kan een keuze voor IB-ondernemer of een vennootschap financieel aantrekkelijker zijn. In globale zin is het voor ondernemers met lagere winsten gunstiger om een IB-onderneming te drijven vanwege de verschillende aftrekposten die gelden in de IB-sfeer. Pas bij hogere winsten valt de gecombineerde belastingdruk beter uit en is het aantrekkelijker om een onderneming te drijven in een vennootschap.¹⁰⁵

Voor ondernemers die een IB-onderneming drijven geldt dat zij belasting betalen over de totale winst behaald met de onderneming.¹⁰⁶ De totaalwinst wordt opgesplitst in jaarmoten door goed koopmansgebruik toe te passen.¹⁰⁷ Het begrip geeft invulling aan op welk tijdstip een voordeel of nadeel tot de fiscale winst moet worden gerekend. Voor goed koopmansgebruik bestaat geen eenduidige richtlijn maar de invulling van het begrip wordt beheerst door de bedrijfseconomie. Uitzondering wordt gemaakt voor de situatie waarin het bedrijfseconomisch inzicht lijdt tot

¹⁰³ Besluit op Wob-verzoek naar documenten met betrekking tot leningen tussen directeuren-grootaandeelhouders en hun BV's van 14 maart 2018.

¹⁰⁴ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap van 14 december 2019.

¹⁰⁵ J.A.G. van Es, 'Afweging BV of eenmanszaak; tendens in de tijd', *TFO* 2007/94, par. 2.

¹⁰⁶ Art. 3.8 Wet IB 2001.

¹⁰⁷ Art. 3.25 Wet IB 2001.

strijdigheid met (belasting)wetgeving.¹⁰⁸ In gelijke zin overwoog de Hoge Raad in 2015 nog dat een door de belanghebbende voorgestelde herwaardering van landbouwgrond in strijd werd geacht met een uitdrukkelijk voorschrift van de belastingwetgeving (de landbouwwijstelling).¹⁰⁹ De wetgever geeft geen concrete invulling van goed koopmansgebruik, maar heeft dit overgelaten aan de rechter. Goed koopmansgebruik wordt begrensd door drie begrippen: realiteit, voorzichtigheid en eenvoud.¹¹⁰ Een duidelijke hiërarchie tussen de begrippen ontbreekt. Het vaststellen van de juiste jaarwinst hangt steeds af van de specifieke feiten en omstandigheden waarbij de begrippen moeten worden afgewogen.¹¹¹

Realisatie vindt plaats op het moment van omzetting van een tot de onderneming behorende bezitting in geld, een vordering of andere goederen. Dit moet volgen uit de gegevens die per balansdatum voor handen waren. Er bestaat enige vrijheid omtrent het tijdstip van realisatie, bijvoorbeeld het tijdstip van verkoop, tijdstip van levering, uitstel door voorwaardelijke tegenprestatie of afhankelijkheid van goedkeuring van derden.¹¹² Daarnaast geldt het voorzichtigheidsbeginsel op grond waarvan de goede koopman in het algemeen een stelsel mag kiezen waarin wel rekening gehouden wordt met in een bepaald jaar nog niet gerealiseerde verliezen, maar niet met nog niet gerealiseerde winsten. In het kader van de waardering kan gedacht worden aan de waardering van bedrijfsmiddelen op lagere bedrijfswaarde of voorraden op lagere marktwaarde.¹¹³ Tot slot kan op grond van eenvoud en praktische hanteerbaarheid een inbreuk op de hoofdregel worden gerechtvaardigd. Hierbij kan gedacht worden aan winstneming voor onderhanden werk op basis van een gewogen winstpercentage over drie jaar voor kleine niet-geadministreerde projecten. Doordat automatiseringssystemen steeds geavanceerder worden, loopt de rol van het eenvoudsbeginsel echter steeds verder terug.¹¹⁴

Na het bepalen van de winst wordt de jaarwinst vervolgens bij de ondernemer in de aangifte inkomstenbelasting betrokken. Dit is onderdeel van het hoofdstuk Winst uit onderneming in box 1 in de regulier aangifte Inkomstenbelasting en vindt normaliter plaats tussen 1 maart en 31 mei van het opvolgende jaar. De winst behaald met een onderneming gedreven door een vennootschap wordt evengoed bepaald door het totaal- en jaarwinstbeginsel. Zoals besproken in par. 1.1, is de winst van een vennootschap onderhevig aan vennootschapsbelasting tegen een maximaal tarief van 25% in 2020. Vervolgens zijn de winstreserves bij uitkering aan de natuurlijke persoon aandeelhouder onderworpen aan ab-heffing in box 2 van de inkomstenbelasting tegen een tarief van 26,25% in 2020. De aanmerkelijkbelangregeling kan worden gezien als een tussenregeling voor de belastingplichtigen die ervoor hebben gekozen de onderneming te drijven door een vennootschap. Net zoals winst uit onderneming in de IB-sfeer wordt de behaalde winst in de vennootschapsbelasting ook vrijwel meteen in de heffing betrokken.¹¹⁵ Echter kan het zo zijn dat de corresponderende ab-heffing in de inkomstenbelasting pas (vele jaren) later aan de orde komt. Dit heeft te maken met de timing van de winstuitkering van de vennootschap aan haar aandeelhouder(s). In box 2 van de inkomstenbelasting wordt in beginsel pas een belastbaar feit geconstateerd zodra er daadwerkelijk sprake is van inkomen.

¹⁰⁸ HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB* 1957/208 (m. nt. M.J.H. Smeets).

¹⁰⁹ HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, *BNB* 2015/180 (m. nt A.O. Lubbers).

¹¹⁰ D. Brüll †, J.W. Zwemmer & R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 21-22.

¹¹¹ *Vakstudie Inkomstenbelasting 2001*, art 3.25, aant. 3.3 (online bijgewerkt op 15-03-2020).

¹¹² *Vakstudie Inkomstenbelasting 2001*, art 3.25, aant. 3.5 (online bijgewerkt op 15-03-2020).

¹¹³ *Vakstudie Inkomstenbelasting 2001*, art 3.25, aant. 3.6 (online bijgewerkt op 15-03-2020).

¹¹⁴ *Vakstudie Inkomstenbelasting 2001*, art 3.25, aant. 3.7 (online bijgewerkt op 15-03-2020).

¹¹⁵ Met uitzondering van de herinvesteringsreserve.

Voor de inkomstenbelasting is het genietingsmoment van het voordeel beslissend. De achtergrond hiervan is de visie dat alleen duurzaam overtollige liquide middelen beschikbaar zijn voor winstuitkering. Daarnaast moet het niet gaan om een terugbetaling van kapitaal maar een uitdeling van winstreserves.¹¹⁶ Vermogensaanwas op een aanmerkelijk belang, bijvoorbeeld door toename van winstreserves, vormt geen belastbaar feit voor box 2 van de inkomstenbelasting.

Het ab-regime heeft een voorganger gehad. Tot 1 januari 1997 was er een dubbel criterium om vast te stellen of er sprake is van een aanmerkelijk belang. De belastingplichtige was in bezit van een aanmerkelijk belang wanneer hij (al dan niet gezamenlijk met de partner) een belang had van ten minste 33,33%. Verder werden inkomsten gecategoriseerd naar aard van de opbrengst en werden deze belast tegen sterk uiteenlopende tarieven.¹¹⁷ Tot 1997 werden alleen vervreemdingsvoordelen onder de ab-regeling gebracht en werden inkomsten uit aandelen belast tegen het progressieve tarief. De sterk uiteenlopende tarieven creëerde een impuls om belastingconstructies op te zetten. Per 1 januari 1997 is het regime op de schop gegaan door het ab-regime te laten gelden voor zowel de vervreemdingsvoordelen als de reguliere voordelen en deze te belasten tegen een uniform tarief van 25%.¹¹⁸ Tegelijkertijd werd de kwantitatieve vereiste van het aanmerkelijk belang verlaagd naar 5% om hiermee meer aan te sluiten bij de deelnemingsvrijstelling. Met de invoer van de Wet inkomstenbelasting 2001 heeft het ab-regime een eigen box gekregen. Naast het onderscheid tussen het aanmerkelijk belang van box 2 en het beleggingskarakter van box 3 is het ab-regime op hoofdlijnen onveranderd gebleven.¹¹⁹

Bij de invoer van het nieuwe ab-regime was reeds bekend dat de mogelijkheid tot uitstel van winstuitdeling voortvloeit uit de systematiek van box 2. Daarna zijn er verschillende maatregelen getroffen om belastinguitstel in te perken. Met ingang van 1 januari 2010 is een belangrijke wijziging doorgevoerd betreffende het doorschuiven van de ab-claim bij overlijden. Dit is slechts mogelijk voor zover het ondernemingsvermogen betreft. Ergo, over beleggingsvermogen moet direct worden afgerekend. De knip tussen ondernemings- en beleggingsvermogen is tevens ingevoerd voor de doorschuiffaciliteit bij schenking van aandelen.¹²⁰ In hetzelfde kader is het kwijtschelden van de conserverende aanslag ingetrokken. Tot 15 september 2015, gold de regel dat een conserverende aanslag na een periode van 10 jaar na emigratie werd kwijtgescholden. Deze 10 jaarstermijn is uit de wet verwijderd met als doel dat de opgebouwde belastingclaim uiteindelijk volledig kan worden geeffectueerd.¹²¹ Daarnaast leidt dividenduitkering tot (gedeeltelijke) inlossing van de aanslag.¹²² Voorheen werd de conserverende aanslag slechts ingevorderd bij verkoop van de aandelen of indien 90% of meer van de reserves werden uitgekeerd.¹²³ Mogelijkheden tot uitstel van belastingheffing is door de aanscherping van de faciliteiten al in bepaalde mate aan banden gelegd.

¹¹⁶ Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting 2.0.5.B.d (online, bijgewerkt op 06-01-2020).

¹¹⁷ Voordeel uit vervreemding van aandelen uit een aanmerkelijk belang werd belast tegen 20%, maar dividendinkomsten werden gerekend tot inkomsten uit vermogen waardoor de belasting kon oplopen tot 60%.

¹¹⁸ F.G.F. Peters, 'De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief (FM nr. 123), 2007/2.1.

¹¹⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nrs. 1-2, p. 15-16.

¹²⁰ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 413, par. 2.2.

¹²¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 4, p. 13.

¹²² Vervreemding van aandelen leidt tot evenredige intrekking van het uitstel ex. artikel 28, lid 8, onderdeel a Invorderingswet 1990.

¹²³ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 413, voetnoot 11.

In tegenstelling tot inkomsten belast in box 1 geldt voor inkomsten belast in box 2 geen progressief tarief.¹²⁴ Een uniform tarief houdt in dat het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast tegen één tarief ongeacht de hoogte van het voordeel. Derhalve bestaat er geen prikkel voor de directeur-groootaandeelhouder om meer winstreserves uit te keren dan hij nodig acht voor zijn standaard levensonderhoud, voor zover deze middelen niet reeds onttrokken zijn als loon of door middel van een lening. Vroegtijdig winstreserves uitkeren om gebruik te maken van een lager tarief is niet aan de orde omdat de belastingheffing in alle gevallen namelijk constant zal zijn.¹²⁵ Hierdoor is het aantrekkelijker om de reserves aan te wenden voor investerings- of beleggingsdoeleinden in de vennootschap. Per saldo beschikt de directeur-groootaandeelhouder dan over meer liquiditeiten. Hanteren van een progressief tarief zal leiden tot planning, maar kan het oppotten van winsten in de vennootschap wel tegengaan.

Geconcludeerd kan worden dat het zodanig structureren van het vermogen van de belastingplichtige opdat dit leidt tot een fiscaal optimaal resultaat, inherent is aan het boxenstelsel van de inkomstenbelasting. Iedere box kent een afzonderlijke grondslag en tariefstructuur waardoor fiscale arbitrage als wetmatigheid beschouwd kan worden. Vooropgesteld is het voor een directeur-groootaandeelhouder mogelijk om te besluiten niet over te gaan tot uitkering van de winstreserves. Voor de directeur-groootaandeelhouder leidt dit te zijner tijd tot een hoger regulier of vervreemdingsvoordeel. Daarnaast blijft de vennootschap in beginsel over de gelden beschikken en kan het ingezet worden om rendement mee te behalen. Uit jurisprudentie en antimisbruik wetgeving blijkt dat fiscale arbitrage ongewenst is indien dit een gekunsteld karakter heeft. In het kader hiervan is bijvoorbeeld de terbeschikkingstellingregeling ingevoerd.¹²⁶

3.3 Verkapte winstuitdeling

3.3.1 Informeel kapitaal

Het belang van de kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen ligt in het bepalen van de gezamenlijke voordelen uit onderneming. Het vormt een afbakening van het handelen in de ondernemings sfeer versus de niet-ondernemings sfeer. Voor de berekening van de te belasten winst worden de voordelen die ontstaan uit de aandeelhoudersrelatie geëlimineerd. In BNB 1957/165¹²⁷ kocht een Nederlandse dochtermaatschappij kantoormachines van haar Amerikaanse moedermaatschappij. De koopsom werd op een geblokkeerde rekening van de moedermaatschappij gestort en werd later aangewend ter financiering van een pensioenregeling van de dochtermaatschappij.¹²⁸ Het kernpunt was of het saldo van de geblokkeerde rekening op het moment van ter beschikking stellen tot de winst van de dochter behoorde. De Hoge Raad overwoog dat een informele kapitaalstorting aan de orde is in het geval dat de moedermaatschappij een voordeel aan haar dochter doet toekomen, enkel op grond van de aandeelhoudersrelatie die tussen de twee maatschappijen bestaat. Onder gelijke voorwaarden zou de moedermaatschappij het voordeel in geld of goederen niet doen toekomen aan een onafhankelijke derde. Derhalve is er sprake van een voordeel welke geen onderdeel is van de te belasten winst en speelt de transactie zich af in de

¹²⁴ Een progressief tarief is een voorbeeld van een inkomens nivellerend beleid van de overheid.

¹²⁵ Stapsgewijze tariefsverhoging in 2020, 2021 daar gelaten. Dit valt onder een eenmalige arbitrage en de effecten zullen niet langer aanwezig zijn indien het tarief van 26,9% bereikt is.

¹²⁶ Zie par. 1.2 en S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, par. 2.2, p. 413.

¹²⁷ HR 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165 (m.nt. Smeets).

¹²⁸ Dit mocht niet anders wegens regels van de Nederlandse Bank.

kapitaalsfeer. In fiscaalrechtelijke zin wordt kapitaal ingebracht omdat er geen sprake is van voordeel uit hoofde van de onderneming.¹²⁹ In deze zaak ging het over een bevoordeling in de kapitaalsfeer door de moedermaatschappij, als aandeelhouder, jegens haar dochter. Evenwel kan deze situatie zich ook voordoen in de omgekeerde situatie, waarbij de dochtermaatschappij haar aandeelhouder bevoordeelt. In essentie gaat het om de aandeelhoudersrelatie.¹³⁰

Informeel kapitaal kan zich voordoen in de vermogenssfeer en in de kostensfeer. Als een aandeelhouder een vennootschap waarin hij aandelen bezit bevoordeelt, krijgt de vennootschap een voordeel in de vermogenssfeer. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien een pand tegen een prijs lager dan de waarde in het economisch verkeer wordt overgedragen. In de kostensfeer kan er sprake zijn van informeel kapitaal op het moment dat er een renteloze lening wordt verstrekt door de moeder aan de dochter.¹³¹ De hoogte van de niet betaalde rente vormt een kapitaalstorting met als gevolg dat de rente die niet daadwerkelijk betaald is wel ten laste van het resultaat van de dochter kan worden gebracht.

3.3.2 Onttrekkingen

Het conceptwetsvoorstel het betrekking op geldverstrekkingen tussen de vennootschap en zijn aandeelhouder (natuurlijk persoon). De her kwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen, zoals besproken in par. 2.3.2 en BNB 1957/165, stammen uit de vennootschapsbelasting en spelen zich af tussen een moeder- en een dochtervennootschap. Er kan zich ook een bevoordeling voordoen in de aandeelhouderssfeer in de inkomstenbelasting. Alsdan wordt gesproken van onttrekkingen en stortingen. Men spreekt van een *onttrekking* bij een vermogensverschuiving waarbij een vennootschap haar aandeelhouder daarmee bewust bevoordeelt. Indien een aandeelhouder gelden opneemt uit de kas kan daarin een winstuitdeling zijn gelegen als het daarbij niet de bedoeling is geweest dat de aandeelhouder het opgenomen bedrag schuldig zal worden dan wel dat het aanstonds duidelijk was dat de gelden niet zouden kunnen worden terugbetaald of verrekend.¹³² Bij het aangaan van een dergelijke lening hebben de twee partijen, vanwege de verbondenheid de schijn tegen. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden kan geconcludeerd worden dat de partijen in feite geen geldlening hebben beoogd, maar een onttrekking van de winstreserves van de vennootschap. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen de lening die in feite een winstuitdeling vormt en een lening die kwalificeert als onzakelijke lening.¹³³ Voor wat betreft de onzakelijke lening wordt verwezen naar par. 3.4.

Uit de consultatie Memorie van toelichting Wet excessief lenen bij eigen vennootschap blijkt dat de invoer van de maatregel het toezicht op de leningen en de daarbij gepaard gaande discussies zou moeten vereenvoudigen.¹³⁴ De discussies kunnen gaan over de zakelijkheid van de voorwaarde van de leniging alsmede her kwalificatie van de aangegane schuld tot een winstuitdeling. Om te spreken van een winstuitdeling moet aan de twee cumulatieve voorwaarden worden voldaan.

¹²⁹ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 6.1 (online, laatst bijgewerkt op 14 februari 2020).

¹³⁰ Zie in dit kader ook HR 23 december 1998, nr. 33 813, *BNB* 1999/167.

¹³¹ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252.

¹³² HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.

¹³³ *Vakstudie inkomstenbelasting*, art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 2.3.14 (online, laatst bijgewerkt op 24-02-2020).

¹³⁴ Consultatie memorie van toelichting Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6. Zie tevens documenten inzake de rekening-courantverhouding tussen directeur-groootaandeelhouders en BV die naar aanleiding van het Wob-verzoek op 22 februari 2017 en 14 maart 2018 openbaar gemaakt zijn.

In de eerste plaats moet sprake zijn van een vermogensverschuiving in de aandeelhouderssfeer. Op het moment dat een uitgave enkel is gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder, komen deze kosten niet in mindering op de fiscale winst.¹³⁵ De inspecteur kan zich op het standpunt stellen dat er sprake is van een winstuitdeling als de directeur-groootaandeelhouder gelden heeft onttrokken aan de vennootschap.¹³⁶ De Hoge Raad heeft in BNB 1959/124 de volgende definitie van winstuitdeling geformuleerd:

“(…) dat kenmerk van een als opbrengst van een aandeel in aanmerking komende uitkering in het algemeen is, dat daaraan ten grondslag ligt een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van den aandeelhouder wordt onttrokken; (…)”¹³⁷

Ten tweede moeten zowel de vennootschap als de directeur-groootaandeelhouder zich ervan bewust zijn dat de directeur-groootaandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder wordt bevoordeeld. De Hoge Raad heeft de bewustheidseis aan het licht gesteld in BNB 1983/233¹³⁸:

“(…) Indien en voor zover aannemelijk wordt gemaakt dat belanghebbende door die toezegging haar aandeelhouder als zodanig heeft willen bevoordelen en tevens de aandeelhouder zich daarvan bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had moeten zijn; (…)”^{139/140}

Hoewel de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap zelfstandige partijen zijn, is de afzonderlijke positie bijna onmogelijk door te trekken ten aanzien van de bewustheidseis. Cursus Belastingrecht merkt op dat bij een vennootschap met een enkele aandeelhouder die ook de positie van bestuurder bekleedt de dubbele bewustheidseis een ‘lege huls’ is. De aandeelhouder heeft een dusdanige positie in de vennootschap dat zijn bewustheid en die van de vennootschap dezelfde zijn, waardoor er per definitie wordt voldaan aan de bewustheidseis. Dit wordt versterkt doordat de twee partijen worden geacht een professionele communicatie te onderhouden, zoals dat ook bij derden zou plaatsvinden.¹⁴¹

De bewustheidseis is geobjectiveerd in verdere jurisprudentie. In BNB 1997/42 overwoog de Hoge Raad dat voor zover de inspecteur aannemelijk maakt dat de werkelijke waarde van het geen door de aandeelhouder aan de vennootschap is overgedragen aanzienlijk lager is dan de overeengekomen waarde, hij daarmee tevens, behoudens tegenbewijs, aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een uitdeling, dat wil zeggen dat een bevoordelingsbedoeling aanwezig is.¹⁴² Op die manier heeft het zakelijk handelen tussen gelieerde partijen indirect invloed op de bewustheidseis. De objectivering gaat blijkens BNB 2011/125 zo ver dat er van bewustheid tevens sprake kan zijn indien er een zakelijke prijs wordt gehanteerd. In casu verkocht de vennootschap een pand aan haar aandeelhouder voor een zakelijke prijs. Voor de verkoop van het pand heeft de vennootschap het pand ingrijpend verbouwd van school tot woning. De verbouwingskosten waren uitsluitend gericht op het geschikt maken van de pand voor toekomstige bewoning door haar aandeelhouder. Het waardeverlies door de

¹³⁵ Op basis van het totaalwinstbeginsel van art. 3.8 wet IB 2001 jo. Art 8 wet Vpb 1969.

¹³⁶ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 (Renpaardenarrest), r.o. 3.3.

¹³⁷ HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124.

¹³⁸ Zie hiervoor ook HR 8 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2193, m.nt. D. Juch, BNB 1997/295.

¹³⁹ HR 4 mei 1983, nr. 21 668, BNB 1983/22, tweede middel.

¹⁴⁰ Zie meer recentelijk ook HR 25 oktober 2019, nr. 18/03508, BNB 2020/25 (m. nt. Lubbers).

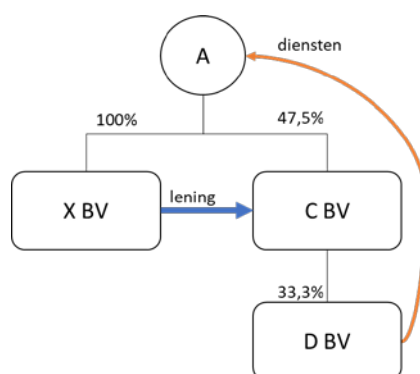
¹⁴¹ Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting 2.0.5.D.c2.

¹⁴² HR 4 september 1997, nr. 31 067, BNB 1997/42 (m. nt. P.H.J. Essers), r.o. 3.5.

verbouwing van het schoolgebouw tot woning werd aangemerkt als persoonlijke behoeftebevrediging.¹⁴³

3.3.3 Richtinggevende jurisprudentie

De Belastingdienst waarschuwt intern voor leningen van aandeelhouders bij de eigen vennootschap. Zij signaleren het risico dat er sprake is van een bodemlozeputlening, omdat er van de terugbetaling van de uitgeleende gelden niets terecht komt. Hiervan is sprake als het vermogen de vennootschap definitief heeft verlaten.¹⁴⁴ De inspecteur en de belastingplichtige hebben in het verleden al meermaals tegenover elkaar gestaan in procedures waarbij de vraag speelde of er sprake is van een lening of een uitdeling. In HR 20 maart 2015, nr. 13/05470 was er sprake van een aandeelhouder die indirect een beperkt belang hield in een vennootschap die een fitness- en wellnesscentrum exploiteerde waarvan de aandeelhouder gebruik maakte (zie onderstaand schematisch weergegeven).



De inspecteur corrigeerde de afwaardering van de vordering van X BV op C BV omdat de lening zou zijn verstrekt ter bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Ondanks de gebrekkige vastlegging in de vorm van omschrijving op de bankafschriften en een mondelinge verklaring stond vast dat er feitelijk sprake was van een lening. In tegenstelling tot het Hof Amsterdam, oordeelde de Hoge Raad dat het mogelijke privékarakter nog geen onttrekking tot gevolg had. Terecht, zo stelt de redactie van Vakstudie Nieuws, omdat het Hof een vorm van vermogensetikettering toepast. Vermogensetikettering speelt echter alleen een rol in de toerekening van vermogen bij een IB-onderneming. Bij een vennootschap en zijn aandeelhouder is hier geen sprake van en moet de juridische scheiding van de beide vermogens in beginsel fiscaal worden gerespecteerd. Daarnaast kan er ook niet gesproken worden van een lening waarbij aanstonds duidelijk was dat deze niet kan of zal worden ingelost.¹⁴⁵ Van een verkapt dividend was in de onderhavige casus dus geen sprake, maar de lening kan wel nog geraakt worden door de onzakelijkeleningjurisprudentie.¹⁴⁶ De Hoge Raad verwijst hiervoor weer naar Hof Den Haag.

Zoals besproken onder par. 3.3.2 is er sprake van een verkapte uitdeling indien het aannemelijk is dat de lening niet kan of zal worden terugbetaald en de partijen zich daarvan bewust waren of hadden moeten zijn. Voor de beoordeling of de lening kan worden terugbetaald is het onvoldoende dat de geldverstrekking van de vennootschap aan de directeur-grootaandeelhouder met toekomstige

¹⁴³ HR 4 maart 2011, nr. 09/03233, *BNB* 2011/125, r.o. 3.1.4 en 3.1.5.

¹⁴⁴ Wob-verzoek 14 maart 2018, *Leerboek DGA en zijn BV*, par. 12.2.

¹⁴⁵ HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *V-N* 2015/16.15.

¹⁴⁶ Zie hiervoor par. 3.4.

dividenduitkeringen afgelost kan worden. De Hoge Raad oordeelde in BNB 2005/64 ten aanzien van verkapt dividend als volgt:

“(…) Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering.”¹⁴⁷

Een schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder kan ook in beginsel kwalificeren als vreemd vermogen, maar na verloop van tijd zo sterk oplopen dat deze geheel of gedeeltelijk als verkapt dividend moet worden beschouwd.¹⁴⁸ In de zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden van 24 februari 2015 werd een gedeelte van de verstrekking als verkapt dividend in aanmerking genomen. Het betrof een rekening-courant schuld die gedurende de jaren 2007 tot en met 2010 jaarlijks verdubbelde. In februari 2010 werden de leningsvoorwaarden geschonden doordat op het pand dat ter zekerheid diende een recht van hypotheek werd verstrekt aan de bank om daar een lening aan te kunnen gaan. Een verkapte winstuitdeling ter grootte van de toename van de rekening-courant gedurende het jaar 2009 en 2010 werd in aanmerking genomen opdat het Hof aannemelijk acht dat de schuld niet kan of zal worden afgelost. Aanwijzingen hiervoor zijn het oplopen van de schuldverhouding zonder dat daar een schriftelijke overeenkomst voor bestaat, het ontbreken van aflossingsbetalingen en niet stellen van (aanvullende) zekerheden.¹⁴⁹ Een verkapt dividend ter grootte van de volledige schuld zou zich voor kunnen doen indien de gestelde zekerheden wegvallen. In eerste instantie wordt een lening geacht tot stand te zijn gekomen op grond van zakelijke overwegingen. Zowel de verstrekkeende partij als de inlenende partij beogen hun positie te optimaliseren waardoor er in beginsel geen sprake is van een uitdeling. Verkapt dividend is een afwijking van de standaardregel waardoor de bewijslast rust op de partij die stelt dat er sprake is van een winstuitdeling, dit zal in de meeste gevallen de Belastingdienst zijn. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat de lening niet kan of zal worden afgelost en dat zowel de vennootschap en de directeur-groootaandeelhouder zich daarvan bewust zijn.

Ingeval dit betoog slaagt, dat wil zeggen dat de inspecteur zowel de bevoordeling als de bewustzijnsvereiste aannemelijk heeft gemaakt, zal de lening kwalificeren als verkapt dividend en in de heffing worden betrokken als inkomen uit aanmerkelijk belang. Wordt de lening aangewend voor investeringen in vastgoed, dan kan de directeur-groootaandeelhouder het standpunt innemen dat de lening kan worden afgelost met de opbrengst uit het vastgoed. Daarentegen zijn consumptieve leningen eerder ongedekt wat de inspecteur in een sterkere positie brengt. Voor zover er sprake is van verkapt dividend valt de schuldverhouding niet meer onder de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.¹⁵⁰ Immers, in dat geval is de verstrekking een herkwalificatie ondergaan waardoor er niet langer sprake is van een schuldverhouding maar van een onttrekking door de aandeelhouder. Deze situatie moet worden onderscheiden van een schuldverhouding met een onzakelijk debiteurenrisico (ODR). Op dat moment valt de lening namelijk onder de onzakelijke leningenleer en

¹⁴⁷ HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, m.nt. P.H.J. Essers, BNB 2005/64, r.o. 3.

¹⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, en Rb Noord-Holland, 30 november 2016, nr. 15/5752, V-N 2017/17.2.1.

¹⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, r.o. 4.3.

¹⁵⁰ In par. 4.3.3 wordt ingegaan op de betekenis van de term *schulden* onder het conceptwetsvoorstel.

blijft men de lening ook voor fiscaalrechtelijke doeleinden als lening zien. Dit wordt nader besproken in par. 3.4.

3.4 Onzakelijke lening

In hoofdstuk 2 is een overzicht gegeven van de civiel- en fiscaalrechtelijk aspecten bij een schuldverhouding tussen de directeur-grotaandeelhouder en zijn vennootschap. Hieruit blijkt dat het aangaan van een dergelijke verhouding mogelijk is door de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan vennootschappen in het civiele recht. In de huidige wetssystematiek wordt een lening van de eigen vennootschap in principe niet anders behandeld dan een lening tussen onafhankelijke derden, met uitzondering van de drie eerder genoemde limitatieve gevallen: deelnemerschapslening, schijnlening en bodemlozeputlening.¹⁵¹ In die gevallen wordt de lening fiscaal geherkwalificeerd en begeeft men zich in de aandeelhouderssfeer. Voor de situatie van de directeur-grotaandeelhouder die een lening aan gaat bij de eigen vennootschap gaat het om de schijnlening.¹⁵² Indien de schuldverhouding niet kwalificeert als schijnlening, is het alsnog mogelijk dat er een verkapte winstuitdeling wordt geconstateerd. Bij het aangaan van een leningsovereenkomst zijn de directeur-grotaandeelhouder en zijn vennootschap gehouden onderling zakelijk te handelen. Anders lopen zij het risico dat het *onzakelijke gedeelte* van de lening aangemerkt worden als winstuitdeling. Binnen dit kader zijn er drie soorten onzakelijke leningen:

1. De *transactioneel* onzakelijke lening waarbij de verstrekking van de lening zijn oorsprong niet vindt in de ondernemingssfeer, maar in de aandeelhouderssfeer. Voorbeelden hiervan zijn de bodemlozeputlening omlaag (BNB 1988/217) en omhoog (BNB 2005/64). Zie hiervoor paragraaf 3.3.
2. De “ODR” lening waarbij de *aanvaarding van het debiteurenrisico* zijn oorsprong niet vindt in de ondernemingssfeer.
3. De *prijsonzakelijke* lening waarbij de prijsbepaling van de lening zijn oorsprong niet vindt in de ondernemingssfeer. In dit kader vinden correcties plaats op grond van het arm’s length beginsel van art 8b wet Vpb.

De situatie onder punt één valt onder de volledige herkwalificatie naar eigen vermogen. Dit zijn leningen die al op het moment van verstrekken het vermogen van de vennootschap hebben verlaten omdat er geen aflossingsmogelijkheid bestaat. De onzakelijke leningen als bedoeld onder punt twee betreft de situatie waarbij geen zekerheden gesteld zijn en waarbij de aflossingsmogelijkheid moet voortvloeien uit een onzekere inkomensbron. De vraag die men zich kan stellen is of een derde dit debiteurenrisico zou willen nemen tegen een vaste rente. Als deze vraag ontkennend wordt beantwoord, draagt de lening een onzakelijk debiteurenrisico waardoor de lening is ingegeven door aandeelhoudersmotieven. In beginsel is er echter wel sprake van een lening en derhalve is er geen sprake van een uitdeling als omschreven in paragraaf 3.3.

3.4.1 Onzakelijk debiteurenrisico

De Hoge Raad oordeelde in 1954 al dat een verlies op een geldverstrekking niet ten laste van de fiscale winst van een vennootschap kon komen wanneer dit verlies werd veroorzaakt door de

¹⁵¹ Zie hiervoor paragraaf 2.3.2.

¹⁵² De deelnemerschapslening speelt zich af in de situatie waarbij de aandeelhouder een informele kapitaalstorting doet. Een bodemlozeputlening kan zich voordoen indien aanstonds duidelijk is dat de aandeelhouder de lening niet kan of zal terugbetalen.

aandeelhoudersrelatie.¹⁵³ Desalniettemin wordt BNB 2008/191 in de literatuur gezien als het startpunt van de onzakelijke lening jurisprudentie. De Hoge Raad benadert de onzakelijke lening als hybride figuur. De Hoge Raad creëerde feitelijk een splitsing binnen de geldverstrekking die als zodanig zakelijk is, maar een onzakelijk debiteurenrisico kent doordat het risico zijn oorsprong vindt buiten de ondernemingssfeer. Ingeval een onafhankelijke derde niet met de leningsvoorwaarden akkoord zou gaan, wordt ervan uitgegaan dat de lening niet in de eerste plaats is verstrekt voor de rendementsoptbrengst, maar is verstrekt vanwege aandeelhoudersmotieven.¹⁵⁴ De gevolgen van het onzakelijk genomen debiteurenrisico worden bij de fiscale winstbepaling geëlimineerd. De afwaardering van een dergelijke lening is niet aftrekbaar, maar rentebaten behoren nog wel tot de belaste winst van de vennootschap.¹⁵⁵ Dit type lening onderscheidt zich van de prijsonzakelijke lening doordat er voor een ODR lening niet onder dezelfde voorwaarden verzakelijkt kan worden door middel van een rente imputatie.

Voor het vaststellen van een verkapte winstuitdeling wordt gebruik gemaakt van de onzakelijke lening jurisprudentie. Dit leerstuk is door de Hoge Raad in het certificaathouder uitkooparrest BNB 2008/191¹⁵⁶ geïntroduceerd. Zij benadert de onzakelijke lening als een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd. Als dit risico aan de oppervlakte komt middels een afwaardering, is die afwaardering niet aftrekbaar. Behoudens bijzondere omstandigheden¹⁵⁷ mag ervan worden uitgegaan dat die vennootschap het debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.¹⁵⁸ In het verleden heeft de Hoge Raad overwogen dat een lening van vennootschap aan aandeelhouder waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, op het moment van verstrekken aangemerkt moet worden als onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten.¹⁵⁹

Dat een vennootschap zich op grond van aandeelhoudersmotieven blootstelt aan een bepaald debiteurenrisico kan worden geconstateerd aan de hand van de gestelde zekerheid, verdere activa van de debiteur en de geldstromen waaruit de lening zal worden afgelost. Het stellen van zekerheden is een van de criteria van de onzakelijke lening. Verder kan een onzakelijke lening nog worden gesignaleerd doordat er niets is bepaald omtrent de aflossing en bovendien omdat de overeengekomen rente niet marktconform is. De aanleiding tot het aangaan van een onzakelijke lening ligt veelal bij de debiteur, deze heeft dringend geld nodig. Daarentegen heeft de crediteur overvloedige liquiditeiten waarvoor rendement wordt gezocht. Bij een onzakelijke lening ligt het motief van de geldverstrekker buiten de ondernemingssfeer. De beweegreden moet worden gezocht in de persoonlijke wens van de aandeelhouder. Ook als de lening wordt verstrekt aan een niet gelieerde

¹⁵³ HR 28 april 1954, nr. 11.787, BNB 1954/191.

¹⁵⁴ HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, ECLI:NL:HR:2012:BV8199 (m. nt. Redactie Vakstudienieuws), V-N 2012/15.20, r.o. 4.3.

¹⁵⁵ HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, ECLI:NL:HR:2012:BV8199 (m. nt. Redactie Vakstudienieuws), V-N 2012/15.20, r.o. 4.5.

¹⁵⁶ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹⁵⁷ Bijvoorbeeld BNB 2017/655 waar werd geoordeeld dat verlies op een onzakelijke lening toch in mindering mocht worden gebracht. De relatie tussen debiteur en crediteur was ook bij afwezigheid van het concernverband van voldoende gewicht.

¹⁵⁸ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

¹⁵⁹ HR 24 oktober 2004, nr 40 296, *NTFR* 2004/1670.

partij kan er sprake zijn van een debiteurenrisico dat de vennootschap op zich heeft genomen om het belang van haar aandeelhouder te dienen.¹⁶⁰ De mate van onzakelijkheid kan verschillen van net niet zakelijk tot informeel kapitaal respectievelijk winstuitdeling wanneer duidelijk is dat de debiteur het geld niet zal kunnen terugbetalen.¹⁶¹

3.4.2 Onzakelijke rente

In BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad de onzakelijke lening verder uitgewerkt.¹⁶² Hierin is vastgesteld dat een lening welke niet onder zakelijke condities aangegaan is, verzakelijkt kan worden door middel van een rentecorrectie. Nadat het rentepercentage is gecorrigeerd zal de lening niet langer kwalificeren als onzakelijk. Dit is anders indien er geen (óf slechts) een winstdelende rente kan worden bepaald waaronder een willekeurige derde onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden de lening zou hebben verstrekt. In dergelijke gevallen kan de Belastingdienst ervan uitgaan dat de lening is verstrekt vanwege de aandeelhoudersrelatie tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap. Hoewel de lening kwalificeert als vreemd vermogen is een verlies op de onzakelijke lening vanwege de aard van de relatie niet aftrekbaar van de winst van de vennootschap.¹⁶³ In tegenstelling tot leningen die worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen, valt de onzakelijke lening wel onder de reikwijdte van het conceptwetsvoorstel.

Als blijkt dat de rente op de schuldverhouding ontbreekt of niet zakelijk is, dan volstaat een renteaanpassing om dit te corrigeren.¹⁶⁴ Het verschil tussen de werkelijke rente en de zakelijke rente zal in aanmerking genomen worden als verkapte winstuitdeling of informele kapitaalstorting.

3.4.3 Onzakelijke kwijtschelding

Kwijtschelding van een vordering van de vennootschap op zijn directeur-groootaandeelhouder kan een winstuitdeling tot gevolg hebben. Bij een schuld die zowel civiel- als fiscaalrechtelijk als lening kwalificeert kan op een later moment alsnog sprake zijn van een winstuitdeling. Dit kan zich voordoen indien de schuld zonder terugbetaling of verrekening teniet wordt gedaan.¹⁶⁵ Is een kwijtschelding op zichzelf niet zakelijk, dan kan dat ook bij een zakelijke lening ertoe leiden dat het kwijtscheldingsverlies op de vordering niet aftrekbaar is. Van belang is om te beoordelen of een onafhankelijke derde de vordering in die situatie zou hebben kwijtgescholden.¹⁶⁶ De vraag of de kwijtschelding zakelijk is, wordt beoordeeld vanuit de positie van de crediteur. Hierbij wordt gekeken naar de relatie tussen de debiteur en de crediteur en of er sprake is van gelieerdheid. Op het moment dat het onafhankelijke derden zijn kan worden verwacht dat zij zakelijk met elkaar handelen. In de relatie directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap wordt op basis van feiten en omstandigheden beoordeeld of er zakelijk is gehandeld. Een signaal hiervoor is of er al dan niet invorderingsmaatregelen zijn genomen.¹⁶⁷

¹⁶⁰ HR 20 maart 2015, BNB 2015/141, NTFR 2015/1083. In deze zaak leende de BV geld aan de favoriete sport- en saunaclub van de dga van de schuldeiser.

¹⁶¹ P.G.H. Albert, 'Is de afwaardering van een onzakelijke lening aftrekbaar', *NTFR* 2007/1160.

¹⁶² HR 25 november 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

¹⁶³ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

¹⁶⁴ BNB 2008/198, onzakelijke lening jurisprudentie

¹⁶⁵ HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.

¹⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 25 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL4198, BK-08/00301, r.o. 6.2.

¹⁶⁷ Hof Arnhem 21 januari 2009, nr. 07/00107, ECLI:NL:GHARN:2009:BH1397 (m. nt. Redactie Vakstudienieuws).

Zodra is vastgesteld dat zich een onzakelijke kwijtschelding voordoet is het van belang het motief van de kwijtschelding te bepalen. Het motief van de kwijtschelding bepaalt op welke wijze de kwijtschelding bij de directeur-groootaandeelhouder in de heffing wordt betrokken. Op het moment dat de kwijtschelding plaatsvindt om de directeur-groootaandeelhouder te belonen voor verrichte arbeid is er sprake van verkapt loon. Echter kan een kwijtschelding ook plaatsvinden ter bevoordeling van de aandeelhouder waarna de kwijtschelding aangemerkt wordt als verkapt dividend. De kwalificatie is niet alleen van belang voor de behandeling bij de directeur-groootaandeelhouder, maar ook voor de vennootschap. Een arbeidsbeloning is gelegen in de winstsfeer waardoor de kosten ten laste de winst worden gebracht. Bij een winstuitdeling kan dat niet.

3.5 Rekening-courantverhouding

Naast de traditionele schuldverhouding kan de schuldverhouding tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap zijn vormgegeven als rekening-courant schuld. De rekening-courant is een vorm van een lening waarbij er tussen de twee partijen kleine bedragen over en weer worden geboekt. Met het aangaan van een rekening-courantverhouding stellen de partijen zich tot doel dat de geldschulden die zij jegens elkaar zullen krijgen niet afzonderlijk worden afgerekend, maar met elkaar worden verrekend.¹⁶⁸ Het is in feite een grootboekrekening waarop debet- en creditstanden mogelijk zijn. De bedragen die verwerkt worden via de rekening-courant worden met elkaar verrekend en slechts het saldo daarvan is uiteindelijk verschuldigd.¹⁶⁹ De verrekening vindt van rechtswege plaats, wat inhoudt dat, anders dan bij reguliere verrekening zoals omschreven in artikel 6:127 BW is er geen tot verrekening strekkende verklaring vereist van de partijen. In tegenstelling tot de reguliere geldverstrekking is er bij een rekening-courant verhouding geen sprake van een overeenkomst waarin is afgesproken een som geld voor een bepaalde tijd te verstrekken.

Een directeur-groootaandeelhouder kan gedurende het jaar bedragen over en weer boeken. Hierdoor kan de rekening courant zowel credit- als debetstanden laten zien. Ten aanzien van de fiscale behandeling heeft de Staatssecretaris zich uitgelaten: ingeval van een creditstand op de grootboekrekening is er sprake van een vordering van de directeur-groootaandeelhouder op de vennootschap. In een dergelijk geval is de Staatssecretaris van mening dat er een schuldvordering is in de zin van art. 3.92, lid 2, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001. De vordering wordt gezien als het ter beschikking stellen van gelden aan de eigen vennootschap en de rente behoort tot het resultaat belast in box 1. Op het moment dat de rekening-courant omslaat in een debetstand, oftewel de directeur-groootaandeelhouder heeft een schuld aan de vennootschap, vindt er een verschuiving plaats van box 1 naar box 3.¹⁷⁰ De situatie waarin de rekening-courantverhouding per saldo resulteert in een schuld van de directeur-groootaandeelhouder aan de vennootschap valt onder de reikwijdte van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

In principe is een rekening-courantschuld bedoeld voor kortstondig over en weer boeken van kleine bedragen, hetgeen kan leiden tot wisselende credit- en debetstanden. Gelet op het veranderlijke karakter van een rekening-courantschuld en ter vermindering van de administratieve lasten, wordt door de Staatssecretaris goedgekeurd dat de belanghebbende geen rente als resultaat in aanmerking

¹⁶⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/250.

¹⁶⁹ Zo is bepaald in art. 6:140 lid 1 BW.

¹⁷⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, Stcrt. 2014, 6643, par. 13.2.

hoeft te nemen, mits er voldaan wordt aan de gestelde voorwaarden. In de eerste plaats mag de schuld gedurende het gehele kalenderjaar niet hoger dan EUR 17.500 positief en niet lager dan EUR 17.500 negatief zijn geweest. Verder mag er bij de vennootschap geen rente in aanmerking zijn genomen en ingeval van een schuld van de directeur-groootaandeelhouder mag deze niet in box 3 verantwoord worden. De voorwaarden bewerkstelligen dat de rekening-courantschuld neutraal uitwerkt.¹⁷¹

Ook bij rekening-courantschulden kan worden beredeneerd dat er sprake is van verkapt dividend. Dit ligt vanwege de aard van de rekening, het kortstondig over en weer boeken van geld, misschien nog wel meer voor de hand dan bij leningsovereenkomsten. De toets die hiervoor aangelegd wordt is van feitelijke aard. Bij een toename van een rekening-courantverhouding op basis van feiten en omstandigheden dient te worden beoordeeld of er sprake is van een verkapte winstuitdeling. Het kan zo zijn dat een rekening-courant verhouding initieel als lening is aanvaard, maar dat verdere toename van de lening als winstuitdeling wordt gekwalificeerd.¹⁷² De rekening-courantverhouding kan ook in zijn geheel als verkapt dividend aangemerkt worden. Er is sprake van een winstuitdeling vanaf het moment dat het aannemelijk is dat de schuld niet kan of zal worden afgelost.¹⁷³

Een dergelijke situatie deed zich voor op 24 februari 2015 bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Tussen de partijen was in geschil of de inspecteur terecht 1) de toename van het saldo van de rekening-courant en 2) een bedrag van EUR 1,5 miljoen in verband met het schenden van de leningsvoorwaarden, als uitdeling in aanmerking heeft genomen. In casu was er gedurende de jaren 2007 tot en met 2010 sprake van een jaarlijkse verdubbeling van de rekening-courantverhouding van ongeveer EUR 300.000 in 2007 tot een bedrag van EUR 3,7 miljoen ultimo 2010. Begin 2012 zijn de vennootschap en haar dochtermaatschappijen in staat van faillissement verklaard.¹⁷⁴ Het Hof stelde vast dat het eigen vermogen van de directeur-groootaandeelhouder ultimo 2009 en 2010 negatief is geweest. Het Hof acht aannemelijk dat de rekening-courantschuld van de directeur-groootaandeelhouder niet zal worden afgelost voor zover deze meer bedraagt dan het saldo op 31 december 2009. Dit wordt gebaseerd op de omstandigheid dat tot 2011, de voorwaarden van de lening omtrent het aflossingsschema en de zekerheden niet schriftelijk waren vastgelegd. Voorts acht het Hof het van belang dat het vermogen in de onderhavige jaren negatief was en dat de vennootschap geen invorderingsmaatregelen heeft getroffen.¹⁷⁵ Zoals besproken in paragraaf 3.3.3 en tevens aangehaald in het arrest, wordt dit niet anders indien het bedrag van de rekening-courant kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering, terugbetaling van kapitaal of uit de eventuele opbrengst van de verkoop van de aandelen in de vennootschap.¹⁷⁶

Naast de omvang van de lening kan ook het prijsgeven van zekerheid leiden tot een verkapte winstuitdeling. In de bovenstaande zaak leende de directeur-groootaandeelhouder EUR 1,815 miljoen van zijn eigen vennootschap ten behoeve van aankoop een privéwoning in Frankrijk welke tevens diende als onderpand van de betreffende lening. Uit de leningsovereenkomst bleek dat het niet is

¹⁷¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, Stcrt. 2014, 6643, par. 13.4.

¹⁷² *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art 4.12 Wet IB 2001, aant. 2.3.14.

¹⁷³ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24, r.o. 4.3

¹⁷⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24, r.o. 2.1 en 2.2.

¹⁷⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24, r.o. 4.3.

¹⁷⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24, r.o. 4.4. en met verwijzing naar HR 24 oktober 2009, nr. 40. 296, BNB 2005/64.

toegestaan om een recht van hypotheek te vestigen op de woning die dient als onderpand. Bij aankoop van een tweede woning werd een lening van EUR 1,5 miljoen bij de bank afgesloten en werd de privéwoning in Frankrijk als onderpand aangemerkt. De directeur-groootaandeelhouder heeft de verhaalsmogelijkheden hierdoor met dat bedrag verminderd en schond daarmee de overeenkomst. Het Hof achtte het aannemelijk dat de vennootschap, op de hoogte was van het voornemen van de directeur-groootaandeelhouder (welke enig bestuurder en enig aandeelhouder was). Het Hof acht het aannemelijk dat een willekeurige derde direct zou hebben gehandeld door hypotheekrecht te eisen of beslag te leggen op het onroerend goed in Frankrijk en dat de vennootschap daarmee haar vordering had kunnen innen. De vennootschap heeft zich verhaalsmogelijkheden laten ontgaan door geen actie te ondernemen. Het Hof oordeelde dat er dusdoende een uitdeling ter grootte van EUR 1,5 miljoen had plaatsgevonden¹⁷⁷.

Daarnaast is het ook mogelijk dat er feitelijk in zijn geheel geen lening beoogd is, maar een onttrekking aan de winstreserves van de vennootschap. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de lening slechts terugbetaald kan worden met toekomstige dividenden uit de vennootschap. Alsdan kan de lening gezien worden als voorschot op toekomstige inkomens.¹⁷⁸ Identiek aan de traditionele geldlening zijn omstandigheden die daarbij een rol spelen: a) de zekerheid die de vennootschap verlangt van de aandeelhouder, b) het aflossingsschema dat is overeengekomen alsmede c) de rentevergoeding die is afgesproken. Hierbij kan het al dan niet bijschrijven van de rente ook van belang zijn. De aanmerkelijkbelanghouder is in dat geval een rekening-courantschuld aangegaan waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost. Een bedrag ter hoogte van het saldo van de rekening-courant heeft het vermogen van de vennootschap dan definitief verlaten.

In bovenstaande gevallen was er sprake van een onttrekking. Dat houdt in dat de aanmerkelijkbelanghouder is bevoordeeld en dividendbelasting en box 2 heffing zijn verschuldigd. Voor het gedeelte van de rekening-courantschuld dat niet als winstuitdeling wordt gezien, geldt dat deze onder de reikwijdte van het conceptwetsvoorstel valt.

3.6 Vaststellingsovereenkomst

Zoals omschreven in paragraaf 2.5, wordt iedere casus beoordeeld op basis van de bekende feiten en omstandigheden. Het gevolg hiervan is dat zowel de directeur-groootaandeelhouder als de Belastingdienst lang niet altijd zeker is van de uitkomst van een procedure betreffende de schuldverhouding tussen directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap. Voor beide partijen levert dit een bepaalde mate van rechtsonzekerheid op. Een alternatieve manier om de schuldverhouding voor beide partijen op een acceptabel niveau te krijgen is door middel van een vaststellingsovereenkomst (VSO). Bij een VSO binden partijen zich jegens elkaar om onzekerheid of geschillen omtrent hetgeen wat tussen hen geldt, te beëindigen of te voorkomen.¹⁷⁹ Een VSO is een bindende afspraak die ter vervanging van de originele rechtsverhouding optreedt. In de overeenkomst kunnen de directeur-groootaandeelhouder en de inspecteur een gewenste bepaling opnemen met betrekking tot de schuldverhouding. Deze afspraken kunnen betrekking hebben op aflossing, de omvang van de rente en de afwaardering van de schuld. Wanneer de Belastingdienst of de directeur-groootaandeelhouder constateert dat er sprake is van een hoogoplopende schuldverhouding kan de inspecteur middels een VSO afspraken maken met de directeur-groootaandeelhouder over het

¹⁷⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24, r.o. 4.7.

¹⁷⁸ HR 29 oktober 2004, *BNB* 2005/64. Zie tevens HR 25 oktober 2019, nr. 18/03508.

¹⁷⁹ Art. 7:900 BW.

afbouwen van de schuld. Afspraken overeengekomen in de VSO zijn gebaseerd op thans geldend recht, beleid en jurisprudentie. Op het moment dat er een wetswijziging plaatsvindt of beleidsmatig een andere weg wordt ingeslagen komt de VSO in de regel te vervallen.¹⁸⁰

Indien de debetstand van een rekening-courantverhouding een bepaalde omvang krijgt, kan de inspecteur bij controle van de aangifte om de leningsovereenkomst vragen. Volgens de stukken van de Belastingdienst komt het regelmatig voor dat de inspecteur zelf vervolgens een aanzet doet om met de directeur-groootaandeelhouder afspraken te maken over de afwikkeling van de schuld.¹⁸¹ Onderdeel van een dergelijke afspraak kan zijn dat er sprake is van een winstuitdeling voor zover de overeengekomen afspraak over de aflossing niet plaatsvindt. In de vaststellingsovereenkomst is bijvoorbeeld overeengekomen dat: een debetstand in termijnen van een minimum bedrag per maand wordt afgelost; de vordering geenszins ten laste van het fiscale resultaat wordt gebracht; zekerheden worden gesteld door middel van recht van hypotheek op onroerend goed in bezit van de directeur-groootaandeelhouder; er geen verdere leningen aangegaan worden en de verschuldigde rente niet wordt bijgeschreven, maar feitelijk betaald wordt. Voor zover de overeenkomst niet wordt nageleefd wordt het bedrag dat niet volgens afspraak is afgelost als uitdeling aangemerkt.¹⁸²

Op het moment dat de inspecteur en de directeur-groootaandeelhouder een VSO zijn overeengekomen, is deze leidend in de beoordeling of er al dan niet sprake is van een verkapt winstuitdeling. Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter veel waarde hecht aan de VSO. In HR 14 mei 2004, nr. 39 807 concludeerde de Hoge Raad dat er sprake was van een verkapt dividend ten aanzien van een omvangrijke schuld omdat de VSO niet was nagekomen.¹⁸³ Daarin was afgesproken dat de schuld bevroren zou worden en de directeur-groootaandeelhouder deze uiterlijk op zijn 65^e levensjaar zou aflossen. Het Hof besliste dat er een bewuste bevoordeling had plaatsgevonden, mede door het niet nakomen van de vaststellingsovereenkomst. Deze uitspraak werd gevolgd door de Hoge Raad.

Rechtbank Breda volgde de inspecteur die een naheffingsaanslag dividendbelasting oplegt ter hoogte van het bedrag waarmee de debetstand van de rekening-courant het afgesproken saldo overschrijdt. Afgesproken was dat de vordering ultimo 2004 op EUR 250.000 zou staan en ultimo 2005 op EUR 200.000. In werkelijkheid bedroegen de saldi respectievelijk EUR 327.000 en EUR 377.00. Naar het oordeel van de Rechtbank is de tekst van de VSO voldoende duidelijk en kan de inspecteur een naheffingsaanslag dividendbelasting opleggen voor het verschil tussen de overeengekomen en werkelijke standen.¹⁸⁴

In de casus die aan Hof Amsterdam werd voorgelegd was de schuld van de ab-houder hoger dan afgesproken waardoor de inspecteur een uitdeling constateerde. Hiertegen verweerde de ab-houder zich met de onderbouwing dat hij voldoende inkomen en zekerheden te bieden had. Het Hof oordeelde dat verbetering van de vermogenspositie ten opzichte van het tijdstip waarop de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen niet in de weg staat dat overschrijding van de

¹⁸⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 februari 2016, BLKB2016/19M, Stcrt. 2016, 9680.

¹⁸¹ Besluit op Wob-verzoek naar documenten met betrekking tot leningen tussen directeuren-groootaandeelhouders en hun BV's van 14 maart 2018, Leerboek De DGA en zijn BV, hoofdstuk 12, p. 123.

¹⁸² Besluit op Wob-verzoek naar documenten met betrekking tot leningen tussen directeuren-groootaandeelhouders en hun BV's van 14 maart 2018, Leerboek De DGA en zijn BV, hoofdstuk 12, p. 124.

¹⁸³ HR 14 mei 2004, nr. 39 807, NDFR 2004/814.

¹⁸⁴ Rb Breda 20 januari 2010, nr 08/5672, LJN BL5299.

afspraken leidt tot een uitdeling.¹⁸⁵ In de omgekeerde situatie, waarbij de vermogenspositie verslechtert, blijkt dat de Belastingdienst zich in beginsel zal houden aan de VSO. Op het moment dat de directeur-groootaandeelhouder door onvoorziene omstandigheden niet kan aflossen en daardoor de afspraken niet nakomt kan leiden tot een verkapt dividend ter waarde van de volledige omvang van de schuld.¹⁸⁶

Een vaststellingsovereenkomst geeft zekerheid bij geschillen met de Belastingdienst. Het biedt geen mogelijkheid tot afwijken van de wet, maar legt feiten en afspraken vast in een overeenkomst. Doordat de overeenkomst een wettelijke basis heeft, zijn beide partijen hieraan gehouden. Niet nakoming kan voor de directeur-groootaandeelhouder tot gevolg hebben dat er sprake is van een uitdeling en voor de inspecteur dat het recht op navordering wordt verloren.¹⁸⁷ Hoewel de uitwerking bij niet nakoming cru kan zijn, biedt de vaststellingsovereenkomst veel rechtszekerheid voor de betrokken partijen.

3.7 Deelconclusie

Bij het opzetten van het thans geldende wetssysteem was al duidelijk hoe ondernemers met behulp van vennootschappen invloed konden uitoefenen op de vorm en de timing van belastingheffing. In box 2 wordt niet de vermogensaanwas belast, maar worden de gerealiseerde inkomsten belast. Hierdoor blijft inkomen uit aanmerkelijk gevoelig voor planning. Uitstel van belasting is inherent aan het huidige ab-regime. Belastinguitstel en fiscale arbitrage is reeds aan banden gelegd door de aanpassing van de doorschuiffaciliteiten, de gebruikelijk-loonregeling en de terbeschikkingstellingregeling. Onterecht behandelt de Staatssecretaris de gevallen van belastinguitstel en de uitzonderlijke gevallen van belastingafstel gelijk. Voor de situatie waarin schulden oplopen of geen zekerheden zijn verstrekt bestaat er jurisprudentie om afstel van belastingheffing te voorkomen.

Binnen de huidige fiscale kaders kunnen inspecteur s bestaande en oplopende schulden van directeur-groootaandeelhouders aan de orde stellen door het beschikbare fiscale instrumentarium correct in te zetten. In de praktijk blijkt het niet altijd eenvoudig om aan te tonen dat dit feitelijk het geval is. Iedere casus wordt beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden en de bewijslast ligt bij de inspecteur. De schematische weergave is terug te vinden in *Bijlage 1*. De inspecteur kan zich op het standpunt stellen dat een onttrekking heeft plaatsgevonden. Er is sprake van een onttrekking wanneer een vermogensverschuiving plaatsvindt van de vennootschap naar de aandeelhouder en een vennootschap haar aandeelhouder daarmee bewust bevoordeelt. De onttrekking vormt verkapt dividend en wordt vervolgens in de heffing betrokken als inkomen uit aanmerkelijk belang. Doordat de lening fiscaal geherkwalificeerd wordt en niet langer als schuld wordt gezien, valt de verstrekking niet onder de aangekondigde maatregel.

In de eerste plaats kan de inspecteur beoordelen of er ten tijde van de verstrekking sprake is van een lening. In beginsel is er fiscaalrechtelijk sprake van een lening indien de schuldverhouding civielrechtelijk kwalificeert als lening. Hiervoor is doorslaggevend of een terugbetalingsverplichting is overeengekomen. Als dat niet overeengekomen is kan de lening fiscaal worden geherkwalificeerd naar

¹⁸⁵ Hof Amsterdam 16 januari 1998, V-N 1998/18.83.

¹⁸⁶ Besluit op Wob-verzoek naar documenten met betrekking tot leningen tussen directeuren-groootaandeelhouders en hun BV's van 14 maart 2018, Leerboek De DGA en zijn BV, hoofdstuk 12, p. 124.

¹⁸⁷ Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 7 april 2009, V-N 2009/38.8.

eigen vermogen op basis van het Unilever-arrest. Er is dan niet langer sprake van een schuld. Een verkapte dividend heeft dan plaatsgevonden op het moment van verstrekken. Dat wordt vervolgens in de heffing betrokken als inkomen uit aanmerkelijk belang. Het is voor de inspecteur van belang om tijdig in te grijpen om te voorkomen dat de navorderingstermijn verloopt.

In de tweede plaats dient te worden beoordeeld of de lening onder zakelijke gronden is aangegaan. De toetsing vindt plaats door de vraag te stellen of de aanmerkelijkbelanghouder de lening onder overeenkomstige voorwaarden ook aan had kunnen gaan bij een derde partij. Bij een ODR-lening waarbij de aanvaarding van het debiteurenrisico zijn oorsprong niet vindt in de ondernemings sfeer vindt de afwikkeling, voor zover het gaat om een afwaardering, plaats in de kapitaalsfeer. Op dat moment kan de inspecteur dus ingrijpen en een onttrekking vaststellen. De rente-inkomsten worden overigens gewoon in de heffing betrokken bij de vennootschap. Onzakelijkheid van een lening kan zich ook manifesteren als prijsonzakelijke lening, waarbij een te hoge of te lage rente is overeengekomen. In dit kader vinden correcties plaats in de kapitaalsfeer.

De afwikkeling van een zakelijke lening kan zich alsnog ontpoppen als onttrekking voor de aandeelhouder indien de vennootschap zich niet zakelijk opstelt in haar hoedanigheid als crediteur. De lening kan gedurende de looptijd onzakelijk worden doordat de crediteur geen (invorderings)maatregelen neemt bij niet-nakoming van afspraken. Een zakelijke lening wordt gekenmerkt door zekerheden, een zakelijke rente en een aflossingsschema. Om de zakelijkheid niet te verliezen dienen deze afspraken te worden nagekomen en gehandhaafd. Anders kan de inspecteur bij de aflossing alsnog inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking nemen. Ook bij de onzakelijke lening geldt dat de inspecteur in actie moet komen omdat de bewijslast rust op de inspecteur. Doordat de lening fiscaalrechtelijk ook als geldlening blijft kwalificeren, wordt de omvang opgeteld bij het saldo aan schulden voor de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Bij een oplopende rekening-courantverhouding wordt veelal een VSO aangegaan. Hierin worden afspraken gemaakt over de aflossing van de schuld. Niet nakoming van de VSO biedt een rechtsmiddel om een winstuitdeling in aanmerking te nemen. Per saldo beschikt de Belastingdienst dus over tal van middelen om een verkapte winstuitdeling te constateren, mits de leningen in voldoende mate worden getoetst aan de criteria. In dat geval vindt er slechts een onbelaste vermogensverschuiving plaats omdat er zich een normaal debiteurenrisico heeft voorgedaan.

4. Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

4.1 Inleiding

Om de belastinguitstel en –afstel op generieke wijze te ontmoedigen is er een algemene preventiemaatregel gepubliceerd. Op basis van de maatregel zal er een fictief regulier voordeel in aanmerking worden genomen voor zover de totale som van schulden aangegaan bij de vennootschap meer bedraagt dan EUR 500.000. Het conceptwetsvoorstel is op 4 maart 2019 door het kabinet op internet gepubliceerd ter consultatie. De Staatssecretaris heeft in zijn brief¹⁸⁸ van 19 februari jl. aangekondigd dat hij verwacht het wetsvoorstel excessief lenen in maart of april 2020 aan de Tweede Kamer aan te kunnen bieden, maar tot op heden is de definitieve versie niet ingediend. Inmiddels is de inwerkingtreding uitgesteld tot 1 januari 2023.¹⁸⁹ In dit hoofdstuk zal het conceptwetsvoorstel worden uiteengezet, waarbij de knelpunten en grootste bezwaren in de uitwerking ervan worden besproken. Vervolgens zal het conceptwetsvoorstel getoetst worden aan de volgende toetsingscriteria: doeltreffendheid, doelmatigheid, eenvoud (duidelijkheid en toegankelijkheid) en internationaalrechtelijke verenigbaarheid. Op basis daarvan wordt beoordeeld of de aangekondigde maatregel het excessieve lenen ook daadwerkelijk aan banden legt. De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld is tweeledig en luidt als volgt: *Hoe werkt een fictieve dividenduitdeling voor het belastingrecht en vennootschapsrecht op basis van het conceptwetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap? En beperkt dit de schuldverhouding tussen de aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap op adequate wijze?*

4.2 Het wetsvoorstel

4.2.1 Achtergrond

In het huidige aanmerkelijkbelastingstelsel is het voor de aanmerkelijkbelanghouder mogelijk om belasting over inkomen uit aanmerkelijk belang uit te stellen, maar ondertussen wel over de liquiditeiten te beschikken. De directeur-groootaandeelhouder kan dit bewerkstelligen door in plaats van een dividenduitkering te doen een lening aan te gaan bij zijn eigen vennootschap. Dit wordt in beginsel gekwalificeerd als schuldverhouding tussen de beide partijen en valt niet onder de definitie inkomen uit aanmerkelijk belang. Pas bij uitkering van de winstreserves of vervreemding van de aandelen is sprake van inkomen uit aanmerkelijk belang. In het verleden is meermaals geconstateerd dat directeur-groootaandeelhouders een consumptieve lening aangaan bij de eigen vennootschap en de schuld inlossen met toekomstige dividenduitkeringen. Besparingen in de vorm van winstinhouningen kunnen enerzijds de investeringscapaciteit van vennootschappen bevorderen. Anderzijds zijn er ook aanwijzingen dat een deel van de winstinhouding fiscaal is gedreven.¹⁹⁰ Juist de fiscaal gedreven inhouding wordt gezien als een van de knelpunten van de systematiek van box 2. Het conceptwetsvoorstel poogt een dam op te werpen tegen excessieve schuldverhoudingen tussen directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap. De maatregel heeft een prohibitief karakter wat als rechtvaardiging voor de ruwheid van het voorstel wordt gebruikt.¹⁹¹

¹⁸⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën 19 februari 2020, nr. 2020-0000003280.

¹⁸⁹ Rijksoverheid 24 april 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/24/nieuwe-belastingmaatregelen-vanwege-de-coronacrisis>.

¹⁹⁰ Het feit dat directeur-groootaandeelhouders tientallen miljarden lenen van de eigen vennootschap is daar een voorbeeld van zo stelt DNB in haar analyse.

¹⁹¹ Vakstudie Nieuws, 'Minister antwoordt op Kamervragen dat fiscaal gedreven winstinhouding knelpunt is in box 2', V-N 2020/8.6.

4.2.2 Subject van heffing

Aangekondigd was dat het kabinet een rekeningcourantmaatregel zou gaan uitwerken om excessief lenen van de eigen vennootschap te bestrijden. De verwachting was dat de maatregel de directeur-groootaandeelhouder zou treffen. De uitwerking van de maatregel haakt echter aan bij hoofdstuk 4 Wet IB 2001.¹⁹² Iedere aanmerkelijkbelanghouder loopt dus het risico om aangeslagen te worden voor inkomen uit aanmerkelijk belang voor zover er sprake is van een excessieve lening. De groep die aangesproken wordt, is dus breder dan in eerste instantie was verwacht. Niet voor iedere aanmerkelijkbelanghouder geldt dat hij voldoende zeggenschap kan uitoefenen om in plaats van loon of dividend, te kiezen om de liquiditeiten in de vennootschap aan te wenden voor een schuldverhouding. Voorts haalt de NOB aan dat bij een aandelenbelang van 5% de andere aandeelhouders niet zonder meer akkoord gaan met een geldverstrekking aan de ab-houder.¹⁹³ Het zou volgens de NOB dichter bij de werkelijkheid liggen om slechts een fictief regulier voordeel in aanmerking te nemen, indien de aanmerkelijkbelanghouder al dan niet tezamen met diens partner voldoende zeggenschap in de vennootschap zou hebben om invloed uit te oefenen op de inkomensuitkering.¹⁹⁴ In mijn optiek is het echter ook denkbaar dat er leningen zijn verstrekt aan aandeelhouders zonder controlerende zeggenschap. Bijvoorbeeld in de situatie waar vier broers een vennootschap oprichten en naast de reguliere activiteiten ook leningen verstrekken aan de aandeelhouder. De broers vallen niet onder de definitie van verbonden persoon, maar er bestaat wel een dusdanig verwante familiale band dat het aannemelijk is dat zij gezamenlijk besluiten om indien nodig een lening te verstrekken vanuit de reserves van de vennootschap. Derhalve ben ik van mening dat aansluiting bij het thans geldende ab-regime niet onterecht is. Daarnaast is het 5% criterium minder eenvoudig te omzeilen dan een criterium dat gekoppeld is aan een controlerend belang.

Door aan te sluiten bij het ab-regime heeft de term ‘vennootschap’ betrekking op alle rechtsvormen waarin een aanmerkelijk belang kan worden gehouden op grond van hoofdstuk 4 Wet IB 2001. In Nederland zijn dit de besloten vennootschap en de naamloze vennootschap. Daarnaast kan je ook een aanmerkelijk belang hebben als je in bezit bent van ten minste 5% van de stemrechten in een coöperatie.¹⁹⁵ Zoals reeds is toegelicht in paragraaf 2.2.1. is een vennootschap in bezit van rechtspersoonlijkheid en neemt zij zelfstandig deel aan het rechtsverkeer. De bezittingen en schulden behoren tot het vermogen van de vennootschap en komen niet zonder meer toe aan de achterliggende aandeelhouders, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De vennootschap is vrij om de gereserveerde winst te herbeleggen of herinvesteren. Dat houdt in dat de winstreserve kan worden aangewend om een lening te verschaffen aan de aanmerkelijkbelanghouder zonder dat daarbij in beginsel een winstuitdeling bij de directeur-groootaandeelhouder wordt geconstateerd.

Door dit wetsvoorstel wordt voorbij gegaan aan de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap en een eerste stap gezet naar het doorbreken van *corporate veil*. De civielrechtelijke kwalificatie wordt fiscaalrechtelijk niet gevolgd doordat de schuldenaar tevens aandeelhouder van de vennootschap is. Mogelijk is dit een eerste stap richting een transparante vennootschap waarbij het beleggingsvermogen van de vennootschap niet zonder meer kan worden opgepot. Hiermee zou de fictie uit art. 2 lid 5 Wet Vpb, waarin wordt bepaald dat een vennootschap de onderneming drijft met

¹⁹² Zie par. 2.3.1. inzake de aandeelhouder voor toelichting van (andersoortige) aanmerkelijkbelangvormen.

¹⁹³ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 5, par. 3.

¹⁹⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 5, par. 3.

¹⁹⁵ Art 4.5a Wet IB 2001

haar gehele vermogen, haar betekenis verliezen. Persoonlijk ben ik van mening dat het onwenselijk is om te differentiëren tussen een zakelijke leningsovereenkomst tussen vennootschap en aanmerkelijkbelanghouder of tussen derden. Dit trekt de civielrechtelijke en fiscale behandeling verder uit elkaar waardoor wetgeving onnodig complex wordt gemaakt. Daarom kan men beter een oplossing zoeken in het belasten van beleggingsvermogen zonder onderscheid te maken tussen overeenkomsten. De aanmerkelijkbelanghouder kan dan in de heffing worden betrokken voor zover het vermogen wordt aangemerkt als beleggingsvermogen. Tot die hoogte wordt belastinguitstel eveneens tegen gegaan.

4.2.3 Object van heffing

Een aanmerkelijkbelanghouder wordt in de heffing betrokken in box 2 indien er sprake is van een belastbaar feit in de zin van een (fictief) regulier voordeel of een vervreemdingsvoordeel. Het huidige artikel 4.13 Wet IB 2001 bevat verschillende definities van een fictief regulier voordeel welke in aanmerking worden genomen als regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel a, Wet IB 2001. Het voorgestelde artikel 4.13, lid 1, onderdeel f, Wet IB 2001 bevat de definitie van een fictief regulier voordeel als beoogd met de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Hier wordt toe gerekend:

*(...) het bovenmatige deel van schulden die de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner, rechtens dan wel in feite direct of indirect heeft bij een of meer vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft. (...)*¹⁹⁶

Het artikel regelt dat het fictief regulier voordeel aan het einde van het kalenderjaar in aanmerking wordt genomen als inkomen uit aanmerkelijk belang.¹⁹⁷ Om te bepalen wat het object van heffing is zijn de volgende elementen van belang: bovenmatig deel, schuld, rechtens dan wel in feite direct of indirect, belastingplichtigen met een aanmerkelijk belang en vennootschappen.¹⁹⁸ Voor een toelichting van de belastingplichtigen wordt verwezen naar paragraaf 4.2.3., de overige aspecten zullen in de volgende alinea's worden behandeld.

Bovenmatig deel

Schulden van de aanmerkelijkbelanghouder bij de eigen vennootschap worden onder het wetsvoorstel als bovenmatig gekwalificeerd wanneer de totale som van schulden aan de vennootschap boven de doelmatigheidsgrens van EUR 500.000 uitkomt.¹⁹⁹ Of een schuld excessief is, wordt geenszins opgemaakt uit de geboden zekerheid of de manier waarop de schuld wordt aangewend. Het criterium *bovenmatig* wordt slechts ingegeven door de omvang van de schuld. Op basis van de aandeelhoudersspecificaties vennootschapsbelasting in 2015, is een overzicht gemaakt van de aanmerkelijkbelanghouders met een schuld aan de eigen vennootschap gecategoriseerd op de omvang van de schuld. In 2015 gaat het om circa 225.000 gevallen met een leenbedrag van ruim EUR 51 miljard. Hiervan zou volgens de ramingsmemo van het Ministerie van Financiën circa EUR 20 miljard uiteindelijk excessief zijn.²⁰⁰ Het drempelbedrag lijkt, door gebrek aan verdere toelichting in de

¹⁹⁶ Voorgesteld artikel 4.13, onderdeel f, Wet IB 2001.

¹⁹⁷ Voorgesteld artikel 4.43 Wet IB 2001.

¹⁹⁸ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 13.

¹⁹⁹ Voorgesteld artikel 4.14a, lid 1, wet IB 2001.

²⁰⁰ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap van 14 december 2019, Ramingsmemo variant box 2, p. 1.

parlementaire stukken, zich te richten op een bepaald aantal aanmerkelijkbelanghouders en de daarbij behorende opbrengst.

De schulden van de aanmerkelijkbelanghouder, de schulden van zijn partner en hun gezamenlijke schulden worden tezamen in aanmerking genomen. Irrelevant is de tenaamstelling van de schulden en of de schulden tot het individuele of gezamenlijke vermogen behoort. Voor de belastingplichtige en zijn partner tezamen geldt ook slechts een drempel van EUR 500.000.²⁰¹ Onder het huidige wetsvoorstel is het niet mogelijk dat zowel de aanmerkelijkbelanghouder als zijn partner EUR 500.000 lenen zonder dat er belastbaar inkomen voor box 2 wordt geconstateerd. Voor dit geval heeft de wetgever wel een accumulatie willen voorkomen. Derhalve is opgenomen dat de schulden in een kalenderjaar eenmaal in aanmerking worden genomen bij de belastingplichtigen en zijn partner tezamen. Doordat er bij een fictief regulier voordeel sprake is van inkomen uit aanmerkelijk belang is er sprake van een gemeenschappelijk inkomensbestanddeel als bedoel in artikel 2.17 Wet IB 2001. Op grond van dit artikel kunnen de aanmerkelijkbelanghouder en zijn partner zelf kiezen bij wie zij het inkomen aangeven.²⁰²

In tegenstelling tot de aanmerkelijkbelanghouder en zijn partner, hebben verbonden personen die geen aanmerkelijk belang hebben in de betreffende vennootschap wel een individuele drempel. Onder een met de belastingplichtige verbonden persoon wordt verstaan: een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner.²⁰³ In de situatie waarin een ouder een aanmerkelijk belang heeft in zijn vennootschap kan zowel hij, als zijn kind tot EUR 500.000 lenen van de eigen vennootschap zonder dat een regulier voordeel in aanmerking wordt genomen.²⁰⁴ Voor het bedrag waarmee de schuldverhouding de drempel overschrijdt, wordt het fictieve voordeel in aanmerking genomen bij de aanmerkelijkbelanghouder. Op het moment dat het kind EUR 700.000 zou lenen van de vennootschap van zijn ouder, wordt er dus een regulier voordeel van EUR 200.000 bij de ouder in aanmerking genomen. Het inkomen wordt geacht te zijn genoten door de aanmerkelijkbelanghouder.²⁰⁵

Opmerkelijk genoeg is er in het conceptwetsvoorstel bij toerekening van het bovenmatige deel van de schuld geen rekening gehouden met aandelenbelangen van de aanmerkelijkbelanghouders. Op het moment dat er verschillende aanmerkelijkbelanghouders zijn bij wie een schuld van een verbonden persoon in aanmerking wordt genomen, wordt het bovenmatige deel in gelijke delen in aanmerking genomen.²⁰⁶ Gedacht kan worden aan vader en moeder die voor 70% en 30% aandeelhouder zijn in een vennootschap. De zoon heeft een schuld aan hun vennootschap van EUR 700.000. In plaats van een toerekening van EUR 140.000 (70%) aan vader en EUR 60.000 (30%) aan moeder, wordt het excessieve deel aan ieder voor vijftig procent toegerekend. Economisch bezien is dit geen reële toerekening van het inkomen.

²⁰¹ Voorgesteld art. 4.14a, lid 2, Wet IB 2001.

²⁰² Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p 14-15. Indien geen keuze wordt gemaakt geldt dat het inkomen evenredig wordt toegerekend.

²⁰³ Zij zijn in de rechte lijn aan elkaar verwant als ze van elkaar afstammen. Dat geldt voor ouders, kinderen, kleinkinderen etc.

²⁰⁴ Voorgesteld art. 4.14b, lid 2, Wet IB 2001.

²⁰⁵ Voorgesteld art. 4.14b, lid 2, Wet IB 2001.

²⁰⁶ Voorgesteld artikel 4.14b, lid 3, Wet IB 2001.

Voor zover er een fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen wordt het drempelbedrag daarmee verhoogd.²⁰⁷ Als bij de belastingplichtige een fictief regulier voordeel van EUR 200.000 in de heffing wordt betrokken, omdat de aanmerkelijkbelanghouder en totale schuld van EUR 700.000 heeft, is het maximumbedrag voor het opvolgende jaar EUR 700.000. Dit voorkomt jaarlijkse accumulatie van het reeds in aanmerking genomen voordeel. De ophoging van het maximumbedrag strekt zich uit tot naar aard en strekking vergelijkbare buitenlandse regelingen. Het drempelbedrag wordt eveneens verhoogd indien de buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder wordt geconfronteerd met een soortgelijke regeling.

Schulden

Ook het begrip schulden is breder dan de aankondiging van de maatregel deed lijken. In eerste instantie werd gesproken over een rekening-courantmaatregel, maar bij publicatie van het conceptwetsvoorstel bleek dat het begrip schulden álle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen van een aanmerkelijkbelanghouder jegens zijn vennootschap omvat. De omvang van de schuld wordt bepaald op basis van de nominale waarde. Daarbij wordt met fiscale afwaardering geen rekening gehouden.²⁰⁸ Het begrip schulden dient voor de toepassing van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap materieel te worden opgevat. Daardoor omvat de definitie onder meer geldleningen en rekeningcourantschulden inclusief de daarop bijgeschreven rente. Het moge duidelijk zijn dat de aanwending van de schulden in principe geen rol van betekenis heeft voor het conceptwetsvoorstel. Schulden die schriftelijk zijn vastgelegd en waartegenover een dekking staat in de vorm van bezittingen die daardoor niet zouden kwalificeren als dividenduitkering, kunnen door de werking van de maatregel alsnog in de heffing worden betrokken als fictief regulier voordeel. Dit is niet vanwege het karakter van de schuld, maar enkel vanwege het overschrijden van het drempelbedrag.

Daarnaast vloeit uit de memorie van toelichting voort dat de schulden en vorderingen afzonderlijk van elkaar bezien moeten worden. Eventuele vorderingen die de directeur-grootaandeelhouder heeft op de vennootschap mogen niet gesaldeerd worden met schulden aan de vennootschap. Als er op de peildatum per saldo sprake is van een vordering van de aanmerkelijkbelanghouder op de eigen vennootschap, wordt toch een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen.²⁰⁹

Schulden die onderworpen zijn aan afspraken met de Belastingdienst tellen ook mee voor het totaal aan schulden. Wanneer er afspraken zijn gemaakt door de directeur-grootaandeelhouder omtrent schulden die totaal bezien onder de drempel vallen, zal de VSO rechtsgeldig zijn. Ten aanzien van VSO's die betrekking hebben op schulden die boven de drempel uitkomen geldt dat deze in strijd zullen zijn met de toekomstige wetgeving. Door de strijdigheid met wet en regelgeving is het aannemelijk dat de VSO zal vervallen.²¹⁰ Hoewel de Staatssecretaris dit nog niet expliciet bevestigd heeft kan ervan uit worden gegaan dat er ondanks eerdere afspraken een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen bij de aanmerkelijkbelanghouder.

Op de betekenis van verplichtingen wordt niet ingegaan. Het is vooralsnog onduidelijk hoe met die vorm van schuld zal worden omgegaan. Indien er zich een situatie voordoet waarbij de aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap een leasecontract aangaan, kan men zich afvragen

²⁰⁷ Voorgesteld artikel 4.14b, lid 1, Wet IB 2001.

²⁰⁸ Voorgesteld artikel 4.14a, lid 3, Wet IB 2001.

²⁰⁹ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 9.

²¹⁰ Zie paragraaf 3.6.

of de contante waarde van de leasetermijnen behoort tot de totale omvang van de schuld. In hetzelfde kader kan er ook gedacht worden aan de situatie waarbij overeengekomen is een pand te verkopen, maar de levering van het pand na balansdatum ligt. In de betreffende situatie bestaat er op peildatum een verplichting.²¹¹ Als de wetgever heeft beoogd dergelijke situaties onder de maatregel te brengen, is de uitwerking nog grover.

Blijkens de memorie van toelichting heeft de voorgestelde maatregel alleen gevolgen voor het vaststellen van inkomen uit aanmerkelijk belang. Dat betekent dat de maatregel niet doorwerkt naar fiscale regelgeving in box 1 en box 3 van de inkomstenbelasting, dividendbelasting en vennootschapsbelasting. Ook civielrechtelijk zal de schuldverhouding blijven bestaan. Door het ontbreken van civielrechtelijke betekenis blijven rente- en aflossingsverplichtingen van kracht. Daarnaast blijft de lening bij de vennootschap als vordering op de balans staan. De ontvangen rente zal de vennootschap daardoor ook nog steeds moeten verantwoorden in haar resultaat. Voor de aanmerkelijkbelanghouder geldt dat de schuld de grondslag in box 3 van de inkomstenbelasting verlaagt.²¹² Enkel omwille van het introduceren van het fictieve regulier voordeel, wijkt de fiscaliteit af van de civielrechtelijke kwalificatie van de schuldverhouding.

Uitzondering eigenwoningschulden

In beginsel vallen ook de eigenwoningschulden als bedoeld in artikel 3.119a Wet IB 2001 onder het begrip schulden. Onder het geldend recht wordt onder een eigenwoningschuld verstaan: het gezamenlijke bedrag aan schulden aangegaan voor de eigenwoning ter zake waarvan een annuïtaire aflossingsverplichting geldt over een periode van dertig jaar.²¹³ Deze vorm van schuld wordt echter onder voorwaarden uitgezonderd.²¹⁴ Voor schulden aangegaan op of na 1 januari 2022 wordt eigenwoningschuld buiten beschouwing gelaten voor zover een recht van hypotheek ten aanzien van deze schulden is verstrekt als bedoeld in Boek 3, titel 9 van het Burgerlijk Wetboek. Het recht van hypotheek strekt ertoe om de houder van het recht bij verhaal van de vordering voorrang te geven boven andere schuldeisers.²¹⁵ De vennootschap heeft in situaties van verhaal een prioriteitspositie ten aanzien van de opbrengsten uit verkoop de eigen woning van de directeur-grotaandeelhouder. Vanuit politiek Nederland bestond een sterke wens om eigenwoningschulden buiten werking van de maatregel te laten.²¹⁶ Door het stellen van de betreffende voorwaarde wordt gestuurd op een zakelijke schuld. De lening staat daardoor op gelijke voet met een hypothecaire lening bij een externe geldschieter. Volgens Arends is dit goed te volgen.²¹⁷ Naar mijn mening is het onduidelijk waarom gedekte eigenwoningschulden worden getolereerd, terwijl een lening gedekt door een vastgoedportefeuille als excessief wordt beschouwd. Hier kan namelijk ook hypotheekrecht op worden gevestigd.

De vennootschap ontvangt bij een eigenwoningschuld een rentevergoeding op de lening en loopt beperkte risico's door de verhaalpositie. Met de woorden 'voor zover' wordt bewerkstelligd dat de vrijstelling van toepassing is voor het gedeelte van de lening waarop recht van hypotheek wordt

²¹¹ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 10, par. 5.2.

²¹² Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 7-8.

²¹³ Art 3.119a, lid 1, Wet IB 2001.

²¹⁴ Voorgesteld artikel 4.14a, lid 4, Wet IB 2001.

²¹⁵ Art. 3:227 BW.

²¹⁶ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap van 14 december 2019.

²¹⁷ A.J.M. Arends, 'Dwingt excessief lenen bij de BV tot excessieve wetgeving?', *WPNR* 2019/7249, p. 572.

verstrekt. Het recht dient direct toe te komen aan de eigen vennootschap, zodat de vennootschap zijn vordering met voorrang op de eigen woning kan verhalen. De uitzondering voor de eigenwoningschuld kent naast een hypotheekrecht ook een vervalttermijn. Na het verstrijken van de annuïtaire aflossingen of de mogelijkheid tot het in aftrek brengen van de hypotheekrente, verliest de schuld het karakter van een eigenwoningschuld. Deze periode is gemaximeerd op 30 jaar.²¹⁸ Vanaf dat moment kwalificeert de schuld niet langer voor de uitzonderingsregeling, maar verschuift de lening naar box 3 en wordt de schuld opgeteld bij het saldo aan schulden.

Voor op 31 december 2021 bestaande eigenwoningschulden geldt overgangsrecht. Er is voorgesteld om bestaande eigenwoningschulden buiten toepassing te laten bij het bepalen van het bovenmatige deel van de schulden.²¹⁹ Concreet betekent dit overgangsrecht dat voor bestaande eigenwoningschulden geen recht van hypotheek gevestigd hoeft te zijn om te kwalificeren voor de uitzondering. De wetgever heeft willen bewerkstelligen dat de voorwaarde alleen voor nieuwe eigenwoningschulden geldt.²²⁰ Voor bestaande eigenwoningschulden gelden uiteraard wel de vereisten zoals uiteengezet in art. 3.119a Wet IB 2001.

Uitzondering consumptieve schulden

De tweede uitsluiting van het begrip schulden doet zich voor indien een schuld reeds als verkapt dividend is aangemerkt en als regulier voordeel in de heffing is betrokken.²²¹ Het gaat hier om schulden die fiscaal geherkwalificeerd zijn en als gevolg daarvan als verkapte winstuitdeling in de heffing zijn betrokken, zoals bij de schijnlening en consumptieve schulden. Schulden met consumptieve doeleinden zijn, in tegenstelling tot schulden die ter belegging worden aangegaan, ongedekt. Voor deze vorm van schulden wordt door tal van auteurs begrip getoond gezien het doel van het kabinet om belastinguitstel en -afstel aan te pakken. Consumptieve schulden komen veelal voor in de vorm van een rekening-courantverhouding. In de praktijk worden deze schulden veelal niet afgelost met middelen uit privé, maar verrekend met latere dividenduitkeringen.²²² Zo lang de inspecteur deze vorm van schulden niet bestrijdt, kan zich uitstel van belastingheffing voordoen. De belastingheffing had reeds plaats moeten vinden op het moment dat duidelijk was dat de aanmerkelijkbelanghouder de schuld niet terug zou gaan betalen. Bij afwezigheid van voldoende middelen om de schuld te voldoen, kan er sprake zijn van belastingafstel.

In situaties waarin de Belastingdienst erin slaagt aan te tonen dat er feitelijk sprake is geweest van een verkapte winstuitdeling, wordt de omvang van de winstuitdeling in mindering gebracht op de som van schulden voor de bepaling of het drempelbedrag van EUR 500.000 is overschreden. Zoals toegelicht in paragraaf 2.3.2 werkt de herkwalificatie voor het belastingrecht niet door naar het civiele recht. Deze bepaling is bedoeld om dubbele heffing te voorkomen die zou optreden indien schulden als verkapt dividend in de heffing worden betrokken, maar civielrechtelijk nog steeds bestaan als schulden.²²³ Op het moment dat er een debetstand als uitdeling wordt aangemerkt zal er voor fiscale

²¹⁸ Artikel 3.119a, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001.

²¹⁹ Voorgesteld artikel 10a, lid 21, Wet IB 2001.

²²⁰ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 21-22.

²²¹ Voorgesteld artikel 4.14b, lid 4, Wet IB 2001.

²²² M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59.

²²³ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 20.

doeleinden een corrigerende boeking worden gemaakt in de administratie van de vennootschap. De journaalpost luidt als volgt:

Winstreserve	XXX
a) Vordering op aanmerkelijkbelanghouder	XXX

Tussen het aangaan van de schuldverhouding en het vaststellen van de consumptieve schuld kan een timing verschil zitten. Indien er op basis van de controle wordt geconstateerd dat er sprake is van een verkapte uitdeling, vindt dat op zijn vroegst plaats in het jaar na het aangaan op basis van de aangifte. Voor de boekhouding van de vennootschap houdt dat in dat er met terugwerkende kracht correcties plaatsvinden. De rentebaten die zijn verantwoord in het resultaat vormen bijvoorbeeld geen onderdeel meer van de winstbepaling. De vordering op de aandeelhouder wordt op basis van bovenstaande journaalpost gecorrigeerd.

Rechtens dan wel in feite direct of indirect

Naast de ruime definitie van schulden, vallen de rechtens, dan wel in feite direct of indirect gehouden schulden ook onder de reikwijdte van het conceptwetsvoorstel. Door het opnemen van deze zinsnede vallen ook zogenoemde back-to-back situaties onder het wetsvoorstel. Hierbij valt te denken aan de situatie waarbij de vennootschap gelden leent aan de zoon of broer van de aanmerkelijkbelanghouder die de gelden vervolgens doorleent aan de aanmerkelijkbelanghouder. De wetgever tracht te voorkomen dat schuldenverhoudingen zodanig worden gestructureerd dat er niet letterlijk, maar wel feitelijk gesproken wordt van een samenhang tussen de schuld en de aanmerkelijkbelanghouder.

De NOB is van mening dat de definitie een *overkill* bevat. Zij signaleren de situatie waarin de aandeelhouder leent bij de eigen vennootschap en onder vergelijkbare voorwaarden doorleent aan een derde. In een dergelijk geval is de schuld rechtens verstrekt aan de aanmerkelijkbelanghouder, maar feitelijk aan de derde. De NOB verzoekt tot het verschaffen van duidelijkheid over de afwijkingen die nodig zijn bij doorlenen om een eventuele parallellie te doorbreken.²²⁴ Persoonlijk ben ik van mening dat een feitelijke benadering de werkelijkheid het beste benadert. Dat houdt in dat doorslaggevend is wie de gelden uiteindelijk leent. Anderzijds kan er ook worden gepleit voor het constateren van een fictief regulier voordeel. Blijkbaar heeft de aanmerkelijkbelanghouder de gelden in privé willen uitlenen aan derden en had hij hier liquiditeiten van de vennootschap voor nodig. Bovendien zou de derde ook direct kunnen lenen bij de vennootschap. In zoverre kan ik het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel wel volgen.

Niet alleen leningen, maar ook garantstellingen kunnen onder het toepassingsbereik van de maatregel vallen. Naar analogie van de strekking van *rechtens dan wel in feite direct of indirect* voor de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969 valt een garantstelling ook onder de reikwijdte van de maatregel indien door de garantstelling van de vennootschap de aanmerkelijkbelanghouder in staat wordt gesteld een schuld aan te gaan bij de bank.²²⁵ Indien de garantstelling van de vennootschap er slechts toe leidt dat de aanmerkelijkbelanghouder een lening kan aangaan tegen gunstigere voorwaarden valt de lening niet onder de maatregel. Het is dus van belang of de aanmerkelijkbelanghouder *op eigen kracht* een schuld aan kan gaan. Aan de hand van de parlementaire behandeling kan worden geconcludeerd dat

²²⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 8, par. 5.

²²⁵ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 14.

het stellen van zekerheid door de vennootschap tot gevolg heeft dat de garantstelling wordt opgeteld bij het saldo voor zover de aanmerkelijkbelanghouder die lening niet op eigen kracht had kunnen verkrijgen.²²⁶ Voorts kan men zich afvragen of een garantstelling op het moment van aangaan al meetelt bij de schuld aan de vennootschap. Pas bij het invoeren is er sprake van een schuld en tot die tijd is er hoogstens sprake van een latente schuld.²²⁷ Evenwel zou betoogd kunnen worden dat de garantstelling zich manifesteert als verplichting en in zoverre ook zonder ingeroepen te worden meetelt bij het saldo aan schulden.

Terugwerkende kracht

De maatregel bevat materieel terugwerkende kracht door het ontbreken van een eerbiedige werking voor bestaande schulden. De maatregel gaat uit van het saldo aan schulden zoals deze bestaat op 31 december 2022. Aanmerkelijkbelanghouders die voor de aankondiging een schuldverhouding zijn aangegaan in de veronderstelling dat dit in overeenstemming met de wet is, lopen alsnog tegen belastingheffing aan. Dit had voorkomen kunnen worden door de doelmatigheidsdrempel te verhogen met het bedrag aan schulden op 18 september 2018 (aankondiging).²²⁸

4.2.4 Dubbele belastingheffing

De maatregel creëert meervoudige heffing in de inkomstenbelasting doordat het excessieve deel van de lening als fictief regulier voordeel wordt belast, vrijwel zonder mogelijkheid tot latere verrekening. Bij uitkering van 'echt' dividend ten laste van de winstreserves neemt de ab-claim vanzelf af doordat de waarde van het eigen vermogen afneemt. Doordat de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap is gebaseerd op een fictie, gebeurt dat niet bij de heffing over het fictieve dividend. De vordering tussen de aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap blijft civielrechtelijk gewoon bestaan, waardoor de winstreserves van de vennootschap niet afnemen. De latente claim blijft overeind terwijl er wel al ab-heffing is betaald.²²⁹

In het wetsvoorstel wordt slechts eenmalig rekening gehouden met de betaalde belasting over de bovenmatige schuld. Het wetsvoorstel bevat geen algemene anticumulatieregeling voor dividenduitkeringen of vervreemdingsvoordelen na 2022. Slechts voor het fictief regulier voordeel wat in het eerste jaar na inwerkingtreding van de maatregel – 2022 – in aanmerking is genomen, is een overgangsbepaling opgenomen zodat bij latere vervreemding geen dubbele belasting wordt geheven. Een in aanmerking genomen fictief regulier voordeel wordt bij latere vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen geanticumuleerd met vervreemdingsvoordelen door middel van een vervreemdingskorting.²³⁰ Het gaat om een vervreemding waardoor de belastingplichtige niet langer in bezit is van een aanmerkelijk belang.

Voor zover de vervreemdingskorting in mindering is gekomen van het vervreemdingsvoordeel, wordt het drempelbedrag verlaagd.²³¹ Op deze manier wil de wetgever voorkomen dat de korting meermaals

²²⁶ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art 10a Wet Vpb 1969, aant. 13.2 (online, bijgewerkt 3 juli 2019).

²²⁷ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 8 par. 5.

²²⁸ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 3, par. 1.

²²⁹ H. Scholman, 'De systeemfout in de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap', *Taxlive* 12 maart 2019. <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/columns/de-systeemfout-in-de-wet-excessief-lenen-bij-de-eigen-vennootschap/>.

²³⁰ Voorgesteld artikel 10a.22, lid 1, Wet IB 2001.

²³¹ Voorgesteld artikel 10a.22, lid 2, Wet IB 2001.

in aftrek wordt gebracht. Voor het fictief regulier voordeel wat een jaar later in aanmerking wordt genomen, geldt dus geen vervreemdingskorting. Dit heeft tot gevolg dat er dubbele belastingheffing plaats vindt.

De meervoudige belastingheffing laat zich toelichten aan de hand van het volgende voorbeeld. Een aanmerkelijkbelanghouder heeft ultimo 2023 een schuld aan zijn vennootschap van EUR 700.000. In 2023 wordt EUR 200.000 aangemerkt als een fictief regulier voordeel. Vervolgens lost de aanmerkelijkbelanghouder zijn schuld af tot onder de drempel van EUR 500.000 en keert een jaar later ditzelfde bedrag uit als dividend. Op dat moment wordt de uitkering opnieuw belast met box 2 heffing, terwijl het feitelijk om dezelfde dividenduitkering gaat. De dubbele belastingheffing uit zich evenwel indien het om een vervreemding van het aandelenpakket gaat. Het vermogen is feitelijk echter nog niet onttrokken van de vennootschap, met als gevolg dat deze bij vervreemding van de aandelen nog tot uiting komt. Ervan uitgaande dat de lening verstrekt is vanuit een oorspronkelijke winstreserve zal de volledige EUR 700.000, inclusief de EUR 200.000 waar reeds over afgerekend is, in de heffing worden betrokken.

Het is onduidelijk waarom heffingen in latere jaren dan 2022 niet tot een vervreemdingskorting leiden. Bij de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI) wordt er bijvoorbeeld wel rekening gehouden met de betaalde belasting.²³² Wanneer bij een VBI fictief dividend in aanmerking genomen is, leidt dit tot een verhoging van de verkrijgingsprijs.²³³ Hierdoor neemt de latente ab-claim af, immers is er al een deel van de belasting betaald. Weliswaar is de systematiek anders dan bij een vervreemdingskorting, maar beiden behoeven de belastingplichtige van dubbele belastingheffing.

4.2.5 Internationale aspecten

In het huidige wetsvoorstel wordt rekening gehouden met een aanmerkelijkbelanghouder die in Nederland gaat wonen en op dat tijdstip schulden heeft aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Bij immigratie van een aanmerkelijkbelanghouder geldt een *step-up* ter hoogte van het bedrag van de op het immigratiemoment bestaande schulden aan de eigen vennootschap. Ter illustratie kan gedacht worden aan een Duitser die in Nederland gaat wonen en op dat moment een schuld heeft van EUR 700.000 aan zijn eigen vennootschap. Het drempelbedrag wordt gesteld op die EUR 700.000 in plaats van het reguliere bedrag van EUR 500.000. Op het moment dat de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder aan de eigen vennootschap lager zijn dan EUR 500.000, wordt de drempel gesteld op EUR 500.000.²³⁴ De *step-up* van de drempel gaat niet op voor de aanmerkelijkbelanghouder die reeds eerder is opgehouden in Nederland te wonen dan wel indien er sprake was van een buitenlandse belastingplicht ten aanzien van die aanmerkelijkbelangaandelen. In een dergelijke situatie wordt het drempelbedrag gesteld op het maximumbedrag dat gold op het tijdstip dat hij ophield in Nederland te wonen, maar ten minste EUR 500.000.

In de literatuur wordt gesuggereerd dat de wetgever heeft getracht hiermee aan te sluiten bij de bepalingen met betrekking tot het vaststellen van de verkrijgingsprijs bij immigratie en emigratie als

²³² Art 4.13, lid 1, onderdeel a en art 4.14, lid 1 Wet IB 2001. Bij een VBI wordt er jaarlijks een forfaitair rendement in aanmerking genomen welke gekoppeld is aan de hoogste schijf van box 3 (5,6%) over de waarde in het economisch verkeer van de VBI aan het begin van het kalenderjaar. Hierover wordt 26,25% aanmerkelijk belangheffing geheven.

²³³ Art 4.27, lid 1, Wet IB 2001.

²³⁴ Voorgesteld artikel 4.14c, lid 1, Wet IB 2001.

bedoeld in art 16 Uitv. besl. Wet IB 2001.²³⁵ Naast de dubbele belastingheffing moeten emigrerende aanmerkelijkbelanghouders rekening houden met het feit dat schuldopnamen boven de drempel van EUR 500.000 leiden tot (gedeeltelijke) invordering van de ter zake van de emigratie opgelegde conserverende aanslag.²³⁶

In de conceptmemorie van toelichting vermeldt de wetgever dat de wetgeving in principe doorwerkt naar de belastingverdragen die Nederland heeft gesloten. In dit kader kan men zich afvragen op welke wijze dit gebeurt. Voor verdragstoepassing is de kwalificatie van het fictief regulier voordeel van belang. Het karakter van de rechtshandeling dat heeft geleid tot het voordeel is in eerste instantie doorslaggevend voor de kwalificatie.²³⁷ Wanneer dit karakter hybride is, kan het OESO-Modelverdrag en het bijbehorende commentaar worden geraadpleegd. Indien het voordeel niet wordt gedefinieerd onder het verdrag, dient te worden aangesloten bij de behandeling van het voordeel onder de nationale wetgeving.²³⁸

Het aangaan van een bovenmatige lening door de aanmerkelijkbelanghouder leidt tot het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel. Zowel vanuit de vennootschap als vanuit de aandeelhouder bezien vindt er geen vermogensverschuiving plaats.²³⁹ Het karakter geeft geen eenduidige aanwijzing voor de kwalificatie van het voordeel. Vervolgens is het van belang om te weten of het fictief regulier voordeel onder het dividendartikel uit het OESO-Modelverdrag kan worden gebracht en of het valt onder de definitie *betaald door*. Hoewel er bij fictie een dividend in aanmerking wordt genomen, blijft de schuldverhouding in werkelijkheid bestaan. Evenmin is sprake van een vervreemding van het aandelenbelang als bedoeld in art. 13 OESO-Modelverdrag. Tot slot wordt de aard van het voordeel uitgelegd op basis van de nationale wetgeving. Onder het nationale recht is sprake van een fictief regulier voordeel. In de basis lijkt er sprake te zijn van een dividend. In het verlengde hiervan zal Nederland op grond van het dividendartikel in de meeste gevallen gerechtigd zijn om maximaal 15% dividendbelasting te heffen.

Voor buitenlands belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouders in de inkomstenbelasting rijst de vraag of Nederland haar heffingsrecht over het fictief reguliere voordeel wel kan effectueren op basis van het belastingverdrag. Gelet op de gebruikelijkloonarresten kunnen daar serieuze vraagtekens bij geplaatst worden. In de betreffende arresten oordeelde de Hoge Raad in de situatie met België dat de omstandigheid dat er door toepassing van de gebruikelijkloonregeling inkomsten uit dienstbetrekking geconstateerd worden op zichzelf nog niet rechtvaardigen dat Nederland zijn heffingsrecht heeft uitgebreid.²⁴⁰ Dit laat zich als volgt toelichten. De fictieve looninkomsten zijn niet daadwerkelijk ontvangen en konden in de toekomst evenwel in de vorm van dividenden of vervreemdingsvoordelen toekomen aan de aanmerkelijkbelanghouder. Het belastingverdrag tussen Nederland en België kende andere toewijzingsregels voor inkomsten uit dienstbetrekking dan voor dividenden en

²³⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie (art 4.13 en 4.14a e.v. Wet IB 2001)', V-N 2019/16.5.

²³⁶ Voorgesteld artikel 25, lid 8, onderdeel d, Wet IB 2001.

²³⁷ HR 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123 (Het ab-inkooparrest).

²³⁸ Art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag laat in beginsel ruimte voor binnenlandse ficties, maar deze mag geen verschuiving van heffingsbevoegdheid tot gevolg hebben zonder dat dit kenbaar is aanvaard door de andere verdragsluitende staat.

²³⁹ De aanmerkelijkbelanghouder beschikt weliswaar over de gelden, maar daar staat een even grote vordering van de vennootschap op zijn aanmerkelijkbelanghouder tegenover.

²⁴⁰ HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379 (m. nt. P. Kavelaars).

vervreemdingsvoordelen, waardoor potentieel een verschuiving van heffingsbevoegdheid optreedt.²⁴¹ In een later arrest werd nogmaals bevestigd dat de goede verdragstrouw toewijzing van heffingsbevoegdheid op basis van een fictie in de weg kan staan. De Hoge Raad stelde dat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gebaseerd op het beginsel van wederkerigheid. Het eenzijdig toekennen van heffingsbevoegdheid door het introduceren van een fictie wordt niet gevolgd, indien dat in de overeenkomst niet kenbaar is aanvaard.²⁴²

In relatie tot het fictieve reguliere voordeel is er potentieel sprake van een soortgelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid. Nederland constateert als bronstaat bij fictie een dividend waarover Nederland op basis van het dividendartikel mag heffen. Doordat het vermogen van de vennootschap niet verandert, kunnen de reserves in de toekomst aan de aanmerkelijkbelanghouder toekomen in de vorm van een 'echte' dividenduitkering of een vervreemdingsvoordeel bij verkoop van de aandelen. Nederland beschikt als bronstaat over een beperkt heffingsrecht over dividenden, maar is niet bevoegd te heffen over de vervreemdingsvoordelen.²⁴³ Die heffingsbevoegdheid komt toe aan de woonstaat van de aanmerkelijkbelanghouder. Mijns inziens brengt de maatregel in potentie een verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg doordat niet vaststaat of Nederland in de toekomst, wanneer het voordeel wordt gerealiseerd, daarover mag heffen.

Indien Nederland de heffing niet kan onderbrengen onder het dividendartikel zou het fictief reguliere voordeel nog onder het restartikel geschaard kunnen worden geschaard. Op grond daarvan wordt de belastingheffing in de meeste gevallen toegekend aan de woonstaat van de aanmerkelijkbelanghouder.²⁴⁴ In dat geval brengt heffen over het fictief regulier voordeel eveneens een verschuiving in heffingsbevoegdheid teweeg.

Op basis van de huidige wettekst kan een buitenlands belastingplichtige in de zin van art 17, lid 3 onderdeel b wet Vpb ook onder de maatregel gebracht worden. In de betreffende bepaling wordt namelijk verwezen naar hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Men kan zich afvragen in hoeverre de wetgever beoogd heeft om het technisch aanmerkelijk belang onder te brengen in Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

4.2.6 Deelconclusie

Door de systematiek van het ab-regime is het mogelijk belastingheffing uit te stellen. De fiscaal gedreven inhouding wordt gezien als een van de knelpunten van het ab-regime. De maatregel zou belastinguitstel tegen moeten gaan door een fictief dividend te constateren bij excessieve schuldverhoudingen. Uitgezonderd eigenwoningschulden, worden alle schulden die een aanmerkelijkbelanghouder heeft aan zijn vennootschap of vennootschappen in aanmerking genomen bij de beoordeling of de schulden de drempel van EUR 500.000 overschrijden. Verder speelt de wijze waarop de geleende gelden worden aangewend geen rol. De peildatum van het drempelbedrag ligt aan het einde van het kalenderjaar. Hetgeen dan bovenmatig is, wordt als fictief regulier voordeel in aanmerking genomen in box 2 van de inkomstenbelasting. De maatregel leidt ertoe dat de schuld in drie verschillende delen uiteen kan vallen:

²⁴¹ HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379 (m. nt. P. Kavelaars), r.o. 3.4.3.

²⁴² HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34 (m. nt. P. Kavelaars).

²⁴³ Op grond van art. 10 (dividenden) en art. 13 (vermogenswinsten) van het OESO-Modelverdrag.

²⁴⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 7, par. 4.

1. Het bovenmatige deel van een schuld boven het maximumbedrag ter zake waarvan een fictief regulier voordeel wordt vastgesteld;
2. Het deel van de schuld onder het maximumbedrag waarvoor geen fictief regulier voordeel wordt geconstateerd; en
3. Het deel van de schuld onder het maximumbedrag ter zake waarvan wegens het constateren van een verkapte winstuitdeling een fiscale herkwalificatie plaatsvindt.

Om te voorkomen dat het fictief regulier voordeel in de opvolgende jaren nogmaals in de heffing wordt betrokken, wordt het maximumbedrag verhoogd met ditzelfde bedrag. Echter dan treedt er bij uitkering van 'echt' dividend of bij vervreemding van het aandelenbelang dubbele belastingheffing op, omdat de kwalificatie voor doeleinden anders dan voor Wet excessief lenen niet wordt gevolgd. De wetgever heeft ervoor gekozen geen algemene anticumulatie regeling te introduceren. Hierdoor treedt dubbele belastingheffing op voor de aanmerkelijkbelanghouders die hun schuld na 2022 niet onder de doelmatigheidsdrempel brengen. Slechts voor het jaar van inwerkingtreding is een anticumulatieregeling opgenomen in de vorm van een vervreemdingskorting. Verder ontbreekt aan een tegenbewijsregeling om zakelijke schulden buiten beschouwing te kunnen laten.

Blijkens de memorie van toelichting geldt het voorstel enkel in box 2 en werkt het voorstel niet door naar box 1 en box 3 van de inkomstenbelasting, dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Voor die belastingen blijft de civielrechtelijke vorm van de schuld leidend voor de fiscale behandeling. Er wordt een wig gedreven tussen de fiscaalrechtelijke en civielrechtelijke behandeling, maar ook binnen de fiscaliteit ontstaan er verschillende behandelingen. Deze factoren tezamen genomen kan geconcludeerd worden dat het conceptwetsvoorstel een prohibitief karakter heeft. Dubbele belastingheffing voorkomen blijkt niet een van de prioriteiten te zijn. Tevens lijkt er weinig aandacht te zijn geschonken aan de internationale aspecten. Het is onzeker hoe tegen het fictief regulier voordeel wordt aangekeken onder de gesloten belastingverdragen en of Nederland de heffing zal kunnen effectueren.

4.3 Toetsing van het wetsvoorstel

4.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de observaties ten aanzien van het wetsvoorstel gehouden tegen het licht van de vereisten die worden gesteld aan het maken van goede wetgeving. Bij de aankondiging van de maatregel werd er gesproken over een preventieve werking, maar gezien de uitwerking kan men eerder spreken van een prohibitieve werking. De uitwerking van de maatregel leidt bijvoorbeeld tot dubbele belastingheffing, bevat materieel terugwerkende kracht en benadert een transparante werking van de vennootschap waardoor er voorbij gegaan wordt aan de rechtspersoonlijkheid die een vennootschap in beginsel kent.

In deze paragraaf wordt ingegaan op het tweede deel van de deelvraag en tevens eerste deel van de onderzoeksvraag. Deze luidt als volgt: *Wordt belastinguitstel en –afstel op adequate wijze voorkomen door de invoer van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap?* Om hier een antwoord op te formuleren wordt onderzocht in hoeverre de maatregel op een toereikende manier is vormgegeven vanuit een beleidsmatig perspectief. Dit wordt beoordeeld door de conceptwetgeving te toetsen aan de volgende criteria:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid;

- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid; en
- Internationaalrechtelijke verenigbaarheid.

Deze eerste drie criteria zijn ontleend aan de Nota Zicht op Wetgeving en worden beschouwd als fundamentele kwaliteitseisen van behoorlijke wetgeving.²⁴⁵ Verder is vereist dat de nationale wet niet in strijd is met enige andere regel van internationaal belastingrecht. Relevant in dit kader zijn de door Nederland gesloten belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting en het EU-recht. De goede verdragstrouw jegens de verdragspartners mag niet worden geschonden op grond van art. 26 van het Verdrag van Wenen.

Aan de hand van het toetsingskader zal in dit hoofdstuk antwoord worden gegeven op het eerste deel van de probleemstelling. Alvorens de concept-maatregel wordt getoetst wordt elk van de vier genoemde toetsingscriteria nader toegelicht. De toetsing zal per criteria plaatsvinden en waar nodig zal de overlap tussen de criteria geadresseerd worden.

4.3.2 Doeltreffendheid

Op grond van het vereiste van doeltreffendheid of effectiviteit moet regelgeving op zijn minst in belangrijke mate leiden tot verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. In het kader van de doeltreffendheid staat het belang van de overheid centraal. Essentieel is dat de aan de regeling ten grondslag liggende doelstellingen helder en volledig worden geformuleerd. Dit moet inzichtelijk worden gemaakt bij de toelichting op de regelgeving.²⁴⁶

Het doel van de maatregel kan niet kwantitatief geformuleerd worden doordat dit niet gerelateerd is aan een specifieke opbrengst. Er is geen significante en structurele meeropbrengst beoogd mede omdat er vooral een verschuiving in de tijd plaatsvindt.²⁴⁷ Derhalve wordt gefocust op de kwalitatieve doelen van het wetsvoorstel. Uit de memorie van toelichting vloeien twee doelen voort. Ten eerste streeft het Kabinet naar het tegengaan van belastinguitstel en –afstel.²⁴⁸ In de tweede plaats beoogt het Kabinet een lastenvermindering te verwezenlijken voor de Belastingdienst met betrekking tot de discussies over schuldverhoudingen bij de eigen vennootschap.²⁴⁹ Beide doelen zouden bereikt moeten worden door excessief lenen te ontmoedigen.

Tegengaan van belastinguitstel en –afstel

Het voornaamste doel dat het Kabinet nastreeft met de maatregel is het tegengaan van langdurig uitstellen en afstellen van belastingheffing.²⁵⁰ Het betreft het uitstel en afstel dat wordt bereikt doordat directeur-groootaandeelhouders en andere aanmerkelijkbelanghouders een lening aangaan bij de eigen vennootschap. Dit risico wordtesignaleerd doordat de directeur-groootaandeelhouder nauwe verbondenheid heeft met zijn eigen vennootschap. Hierdoor is hij in de positie, rekening houdend met de gebruikelijkloonregeling, om zich gelden te doen toekomen door middel van een winstuitkering of een lening bij de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Bij de keuze voor een lening bevindt de directeur-groootaandeelhouder zich in de positie van een schuldenaar. Belastinguitstel vindt plaats doordat een schuldverhouding niet wordt gekwalificeerd als regulier

²⁴⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

²⁴⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

²⁴⁷ P.A. Broeksma, 'Rood staan bij je eigen bank: mag de dga excessief lenen bij eigen vennootschap?', *WFR* 2019/210, p. 1277, par. 4.

²⁴⁸ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2, par. 1.

²⁴⁹ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6, par. 5.1.

²⁵⁰ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2, par. 1.

voordeel, terwijl een dividenduitkering wel binnen de grondslag van het ab-regime valt en direct wordt belast tegen 26,25% in box 2. Het uitstellen van belasting kan in zoverre worden toegerekend aan de systematiek van het ab-regime.

Bobeldijk en Stevens stellen in dat kader dat het wetsvoorstel een contraproductief karakter heeft. In feite is er sprake van een probleem in de uitvoeringssfeer van box 2, waarbij getracht wordt dit op te lossen door middel van nieuwe wetgeving.²⁵¹ Deze wetmatigheid wordt nu via de achteringang gerepareerd. Het Nederlandse belastingstelsel is erop gericht zo min mogelijk een belemmerende factor te zijn om te kunnen ondernemen in Nederland. Het Kabinet stelt dat het langdurig uitstellen van belastingheffing door directeur-groootaandeelhouders en andere aanmerkelijkbelanghouders hier een onbedoeld effect van is.²⁵² Stevens wijst uit dat dit onbedoelde effect voortvloeit uit keuzes die zijn gemaakt door het ab-regime onder te brengen in een aparte box. Hierdoor is er ten opzichte van box 3 een concreet onderscheid gemaakt tussen het belasten van werkelijk inkomen in box 2 en forfaitair inkomen in box 3.²⁵³ Doordat in box 2 pas inkomen wordt geconstateerd bij feitelijke uitkering van dividend of bij vervreemding kan de belastingplichtige zijn vermogen dusdanig structureren dat dit leidt tot een fiscaal optimaal resultaat. De ongelijke behandeling tussen de IB-ondernemer en de directeur-groootaandeelhouder in de timing van de belastingheffing vloeit voort uit de werking van het ab-regime als tussenregeling.

Op basis van de initiële aankondiging werd verwacht dat de maatregel zich zou richten op de directeur-groootaandeelhouder doordat hij een zodanige nauwe verbondenheid heeft met de vennootschap dat hij daar persoonlijk invloed op kan uitoefenen. Voor de toepassing van de maatregel wordt echter aangesloten bij een veel bredere groep, namelijk de aandeelhouder met een belang van ten minste 5%. Doordat deze groep niet zonder meer kan bepalen hoe de gelden van de vennootschap worden aangewend, schiet de maatregel in de ogen van NOB zijn doel voorbij.²⁵⁴ In mijn optiek is het echter ook denkbaar dat er leningen zijn verstrekt aan aandeelhouders zonder controlerende zeggenschap.²⁵⁵ Derhalve ben ik van mening dat aansluiting bij het thans geldende ab-regime niet onterecht is. Daarnaast is het 5% criterium minder eenvoudig te omzeilen dan een criterium dat is gekoppeld aan een controlerend belang. Door de groep van aandeelhouders breed in te steken is het mogelijk dat er op grotere schaal vanaf 2022 een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen.

Grote vraagtekens worden gezet bij de hoogte van de drempel van EUR 500.000 – de grens vanaf waar schulden als excessief worden gekwalificeerd. In de memorie van toelichting is data uit de aangifte vennootschapsbelasting gepresenteerd om het aantal aanmerkelijkbelanghuishouders in kaart te brengen en de totale omvang van de leningen bij de eigen vennootschap te kwantificeren.²⁵⁶ De data bevat echter geen enkele informatie over de dekking, looptijd of vergoeding op de lening. Hierdoor is

²⁵¹ P. A. Boersma, 'Rood staan bij je eigen bank: mag de dga excessief lenen bij de eigen vennootschap?', *WFR* 2019/210, p. 1277.

²⁵² Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2, par. 1.

²⁵³ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 413, par. 2.2.

²⁵⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 5, par. 3.

²⁵⁵ Zoals omschreven in par. 4.2.2. acht ik die situatie denkbaar in familiale sferen.

²⁵⁶ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 5.

het onmogelijk om te kwantificeren welk van de leningen op basis van huidige jurisprudentie excessief zijn.

Voorts brengt het aanhouden van een absolute grens van EUR 500.000 arbitragemogelijkheden met zich mee. Belastingplichtigen kunnen geprikkeld worden om de schuldverhouding tot net onder de EUR 500.000 te brengen. Heithuis spreekt in zijn opiniestuk zelfs over een perverse prikkel. Hij acht de kans dat de inspecteur omkijkt naar schuldverhoudingen onder de doelmatigheidsgrens niet aanwezig. Hoewel hij beseft dat de bestaande jurisprudentie onverminderd van toepassing blijft, zal de inspecteur “wel wat beters te doen hebben”.²⁵⁷ In de toelichting op het wetsvoorstel is gesteld dat de drempel niet geldt als *safe haven* en dat de jurisprudentie omtrent de verkapte winstuitdeling en onzakelijke lening blijft gelden voor de schuldverhouding tot EUR 500.000.²⁵⁸ Indien aangenomen kan worden dat de controlemogelijkheden voor de Belastingdienst beperkt zijn en met inachtneming van doel 2 (lastenvermindering voor de Belastingdienst), sluit ik mij aan bij Heithuis en acht ik het risico op controle van schulden tot EUR 500.000 gering. Dit komt de werking van het conceptvoorstel niet ten goede.

Daarnaast zal de doelmatigheidsdrempel ertoe leiden dat naar schatting 11.000 aanmerkelijkbelanghouders in de heffing worden betrokken. Waarom uiteindelijk gekozen is voor de drempel van EUR 500.000, is zowel in de memorie van toelichting als in de documenten van het Wob-verzoek niet nader gemotiveerd. Naar mijn mening kan bij een drempel van EUR 500.000 niet gesproken worden van een doeltreffende maatregel. Een dergelijke drempel vormt pas een indicator voor risico²⁵⁹ op belastinguitstel en -afstel als het in verband gebracht wordt met de vermogenspositie van de aanmerkelijkbelanghouder. Een kwantitatieve drempel *an sich* geeft geen realistisch inzicht in de gelopen risico's.

De NOB spreekt over een disproportionele oplossing doordat er een *one-size-fits-all* benadering wordt toegepast die slechts betrekking heeft op een klein percentage van de totale aanmerkelijkbelanghouders. Niet alleen consumptieve schulden, maar ook zakelijke leningen worden getroffen. De maatregel schiet volgens de NOB zijn doel voorbij door alle civielrechtelijke schulden onder de reikwijdte te brengen. Een corresponderende tegenbewijsmogelijkheid om zakelijke schulden uit te sluiten van de maatregel zou passend zijn. Wel signaleren zij het spanningsveld met de positie van de Belastingdienst. Het betwisten van de zakelijkheid van de lening kan potentieel lastig zijn, maar dit wordt niet gezien als rechtvaardiging.²⁶⁰ In mijn optiek zou een combinatie van de bestaande jurisprudentie met een verantwoordingsplicht van de zakelijkheid van de lening, leiden tot een doeltreffendere maatregel. Juist de combinatie van de regeling bewerkstelligt dat het eenvoudiger wordt om oneigenlijk gebruik te voorkomen. Voor zover het Kabinet beoogt belastinguitstel, dat wordt veroorzaakt door de systematiek van box 2, te bestrijden is het doelmatiger om de kern van het probleem aan te pakken. Hierbij moet gedacht worden aan de introductie van een

²⁵⁷ E.J.W. Heithuis, 'Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen BV', *NtFR* 2019/1020.

²⁵⁸ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 15.

²⁵⁹ Het risico dat wordt gelopen op het kunnen innen van de toekomstige belastingclaim op inkomen uit aanmerkelijk belang.

²⁶⁰ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 2-3, par. 1.

forfaitaire heffing of een ondernemingsbelasting die meer aansluit bij de benadering van de IB-ondernemer.²⁶¹

Naast introductie van Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap, zal het tarief waartegen inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast stapsgewijs worden verhoogd. Per 2020 is het geldende tarief 26,25% en dit tarief zal per 2021 verder verhoogd worden naar 26,9%. Door de samenloop van de twee wetswijzigingen wordt verwacht dat de aanmerkelijkbelanghouders hun schuld zullen aflossen in de jaren in aanloop naar de inwerkingtreding van de maatregel tegen excessief lenen bij de eigen vennootschap. Daarom is er een eenmalige verhoogde opbrengst begroot.²⁶² Naast deze gedragseffecten wordt verwacht dat het fictief regulier voordeel aanmerkelijkbelanghouders ervan zal weerhouden om excessieve leningen aan te gaan. Er wordt niet gekwantificeerd in hoeverre het aflossen van de schuld bij de eigen vennootschap wordt veroorzaakt door de verhoging van het ab-tarief en in hoeverre de maatregel hier een rol in speelt. De doeltreffendheid van de maatregel kan worden betwist op basis van het gestelde drempelbedrag, maar zal aanmerkelijkbelanghouders in ieder geval ontmoedigen een schuld aan te gaan bij de eigen vennootschap. De doelstelling van het kabinet is het tegengaan van belastinguitstel en –afstel. Doordat, ongeacht de achtergrond van de lening, een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen, wordt de belastingheffing naar voren gehaald. In bepaalde gevallen zou het risico op belastingafstel daarmee kunnen worden verkleind. Het wetsvoorstel resulteert hoofdzakelijk in een verschuiving van de belastingopbrengst. Er is slechts meeropbrengst voor zover zonder invoering van de maatregel belastingafstel zou optreden. Dit effect is echter eveneens niet gekwantificeerd.²⁶³

Schulden en vorderingen van de aanmerkelijkbelanghouder worden niet gesaldeerd. Dit is een doeltreffende benadering om lenen bij de eigen vennootschap tegen te gaan en belastingheffing naar voren te halen. Door schulden niet te salderen blijft er een grotere grondslag over om een fictief regulier voordeel te constateren.

Lastenverlichting voor de Belastingdienst

In de praktijk blijken de belastingplichtigen en Belastingdienst meermaals in discussie te treden over schulden bij de eigen vennootschap.²⁶⁴ Zoals toegelicht in paragraaf 3.3.3, rust de bewijslast om aannemelijk te maken dat een lening (ten dele) een verkapte winstuitdeling vormt op de inspecteur. Er is aangestipt dat de Belastingdienst schulden aan de eigen vennootschap kan bestrijden indien de schuld onzakelijk is, maar dat het aanpakken van de rekening-courantproblematiek voor de Belastingdienst complex en arbeidsintensief is.²⁶⁵ Na implementatie van het conceptwetsvoorstel zal deze discussie voor leningen die meer dan EUR 500.000 bedragen tenietgedaan worden. De bewijslast van de inspecteur wordt vergemakkelijkt en de uitvoeringskosten van de Belastingdienst worden verlaagd. Hierdoor wordt de doeltreffendheid van de maatregel verhoogd. Schulden die totaal gezien minder dan EUR 500.000 bedragen worden niet automatisch als ‘niet bovenmatig’ bestempeld. De bestaande jurisprudentie inzake de verkapte winstuitdeling en onzakelijke lening blijft onverminderd van kracht op de schuldverhoudingen.²⁶⁶ Hierdoor kunnen de bestaande discussies zich alsnog

²⁶¹ Beleidsalternatieven worden nader besproken in hoofdstuk 5.

²⁶² Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12, par. 9.

²⁶³ S.A. Stevens, ‘Belastinguitstel en –afstel in box 2: een evaluatie van risico’s en mogelijke beleidsalternatieven’, *WFR* 2019/71, p. 415, par. 3.1.

²⁶⁴ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap van 14 december 2019.

²⁶⁵ Besluit op Wob verzoek lening tussen BV en DGA, *Verslag gesprek VNO-NCW (12 maart 2018)*, p.2.

²⁶⁶ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 15, toelichting art 4.14a Wet IB.

voordoen. Met het oog op de huidige capaciteit bij de Belastingdienst is het de vraag hoeveel aandacht zal worden besteed aan de schulden die onder de drempel van EUR 500.000 liggen. Ook Heithuis stelt dit aan de orde in zijn opiniestuk.²⁶⁷

Daarnaast brengt de invoer van de maatregel allerlei administratieve lasten met zich mee voor de Belastingdienst. Tal van cijfermatige beoordelingen moeten jaarlijks consequent plaatsvinden. Enkele voorbeelden zijn: schuldposities en drempelbedragen die moeten worden gemonitord, consequenties voor al dan niet vaststaande belastingaanslagen en doorwerking van het handelen van een verbonden persoon en de toerekening aan de aanmerkelijkbelanghouder. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen bestaande schulden en schulden die ontstaan op of na 1 januari 2022. De maatregel heeft door het ontbreken van een eerbiedige maatregel voor bestaande situaties materieel terugwerkende kracht. In zoverre voorkomt het additionele administratieve lasten.

Zoals naar voren komt in paragraaf 4.2.3 is in het voorgestelde artikel 4.13, onderdeel f, Wet IB 2001 gekozen voor *rechtens dan wel in feite direct of indirect* hetgeen lijkt te insinueren dat er met realiteitszin naar moet worden gekeken. Feitelijk is namelijk geen sprake van een bovenmatige schuld omdat de vordering de schuld te niet doet. De eerder genoemde zinsnede voorkomt daarnaast ook misbruiksituaties. Er wordt voorkomen dat de aanmerkelijkbelanghouder zich de gelden door tussenkomst van een ander doet toekomen. Door opgezette constructies wordt heen gekeken. Dit vereist echter wel een extra inspanning van de Belastingdienst.

Afweging van de doeltreffendheid

De vraag of het wetsvoorstel voldoet aan de twee gestelde doelen kan niet met overtuiging worden beantwoord. Het eerste doel is op te knippen in het voorkomen van belastinguitstel en het voorkomen van belastingafstel. Het invoeren van de drempel voor excessief lenen dwingt de belastingplichtige af te rekenen over het fictieve voordeel. Hoewel de fictie indruist tegen de huidige systematiek van box 2 van de inkomstenbelasting²⁶⁸, wordt bewerkstelligd dat er in bepaalde gevallen belastingheffing geëffectueerd wordt. Daar waar de heffing anders pas in een later stadium²⁶⁹ plaatsvindt, bereikt de maatregel zijn doel.

Ten aanzien van belastingafstel is het antwoord minder overtuigend. Belastingafstel kan zich nog altijd voordoen tot het drempelbedrag. Zoals blijkt uit hoofdstuk 3 beschikt de Belastingdienst over verschillende methoden om belastingafstel aan het licht te stellen, maar ondervindt de Belastingdienst moeite om aan de bewijslast te voldoen. De problematiek van het stellen en bewijzen van een verkapte winstuitdeling blijft bestaan voor leningen onder de drempel. Boven het drempelbedrag zal het doel worden bereikt, maar dit betreft slechts een kleine groep van aanmerkelijkbelanghouders. Doordat de drempel voor 'excessief' lenen op EUR 500.000 is gesteld, wordt naar schatting slechts 3% van de aanmerkelijkbelanghouders geraakt. Een tegenbewijsregeling met een verantwoordingsplicht voor de aanmerkelijkbelanghouder van de zakelijkheid van de lening leidt in mijn optiek tot een doeltreffendere maatregel. Dit zou echter wel op gespannen voet staan met het doel om de lasten voor de Belastingdienst te verlagen. Mijns inziens moet er een balans gevonden worden tussen de twee doelen.

²⁶⁷ E.J.W. Heithuis, 'Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen BV', *NtFR* 2019/1020.

²⁶⁸ De systematiek van box 2 bewerkstelligd juist dat een lening aangegaan kan worden bij de eigen vennootschap zonder dat daar een regulier voordeel geconstateerd wordt.

²⁶⁹ Na het aflossen van de lening bij de eigen vennootschap of bij vervreemding van het aanmerkelijk belang.

Het tweede doel van de maatregel is verlichting van de werklast voor de Belastingdienst. Voor 'excessieve' schulden wordt dit doel bereikt. Immers rust er geen bewijslast meer op de Belastingdienst doordat er direct sprake is van een fictief regulier voordeel. De bewijslast geldt echter nog wel voor schulden onder de drempel. Jurisprudentie blijft onverminderd van toepassing en de Belastingdienst zal actief moeten blijven controleren om belastingafstel onder de drempel tegen te gaan.

4.3.3 Doelmatigheid

Hoewel het van belang is dat het met de wetgeving beoogde doel wordt bereikt, moet worden voorkomen dat dit op een inefficiënte wijze gebeurt. Regelgeving kan doelmatig worden geacht wanneer de kosten voor de overheid of belastingplichtige zich niet te ongunstig verhoudt ten opzichte van de baten. Identiek aan doeltreffendheid, dient bij de regeling te worden vermeld in welke mate de doelmatigheid is verzekerd.²⁷⁰ De doelmatigheid van de maatregel wordt aan de hand van een kwalitatieve toetsing geanalyseerd. Dit wordt gedaan omdat er, naast de geschatte budgettaire effecten, geen kwantitatieve gegevens beschikbaar zijn ter vaststelling van de maatschappelijke kosten van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

In de memorie van toelichting is aangegeven dat wordt verwacht dat de invoering van de maatregel structureel EUR 35 miljoen per jaar zal opleveren. Deze opbrengst is een schatting van de som van het anticipatie-effect en het voorkomen van belastingafstel op basis van de betalingscapaciteit.²⁷¹ Blijkens het Wob-verzoek Excessief lenen wordt dit berekend per belastingplichtige met een lening boven de EUR 500.000. Aangenomen wordt dat slechts 10% van de box 3 bezittingen niet vrij inzetbaar zijn, dat 50% van de eigenwoningschuld extern gefinancierd is en dat door de ab-claim slechts 75% (73,75% in 2020) van het eigen vermogen kan worden aangewend voor de aflossing van de schuld.²⁷²

Elke vorm van civielrechtelijke schulden valt onder deze maatregel. Voor de belastingplichtige bestaat er daardoor geen prikkel om schuldverhoudingen op een bepaalde manier in te richten. Uit het Wob-verzoek inzake Excessief lenen blijkt dat de wetgever expliciet heeft willen voorkomen dat er een nieuw financieel schuldeninstrument wordt bedacht dat niet onder de regeling valt.²⁷³ Los van de betekenis van verplichtingen (ze hiervoor paragraaf 4.3.4 inzake de eenvoud), brengt het berekenen van de som aan schulden geen buitensporige lasten met zich mee. Ik ben van mening dat verduidelijking van de betekenis van verplichtingen de maatregel doelmatiger maakt.

Voorts bestaat er onder het huidige voorstel geen mogelijkheid om gebruik te maken van een tegenbewijsregeling. Dat houdt in dat ongeacht de aanwending van de geleende gelden, een fictief voordeel in aanmerking wordt genomen voor zover de lening boven de drempel van EUR 500.000 uitstijgt. Een reden om een tegenbewijsregeling uit te sluiten is bijvoorbeeld ter vereenvoudiging van de maatregel. Zoals besproken in paragraaf 4.3.2. is het verlagen van de werklast van de Belastingdienst één van de doelen. Onder het conceptwetsvoorstel hoeft de Belastingdienst bij de controle van de aangifte slechts de schulden per einde kalenderjaar samen te nemen en een

²⁷⁰ Kamerstukken II 1990/91, nrs. 1-2, p. 25.

²⁷¹ Concept-MvT, Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12.

²⁷² Besluit op Wob verzoek Excessief lenen, *Ramingsmemo variant box 2 (31 augustus 2018)*, p. 2-3. De vergelijking is als volgt: $90\% \text{ van de box 3 bezittingen} + (\text{waarde eigen woning} - (\text{schuld eigen woning} * 50\%)) + 0,75 * \text{EV onderneming} - \text{schuld aan BV} = \text{betalingscapaciteit}$.

²⁷³ Besluit op Wob verzoek Excessief lenen, *Beslispunten fictief regulier voordeel schuldverhoudingen ab-houder (5 juli 2018)*, p. 4.

kruisreferentie te maken met de schulden bij de vennootschap. De inspecteur hoeft niet langer te onderzoeken of de lening onder zakelijke voorwaarden is aangegaan of een verkapte uitdeling vormt. Juist door de tegenbewijsregeling geen onderdeel uit te laten maken van de maatregel, wordt de Belastingdienst geborgd voor te hoge werklast waardoor er handhavingsproblemen optreden. De bewijspositie van de inspecteur wordt vereenvoudigd waardoor de uitvoeringslasten voor de Belastingdienst afnemen. Als het criterium van doelmatigheid wordt losgelaten op de conceptwetgeving, kan geconcludeerd worden dat dit op dit gebied wordt gecreëerd.

Men moet zich echter wel kritisch afvragen of deze problemen zich ook werkelijk voordoen. Er bestaat namelijk tal van fiscale regelgeving waarbij wel mogelijkheid bestaat het tegendeel te bewijzen.²⁷⁴ Een tegenbewijsregeling verhoogt de werklast voor de Belastingdienst, maar bewerkstelligt dat de lasten die voortvloeien uit het herfinancieren of aflossen van de lening verminderen voor de aanmerkelijkbelanghouder.²⁷⁵ In dit kader merkt de NOB op dat de belangen van de belastingplichtige niet zonder meer ondergeschikt zijn aan de belangen van de Belastingdienst.²⁷⁶ In relatie tot de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap gaat het om het leveren van tegenbewijs voor beleggingen en investeringen die door de directeur-grootaandeelhouder in privé zijn aangegaan. Evenals bij het hypotheekrecht bij de eigenwoningschuld, kan gedacht worden aan bankgaranties, verpanding of hypotheekrechten. Hiermee wordt zekerheid aan de vennootschap verschaft zodat het eigendom niet nogmaals ingezet kan worden bij een derde om krediet te krijgen dat wordt gebruikt voor consumptieve doeleinden. Door de bewijslast te verplaatsen naar de directeur-grootaandeelhouder zou hij bij het doen van de aangifte inkomstenbelasting bewijsmateriaal moeten aanleveren om aan te tonen dat de lening van de eigen vennootschap op zakelijke gronden is aangegaan en geen uitdeling vormt.

Een tegenbewijsregeling verbetert de doelmatigheid voor de aanmerkelijkbelanghouder, maar doet in mijn optiek geen afbreuk aan de totale doelmatigheid van de regeling. Normaliter worden onderlinge overeenkomsten of hypotheekrecht bij aangaan van de lening gedocumenteerd. In zoverre lijkt het aandragen van bewijzen geen buitensporige lasten met zich mee te brengen voor de aanmerkelijkbelanghouder. De lasten voor de Belastingdienst zullen oplopen doordat de overeenkomsten inhoudelijk dienen te worden bekeken. De stukken zijn echter direct voorhanden wat de uitvoeringspraktijk ook voor de Belastingdienst verbetert ten opzichte van de huidige situatie. Per saldo wordt door de extra inspanning een belastingnadeel voorkomen. De maatregel zal hierdoor echter ook acuut minder geld opleveren voor de staatskas. Indien wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling, zal de schuld niet langer meetellen voor de som aan schulden. Naar verwachting zal een kleinere groep van aandeelhouders de grens van EUR 500.000 overschrijden, waardoor de opbrengst lager uitvalt dan begroot. Daarnaast druist een tegenbewijsregeling in tegen de wens van het Kabinet de aanmerkelijkbelanghouder te forceren de winstreserves van de vennootschap uit te keren.

Voor zover er een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen, wordt het toegestane bedrag aan schulden verhoogd. De voorbeelden in de memorie van toelichting zijn zeer

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld art. 3.55 wet IB 2001 en art. 14, 14a en 14b wet Vpb 1969. Bij deze faciliteiten bestaat een tegenbewijsregeling waarbij de belastingplichtige in staat wordt gesteld aan te tonen dat de rechtshandeling niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

²⁷⁵ De doeltreffendheid zoals besproken in par. 4.3.2. wordt hiermee eveneens vergroot.

²⁷⁶ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 6, par. 4.

vereenvoudigd weergegeven. In de praktijk zal het arbeidsintensief zijn om voor de aanmerkelijkbelanghouder, partner en verbonden personen bij te houden hoe de schulden zich ontwikkelen. De NOB stipt aan dat het feit dat iedere belastingplichtige een ander maximumbedrag heeft dat jaarlijks kan wijzigen en individueel vastgelegd moet worden. In zoverre draagt het ook niet bij aan het doel de lasten voor de Belastingdienst te verlagen. Daarnaast kan de uitvoering ook foutgevoelig zijn doordat het maximumbedrag niet te herleiden is uit de jaarrekening of aangifte vennootschapsbelasting.²⁷⁷ De werklast van de Belastingdienst wordt verhoogd doordat de controles op een minder vereenvoudigde manier kunnen worden uitgevoerd.

Voorts kunnen zich situaties van dubbele belastingheffing voordoen onder het huidige wetsvoorstel. Zoals toegelicht in paragraaf 4.2.4 doet dat zich voor door het ontbreken van een algemene anticumulatieregeling. Of dubbele belastingheffing zich ook daadwerkelijk voor gaat doen, is nog maar de vraag. Gezien de uitwerking van de maatregel bestaat er een sterke prikkel voor de directeur-grootaandeelhouder om door middel van een dividenduitkering de omvang van de schuld terug te brengen naar een acceptabel niveau. De lasten die drukken op de aanmerkelijkbelanghouders die dit niet doen of hier niet toe in staat zijn, dragen echter niet bij aan de doelmatigheid van de regel. In dit kader stelt Heithuis dat meervoudige belastingheffing die optreedt bij bedrijfsoverdracht van vader op kind kan worden voorkomen door “een beetje slimme advisering”. In zijn optiek is dat geen rechtvaardiging voor de huidige vormgeving van de wetgeving en worden de fiscaal argelozen geraakt.²⁷⁸

Gelet op het voorgaande kan gesteld worden dat het nadelig is voor de directeur-grootaandeelhouder dat zakelijke schuldverhoudingen onder de maatregel worden gebracht. Doordat het conceptwetsvoorstel geen tegenbewijsregeling kent, heeft bovendien geen zin een juridische procedure te starten ten aanzien van de zakelijkheid van de lening. Bij fictie wordt geacht inkomen uit aanmerkelijk belang te zijn genoten. Juist hierdoor worden de langdurige en arbeidsintensieve discussies voorkomen en wordt er vanuit het perspectief van de fiscus voldaan aan het vereiste van doelmatigheid. Er zijn echter wel alternatieven denkbaar, het aandrazen van bewijs van zekerheid door middel van een hypotheekrecht wordt immers ook toegestaan voor eigenwoningschulden. Dit zou op het gebied van doelmatigheid een middenweg kunnen vormen tussen de belangen van de Belastingdienst en de aanmerkelijkbelanghouders. Minder doelmatig is het jaarlijks vaststellen van de drempel. Dit vereist persoonlijk maatwerk en is onderhevig aan fouten doordat het niet eenvoudig is af te leiden uit de jaarrekening of aangiftes. Daarnaast kan er dubbele belastingheffing optreden waarvoor op de lange termijn niet voorzien wordt. Dit is een van de grootste bezwaren van de wetgeving en zorgt voor ondoelmatigheid van de regeling. Dit behoeft naar mijn mening wel enige nuance indien het gros van de aanmerkelijkbelanghouders overgaat tot aflossing van zijn schuld bij de eigen vennootschap. Onder die aanname wordt slechts een beperkte groep aanmerkelijkbelanghouders door de dubbele belastingheffing geraakt en doet de dubbele belastingheffing in minder grote mate afbreuk aan de doelmatigheid van de maatregel.

²⁷⁷ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 13, par 5.2 (Art. 4.14b Wet IB 2001; Eerste lid).

²⁷⁸ E.J.W. Heithuis, ‘Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen BV’, *NtFR* 2019/1020.

4.3.4 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (rechtszekerheid)

In de Nota Zicht op Wetgeving is gesteld dat de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid belangrijke kwaliteitseisen zijn van behoorlijke wetgeving.²⁷⁹ Voor rechtszekerheid is het belangrijk dat het de belastingplichtige, Belastingdienst en belastingrechter helder voor ogen staat wat de wetgever wil en bedoelt en wat deze partijen mogen of moeten doen of nalaten. Voorts zou kunnen worden beargumenteerd dat het ontbreken van een algemene anticumulatieregeling kunnen leiden tot rechtsonzekerheid voor zover deze tot gevolg hebben dat een risico bestaat op dubbele belastingheffing. Evenwel is dit reeds behandeld en meegewogen bij het criterium doelmatigheid, zodat op dit punt kan worden volstaan met een verwijzing naar paragraaf 4.3.3.

Eenvoud wordt vaak in verband gebracht met ruwere wetgeving waarbij sprake is van weinig tot geen maatwerk voor specifieke doelgroepen. Hoewel andere criteria vaak de prijs betalen voor de eenvoud van een regeling, wordt rechtszekerheid gezien als een valide rechtvaardigingsgrond. Een voorbeeld van een rechtvaardiging van eenvoud is het gebruik van forfaits in de belastingsfeer. Indien de verhouding tussen de baten en de lasten niet te ongunstig uitpakt, dus de werkelijkheid benadert, wordt een forfait toegestaan. Op dat moment treedt geen discriminatie op en prevaleert de eenvoud.²⁸⁰

In paragraaf 4.3.3. is geconcludeerd dat de brede benadering van de term schulden doelmatig uitwerkt doordat er geen nieuwe definitie wordt gecreëerd. De maatregel leidt echter wel tot complexere fiscale wetgeving met een systematische inbreuk op wetgeving en jurisprudentie en het toename van het aantal ficties. Dit wordt versterkt doordat beoogd is dat de ficties alleen gelden in box 2 en niet doorwerken naar box 1 en box 3 van de inkomstenbelasting, dividendbelasting en vennootschapsbelasting. Ondanks het feit dat de civielrechtelijke kwalificatie in beginsel leidend is, zal hier met de introductie van het fictief regulier voordeel verder vanaf worden geweken. Onder het wetsvoorstel kan een schuldpositie uiteenvallen in drie verschillende delen, te weten een bovenmatig deel, een kwalificerende lening en een lening ter zake waarvan een verkapte uitdeling wordt geconstateerd.²⁸¹ Voorts is de NOB van mening dat het terrein van financiële transacties van en naar de eigen vennootschap al complex was vanwege de onzakelijkeleningjurisprudentie, maar verder in complexiteit toeneemt met de introductie van de maatregel.²⁸² Er worden meerdere en zelfstandige begrippen gecreëerd waardoor de complexiteit van de belastingwetgeving wordt verhoogd en zowel het sociaal-maatschappelijk draagvlak als de werkelijkheid wordt aangetast.²⁸³

Naast schulden die op of na 1 januari 2022 zijn aangegaan, worden ook bestaande schulden getroffen door de regeling. Alle schulden boven de EUR 500.000, die geen betrekking hebben op de eigen woning, worden in aanmerking genomen als fictief regulier voordeel, ongeacht het moment waarop de leningen zijn aangegaan. Hoewel de eenvoud en het ontbreken van een overgangsregeling voor duidelijkheid zorgt, wordt de rechtszekerheid van de belastingplichtige geschonden door de terugwerkende kracht van de maatregel. De aanmerkelijkbelanghouders die reële leningen zijn aangegaan welke op basis van de thans geldende wetgeving en jurisprudentie niet als een verkapte

²⁷⁹ Verhogen van de verkrijgingsprijs is in lijn met het huidige art 4.27 Wet IB 2001

²⁸⁰ HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 (Arbeidskostenforfait).

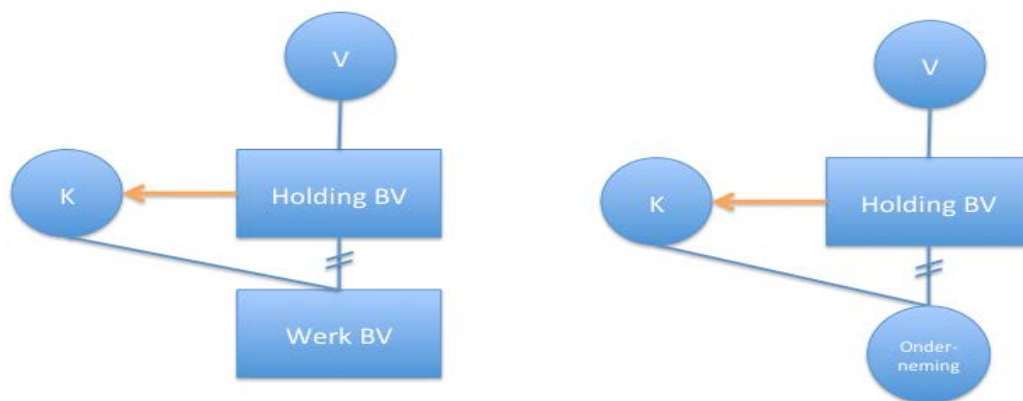
²⁸¹ Zie paragraaf 4.2.6.

²⁸² <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 9, par. 5.2.

²⁸³ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 2, par. 1.

uitdeling kunnen worden aangemerkt, zullen per 2022 alsnog tegen de heffing aanlopen. Natuurlijk zijn zij tot de peildatum van 31 december 2022 in de gelegenheid om de geleende bedragen terug te brengen tot EUR 500.000. Echter is dit niet altijd eenvoudig, zoals wanneer gelden zijn geïnvesteerd in vastgoed. Voor de verkoop van vastgoed is de aanmerkelijkbelanghouder afhankelijk van de marktwerking en opbrengst uit verhuur zal op de korte termijn onvoldoende opbrengen om de schuld in te lossen. Zonder additionele werklast te creëren voor de Belastingdienst had het drempelbedrag ook kunnen worden gesteld op het saldo aan schulden op het tijdstip van de aankondiging van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Voor de vaststelling van de som aan schulden ontbreekt in bepaalde mate eenvoud en duidelijkheid. De term schulden is dusdanig breed gedefinieerd dat verplichtingen hieronder vallen. De toepassing kan zich uitstrekken tot goederenrechtelijke verplichtingen om een vermogensbestanddeel te leveren aan de vennootschap en de plicht om aandelen vol te storten, terwijl deze nog niet is opgeëist.²⁸⁴ Er bestaat tevens onduidelijkheid hoe omgegaan dient te worden met de lening die verstrekt wordt aan een verbonden persoon bij wie de schuld tot het ondernemingsvermogen hoort. In de Memorie van Toelichting wordt een voorbeeld geschetst, waarbij het kind van de aanmerkelijkbelanghouder de aandelen in de werkmaatschappij overneemt en de tegenprestatie financiert door middel van een lening van de holding (zie onderstaand schematisch weergegeven). De NOB vraagt zich af of de schuld evenwel meetelt voor de som aan schulden indien het kind niet de aandelen koopt in de werkmaatschappij, maar de passiva en de activa overneemt van de holding. De schuld behoort dan immers tot het verplichte ondernemingsvermogen van het kind in box 1.²⁸⁵ Het lijkt erop dat de NOB de wetgever wil bewegen om een andere toepassing te geven aan de gelden die aangewend worden voor een (IB-)onderneming. De schuld wordt hier immers niet gebruikt voor beleggings- of consumptieve doeleinden. Op niveau van de aanmerkelijkbelanghouder welke een belang houdt in de holding kan nog altijd uitstel van belasting plaatsvinden volgens de systematiek van box 2.



Afbeelding 1 Schematische weergave van overname van de aandelen v.s. overname van activa en passiva

De bestaande en toekomstige eigenwoningsschulden worden onder voorwaarden uitgesloten van het saldo aan schulden. Er wordt expliciet aangesloten bij de bestaande bepalingen van de eigen woning. Dit creëert een uniforme en duidelijke benadering. Op basis van het eigenwoning regime kwalificeert een restschuld, die is ontstaan bij vervreemding van de eigen woning niet langer als

²⁸⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 10, par. 5.2 (art 4.14a Wet IB 2001; Derde lid).

²⁸⁵ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 10, par. 5.2 (art. 4.14.a Wet IB 2001; Tweede lid).

eigenwoningschuld.²⁸⁶ Ergo, de restschuld wordt opgeteld bij het saldo aan schulden. In economisch mindere tijden en/of in combinatie met een hoge hypotheek kan dit leiden tot een acuut belast fictief regulier voordeel.²⁸⁷ De eigenwoningschuld kan evenwel leiden tot dubbele belastingheffing. Indien door het overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelenpakket, eigenwoning en eigenwoningschuld overgaat op zijn erfgenamen is dat geen kwalificerende schuld voor de erfgenaam.

De hoogte van de drempel en de anticumulatiemaatregel zijn niet altijd direct voorhanden.²⁸⁸ Naast verhoging van de werklasten door de jaarlijkse vaststelling van de hoogte van de drempel neemt ook de eenvoud van de maatregel af. Ten behoeve van de waarborging van de duidelijkheid en toegankelijkheid vereist de maatregel toelichting op het gebied van uitvoering. De vraag is wie geacht wordt tijdig te herkennen of en in hoeverre zich een samenloop voordoet tussen de hoogte van de drempel en de schuld welke reeds in aanmerking is genomen als verkapte uitdeling.²⁸⁹ Daarnaast kan erover nagedacht worden of er jaarlijks een voor bezwaar vatbare beschikking uitgereikt moet worden ten aanzien van de hoogte ervan. Dit voorkomt onduidelijkheid voor zowel de Belastingdienst als de belastingplichtige.²⁹⁰ In relatie tot remigranten kan het gebrek aan beschikbaarheid van informatie over de hoogte van de schulden op het moment van het verlaten van Nederland, ook voor problemen zorgen. Voor het verlenen van het drempelbedrag is de hoogte van de som aan schulden essentieel. De rechtszekerheid zou hieromtrent verbeterd kunnen worden door de drempel voor remigranten die bijvoorbeeld langer dan 10 jaar buiten Nederland gewoond hebben, op EUR 500.000 te stellen.²⁹¹

De ruwheid van de wetgeving is ook terug te vinden in de accumulatie van de belastingheffing. In paragraaf 4.2.4. is omschreven dat er dubbele belastingheffing plaatsvindt wanneer er een fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen en opvolgend en na aflossing uit de reserves een dividenduitkering gedaan wordt ofwel het aandelenbelang wordt vervreemd. Enkel het in 2022 in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel wordt bij een later vervreemding geaccumuleerd door middel van een vervreemdingskorting.²⁹² Eveneens kan ervoor gekozen worden om de verkrijgingsprijs te verhogen met de omvang van de het fictief regulier voordeel. Hoewel het voor de eenvoud van de maatregel positief uitwerkt, is er naar mijn mening geen reden om over te gaan tot dubbele belastingheffing. Dit zou voorkomen kunnen worden door een regeling op te nemen die bewerkstelligt dat het fictieve reguliere voordeel de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijkbelang verhoogt.²⁹³ Voor zover dit in de toekomst leidt tot een negatief vervreemdingsvoordeel kan zelfs nog opgenomen worden dat het voordeel niet verder verlaagd kan worden dan tot nihil.

²⁸⁶ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 12, par. 5.2 (art. 4.14.a Wet IB 2001; Vierde lid).

²⁸⁷ Eenzelfde soort casus kan zich voordoen bij een eigenwoningschuld die door verloop van een periode van 30 jaren niet langer voldoet aan de eisen van een eigenwoningschuld.

²⁸⁸ Zie in dat kader ook paragraaf 4.3.3.

²⁸⁹ Als bedoeld in voorgesteld art. 4.14b, lid 4. Hierin wordt bepaald dat een schuld welke reeds als regulier voordeel in aanmerking is genomen (bijv. schijnlening) niet langer in aanmerking wordt genomen voor de som aan schulden voor het fictief regulier voordeel.

²⁹⁰ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 16, par. 5.2 (art. 4.14b Wet IB 2001; Vierde lid).

²⁹¹ De 10-jaarstermijn is gebaseerd op de woonfictie zoals deze ook geldt in de successiewet.

²⁹² Redactie Vakstudie Nieuws, 'Conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie (art 4.13 en 4.14a e.v. Wet IB 2001)', V-N 2019/16.5.

²⁹³ Verhogen van de verkrijgingsprijs is in lijn met het huidige art 4.27 Wet IB 2001 zoals dat gebeurd bij VBI's.

In de reactie op het conceptwetsvoorstel geeft de NOB drie wijzen om de anticumulatieregeling in technische zin vorm te geven:

1. De corresponderende dividenduitkeringen zijn belastingvrij;
2. Aflossingen van de schuld zijn aftrekbaar in box 2 als negatief fictief regulier voordeel;
3. Het fictieve reguliere voordeel verhoogt de verkrijgingsprijs van het aandelenpakket.²⁹⁴

Rechtszekerheid wordt geboden door de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid van een maatregel. Zodra de doelmatigheidsgrens is vastgesteld, bestaat er geen onzekerheid over de kwalificatie als fictief regulier voordeel. Mede door het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid. Voorts draagt ook de aansluiting bij het huidige ab-regime bij aan de duidelijkheid van de maatregel. Er is geen nieuw criterium geïntroduceerd, zoals een aanmerkelijkbelanghouder met een controlerend belang, alsdan zou er discussie kunnen ontstaan over die definitie. Het grootste knelpunt bestaat op gebied van de terugwerkende kracht van schulden die in het verleden zijn aangegaan in de veronderstelling niet aan te lopen tegen een ab-claim. Daarnaast bestaat er onzekerheid over hoe het begrip *verplichting* geïnterpreteerd moet worden onder de huidige maatregel. Evenwel kan men zich afvragen in hoeverre schulden aan verbonden personen meetellen, indien dit verplicht ondernemingsvermogen betreft. Het aansluiten bij het regime van de eigen woning beperkt enerzijds de introductie van nieuwe definities. Anderzijds verhoogt het de complexiteit doordat er onduidelijkheid bestaat over hoe omgegaan wordt met restschulden en de dubbele heffing door sfeerovergang bij overlijden.

4.3.5 Internationale verenigbaarheid

Voorafgaand aan het sluiten van een belastingverdrag wordt onderhandeld over de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Verdragsluitende partijen verbinden zich tot tenuitvoerlegging van het verdrag wat door hen te goeder trouw moet worden uitgevoerd. Indien in strijd met het verdrag wordt gehandeld, doordat er bijvoorbeeld heffingsbevoegdheid naar een van de partijen wordt verschoven door wijziging van de nationale wet, kan het zijn dat de goede trouw jegens de verdragspartner wordt geschonden. Nederland hanteert een monistische benadering ten aanzien van belastingverdragen. Dat betekent dat verdragsbepalingen een directe werking hebben en tot de nationale rechtsorde behoren. Voor zover verdragsbepalingen het toepassingsbereik van de Nederlandse heffingsbevoegdheid begrenzen, heeft de Nederlandse wetgeving geen effect.²⁹⁵ Op basis van het bovenstaande zal Nederland de heffingsbevoegdheid over het fictief regulier voordeel in internationaal verband alleen kunnen effectueren als dit reeds toekomt aan Nederland of expliciet is overeengekomen.

Verenigbaarheid met EU-recht

Vanuit EU-perspectief is het niet toegestaan Europese ingezetenen te beperken in hun verkeersvrijheden. Het EU-recht schrijft voor dat er geen onrechtvaardige belemmeringen mogen worden opgelegd bij onder andere het vrije verkeer van personen en vestiging. In dat kader is het niet toegestaan een fiscale barrière op te werpen bij migratie tenzij deze wordt gerechtvaardigd en proportioneel is. Bij immigratie van een aanmerkelijkbelanghouder wordt het drempelbedrag daarom gesteld op het hoogste van de volgende twee bedragen: de hoogte van de schuld bij de vennootschap

²⁹⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 5, par. 2.

²⁹⁵ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.1.3.A.^{[L]_{SEP}}

ten tijde van de immigratie of EUR 500.000.²⁹⁶ Indien de schuld van de aanmerkelijkbelanghouder de drempel overschrijdt wordt een *step-up* verleend. De vestigingsplaats van de vennootschap zelf is hierbij niet van belang. Uitzondering wordt gemaakt op de situatie waarin de aanmerkelijkbelanghouder eerder is opgehouden in Nederland te wonen dan wel er sprake was van buitenlandse belastingplicht ter zake van de gehouden aandelen. Daarnaast wordt bij emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder aangesloten bij de systematiek van de conserverende aanslag. Het vervreemdingsvoordeel wordt via de conserverende aanslag in de heffing betrokken, maar hier wordt uitstel van betaling voor verleend. De maatregel lijkt door de *step-up* voor immigranten en door aansluiting bij de bestaande systematiek van de conserverende aanslag in overeenstemming te zijn met EU-recht.

Verenigbaarheid met belastingverdragen

Voor buitenlands belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouders in de inkomstenbelasting rijst de vraag of de door Nederland gesloten Belastingverdragen Nederland wel de mogelijkheid biedt haar heffingsrecht over het fictieve reguliere voordeel te effectueren.²⁹⁷ Terugkijkend op de invoer van de gebruikelijk-loonregeling kunnen daar grote vraagtekens bij worden geplaatst. Het eenzijdig toekennen van heffingsbevoegdheid door het introduceren van een fictie wordt niet gevolgd, indien dat in de overeenkomst niet kenbaar is aanvaard.²⁹⁸

Zoals besproken in paragraaf 4.2.5. brengt het fictief regulier voordeel, naast een kwalificatievraagstuk, potentieel een verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg. Nederland constateert als bronstaat bij fictie een dividend waarover Nederland op basis van het dividendartikel mag heffen. Doordat heffing plaatsvindt op basis van een fictie en het vermogen van de vennootschap niet verandert, kunnen de reserves in de toekomst tot uiting komen bij de aanmerkelijkbelanghouder in de vorm van dividend of als vervreemdingsvoordeel. Nederland beschikt als bronstaat over een beperkt heffingsrecht over dividenden, maar is niet bevoegd te heffen over de vervreemdingsvoordelen.²⁹⁹ Die heffingsbevoegdheid komt toe aan de woonstaat van de aanmerkelijkbelanghouder. Aangezien de maatregel nog geen geldend recht is, is het niet aannemelijk dat er verdragsluitende staten zijn die de doorwerking van de maatregel kenbaar hebben aanvaard. Voor bestaande Belastingverdragen voldoet de maatregel niet aan het criteria van internationale verenigbaarheid.

Invordering conserverende aanslag

De regeling van het fictief regulier voordeel wordt doorgetrokken naar de conserverende aanslag voor ab-aandelen.³⁰⁰ Net zoals bij een reguliere dividenduitkering, leidt een fictief regulier voordeel tot gedeeltelijke aflossing van de conserverende aanslag. Hierbij wordt rekening gehouden met de *in het buitenland feitelijk geheven belasting*. Indien er in het buitenland bijvoorbeeld 15% belasting wordt geheven, zal Nederland de conserverende aanslag invorderen met het verschil tussen het ab-tarief (26,9% vanaf 2022) en de geheven belasting. Voor zover, niet het buitenland, maar Nederland op

²⁹⁶ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, par. 2.2, p. 11.

²⁹⁷ Zie in dit kader ook paragraaf 4.2.5.

²⁹⁸ HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34 (m. nt. P. Kavelaars).

²⁹⁹ Op grond van art. 10 (dividenden) en art. 13 (vermogenswinsten) van het OESO-Modelverdrag.

³⁰⁰ Voorgesteld art. 25, lid 8, onderdeel d, IW 1990.

grond van het belastingverdrag bevoegd is om te heffen over het fictieve reguliere voordeel, zal ab-heffing plaatsvinden.³⁰¹

Indien er sprake is van een fictief regulier voordeel wordt de conserverende aanslag eveneens ingevorderd.³⁰² Het is echter onduidelijk of heffing over het fictief regulier voordeel als bedoeld in de Wet IB 2001 voorrang heeft op invordering van de conserverende aanslag op basis van de IW 1990 of vice versa. Zoals de NOB aanstipt, lijkt het niet de bedoeling om zowel te de ab-heffing te effectueren als de conserverende aanslag in te vorderen.³⁰³ Weliswaar wordt in de memorie van toelichting gesteld dat rekening moet worden gehouden met buitenlandse heffing, maar er wordt niet expliciet ingegaan op de samenloop met binnenlandse heffing.³⁰⁴ Voor de volledigheid zou de bepaling in de invorderingswet aangevuld moeten worden met *in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting*. Invorderen van de conserverende aanslag werkt dan in zowel de binnen- als de buitenlandse situatie als saldogpost. Dit sluit tevens aan bij de systematiek die wordt gehanteerd bij ‘echte’ dividenduitkeringen.³⁰⁵ Voor zover Nederland niet heft over de dividenduitkering op grond van het verdrag, vindt voor het verschil met de Nederlandse ab-heffing invordering van de conserverende aanslag plaats.

Onder het huidige voorstel laat de uitwerking van de invordering van de conserverende aanslag te wensen over. Dit kan opgelost worden door bij invordering met zowel de buitenlandse als de binnenlandse belasting rekening te houden.

4.3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het wetsvoorstel getoetst aan de criteria die de adequaatheid van de maatregel kunnen duiden. De maatregel heeft een prohibitief karakter en de uitwerking ervan is meer een aanvullende heffing dan het tegengaan van negatieve effecten van excessief lenen bij de eigen vennootschap. Schematisch kan het wetsvoorstel in het licht van de toetsingscriteria als volgt worden samengevat:

Toetsingscriteria	Score
Doeltreffendheid	+
Doelmatigheid	-
Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	+ / -
Internationale verenigbaarheid	-

Ten aanzien van de doeltreffendheid is de score voor het wetsvoorstel overwegend positief. Het eerste doel is op te knippen in het voorkomen van belastinguitstel en het voorkomen van belastingafstel. Het invoeren van de drempel voor excessief lenen dwingt de belastingplichtige af te rekenen over het fictieve voordeel dat wordt geconstateerd. Hoewel de fictie indruist tegen de huidige systematiek van box 2 van de inkomstenbelasting, wordt bewerkstelligd dat er in bepaalde gevallen

³⁰¹ Op grond van art. 7.5, lid 1 jo. het voorgestelde art. 4.13, lid 1, onderdeel f, Wet IB 2001.

³⁰² Op grond van voorgesteld art. 25, lid 8, onderdeel d IW 1990.

³⁰³ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 20, par. 5.5.

³⁰⁴ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-internetconsultatie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>, p. 20, par. 5.5.

³⁰⁵ Art 25, lid 8, onderdeel b, IW 1990.

belasting wordt geheven. Daar waar de heffing anders pas in een later stadium plaats zou vinden, bereikt de maatregel wel zijn doel. Ten aanzien van belastingafstel is het antwoord minder overtuigend doordat belastingafstel zich alsnog kan voordoen bij schulden tot EUR 500.000. Het tweede doel van de maatregel is verlichting van de werklast voor de Belastingdienst. Voor 'excessieve' schulden wordt dit doel bereikt. Immers, er rust geen bewijslast meer op de Belastingdienst doordat er direct sprake is van een fictief regulier voordeel en ervoor gekozen is geen tegenbewijsregeling te introduceren. De bewijslast geldt echter nog wel voor schulden onder de doelmatigheidsdrempel. De bestaande jurisprudentie blijft onverminderd van toepassing en de Belastingdienst zal actief moeten blijven controleren om belastingafstel onder de drempel tegen te gaan. De invoer van de maatregel brengt daarnaast administratieve lasten met zich mee in relatie tot het monitoren van schuldposities en drempelbedragen. Door het ontbreken van een eerbiedige werking voor bestaande schulden worden additionele administratieve lasten voorkomen.

Het conceptwetsvoorstel scoort ondermaats op het gebied van doelmatigheid. Bij fictie wordt er geacht inkomen uit aanmerkelijk belang te zijn genoten zonder dat hierover kan worden geprocedeerd. Juist hierdoor worden de langdurige en arbeidsintensieve discussies voorkomen en wordt er voor het perspectief van de fiscus voldaan aan doelmatigheid. Minder doelmatig is het jaarlijks vaststellen van de drempel. Dit vereist persoonlijk maatwerk en is onderhevig aan fouten doordat het niet eenvoudig af te leiden is uit jaarrekeningen of aangiftes. Vanuit het perspectief van de aanmerkelijkbelanghouder zorgt het ontbreken van een tegenbewijsregeling voor hoge lasten doordat er aflossing en herfinanciering van de schuld plaats moet vinden. Indien er niet wordt of kan worden afgelost treedt er dubbele belastingheffing op waarvoor op de lange termijn niet voorzien wordt. Dit is een van de grootste bezwaren van de wetgeving en zorgt voor ondoelmatigheid van de regeling.

Zodra de drempel is vastgesteld bestaat er geen onzekerheid over de kwalificatie als fictief regulier voordeel. Voorts draagt ook de aansluiting bij het huidige ab-regime bij aan de duidelijkheid van de maatregel. Er is geen nieuw criterium geïntroduceerd, zoals een aanmerkelijkbelanghouder met een controlerend belang of een eigenwoningschuld, zodat er geen discussies kunnen ontstaan over die definitie. Het grootste knelpunt bestaat op gebied van de terugwerkende kracht van schulden die in het verleden zijn aangegaan in de veronderstelling niet aan te lopen tegen een ab-claim. Daarnaast bestaat er wel bepaalde mate van onzekerheid over hoe het begrip *verplichting* geïnterpreteerd moet worden onder de huidige maatregel.

De internationale verenigbaarheid wordt zeer laag inschat. Hoewel de conceptwetgeving in overeenstemming is met EU-recht, is de maatregel niet compatibel met de gesloten belastingverdragen. Blijkens de historie van de introductie van de gebruikelijk-loonregeling verwacht men dat het voor Nederland lastig zal zijn belastingheffing te effectueren onder de gesloten belastingverdragen. In de eerste plaats is het onduidelijk of het fictief regulier voordeel kwalificeert als dividend. Voorts brengt het potentieel een verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg. Dit is in strijd met de goede verdragstrouw. Evenwel kan het innen van de conserverende aanslag voor problemen zorgen doordat onvoldoende rekening wordt gehouden met de samenloop van het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel en invordering van de conserverende aanslag.

5. Beleidsalternatieven

5.1 Inleiding

Het wordt onwenselijk geacht dat de directeur-grotaandeelhouders belasting kunnen uitstellen binnen de huidige fiscale kaders. Belastingafstel kan met het bestaande fiscale instrumentarium aan de orde worden gesteld, maar hier blijkt de Belastingdienst problemen mee te hebben. Teneinde een oplossing hiervoor te vinden wordt voorgesteld de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap in het leven te roepen. Op basis van het toetsingskader is geconcludeerd dat deze maatregel belastinguitstel en –afstel niet op adequate manier tegen gaat. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de aanpak in Duitsland. Allereerst zal de volgende deelvraag worden behandeld: *Hoe wordt met de verhouding van aanmerkelijkbelanghouder tot zijn vennootschap omgegaan binnen het Duitse civiele- en fiscale recht?* Naderhand zullen mogelijke beleidsalternatieven worden behandeld die belastinguitstel en –afstel kunnen voorkomen.

5.2 Duitsland

5.2.1 Relatie tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting

In Duitsland bestaat voor de belastingheffing van aanmerkelijkbelanghouders ook een relatie tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. De vennootschap wordt gezien als zelfstandig lichaam welke wordt belast in de *Körperschaftsteuer* (Vennootschapsbelasting). De vennootschap en de belasting die daarvan wordt geheven heeft in beginsel niks te maken met de *Einkommensteuer* (Inkomstenbelasting) van de aanmerkelijkbelanghouder. De *Einkommensteuer* telt alle inkomstenbronnen van de aanmerkelijkbelanghouder bij elkaar op. De inkomstenbronnen zijn: arbeid uit dienstbetrekking, onderneming, zelfstandige arbeid³⁰⁶, huur en pacht, inkomen uit kapitaalvermogen, andere activiteiten en agrarische land- en bosbouw. Het inkomen wordt vervolgens progressief belast tegen een oplopend tarief van 14% naar maximaal 45%.³⁰⁷

Reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen uit kapitaalvermogen wordt bij de natuurlijke persoon aandeelhouder in Duitsland belast volgens de *Abgeltungssteuer* dan wel de *Teileinkünfteverfahren*. Indien de aandelen tot het privévermogen van een natuurlijke persoon worden gerekend is de *Abgeltungssteuer* van toepassing. De *Abgeltungssteuer* belast voordelen tegen een tarief van 25%. Dit tarief komt effectief uit op ongeveer 26,375% door de *Solidaritätszuschlag* (solidariteittoeslag) die daar bovenop komt. Indien de aandelen gezien worden als ondernemingsvermogen, bijvoorbeeld doordat ze worden gehouden door tussenkomst van een personenvennootschap, is de *Teileinkünfteverfahren* van toepassing. De *Teileinkünfteverfahren* belast 60% van het voordeel tegen het progressieve tarief van de *Einkommensteuer*. De overige 40% blijft onbelast.³⁰⁸

Op het moment dat een natuurlijke persoon de aandelen in privé houdt, maar zijn belang ten minste 1% is, is automatisch de *Teileinkünfteverfahren* van toepassing op de vervreemdingsvoordelen. De grens van 1% is vergelijkbaar met de grens voor het Nederlandse ab-regime van 5% belang in het kapitaal van de vennootschap. Voor de reguliere voordelen (dividenden) bestaat een

³⁰⁶ Vergelijkbaar met de Nederlandse ZZP'er.

³⁰⁷ F. Elswier (2018), 'Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen', Tilburg: CentER (Center for Economic Research), p. 88-89, par. 3.3.4.

³⁰⁸ https://research-ibfd-org.eur.idm.oclc.org/#/doc?url=/collections/cta/html/cta_de_s_006.html#cta_de_s_6.2.

keuzemogelijkheid tussen de twee regimes. Afhankelijk van de omvang van het inkomen dat progressief wordt belast in de inkomstenbelasting, kan de aanmerkelijkbelanghouder een keuze maken op basis van de fiscaal meest voordelige behandeling.

De behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder is overeenkomstig met de behandeling in Nederland. Een verschil in de systematiek van het regime zit in de keuze voor de fiscale behandeling van de reguliere voordelen. Zoals besproken in paragraaf 3.2. is een knelpunt van het Nederlandse ab-regime dat er geen prikkel bestaat om dividenden uit te keren. Box 2 van de Wet IB kent een uniform tarief wat inhoudt dat het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast tegen een tarief ongeacht de hoogte van het voordeel. Het invoeren van een keuze voor een progressief tarief dan wel het uniforme tarief van het ab-regime kan een prikkel vormen tot vroegtijdig uitkeren van winstreserves om gebruik te maken van een lager tarief. Hanteren van een progressief tarief zal leiden tot planning, maar kan het oppotten van winsten in de vennootschap wel in bepaalde mate tegengaan.

5.2.2 Onzakelijke lening met alternatieve bewijslastverdeling

In Nederland is de onzakelijke lening het laatste decennium een veel besproken onderwerp geweest tussen de Belastingdienst en belastingplichtigen. Zoals toegelicht in paragraaf 3.4. is een onzakelijke lening een lening die is aangegaan uit aandeelhoudersmotieven in plaats van uit zakelijke motieven. Voor de geldverstrekker is de afwaardering op een dergelijke lening daardoor niet aftrekbaar. In Duitsland speelt de problematiek van de onzakelijke lening ook met dien verstande dat daar in de wet is vastgelegd wanneer er sprake is van een onzakelijke lening.³⁰⁹

Aandeelhoudersrelaties worden in Duitsland anders behandeld dan regulier door derden verstrekt kapitaal. Civielrechtelijk gezien wordt de relatie tussen aandeelhouder en eigen vennootschap in Duitsland beheerst door kapitaalbescherming. Dit houdt in dat er, net zoals in Nederland, een regeling bestaat die moet voorkomen dat leningen die ter vervanging van een kapitaalstorting dienen leiden tot benadeling van andere crediteuren. Indien de crediteuren onterecht in een nadelige positie terecht komen kan de rechtshandeling tussen aandeelhouder en vennootschap ongedaan worden gemaakt.³¹⁰ De gedachte achter de bijzondere behandeling van het aandeelhouderskrediet is niet het ongedaan maken van handelen van nauw bij de vennootschap betrokken aandeelhouders. De Duitse wetgever lijkt met de regeling te willen verhinderen, dat een aandeelhouder de vennootschap bij oprichting of op een later moment financiert met een minimumkapitaal en veel vreemd vermogen en daarmee het ondernemingsrisico op de crediteuren afwentelt. Het achterstellen van de aandeelhoudersleningen geldt tevens voor bonafide kredietverstrekkingen door aandeelhouders.³¹¹

Het verschil in behandeling is tevens terug te vinden in de fiscale regelgeving. In Duitsland maakt de *Körperschaftsteuer* onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Net zoals in Nederland is de vergoeding op eigen vermogen voor de vennootschap niet aftrekbaar. Daarentegen is een vergoeding voor vreemd vermogen wel aftrekbaar. Hetzelfde onderscheid wordt gemaakt voor afwaarderingen. Zo is een afwaardering op de hoofdsom van een geldlening in beginsel aftrekbaar voor de vennootschap. In Duitsland geldt eveneens dat de civielrechtelijke kwalificatie leidend is voor de kwalificatie van de schuld. De *Körperschaftsteuer* kent ook een herkwalificatie van vreemd- naar eigen vermogen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien een moedervennootschap een lening verstrekt

³⁰⁹ BDO: de onzakelijke lening in Duitsland, *Taxlive*, 8 januari 2014, (geraadpleegd via:

<https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/bdo-de-onzakelijke-lening-in-duitsland/>).

³¹⁰ J. Barneveld, 'Financiering en vermogensetikettering door aandeelhouders' (VDHI nr. 120), 2014/15.3.1.

³¹¹ J. Barneveld, 'Financiering en vermogensetikettering door aandeelhouders' (VDHI nr. 120), 2014/15.2.4.

aan de dochtervennootschap met een looptijd langer dan dertig jaar (vergelijkbaar met de Nederlandse deelnemerschapslening).³¹² Voor de wetgeving van de onzakelijke lening stelde de wetgever zich op het standpunt dat een afwaardering van een lening verstrekt aan een deelneming in samenhang met de aandelen in de dochtermaatschappij moest worden gezien. Afwaardering op een dergelijke vordering zou daardoor niet aftrekbaar zijn. De *Bundesfinanzhof* (Duitse Hoge Raad) acht deze samenhang niet aanwezig en heeft beslist dat een lening in deelnemingsverhouding ook fiscaal als vreemd vermogen wordt aangemerkt. De lening, ongeacht zakelijk of onzakelijk, wordt dus zowel civiel- als fiscaalrechtelijk gezien als lening.

De wetgever reageerde in 2008 op de uitspraak van de Duitse Hoge Raad met de introductie van de onzakelijke lening wetgeving. De invalshoek voor de Duitse onzakelijke lening vindt zijn oorsprong in de deelnemingsvrijstelling. Vanwege het feit dat verliezen uit hoofde van deelneming niet aftrekbaar zijn, werden er in de praktijk leningen verstrekt aan deelnemingen om zodoende de keerzijde van de deelnemingsvrijstelling te ontlopen. De wettelijke bepaling sluit verliezen op gelieerde leningen uit van aftrek, tenzij bewezen wordt dat de dezelfde lening onder gelijke voorwaarden bij een derde kan worden aangegaan (*Drittvergleich*).³¹³

Opvallend is het verschil in de hoofdregel voor wat betreft de omgang met de onzakelijke lening. In Nederland is de hoofdregel dat een verlies op een gelieerde lening ten laste van de winst mag worden gebracht, tenzij dat deze onzakelijk is. In Duitsland is een afwaardering op een gelieerde lening in beginsel niet aftrekbaar. Door de formulering van de bepaling in Duitsland ligt de bewijslast bij de belastingplichtige. Men spreekt van gelieerdheid indien een aandelenbelang wordt gehouden van 25%. Hoewel initieel werd uitgegaan van deelnemingssituaties heeft de wetgever ook “nabij staande personen” onder de onzakelijke lening wetgeving gebracht. Dit is vergelijkbaar met het Nederlandse begrip verbonden personen, maar haakt in het Duitse echt aan bij een belang van 25%. Hierdoor is de problematiek van de onzakelijke lening uitgebreid naar leningen “omhoog” of “opzij” en valt dus ook de lening van de vennootschap aan de aanmerkelijkbelanghouder onder het regime van de onzakelijke lening.³¹⁴

Er is sprake van een Duitse onzakelijke lening als de belastingplichtige niet kan aantonen dat de lening onder gelijke voorwaarden door een derde wordt verstrekt. Volgens de wetgever wordt een lening als onzakelijk aangemerkt indien de lening :

- 1) Renteloos is; of
- 2) Rentedragend is maar geen zekerheden zijn gesteld; of
- 3) Van origine een zakelijke lening is die bij een “crisis” niet kan worden teruggevorderd.³¹⁵

Indien er sprake is van een onzakelijke lening, is het verlies daarop niet aftrekbaar voor de verstrekken partij. In een situatie waarin de vennootschap een lening verstrekt aan de aandeelhouder zou dat inhouden dat de vennootschap de afwaardering niet in aftrek kan brengen van

³¹² F. Elswier (2018), ‘Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen’, Tilburg: CentER (Center for Economic Research), p. 195-196, par. 7.3.2.1.

³¹³ F. Elswier (2018), ‘Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen’, Tilburg: CentER (Center for Economic Research), p. 195-196, par. 7.3.2.2.

³¹⁴ F. Elswier (2018), ‘Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen’, Tilburg: CentER (Center for Economic Research), p. 206, par. 7.4.1.

³¹⁵ BDO: de onzakelijke lening in Duitsland, *Taxlive*, 8 januari 2014, (geraadpleegd via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/bdo-de-onzakelijke-lening-in-duitsland/>).

de fiscale winst. Daarentegen heeft de kwalificatie als onzakelijke lening geen gevolgen voor de aandeelhouder. Bij hem wordt de schuld gewoon als schuld behandeld.

In Duitsland wordt de wettelijke invulling van de onzakelijke lening sterk bekritiseerd. Dit komt onder andere door de summiere toelichting die wordt geboden. Verder wordt het onterecht gevonden dat de verstrekken partij bestraft wordt voor het feit dat hij in zware economische tijden bereid is een lening te verstrekken (ad 3). Tevens heerst er in de praktijk onduidelijkheid over hoe aan de tegenbewijsregeling wordt voldaan. Het berekenen van een rente of het stellen van zekerheden betekent niet zonder meer dat de geldlening zakelijk is. Voorts stelt Elswier dat de Duitse Belastingdienst niet welwillend is om vooraf mee te denken of en zo ja hoe de belastingplichtige tegenbewijs kan leveren. De belastingplichtige wordt hierbij in het ongewis gelaten en zal genoodzaakt zijn om kredietwaardigheidsanalyses, overeenkomsten, bankverklaringen en recht van zekerheid op te stellen of op te vragen. Dit leidt tot administratieve lasten en rompslomp, maar biedt geen volledige zekerheid omtrent de kwalificatie.³¹⁶ Niettegenstaande de wettelijke codificatie van de onzakelijke lening, bestaat er onder de belastingplichtigen een bepaalde mate van onzekerheid.

Zowel Nederland als Duitsland erkennen het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Daarnaast bestaat in beide jurisdicties het begrip van de onzakelijke lening. Het gevolg van de kwalificatie als onzakelijke lening is dat het verlies op de hoofdsom niet langer aftrekbaar is. Dat is het verlies dat bijvoorbeeld ontstaat bij afwaardering of faillissement. Het grootste verschil met de Nederlandse praktijk is de verdeling van de bewijslast. Waar deze in Nederland rust op de Belastingdienst, rust deze in Duitsland juist initieel op de belastingplichtige. Hoewel dit in Nederland gezien wordt als een mogelijkheid tot lastenvermindering voor de Belastingdienst, is er in Duitsland veel kritiek op doordat het voor administratieve lasten zorgt voor de belastingplichtige. Omkering van de bewijslast kan in de eerste aanzet wel een verbetering zijn voor Nederland doordat de bewijslast niet initieel meer rust op de Belastingdienst. De beoordeling van de stukken zal echter niet anders zijn dan in de bestaande situatie, waardoor er nog steeds arbeidsintensieve discussies plaats zullen vinden. Arbeidsintensieve discussies tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige lijken onder de Duitse aanpak niet per se minder voor te komen dan onder de Nederlandse systematiek.

5.2.3 Gemeentelijke ondernemingsbelasting

In Duitsland kent men de *Gewerbsteuer*.³¹⁷ Dat is een gemeentelijke ondernemingsbelasting. Het object van heffing is niet de vennootschap of IB-ondernemer, maar de ondernemingsactiviteit als zodanig. Beroepsbeoefenaars zoals fysiotherapeuten, belastingadviseurs of accountants worden uitgesloten van de ondernemingsbelasting. De belastinggrondslag wordt bepaald door de vennootschapsbelasting (voor vennootschappen) of door de inkomstenbelasting (voor personenvennootschappen en natuurlijke personen). Hierna vindt nog een aantal correcties plaats. Het tarief is afhankelijk van de gemeente en ligt tussen de 7% en de 17,5% met een gemiddeld tarief van 15%.

De *Gewerbsteuer* is economisch en budgettair gezien enorm belangrijk doordat het de grootste inkomensbron is voor gemeenten. Volgens Elswier is men in de wetenschappelijke literatuur met

³¹⁶ F. Elswier (2018), 'Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen', Tilburg: CentER (Center for Economic Research), p. 199-200, par. 7.3.2.5.

³¹⁷ Nederland kende in de periode van 1942 tot 1950 ook een ondernemingsbelasting. Het belangrijkste motief voor de afschaffing was het stimuleren van investeringen en het ontbreken van duidelijke rechtsgrond (initieel ingevoerd voor gelijkschakelijking met het Duitse bedrijfsleven). De belasting werd als maatschappelijk onrechtvaardig beschouwd en afschaffing zou leiden tot vereenvoudiging.

name zeer negatief is over de (huidige invulling van de) *Gewerbsteuer*. De gemeentelijke belasting zou geen duidelijke rechtsgrondslag kennen, de belasting zou mogelijk in strijd zijn met de grondwet doordat beroepsbeoefenaars worden uitgesloten en een inbreuk maken op het rechtsbeginsel van *Nettoprinzip* (draagkrachtbeginsel). Hoewel het een belangrijke inkomstenbron is, is deze instabiel. De heffingsgrondslag is gevoelig voor conjuncturele schommelingen waardoor de grondslag in economisch slechte tijden lager uitvalt. Juist dan hebben de gemeenten grote uitgaven voor sociale uitkeringen. Tot slot treedt er fiscale concurrentie op tussen de verschillende gemeenten.³¹⁸ Dit is vergelijkbaar met de Europese problematiek over de *race to the bottom* waarbij de verschillende jurisdicties elkaar beconcurreren met het tarief van de vennootschapsbelasting om een zo goed mogelijk vestigingsklimaat te creëren voor bedrijven.

De vraag is of een dergelijke belasting soelaas kan bieden voor de Nederlandse problematiek. Zoals besproken in paragraaf 3.2. bestaat er ongelijkheid tussen de behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder en de IB-ondernemer. Het introduceren van een ondernemingswinst kan dit (gedeeltelijk) wegnemen. Het nadeel van een ondernemingswinstbelasting zoals deze is vormgegeven in Duitsland, is dat het een additionele belasting is. Dat wil zeggen dat de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting in hun huidige vorm blijven bestaan, met aftrekposten voor zover de belastingplichtige al wordt geraakt door de ondernemingsbelasting. De belastingplichtige krijgt dan in het vervolg te maken met twee belastingregimes wat de fiscale wetgeving in mijn optiek onnodig complex maakt. Daarnaast leidt het voor zowel de Belastingdienst als de Belastingplichtige tot een uitbreiding van de administratieve lasten, hetgeen haaks staat op de wens van het Kabinet het stelsel te vereenvoudigen.

Indien de ondernemingsbelasting naast de bestaande belastingen bestaat, is het maar de vraag of het uitstel van Nederlandse ab-heffing tegen gaat. De vormgeving is zodanig dat de heffing complementair is aan de vennootschapsbelasting, zodat de problematiek omtrent uitstel van heffing in box 2 blijft bestaan. Door de introductie van een nieuwe, additionele, belasting lijkt het ook niet bij te dragen aan een lastenvermindering voor de Belastingdienst. Naar mijn mening scoort de *Gewerbsteuer* op het gebied van eenvoud en doelmatigheid niet beter dan de maatregel die nu voorligt bij het Kabinet. Hierdoor is de belasting niet aanbevelingswaardig. Uiteraard kan wel nagedacht worden over een ondernemingswinst op nationaal niveau ter vervanging van de ab-heffing. Dit zal nader toegelicht worden in paragraaf 5.3.2.

5.3 Beleidsalternatieven

5.3.1 Documentatieverplichting

In de literatuur wordt meermaals bevestigd dat er in de praktijk veel discussies zijn omtrent oplopende rekening-courantverhoudingen en de zakelijkheid van leningen.³¹⁹ Van Brummen en Tydeman-Yousef stellen dat er op dat gebied ook het enige mag worden verwacht van de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap.³²⁰ Zowel in hun artikel als in de reactie van de NOB op de concept-wetgeving, wordt geopperd een wettelijke documentatieverplichting in te voeren. Dit zou

³¹⁸ F. Elswier, '(Her)invoering van een ondernemingsbelasting (Gewerbsteuer) in Nederland?', *Taxlive*, 19 juni 2017, (geraadpleegd via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/columns/her-invoering-van-een-ondernemingsbelasting-gewerbsteuer-in-nederland/>)

³¹⁹ Zie onder andere S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59 en reactie van de NOB.

³²⁰ M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59.

vormgegeven moeten worden als een schriftelijke vastlegging waarbij afspraken gemaakt worden omtrent de terugbetalingsverplichting en de rentevergoeding. Deze afspraken dienen zakelijk te zijn en te worden nagekomen. Niet nakoming van hetgeen overeengekomen is geeft de Belastingdienst aanleiding tot het constateren van een winstuitdeling bij de directeur-grotaandeelhouder. Het heeft daardoor kenmerken van een vaststellingsovereenkomst zoals deze tussen de Belastingdienst en belastingplichtige wordt gesloten.

Bij een documentatieverplichting kan er nog steeds discussie ontstaan over de zakelijkheid van de lening. Doordat er uitgegaan wordt van een schriftelijke vaststelling van de leningsovereenkomst is de informatie omtrent de beoordeling van de zakelijkheid voor handen. Na de vaststelling bestaat er geen ruimte meer voor discussie en hoeft slechts getoetst te worden of er voldaan is aan de voorwaarden. Dit zorgt eveneens voor grote mate van rechtszekerheid. Afstel van belasting zal zich niet meer kunnen voordoen. Het gaat hier om de situatie waarin een verstrekking een schijnlening betreft en de inspecteur na de verstrekking ervan niet binnen de navorderingstermijn heeft ingegrepen. Het is hiervoor van belang dat de overeenkomsten bij aanvang, maar ten minste binnen de navorderingstermijn worden beoordeeld.

5.3.2 Ondernemingswinstbelasting

De maatregel beoogt belastinguitstel en –afstel tegen te gaan. Zoals blijkt uit de analyse, is uitstel van belasting inherent aan de systematiek van box 2. Meer fundamenteel lijkt de maatregel het verschil in behandeling van winstinkomen te adresseren. Het winstinkomen wordt aangewend voor verschillende doeleinden variërend van investeringen, reserves tot consumptie. Economisch gezien is alleen dat deel van de winst beschikbaar voor uitkering dat niet nodig is voor de continuïteit en financiering van de onderneming. Per saldo zijn alleen duurzaam overtollige liquide middelen beschikbaar voor uitdeling. Het ab-regime is ingestoken op deze gedachte. Ab-heffing vindt plaats wanneer winsten daadwerkelijk beschikbaar komen voor vrije consumptie. Ergo, wanneer er een uitkering plaatsvindt.³²¹ Juist op dit punt loopt in Nederland de belastingheffing van ab-houders en IB-ondernemers uiteen.

In box 1 wordt de winst, ongeacht de functie en de bestemming ervan, in de heffing betrokken. In tegenstelling tot het ab-regime, is de heffing niet beperkt tot winstbestanddelen die aan de onderneming worden onttrokken. Ook elementen die de ondernemingssfeer niet verlaten, zijn belast. Daarin verschilt de IB-ondernemer dus van de aanmerkelijkbelanghouder. Vanwege het gebrek aan rechtsvormneutraliteit is in de literatuur meermaals gepleit voor een ondernemingswinstbelasting.

Hoewel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap het timingverschil kan verkleinen, blijven de verschillen tussen de twee rechtsvormen bestaan. De aangekondigde maatregel staat leningen bij de eigen vennootschap toe tot EUR 500.000, maar het bovenmatige wordt fictief in de heffing betrokken. Winstreserves die niet of anderszins worden aangewend blijven nog steeds buiten bereik van de heffing in box 2. Het is dus slechts een kleine stap in de richting van gelijke behandeling van inkomen tussen de twee ondernemingsvormen. Zoals aangekondigd in de brief van de Staatsecretaris van Financiën wordt er momenteel gewerkt aan een project genaamd 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'. In dit project worden voorstellen voor verbetering en vereenvoudiging van het

³²¹ L.D.W. Wijtvlit, 'Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet', *FED* 2019/80, p. 9.

systeem onderzocht. Binnen dit project is onder meer een onderzoek geïnitieerd naar het belasten van kapitaalinkomens van directeur-groootaandeelhouders.³²²

Het onderzoek richt zich op het achterhalen van de knelpunten van fiscaal gedreven keuzes door te kijken naar de wijze waarop het kapitaalinkomen van een directeur-groootaandeelhouder wordt belast. De Staatssecretaris wil tevens laten onderzoeken hoe het kapitaalinkomen in relatie tot het arbeidsinkomen wordt belast en of hierin verbeteringen mogelijk zijn. Hierbij zal het speelveld met IB-ondernemers en werknemers worden meegenomen. Daarnaast zal worden gekeken naar de mogelijkheden voor directeur-groootaandeelhouders om belasting langdurig uit te stellen of af te stellen en de mogelijkheden om vermogensbestanddelen aan te houden in box 2 en box 3.³²³ Het onderzoek is breed ingezet en lijkt te zoeken naar fiscale neutraliteit.

5.3.3 Forfaitaire heffing

In 2013 heeft de commissie Van Dijkhuizen geadviseerd om een forfaitair minimumrendement te introduceren voor de ab-heffing, zodat de aanmerkelijkbelanghouder regelmatig belast wordt voor inkomen uit aanmerkelijk belang. Een forfaitaire heffing vermindert uitstel van belastingheffing en verlaagt het risico ten aanzien van de conserverende aanslag bij emigratie. Onder het voorstel van Van Dijkhuizen moest het forfaitaire rendement worden gekoppeld aan dat van box 3.³²⁴ Voor 2020 zou een forfaitair rendement van 5,28% gelden.³²⁵

Het fiscale eigen vermogen van de vennootschap waarin de directeur-groootaandeelhouder een aanmerkelijk belang heeft zou de grondslag vormen voor de forfaitaire heffing. In tegenstelling tot de vergelijkbare regeling voor voordeel uit vrijgestelde beleggingsinstellingen en uit buitenlandse beleggingslichamen is ervoor gekozen dit niet te koppelen aan de werkelijke waarde van de aandelen. De waarde in het economisch verkeer van een aanmerkelijk belang wordt in het algemeen niet jaarlijks vastgesteld en zou een jaarlijkse waardering met zich meebrengen, terwijl het fiscale eigen vermogen direct beschikbaar is op basis van de aangifte vennootschapsbelasting.³²⁶ De verwachting is dat de aanmerkelijkbelanghouder een dividend uitkeert tot het bedrag van het forfaitaire rendement. Voorwaarde hiervoor is de aanwezigheid van voldoende liquide middelen in de vennootschap. Het nadeel van een forfaitaire heffing is de primaire klacht dat het fictieve rendement aanzienlijk kan afwijken van het werkelijke rendement. Zoals besproken in paragraaf 4.3.4. (inzake de eenvoud van de maatregel), wordt het gebruik van een forfait gerechtvaardigd door de eenvoud mits het niet te ver afwijkt van de werkelijkheid. De belastingdruk moet in relatie tot het inkomen niet zo hoog worden dat het onrechtvaardig is.

Voor de situatie in box 2 wordt, anders dan in box 3, de forfaitaire heffing gebruikt als een voorheffing. De essentie van het heffen over inkomen uit aanmerkelijk belang is namelijk dat er geheven wordt over het werkelijke rendement. Met de huidige verliesverrekeningstermijn, één jaar carry-back en zes

³²² Redactie Vakstudie, 'Proces voor bouwstenen beter belastingstelsel vormgegeven' (Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 april 2019, nr. 2019-0000062470), V-N 2019/21/3.

³²³ Redactie Vakstudie, 'Proces voor bouwstenen beter belastingstelsel vormgegeven' (Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 april 2019, nr. 2019-0000062470), V-N 2019/21/3.

³²⁴ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 424, par. 6.2.

³²⁵ Forfaitair rendement gaat uit van een mengpercentage afhankelijk van de hoogte van het vermogen uit sparen en beleggen. Vanaf EUR 1.005.573 geldt het voltallige tarief van 5,28%, daaronder geldt een lager percentage.

³²⁶ Commissie Van Dijkhuizen, 'Naar een actiever belastingstelsel', 2013, p. 54.

jaar carry-forward, bestaat er een reëel risico dat er bij invoering van een forfaitair rendement meer wordt belast dan het werkelijke rendement.³²⁷ Tussentijdse verliesverrekening door afwaardering naar de lagere waarde in het economisch verkeer is niet mogelijk vanwege de specifiek antimisbruikbepaling die daarvoor geldt.³²⁸

Een groot nadeel voor de directeur-grootaandeelhouder is dat de belasting jaarlijks moet worden betaald, ook indien hij in privé niet beschikt over de liquide middelen. Dit gat kan worden opgevuld door over te gaan tot een dividenduitkering, maar dat gaat ten koste van de investeringsruimte van de vennootschap. Die benadering staat haaks op het huidige regime van box 2, waarbij juist geen belasting betaald hoeft te worden omdat het vermogen nog ter beschikking staat van de vennootschap. Stevens stelt dat de maatregel effectiever uitpakt voor zover het kabinet uitstel van belastingheffing over zowel het beleggings- als ondernemingsvermogen wil inperken.

Hij acht het beperken van de forfaitaire heffing tot het beleggingsvermogen ook als een optie. Echter zou dat in de praktijk tot veel discussies leiden doordat het voor de belastingplichtige van belang is om een zo laag mogelijk beleggingsvermogen te hebben. Dit wordt slechts anders indien het beleggingsvermogen niet langer onderworpen is aan vennootschapsbelasting. Dit zou resulteren in een forfaitaire heffing (en geen bedrijfsopvolging) voor het beleggingsvermogen en een lagere vennootschapsbelastingdruk over het rendement behaald met ondernemingsvermogen van de vennootschap.³²⁹ Mijns inziens tornt dat sterk aan de eenvoud van de maatregel. Daarnaast verhogen de discussies over hetgeen kwalificeert als beleggingsvermogen tot werklustverzwaring voor de Belastingdienst.

Bij het toepassen van de regeling gaat het om het in belangrijke mate vooruitschuiven van de opbrengsten. Structureel treedt alleen een effect op voor zover de claim in het huidige systeem verloren gaat door het verbruiken van de reserves of door emigratie. Er wordt geen rekening gehouden met leningen die eigenlijk een verkapte dividenduitdeling vormen of aangegaan zijn tegen onzakelijke voorwaarden. Hiervoor dient nog altijd de jurisprudentie toegepast te worden. Internationaal gezien is het ook de vraag of de heffing geëffectueerd kan worden. Net zoals in de aangekondigde maatregel is er sprake van een opbrengst gecreëerd door de nationale wetgeving. De internationale houdbaarheid is daardoor ook discutabel.

5.3.4 Acuuu heffen over beleggingsvermogen

Aansluitend op de optie bij de forfaitaire heffing om een onderscheid te maken tussen beleggings- en ondernemingsvermogen, wees de commissie Van Dijkhuizen ook op een mogelijkheid om de ab-claim af te rekenen op het moment van staken van de onderneming. Indien de onderneming gestaakt is, is het kapitaal niet meer dienstbaar aan ondernemingsactiviteiten. Heffing over dit vermogen voorkomt

³²⁷ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 425, par. 6.2.

³²⁸ Art 4.24 Wet IB 2001 bepaalt dat tussentijdse verliesneming niet geëffectueerd kan worden indien de belastingplichtige (of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn inclusief de vennootschappen waarin zij een aanmerkelijk belang houden) de facto zijn belang behoudt in (de activiteiten van) de vennootschap.

³²⁹ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 425, par. 6.2.

langdurig oppotten in de vennootschap. Daarnaast leidt het tot een meer gelijke behandeling tussen de directeur-groootaandeelhouder en de IB-ondernemer.³³⁰

Net zoals de aanbeveling voor de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap zou een afrekeningsfictie gepaard moeten gaan met een ophoging van de verkrijgingsprijs. Discussie tussen de Belastingdienst en belastingplichtige kan ontstaan omtrent de kwalificatie van het vermogen. Dit is een discussie die in de praktijk ook veelvuldig plaatsvindt, bijvoorbeeld in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling. Tevens wordt de vrijheid voor het aanwenden van vermogen in een vennootschap sterk beperkt.

5.3.5 Progressief of gedifferentieerd ab-tarief

Al het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast tegen een proportioneel tarief van 26,25%. De huidige tariefstructuur bevat dus geen prikkel om dividend uit te keren. Slechts voor zover er een verhoging van het ab-tarief verwacht wordt, zullen directeuren-groootaandeelhouders geprikkeld worden om een dividenduitkering te doen. Dit vloeit voort uit de gecoördineerde werking tussen de vennootschapsbelasting en het ab-tarief. Er is een trend met verlagen van het tarief van de vennootschapsbelasting welke gepaard gaat met een verhoging van het ab-tarief. Indien de winst reed onderhavig is geweest aan vennootschapsbelasting, valt de belastingdruk gemiddeld hoger uit door de verhoogde ab-heffing.

In principe wordt een tariefsverhoging van te voren bekend gemaakt, waardoor erop kan worden geanticipeerd. Denk bijvoorbeeld aan de voorgestelde verhoging van het ab-tarief in het Belastingplan 2019 waarbij het tarief in 2020 reeds is verhoogd naar 26,25%. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het structurele budgettaire effect EUR 170 miljoen is op basis van een 1,9% tariefsverhoging.

Het invoeren van een progressief tarief kan uitkeringen stimuleren. Voor zover de directeur-groootaandeelhouder niet in staat is om tussentijds dividend uit te keren, kan dit leiden tot een hogere belastingdruk waardoor een progressief tarief minder goed wordt gerechtvaardigd. Degene die regelmatig dividend uitkeert, kan jaarlijks gebruik maken van het lagere tarief, wat een gunstigere uitwerking heeft voor iemand die een superdividend ontvangt. Eveneens kan gedacht worden aan een keuzeregeling voor dividenden zoals wordt gehanteerd in Duitsland.

Heithuis stelt voor om met een gedifferentieerd tarief te werken. Hij verwacht dat directeur-groootaandeelhouders minder snel geneigd zijn het dividend eindeloos voor zich uit te schuiven indien reguliere voordelen belast worden tegen 22% en vervreemdingsvoordelen tegen 27%. Hier zou een aanvullende maatregel aan te pas moeten komen met betrekking tot de termijn, om te voorkomen dat het dividend niet kort voor de vervreemding van de aandelen wordt uitgekeerd.³³¹ De vormgeving lijkt op de gedifferentieerde behandeling zoals werd gehanteerd in het ab-regime tot 1997.³³²

5.3.6 Maximering van schulden bij de vennootschap

Het huidige wetsvoorstel gaat uit van een absoluut maximum voor alle schuldenvormen, exclusief eigenwoningschulden. Voor de Belastingdienst is dat de meest eenvoudige manier om de maatregel te handhaven. Een mogelijke variant is, volgens Stevens, een beperking tot consumptieve schulden.³³³

³³⁰ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 426, par. 6.3.

³³¹ E.J.W. Heithuis, 'Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen BV', *NTFR* 2019/1020.

³³² Zie paragraaf 3.2.

³³³ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 427, par. 6.5.2.

Ik ben echter van mening dat het aangaan van een consumptieve schuld onder de huidige wetgeving reeds niet mogelijk is. Door het te consumeren heeft het vermogen de vennootschap definitief verlaten en uit jurisprudentie blijkt dat er in de situatie van de directeur-groootaandeelhouder relatief eenvoudig aan de bewustheidseis wordt voldaan. Anderzijds is het mogelijk dat de consumptieve schuld anderszins wordt gedekt, bijvoorbeeld door onroerend goed. In zoverre zou het uitsluiten van consumptieve kredieten een alternatief zijn. Het nadeel van deze regeling zit hoofdzakelijk in het feit dat de eenvoud van de maatregel afneemt. Er moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen leningen die worden aangewend voor consumptieve doeleinden en kredieten die gebruikt worden om te investeren. Bovendien bestaat er jurisprudentie om dit probleem te tackelen, dus zou er een maatregel worden geïntroduceerd welke nagenoeg dezelfde functie heeft als de bestaande jurisprudentie.

Een andere vorm van maximering is door een *loan-to-value*-maatregel te introduceren. Dat houdt in dat de lening gemaximeerd is tot een bepaald percentage van de waarde van de vermogensbestanddelen die met deze lening zijn gefinancierd.³³⁴ Een dergelijke methode wordt tevens toegepast bij het uitgeven van hypotheekleningen bij een bank. Leningen voor consumptieve doeleinden worden hierdoor per definitie uitgesloten en beleggingen moeten eveneens met eigen vermogen worden gefinancierd. De leningen die een risico vormen voor belastingafstel worden geëlimineerd, belastinguitstel kan zich nog wel voordoen voor zover dat inherent is aan het systeem van box 2. Door het percentage te verlagen wordt bewerkstelligd dat er een groter deel met eigen vermogen moet worden gefinancierd. Afhankelijk van de financiële positie van de directeur-groootaandeelhouder zal hij zich middelen moet doen toekomen om te investeren. Voor zover het aanvullen van de liquiditeiten gebeurt door middel van een dividenduitkering, wordt belastinguitstel ingeperkt.

5.4 Conclusie

Duitsland kent voor de aanmerkelijkbelanghouder een vergelijkbaar systeem met Nederland. Een verschil in de systematiek van het regime zit in de keuze voor de fiscale behandeling van de reguliere voordelen. In Duitsland bestaat er voor natuurlijke personen een keuzeregime voor reguliere voordelen. Dividenden worden afhankelijk van de keuze opgeteld bij het inkomen dat tegen het progressieve tarief wordt belast in de inkomstenbelasting of kiezen voor een belasting tegen een uniform tarief van 25%. Een knelpunt van het Nederlandse ab-regime is dat er geen prikkel bestaat om dividenden uit te keren. Box 2 van de inkomstenbelasting kent een uniform tarief wat inhoudt dat het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast tegen een tarief ongeacht de hoogte van het voordeel. Het invoeren van een keuze voor een progressief tarief dan wel het uniforme tarief van het ab-regime kan een prikkel vormen om vroegtijdig winstreserves uit te keren om gebruik te maken van een lager tarief. Hanteren van een progressief tarief zal leiden tot planning, maar kan het oppotten van winsten in de vennootschap wel in bepaalde maten tegen gaan.

Zowel Nederland als Duitsland erkennen het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Daarnaast bestaat in beide jurisdicties het begrip van de onzakelijke lening. Het grootste verschil met de Nederlandse praktijk is de verdeling van de bewijslast. Waar deze in Nederland rust op de Belastingdienst, rust deze in Duitsland juist initieel op de belastingplichtige. Hoewel dit in Nederland gezien wordt als een mogelijkheid tot lastenvermindering voor de Belastingdienst, is er in

³³⁴ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 427, par. 6.5.3.

Duitsland veel kritiek op doordat het voor administratieve lasten zorgt voor de belastingplichtige. Mijns inziens zou het niet tot buitensporige lasten moeten leiden voor de belastingplichtige. Vergelijking dient gemaakt te worden met de situatie waarin de leningsovereenkomst niet tussen gelieerde partijen, maar met een derde wordt aangegaan. De bewijsvoering zou dus voorhanden moeten zijn indien er als derden met elkaar is gehandeld. Niettegenstaande de wettelijke codificatie van de onzakelijke lening, bestaat er onder de belastingplichtige bepaalde mate van onzekerheid. Hierdoor lijken (arbeidsintensieve) discussies tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige in Duitsland niet per definitie minder voor te komen dan in Nederland. Een omkering van de bewijslast van de Belastingdienst naar de aanmerkelijkbelanghouder lijkt voor een verbetering te zorgen voor de Belastingdienst.

Tot slot zijn er nog enkele andere mogelijkheden om de ab-heffing vooruit te schuiven. Gedacht kan worden aan een forfaitaire heffing als voorheffing op het ab-regime. Daarnaast kan een progressief tarief, zoals ook besproken in de situatie met Duitsland, voor een uitkeringsprikkel zorgen. Maximering van de schulden tot de situatie waarin consumptieve schulden niet zijn toegestaan, lijkt geen verandering te bieden ten opzichte van de huidige situatie. Echter kan een *loan-to-value* maatregel de leningniveaus wel tot een acceptabel niveau beperken. Er kunnen echter wel problemen ervaren worden met het waarderen van de achterliggende vermogensbestanddelen. Immers betekent een hogere waarde ook dat een grotere lening wordt toegestaan zonder dat er een uitdeling wordt geconstateerd.

6. Conclusie

6.1 Aanleiding

Binnen het huidige ab-regime kan belastingheffing over inkomen uit aanmerkelijk belang worden uitgesteld. Dit is, kortgezegd, mogelijk omdat directeur-groootaandeelhouders kunnen beschikken over liquiditeiten door te lenen van de eigen vennootschap in plaats van dividend uit te keren. De mogelijkheid tot het beschikken over liquiditeiten zonder dat ab-heffing wordt betaald, wordt als onwenselijk beschouwd. Om een einde te maken aan belastinguitstel- en afstel als gevolg van lenen bij de eigen vennootschap zag het Kabinet zich genoodzaakt om een maatregel te treffen. De hoofdlijnen van de maatregel kunnen als volgt worden geschetst:

- Als de totale som van de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder aan zijn eigen vennootschap of vennootschappen meer bedraagt dan EUR 500.000, wordt het meerdere als inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen.
- Bestaande en nieuwe eigenwoningschulden van de aanmerkelijkbelanghouder worden uitgezonderd.
- De maatregel treedt in werking op 1 januari 2023.³³⁵

Met deze maatregel beoogt het kabinet zowel om belastinguitstel en –afstel te voorkomen, als een administratieve lastenverlichting teweeg te brengen voor de Belastingdienst. Het is derhalve de vraag of de ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ belastinguitstel en –afstel op adequate wijze voorkomt. Dat heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Wordt belastinguitstel en –afstel door directeur-groootaandeelhouders op adequate wijze voorkomen door de invoer van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap of zijn andere maatregelen noodzakelijk om belastinguitstel te voorkomen?

Het onderzoek naar de probleemstelling is opgesplitst in vier deelvragen. Deze zullen in het hiernavolgende worden behandeld. Aan de hand van de daarop betrekking hebbende deelconclusies wordt een antwoord geformuleerd op de hoofdvraag.

6.2 Conclusies

Hoofdstuk 2: Wat is het huidige wettelijk kader omtrent de schuldverhouding tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap?

In het vennootschapsrecht worden de directeur-groootaandeelhouder en de vennootschap waar hij bestuurder en aandeelhouder is, in beginsel gezien als twee afzonderlijke partijen. Deze zelfstandigheid vloeit voort uit de toekenning van rechtspersoonlijkheid in het vennootschapsrecht en wordt ook wel de *corporate veil* genoemd. Dit heeft onder meer tot gevolg dat vennootschap en aandeelhouder onafhankelijk zijn. Dit betekent dat zij onderling formele leningsovereenkomsten en rekening-courantverhoudingen aan kunnen gaan. Civielrechtelijk wordt gesproken van een lening indien een terugbetalingsverplichting is overeengekomen

De zelfstandigheid werkt eveneens door naar het belastingrecht. Hierdoor is het binnen de fiscaliteit ook mogelijk voor een directeur-groootaandeelhouder te lenen bij de eigen vennootschap. Dit vormt naast het uitkeren van dividend en het toekennen van een arbeidsvergoeding een derde manier voor

³³⁵ Rijksoverheid 24 april 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/24/nieuwe-belastingmaatregelen-vanwege-de-coronacrisis>.

de directeur-groootaandeelhouder om aan liquiditeiten te komen. De civielrechtelijke kwalificatie van de lening is van belang, omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de civielrechtelijke vorm van de vermogensverstrekking in beginsel leidend is voor de fiscale kwalificatie. Op deze hoofdregel bestaan drie uitzonderingen te weten de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Dergelijke leningen worden voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Het belastingregime dat van toepassing is op het inkomen van de directeur-groootaandeelhouder, is afhankelijk van de hoedanigheid waarin de directeur-groootaandeelhouder optreedt en de fiscale kwalificatie van de lening. Inkomsten in zijn hoedanigheid als aandeelhouder worden belast volgens het ab-regime, terwijl inkomsten in zijn hoedanigheid als bestuurder progressief worden belast in box 1 van de inkomstenbelasting. Om te waarborgen dat de directeur-groootaandeelhouder zichzelf een reëel loon toekent en deze belast wordt in box 1 van de inkomstenbelasting is de gebruikelijkloonregeling geïntroduceerd. Indien de directeur-groootaandeelhouder een lening aangaat bij zijn vennootschap wordt in principe geen inkomen geconstateerd doordat hij optreedt als crediteur.

Door de rechtspersoonlijkheid is de vennootschap in beginsel zelf aansprakelijk voor de rechtsverhoudingen die zij is aangegaan. In enkele gevallen wordt de corporate veil doorbroken, maar hier moet een concrete aanleiding voor zijn. Dit kan zich voordoen op het moment dat de bestuurder of aandeelhouder zijn verplichtingen jegens de vennootschap niet of niet naar behoren nakomt. De aansprakelijkheid kan zich uitstrekken tot belastingschulden die zijn ontstaan.

Hoofdstuk 3: Op welke wijze biedt het thans geldende wettelijk kader de mogelijkheid om belastinguitstel en -afstel te bewerkstelligen?

Via grondslag- en tariefcoördinatie wordt gestreefd naar een globaal evenwicht tussen de directeur-groootaandeelhouder en de IB-ondernemer. Feitelijk bestaat er een groot verschil in de timing van belastingheffing. IB-ondernemers betalen direct belasting over de behaalde winst. Daarentegen kan de directeur-groootaandeelhouder een deel van de belastingheffing uitstellen doordat de ab-regeling fungeert als tussenregeling. De winst van de vennootschap wordt direct belast in de vennootschapsbelasting, maar de corresponderende ab-heffing vindt pas plaats op het moment dat het dividend wordt uitgekeerd. Dit kan evenwel kan pas (vele jaren) later aan de orde komen.

In box 2 van de inkomstenbelasting wordt niet de vermogensaanwas belast, maar het gerealiseerde inkomen. De winstreserves van de vennootschap kunnen daardoor worden aangewend voor investerings- of beleggingsdoeleinden zonder dat de reserves bij de aanmerkelijkbelanghouder worden belast. Hierdoor blijft inkomen uit aanmerkelijk belang gevoelig voor planning en is uitstel van belasting inherent aan het huidige stelsel. Belastinguitstel en fiscale arbitrage is reeds aan banden gelegd door de aanpassing van de doorschuiffaciliteiten, de gebruikelijkloonregeling en de terbeschikkingstellingregeling.

Onterecht behandelt de Staatssecretaris de gevallen van belastinguitstel en de uitzonderlijke gevallen van belastingafstel gelijk. Voor de situatie waarin schulden oplopen of geen zekerheden zijn verstrekt bestaat er jurisprudentie om verder uitstel of afstel van belastingheffing te voorkomen.

Over welke middelen beschikt de Belastingdienst om belastinguitstel en -afstel te bestrijden?

Binnen de huidige fiscale kaders kunnen inspecteurs het karakter van bestaande en oplopende schulden van directeur-groootaandeelhouders aan de orde stellen door het beschikbare fiscale instrumentarium in te zetten. De inspecteur kan zich op het standpunt stellen dat feitelijk geen lening

overeengekomen is, maar een onttrekking heeft plaatsgevonden. Er is sprake van een onttrekking wanneer een vermogensverschuiving plaatsvindt van de vennootschap naar de aandeelhouder en een vennootschap haar aandeelhouder daarmee bewust bevoordeelt. De onttrekking vormt verkapt dividend en wordt vervolgens in box 2 in de heffing betrokken.

In de eerste plaats dient de inspecteur te beoordelen of er ten tijde van de verstrekking sprake is van een lening. Indien er geen terugbetalingsverplichting is overeengekomen is civielrechtelijk geen sprake van een lening. Anderzijds kan een civielrechtelijke lening voor fiscale doeleinden worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen als er sprake is van een schijn- of bodemlozeputlening. Er is dan niet langer sprake van een lening. Het verkapt dividend heeft dan plaatsgevonden op het moment van verstrekken en vormt voor de aanmerkelijkbelanghouder inkomen uit aanmerkelijk belang. Het is voor de inspecteur van belang om tijdig in te grijpen om te voorkomen dat de navorderingstermijn verloopt.

Als is vastgesteld dat fiscaalrechtelijk sprake is van een lening, dient nog te worden beoordeeld of de lening geraakt wordt door de onzakelijkeleningjurisprudentie. Hierbij wordt beoordeeld of de lening onder zakelijke gronden is aangegaan. Een zakelijke lening wordt gekenmerkt door zekerheden, een zakelijke rente en een aflossingsschema. De toetsing vindt plaats door de vraag de stellen of de aanmerkelijkbelanghouder de lening onder overeenkomstige voorwaarden ook aan had kunnen gaan bij een derde partij. Er is sprake van een onzakelijke lening indien de aanvaarding van het debiteurenrisico zijn oorsprong niet vindt in de ondernemings sfeer. De afwaardering van de onzakelijke lening vormt een verkapt dividend welke op dat tijdstip in aanmerking wordt genomen bij de aanmerkelijkbelanghouder. De ontvangen rente wordt overigens gewoon in de heffing betrokken bij de vennootschap. Indien de overeengekomen rente te laag of te hoog is, kan er nog sprake zijn van een prijsonzakelijke lening. In een dergelijke situatie dient er een correctie plaats te vinden in de kapitaalsfeer. Een zakelijke lening kan ook gedurende de looptijd onzakelijk worden doordat de vennootschap zich niet zakelijk opstelt in haar hoedanigheid als crediteur. Dit kan zich voordoen indien er geen invorderingsmaatregelen worden genomen bij het uitblijven van aflossing of bij verhoging van het krediet zonder dat er aanvullende zekerheden worden gesteld. Alsdan kan er bij de afwikkeling een onttrekking worden geconstateerd.

Een belangrijk onderscheid tussen de herkwalificatie naar eigen vermogen en het constateren van een onzakelijke lening, is dat de onzakelijke lening fiscaalrechtelijk blijft kwalificeren als vreemd vermogen. In de praktijk blijkt het voor de inspecteur niet altijd eenvoudig om aan te tonen dat er sprake is van een herkwalificatie of onzakelijke lening. Iedere casus wordt beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden en de bewijslast ligt primair bij de inspecteur.

Voorts kan er inkomen uit aanmerkelijk belang worden vastgesteld op het moment dat de overeenkomst niet wordt nageleefd. Bij een oplopende rekening-courantverhouding wordt veelal een VSO aangegaan. Hierin worden afspraken gemaakt over de aflossing van de schuld. Niet nakoming van de VSO biedt een rechtsmiddel om een winstuitdeling in aanmerking te nemen.

Per saldo beschikt de Belastingdienst dus over tal van middelen om een verkapte winstuitdeling te constateren, mits de leningen in voldoende mate worden getoetst aan de criteria. In dat geval kan er slechts een belastingafstel plaatsvinden omdat zich een normaal debiteurenrisico heeft voorgedaan.

Hoofdstuk 4: Hoe werkt een fictieve dividenduitdeling voor het fiscale en vennootschapsrecht op basis van het conceptwetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap?

Om een einde te maken aan belastinguitstel en –afstel is een maatregel voorgelegd die inkomen uit aanmerkelijkbelang constateert bij aanmerkelijkbelanghouders met een excessieve schuld bij de eigen vennootschap. Met uitzondering van eigenwoningsschulden, wordt in het wetsvoorstel het bovenmatige deel van de schulden die een aanmerkelijkbelanghouder heeft aan zijn vennootschap in aanmerking genomen als fictief regulier voordeel in box 2 van de inkomstenbelasting. De wetgever heeft bepaald dat schulden boven de EUR 500.000 excessief zijn. Voor de berekening van de som van schulden tellen alle civielrechtelijke schulden mee ongeacht de aanwending van de gelden of het tijdstip van aangaan. De aanmerkelijkbelanghouder wordt niet in de gelegenheid gesteld de zakelijke schulden uit te sluiten door middel van een tegenbewijsregeling. Daarbij blijft de bestaande jurisprudentie blijft onverminderd van toepassing op schulden tot het maximumbedrag en kan er nog steeds sprake zijn van een herkwalificatie van de schuld naar eigen vermogen op basis van het Unilever-arrest. Hierdoor kan de schuld onder de maatregel in drie verschillende delen uiteen vallen:

1. Het bovenmatige deel van een schuld boven het maximumbedrag ter zake waarvan een fictief regulier voordeel wordt vastgesteld;
2. Het deel van de schuld onder het maximumbedrag waarvoor geen fictief regulier voordeel wordt geconstateerd; en
3. Het deel van de schuld onder het maximumbedrag ter zake waarvan wegens het constateren van een verkapte winstuitdeling een fiscale herkwalificatie plaatsvindt.

Om te voorkomen dat het fictief regulier voordeel in de opvolgende jaren nogmaals in de heffing wordt betrokken, wordt het maximumbedrag verhoogd met hetzelfde bedrag. Echter, er treedt bij uitkering van ‘echt’ dividend of bij vervreemding van het aandelenbelang dubbele belastingheffing op, omdat er geen algemene anticumulatieregeling is opgenomen in het wetsvoorstel. Slechts voor het jaar van inwerkingtreding is voorgesteld een anticumulatieregeling op te nemen. Hierdoor treedt dubbele belastingheffing op voor de aanmerkelijkbelanghouders die hun schuld na 2022 niet onder de doelmatigheidsdrempel hebben gebracht.

Voor buitenlandsbelastingplichtige aanmerkelijkbelanghouders is de maatregel ook van toepassing. Bij immigratie wordt een *step-up* verleent zodat de immigrerende aanmerkelijkbelanghouder niet direct tegen heffing aanloopt. Dat zou een belemmering zijn van de verkeersvrijheden. Bij emigratie wordt aangesloten bij de systematiek van de conserverende aanslag. Het is de bedoeling de maatregel te laten doorwerken naar de Invorderingswet zodat bij een fictief regulier voordeel (een deel van) de conserverende aanslag kan worden ingevorderd.

De Staatssecretaris is van mening dat de maatregel doorwerkt naar de Belastingverdragen. Het is echter nog maar de vraag of dat ook wordt toegestaan en Nederland haar heffingsbevoegdheid zal kunnen effectueren. Het voordeel is gebaseerd op een fictie en wordt niet gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag. Op basis van de nationale wetgeving kan aangenomen worden dat het fictief regulier voordeel kwalificeert als dividend. Op grond van het dividendartikel in de Belastingverdragen heeft Nederland in de meeste gevallen beperkte heffingsbevoegdheid. Het voordeel zou zich in de toekomst evenwel kunnen manifesteren als vervreemdingsvoordeel. De heffingsbevoegdheid over het vervreemdingsvoordeel komt normaliter toe aan de woonstaat. Voor zover het voordeel zich zonder de introductie van de maatregel zou voordoen als vervreemdingsvoordeel brengt de fictie een verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg. Een dergelijke verschuiving na het afsluiten van het Belastingverdrag is mogelijk in strijd met de goede verdragstrouw.

Blijkens de memorie van toelichting geldt het voorstel enkel in box 2 en werkt de constatering van een fictief regulier voordeel niet door naar box 1 en box 3 van de inkomstenbelasting, dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Voor die belastingen blijft de civielrechtelijke vorm van de schuld leidend. Er wordt een wig gedreven tussen de fiscaalrechtelijke en civielrechtelijke behandeling, maar ook binnen de fiscaliteit ontstaan er verschillende behandelingen. Uit deze factoren tezamen kan geconcludeerd worden dat het conceptwetsvoorstel een prohibitief karakter heeft. Dubbele belastingheffing voorkomen blijkt niet een van de prioriteiten te zijn. Tevens lijkt er weinig aandacht te zijn geschonken aan de internationale aspecten. Het is onzeker hoe tegen het fictief regulier voordeel wordt aangekeken onder de gesloten belastingverdragen en of Nederland de heffing zal kunnen effectueren.

Wordt belastinguitstel en –afstel door directeur-groootaandeelhouders op adequate wijze voorkomen door de invoer van de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap?

Ter beantwoording van het eerste gedeelte van de probleemstelling is in dit hoofdstuk beoordeeld of de aanpak ter bestrijding van belastinguitstel en –afstel adequaat is. Teneinde hierop een antwoord te formuleren is de voorgestelde maatregel getoetst aan doeltreffendheid, doelmatigheid, eenvoud en internationale verenigbaarheid. De maatregel scoort overwegend positief op het gebied van doeltreffendheid. De aanmerkelijkbelanghouder wordt gedwongen om een fictief regulier voordeel in aanmerking te nemen voor zover de som aan schulden de drempel van EUR 500.000 overschrijdt. In zoverre wordt belastinguitstel tegengegaan en wordt het risico voor belastingafstel verkleind. Voor schulden tot EUR 500.000 wordt dit doel niet bereikt, omdat de bestaande jurisprudentie onverminderd van toepassing blijft. Daarnaast zorgt de aansluiting bij het ab-regime ervoor dat een ruime groep wordt aangesproken. Het tweede doel van de maatregel is verlichting van de werklast voor de Belastingdienst. Voor ‘excessieve’ schulden wordt dit doel bereikt. Immers, de bewijslast rust niet meer op de Belastingdienst doordat er direct sprake is van een fictief regulier voordeel en ervoor is gekozen geen tegenbewijsregeling te introduceren. De bewijslast geldt echter nog wel voor schulden onder de doelmatigheidsdrempel waardoor de Belastingdienst actief zal moeten blijven controleren om belastingafstel onder de drempel tegen te gaan.

Het conceptwetsvoorstel is in mijn optiek niet doelmatig. Bij fictie wordt er geacht inkomen uit aanmerkelijk belang te zijn genoten zonder dat hierover kan worden geprocedeerd. Hierdoor worden de langdurige en arbeidsintensieve discussies voorkomen en wordt er vanuit het perspectief van de fiscus voldaan aan doelmatigheid. Minder doelmatig is het jaarlijks vaststellen van de drempel. Dit vereist persoonlijk maatwerk en is onderhevig aan fouten doordat het niet eenvoudig af te leiden is uit jaarrekeningen of aangiftes. Op dat gebied worden de administratieve lasten verhoogd. Vanuit het perspectief van de aanmerkelijkbelanghouder zorgt het ontbreken van een tegenbewijsregeling voor hoge lasten doordat er aflossing en herfinanciering van de schuld plaats moet vinden. Indien er niet wordt of kan worden afgelost treedt er dubbele belastingheffing op waarvoor op de lange termijn niet voorzien wordt. Dit is een van de grootste bezwaren van de wetgeving en zorgt voor ondoelmatigheid van de regeling.

Ten aanzien van de eenvoud van de maatregel wordt geconcludeerd dat de positieve en negatieve effecten elkaar uitbalanceren. Zodra de drempel is vastgesteld bestaat er geen onzekerheid over de kwalificatie als fictief regulier voordeel wat rechtszekerheid creëert. Voorts draagt ook de aansluiting bij het huidige ab-regime en de eigenwoningschuld bij aan de duidelijkheid van de maatregel. Hierdoor wordt voorkomen dat er discussies kunnen ontstaan over die definiëring. Het grootste knelpunt

bestaat op gebied rechtszekerheid door de terugwerkende kracht van schulden die in het verleden zijn aangegaan in de veronderstelling niet aan te lopen tegen een ab-claim.

De internationale verenigbaarheid wordt zeer laag inschat. Hoewel de conceptwetgeving in overeenstemming is met EU-recht, is de maatregel niet compatibel met de gesloten belastingverdragen. Blijkens de historie van de introductie van de gebruikelijk-loonregeling verwacht men dat het voor Nederland lastig zal zijn belastingheffing te effectueren onder de gesloten belastingverdragen. In de eerste plaats is het onduidelijk of het fictief regulier voordeel kwalificeert als dividend. Ten tweede breng het potentieel een verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg, wat in strijd is met de goede verdragstrouw. In de derde plaats kan het innen van een conserverende aanslag voor problemen zorgen doordat onvoldoende rekening wordt gehouden met de samenloop van het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel en invordering van de conserverende aanslag.

Schematisch kan het wetsvoorstel in licht van de toetsingscriteria als volgt worden samengevat:

Toetsingscriteria	Score
Doeltreffendheid	+
Doelmatigheid	-
Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	+ / -
Internationale verenigbaarheid	-

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat de maatregel belastinguitstel en –afstel niet op adequate manier tegengaat. De maatregel heeft een prohibitief karakter en werkt eerder uit als een aanvullende heffing dan dat het van negatieve effecten van excessief lenen bij de eigen vennootschap tegen gaat. Gelet hierop kan het eerste gedeelte van de hoofdvraag ontkennend worden beantwoord. Om die reden is het noodzakelijk om beleidsalternatieven te onderzoeken.

Hoofdstuk 5: Hoe wordt met de schuldverhouding tussen directeur-grootaandeelhouder en zijn vennootschap omgegaan binnen het Duitse recht?

Het is de nadrukkelijke wens van het Kabinet om uitstel van belasting aan banden te leggen. Ter beantwoording van het tweede gedeelte van de probleemstelling, of andere maatregelen noodzakelijk zijn, worden beleidsalternatieven onderzocht. Nederland zou daarvoor te rade kunnen gaan bij de in Duitsland geldende regelgeving. Duitsland hanteert voor de behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder een vergelijkbaar systeem met Nederland. In tegenstelling tot Nederland, past Duitsland een keuzeregime toe voor reguliere voordelen. Dividenden worden ofwel opgeteld bij het inkomen dat tegen het progressieve tarief wordt belast in de inkomstenbelasting ofwel belast tegen een uniform tarief van 25%. Een knelpunt van het Nederlandse ab-regime is dat er geen prikkel bestaat om dividenden uit te keren. Box 2 van de inkomstenbelasting kent een uniform tarief wat inhoudt dat de inkomsten uit aanmerkelijk belang belast worden tegen één tarief ongeacht de hoogte van het voordeel. Het invoeren van een keuze voor een progressief tarief dan wel het uniforme tarief van het ab-regime kan een prikkel vormen om vroegtijdig winstreserves uit te keren om gebruik te maken van een lager tarief. Hanteren van een progressief tarief zal leiden tot planning, maar kan het oppotten van winsten in de vennootschap wel in bepaalde mate tegen gaan. In het kader van het tegengaan van belastinguitstel kan de introductie van een progressief tarief een eenvoudig alternatief zijn.

Daarnaast kent Duitsland eveneens het begrip van de onzakelijke lening. In tegenstelling tot Nederland, heeft Duitsland de onzakelijke lening gecodificeerd in de wetgeving en ligt de bewijslast bij de belastingplichtige. Ondanks de wettelijke codificatie leidt de regeling tot onzekerheid bij de aanmerkelijkbelanghouder. Immers, pas na de beoordeling van de Duitse Belastingdienst is bekend of er sprake is van een zakelijke lening. Bovendien lijken arbeidsintensieve discussies tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige niet minder voor te komen dan in Nederland. Omkering van de bewijslast kan in de eerste aanzet wel een verbetering zijn voor Nederland doordat de bewijslast niet initieel meer rust op de Belastingdienst. De beoordeling van de stukken zal echter niet anders zijn dan in de bestaande situatie, waardoor er nog steeds arbeidsintensieve discussies plaats zullen vinden. Enkel een omkering van de bewijslast leidt mijns inziens tot een minder doelmatige regeling dan de voorgestelde maatregel doordat het geen wezenlijke verandering teweeg brengt ten opzichte van de bestaande situatie.

Voor ondernemingsactiviteiten hanteren de Duitse gemeentes een *Gewerbsteuer*. Dit is een gemeentelijke ondernemingsbelasting die niet aansluit bij het subject, maar bij het object van heffing: de ondernemingsactiviteiten. Het nadeel van de vormgeving in Duitsland is dat de belasting een bestaansrecht heeft naast de vennootschapsbelasting en het ab-regime, waardoor de problematiek omtrent uitstel van heffing blijft bestaan. De vraag is of een dergelijke belasting soelaas kan bieden voor het Nederlandse probleem van belastinguitstel. De Duitse vormgeving van de ondernemingsbelasting als een additionele heffing naast de vennootschapsbelasting en aanmerkelijkbelanghouder maakt de maatregel ondoeltreffend. Daarnaast doet het afbreuk aan de eenvoud van de maatregel en leidt het voor zowel de Belastingdienst als de Belastingplichtige tot een uitbreiding van de administratieve lasten, hetgeen haaks staat op de wens van het Kabinet het stelsel te vereenvoudigen. Naar mijn mening scoort de *Gewerbsteuer* op het gebied van eenvoud en doelmatigheid niet beter dan de maatregel die nu voorligt bij het Kabinet. Hierdoor is de belasting niet aanbevelingswaardig. Uiteraard kan wel nagedacht worden over een ondernemingswinst op nationaal niveau ter vervanging van de ab-heffing.

6.3 Aanbevelingen

In het licht van het antwoord op de probleemstelling worden de wetgever en de beleidsmaker opgeroepen tot vormgeving van nieuwe wetgeving of nieuw beleid, omdat belastinguitstel en –afstel onder de huidige maatregel niet op adequate wijze wordt voorkomen. Mijns inziens zijn er verschillende beleidsopties denkbaar die aansluiten bij de nadrukkelijke wens van het Kabinet om belastinguitstel in box 2 aan te pakken zonder dat de aanmerkelijkbelanghouder wordt geconfronteerd met onbehoorlijke wetgeving.

Ondernemingsbelasting

Voortbordurend op de Duitse *Gewerbsteuer* kan worden overwogen een nationale ondernemingswinstbelasting in te voeren. Een dergelijk regime zorgt voor een neutrale behandeling van de ondernemingen in Nederland en brengt bovenal de timing en belastingdruk van de IB-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder op één lijn. De maatregel is doeltreffend doordat de ondernemingswinstbelasting direct heft over de winst, waardoor belastinguitstel wordt voorkomen. Het tarief zou daarbij gelijk zijn aan het huidige tarief in box 1 of het gecombineerde tarief van box 2 en de vennootschapsbelasting. Mijns inziens is deze regeling doelmatiger dan de Wet excessief lenen doordat er geheven wordt over het gerealiseerde inkomen en geen dubbele heffing optreedt. De lasten voor de Belastingdienst en de ondernemingen zullen daarnaast vergelijkbaar zijn met de lasten

van het huidige belastingsysteem. De internationale verenigbaarheid vereist nader onderzoek, omdat er rekening moet worden gehouden met buitenlandse aandeelhouders of binnenlandse aandeelhouders met een belang in een buitenlandse onderneming die (partieel) onder een ander regime vallen. Nederland zal moeten voorzien in een voorkomingsmethodiek om dubbele belastingheffing in grensoverschrijdende situaties te voorkomen.

Forfaitaire heffing

Een beleidsalternatief wat reeds is onderzocht door de Commissie Van Dijkhuizen is heffing op basis van een forfaitair minimumrendement. Hierdoor wordt de aanmerkelijkbelanghouder regelmatig belast voor inkomen uit aanmerkelijk belang. Daarnaast vermindert een forfaitaire heffing het uitstel van belastingheffing en wordt het risico ten aanzien van de conserverende aanslag bij emigratie verlaagd. Het object van heffing zou het fiscale eigen vermogen zijn en de geheven belasting vormt een voorheffing voor de feitelijk verschuldigde belasting op basis van het genoten inkomen. Hierdoor wordt dubbele belastingheffing voorkomen en scoort een forfaitaire heffing overwegend beter op het gebied van doelmatigheid. Net zoals bij de voorgestelde maatregel is het de vraag hoe een forfait zal doorwerken naar de gesloten belastingverdragen.

Daarnaast kan worden overwogen forfaitaire heffing te beperken tot beleggingsvermogen, wat mijns inziens nog zuiverder zou zijn. Een gedifferentieerde behandeling van het ondernemings- en beleggingsvermogen kan ook worden ingezet om direct over beleggingsvermogen af te rekenen. Het differentiëren tussen het vermogen vereist wel een inspanning van de aanmerkelijkbelanghouder en de Belastingdienst.

Progressief tarief

Mijn persoonlijke voorkeur gaat uit naar het introduceren van een progressief tarief voor box 2. In het thans geldende systeem wordt al het inkomen uit aanmerkelijk belang belast tegen een proportioneel tarief van 26,25%. De huidige tariefstructuur bevat dus geen prikkel om dividend uit te keren. Door met een progressief tarief te werken zullen aanmerkelijkbelanghouders minder snel geneigd zijn om uitkering van dividend eindeloos voor zich uit te schuiven. Immers, zij kunnen een voordeel behalen door jaarlijks dividend uit te keren tegen het lagere tarief. Een tariefsopstap spoort in mijn optiek aan tot gelijkmatige en vroegtijdige uitkering van dividenden.

Naast het feit dat het invoeren van een progressief tarief een eenvoudige maatregel is, bevat een dergelijke maatregel ook hoge mate van doelmatigheid. Belastinguitstel wordt voorkomen zonder dat hier hoge administratieve rompslomp voor de Belastingdienst of aanmerkelijkbelanghouder bij komt kijken. In tegenstelling tot de eerder besproken beleidsalternatieven is een dergelijk beleid ook internationaal verenigbaar. Hierdoor is de introductie van een progressief tarief een geschikt alternatief voor de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Literatuurlijst

Artikelen

Albert, NTFR 2007/1160

P.G.H. Albert, 'Is de afwaardering van een onzakelijke lening aftrekbaar', *NTFR* 2007/1160

Arends, WPNR 2019/7249

A.J.M. Arends, 'Dwingt excessief lenen bij de BV tot excessieve wetgeving?', *WPNR* 2019/7249

Broeksma, WFR 2019/210

P.A. Broeksma, 'Rood staan bij je eigen bank: mag de dga excessief lenen bij eigen vennootschap?', *WFR* 2019/210

Brummen, van & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59

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

Bult, KWEP 2019/26

J.A. Bult, 'Nalaten van een bovenmatige schuld', *KWEP* 2019/26.

Es, van, TFO 2007/94

J.A.G. van Es, 'Afweging bv of eenmanszaak; tendens in de tijd', *TFO* 2007/94, par. 2.

Heithuis, NDFR 2019/1020

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

Meijer, WFR 2015/918

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

Post, in: Cursus Belastingrecht

D.R. Post, 'Het civiele leerstuk 'piercing the corporate veil'', *Cursus Belastingrecht Archief* 2017/Vpb.4.0.0.C.b1.

Raad, van, in: Cursus Belastingrecht

C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.1.3.A.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2019/16.5

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie (art 4.13 en 4.14a e.v. Wet IB 2001)', *V-N* 2019/16.5.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2019/21/3

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Proces voor bouwstenen beter belastingstelsel vormgegeven' (Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 april 2019, nr. 2019-0000062470), *V-N* 2019/21/3

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2020/8.6

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Minister antwoordt op Kamervragen dat fiscaal gedreven winstinhouding knelpunt is in box 2', *V-N* 2020/8.6.

Stevens, WFR 2019/71

S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', *WFR* 2019/71, p. 413, par. 2.2.

Wijtvliet, FED 2019/80

L.D.W. Wijtvliet, 'Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet', *FED* 2019/80, p. 9.

Boeken

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I*. De rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2009 (ook online).

Barneveld, 2014

J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders. Een studie naar de grenzen aan de financieringsvrijheid van aandeelhouders in besloten verhoudingen naar Amerikaans, Duits en Nederlands recht* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 120) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014.

Brag, van & Meertens

I. van Brag ten P.J.M. Meertens, 'De directeur-grootaandeelhouder en zijn bv', *Fiscale Praktijkreeks* nr. 3, onderdeel 3.1.1. Geraadpleegd via NDFR <https://www.ndfr.nl/Boeken/Uitgave?id=FPR&boekId=4123>.

Brüll, Zwemmer & Cornelisse 2016

D. Brüll †, J.W. Zwemmer & R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Dool, van den & Heithuis, 2009

R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 'De fiscale positie van de DGA', Deventer: Kluwer 2009

Dortmond 2013

P.J. Dortmond, *Van der Heiden Handboek NV/BV*, Deventer: Wolters Kluwer 2013

Elsweier, Taxlive 19 juni 2017

F. Elsweier, '(Her)invoering van een ondernemingsbelasting (Gewerbsteuer) in Nederland?', *Taxlive*, 19 juni 2017, (geraadpleegd via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/columns/her-invoering-van-een-ondernemingsbelasting-gewerbsteuer-in-nederland/>)

Elsweier 2018

F. Elsweier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*, Tilburg: CentER (Center for Economic Research) 2018

Groot, de 2011

H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid (R&P) nr. ONR2, 2011

Peters 2007

F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Fiscale Monografieën nr. 123, Deventer: Kluwer 2007

Sangen & Raaijmakers 2011

G.J.H. van der Sangen en M.J.G.C. Raaijmakers, *De directeur-grootaandeelhouder en het BV-recht, Onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer 2011.

Rapporten en internetbronnen

BDO, Taxlive 8 januari 2014

BDO: de onzakelijke lening in Duitsland, *Taxlive*, 8 januari 2014, (geraadpleegd via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/bdo-de-onzakelijke-lening-in-duitsland/>)

Brandsma, *Telegraaf* 5 april 2019

L. Brandsma, 'Rumoer om dga-taks houdt aan', de Telegraaf, 5 april 2019, (geraadpleegd via: <https://www.telegraaf.nl/financieel/3397924/rumoer-om-dga-taks-houdt-aan>)

Commissie Van Dijkhuizen 2013

Commissie Van Dijkhuizen, 'Naar een actiever belastingstelsel', 2013.

Heijn, *Elsevier* 18 september 2018

J. Heijn, 'Ondernemers moeten 19 miljard terugbetalen', Elsevier, 19 september 2018, (geraadpleegd via: <https://www.elsevierweekblad.nl/belasting/achtergrond/2018/09/dga-rekening-courant-plots-belast-644841/>)

Muller, *Taxlive* 20 december 2018

M. Muller, 'Belastingplan 2019: veel, weinig verrassend maar wel ingrijpend', *TaxLive*, 20 december 2018

Rijksoverheid 24 april 2020

Rijksoverheid, 'Nieuwe belastingmaatregelen vanwege de coronacrisis', 24 april 2020, (geraadpleegd via: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/24/nieuwe-belastingmaatregelen-vanwege-de-coronacrisis>)

Scholman, *Taxlive* 12 maart 2019

H. Scholman, 'De systeemfout in de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap', *Taxlive* 12 maart 2019. (geraadpleegd via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/columns/de-systeemfout-in-de-wet-excessief-lenen-bij-de-eigen-vennootschap/>)

Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 2.

Fiscale Encyclopedie de Vakstudie – Wet Inkomstenbelasting 2001

NDFR Commentaar – Wet Inkomstenbelasting 2001

Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting

Parlementaire stukken

Antwoorden Kamervragen 28 januari 2020 (over sparen in en lenen van de eigen bv), nr. 2020-0000007032 (Kamervragen 2019Z26057 van 20 december 2019)

Besluit op Wob verzoek over Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap van 17 december 2019

Besluit op Wob-verzoek naar documenten met betrekking tot leningen tussen directeuren-groootaandeelhouders en hun bv's van 14 maart 2018

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, Stcrt. 2014, 6643

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 februari 2016, BLKB2016/19M, Stcrt. 2016, 9680

Brief van de Staatssecretaris van Financiën 22 februari 2017, nr. 2017-0000023352. Tevens bijlage bij de brief: 'Intranetbericht'.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën 19 februari 2020, nr. 2020-0000003280.

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2

Kamerstukken II 2005/06, 30 375 nrs. 1-2,

Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6

Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 1990/1991, 21 959, nr. 5 (Memorie van Antwoord)

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder 2016, Stct. 2015, 19073

Wijziging van de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en –afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap)

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 28 april 1954, nr. 11.787, *BNB* 1954/191

HR 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165 (m.nt. Smeets)

HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB* 1957/208 (m. nt. M.J.H. Smeets)

HR 18 februari 1959, nr. 13 763, *BNB* 1959/124

HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/196

HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252

HR 25 oktober 1978, nr 18 967, *BNB* 1978/311

HR 25 september 1981 (Osby), *NJ* 1982, 443 (m.nt. J.M.M. Maeijer)

HR 4 mei 1983, nr. 21 668, *BNB* 1983/22

HR 8 november 1991 (Nimox), *NJ* 1992, 174

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217

HR 1 november 1989, nr. 25 777, *BNB* 1990/64

HR 7 juni 1996, nr. 15 791, *NJ* 1996, 695 (m. Nt. J.M.M. Maeijer)

HR 8 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2193, *BNB* 1997/295 (m. nt. D. Juch)

HR 4 september 1997, nr. 31 067, *BNB* 1997/42 (m. nt. P.H.J. Essers)

HR 23 december 1998, nr. 33 813, *BNB* 1999/167

HR 11 maart 1998, nr. 32 240 *BNB* 1998/208

HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 (Arbeidskostenforfait)

HR 24 mei 2002, *BNB* 2002/231

HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/290 (Renpaardenarrest)

HR 29 november 2002, nr. C01/011HR

HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379 (m. nt. P. Kavelaars)

HR 12 december 2003, nr. 38 461, *BNB* 2004/123 (Het ab-inkooparrest)

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

HR 14 mei 2004, nr. 39 807, *NDFR* 2004/814

HR 9 mei 2008, *BNB* 2008/191

HR 4 maart 2011, nr. 09/03233, *BNB* 2011/125,
HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37
HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, ECLI:NL:HR:2012:BV8199, *V-N* 2012/15.20
HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB* 2014/80 (m. nt. R.J. de Vries)
HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *V-N* 2015/16.15
HR 20 maart 2015, *BNB* 2015/141, *NTFR* 2015/1083
HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, *BNB* 2015/180 (m. nt. A.O. Lubbers)
HR 18 november 2016, nr. 15/04977, *BNB* 2017/34 (m. nt. P. Kavelaars)
HR 25 oktober 2019, nr. 18/03508, *BNB* 2020/25 (m. nt. Lubbers)

[Gerechtshof](#)

Hof Amsterdam 16 januari 1998, *V-N* 1998/18.83.
Hof Arnhem 21 januari 2009, nr. 07/00107, ECLI:NL:GHARN:2009:BH1397
Hof 's-Gravenhage 25 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL4198, BK-08/00301
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367

[Rechtbank](#)

Rb Breda 20 januari 2010, nr 08/5672, *LJN* BL5299.
Rb Den Haag 2 september 2015, *JOR* 2016, 260 (Aannemingsbedrijf Timmers)
Rb Noord-Holland, 30 november 2016, nr. 15/5752, *V-N* 2017/17.2.1

Bijlage 1

Schematische weergave van het stappenplan voor de kwalificatie van leningen tussen de directeur-grootaandeelhouder en de eigen vennootschap.

