

De rekening-courantmaatregel

Een beoordeling van het concept wetsvoorstel van de wet
excessief lenen bij eigen vennootschap

Naam	F. Vuijk
Studentnummer	415303
Begeleider	Drs. M.H.M. Smeets
Tweede beoordelaar	Dr. Y.M. Tigelaar - Klootwijk
Datum	29-04-2020

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

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Afkortingen.....	4
1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Probleemstelling.....	10
1.2.1 Deelvragen.....	11
1.2.2 Toetsingscriteria	12
1.3 Structuur.....	14
1.4 Bijschrift.....	15
2. Verhouding tussen de DGA en zijn vennootschap	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Fiscale behandeling van de DGA	17
2.2.1 De DGA los van zijn vennootschap.....	18
2.2.2 Werknemer of Werkgever/ondernemer.....	19
2.2.3 Kapitaalinkomen en arbeidsinkomen.....	20
2.2.4 Fiscaal neutrale keuze rechtsvorm.....	22
2.3 Manieren om liquide middelen uit de vennootschap te halen.....	23
2.3.1 Vermogenssituatie ab-houder.....	24
2.3.2 Dividend.....	25
2.3.3 Loon	27
2.3.4 Teruggaaf van gestort kapitaal.....	27
2.3.5 Geldlening.....	29
2.4 Fiscale behandeling van de lening.....	31
2.4.1 De reële lening.....	31
2.4.2 Leningen in de aandeelhouderssfeer	32
2.4.3 De onzakelijke lening.....	33
2.4.4 Onttrekking.....	34
2.4.5 Uiteenzetting van de leningen	35

2.5 Tussenconclusie.....	36
3. Doelstelling bij de wet excessief lenen bij eigen vennootschap	38
3.1 Inleiding	38
3.2 Uit- en afstel van belastingheffing tegengaan	39
3.2.1 Het probleem uit- en afstel	40
3.2.2 Het wetsvoorstel beknopt behandeld.....	43
3.2.3 (On)rechtvaardig	44
3.2.3 Het wetsvoorstel als oplossing.....	45
3.3 Lastenverlichting voor de belastingdienst	46
3.3.1 Noodzakelijkheid van het verlichten van de lasten.....	46
3.3.2 Effectiviteit	48
3.4 Gevolgen van het terugbrengen van schuldverhoudingen.....	49
3.4.1 Gelijkere behandeling met de ondernemer.....	49
3.4.2 Budgettaire gevolgen	50
3.5 Tussenconclusie.....	51
4. Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap, behoorlijke wetgeving?.....	52
4.1 Inleiding	52
4.2 Uitwerking van de wettekst	52
4.2.1 Artikel 4.13 en Artikel 4.14a.....	53
4.2.2 Artikel 4.14b	55
4.2.3 Artikel 4.14c.....	57
4.2.4 Artikel 10a.22	58
4.2.5 Overige bepalingen en gevolgen	58
4.3 Kritiek op het wetsvoorstel	59
4.3.1 Verbonden personen.....	59
4.3.2 De anticumulatieregeling en dubbele belastingheffing	61
4.3.3 Inwerkingtreding	63
4.3.4 One size fits all.....	64
4.3.5 Complexiteit	65

4.4 Behoorlijke wetgeving.....	66
4.4.1 Rechtmatigheid en verwerking van rechtsbeginselen.....	66
4.4.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid.....	67
4.4.3 Evenredigheid.....	68
4.4.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.....	69
4.4.5 Onderlinge afstemming.....	70
4.4.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	71
4.5 Tussenconclusie.....	72
5. Mogelijke aanpassingen van het wetsvoorstel en alternatieven.....	74
5.1 Inleiding	74
5.2 Mogelijke aanpassingen aan het wetsvoorstel	75
5.2.1 Aanpassen van anticumulatiebepaling.....	75
5.2.2 Beperking van de in de heffing betrokken leningen	78
5.2.3 Vernieuwing van het wetsvoorstel.....	80
5.3 Alternatieve regelingen	81
5.3.1 Forfaitair rendement in box 2	81
5.3.2 Documentatieverplichting voor de ab-houder.....	85
5.3.3 Aanpassen van de navorderingstermijn.....	86
5.4 Tussenconclusie.....	87
6. Conclusie	89
Literatuuroverzicht.....	94
Artikelen	94
Boeken.....	96
Mediabronnen.....	96
Kamerstukken en beleid.....	97
Jurisprudentie.....	97
Bijlagen	98
Bijlage 1: Wijziging van de Wet IB 2001 (wet excessief lenen bij eigen vennootschap).....	98
Bijlage 2: Voorbeelden	100

Afkortingen

Afkorting	Volledig
ab	Aanmerkelijk belang
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur grootaandeelhouder
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IB	Inkomstenbelasting
LB	Loonbelasting
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
RB	Register Belastingadviseurs
Rb	Rechtbank
SRA	Samenwerkende Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten
V-N	Vakstudie nieuws
VPB	Vennootschapsbelasting

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 18 september 2018, Prinsjesdag, werd zoals elk jaar de troonrede uitgesproken. Op deze derde dinsdag van september is ook het Belastingplan 2019 ingediend. Later op dezelfde dag werd de aanbiedingsbrief van het Belastingpakket 2019 opgesteld, deze aanbiedingsbrief is gepubliceerd op 20 september 2018. In deze aanbiedingsbrief is, naast een uitleg van de inhoud van het Belastingplan, een maatregel voor het ontmoedigen van excessief lenen van de eigen vennootschap (hierna ook: rekening-courantmaatregel) opgenomen.¹ Deze rekening-courantmaatregel, welke niet was opgenomen in het Belastingplan en als verrassing kwam, is een poging van het kabinet om langdurig uitstel van belastingheffing van inkomstenbelasting (hierna: IB) door de directeur-groothouder (hierna: DGA) tegen te gaan.² Op 4 maart 2019 is vorm gegeven aan dit voornemen door de publicatie van een concept van de wettekst in het wetsvoorstel “Wet excessief lenen bij eigen vennootschap” (hierna ook: het wetsvoorstel).³ Deze wet is sinds de aankondiging van het voornemen veel in opspraak geweest in fiscaal Nederland.

Bij aankondiging van het voornemen in de aanbiedingsbrief zijn al contouren gegeven van de inhoud van de wettekst. Bij deze contouren is gebleken dat niet alleen de DGA, maar elke aanmerkelijkbelanghouder⁴ (hierna: ab-houder) geraakt kan worden. De maatregel treedt in werking voor een ab-houder wanneer de totale som van de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder aan zijn vennootschap een bedrag van meer dan € 500.000 bedraagt. Het effect van de maatregel zal zijn dat het bedrag van de lening, voor zover het boven de € 500.000 uitkomt, als fictief regulier inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen zal worden. De bedoeling is dat de wet in werking zal treden vanaf 1 januari 2022. Tot slot was in de aanbiedingsbrief van het belastingpakket een overgangsmaatregel aangekondigd voor bestaande eigenwoningschulden. Op 15 oktober 2018 is deze maatregel voor eigen woningen uitgebreid van een overgangsmaatregel voor bestaande schulden naar

¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

² Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 2-6.

³ Zie internetconsultatie Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap via

<https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen>

⁴ Het begrip aanmerkelijk belang is opgenomen in artikel 4.6 wet IB 2001. In de hoofdregel is een natuurlijk persoon een ab-houder wanneer hij 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap bezit. Door een aantal bijzondere bepalingen kan er ook in andere gevallen sprake zijn van een aanmerkelijk belang; deze bepalingen zijn opgenomen in afdeling 4.3 van de wet IB 2001.

een vaste regeling voor alle eigenwoningschulden.⁵ Op grond van deze regeling zijn schulden aangegaan door de ab-houder ter financiering van zijn eigen woning vrijgesteld van deze regeling.

Aan de contouren van de wet is op 4 maart 2019 meer substantie gegeven bij de internetconsultatie voor de wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Naast het concept wetsvoorstel is bij de internetconsultatie ook een memorie van toelichting aangeleverd door de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris). Het concept wetsvoorstel is in lijn met de eerder opgestelde contouren. De strekking van de wet blijft het belasten van het excessieve deel van schulden aan de eigen vennootschap, uitgezonderd schulden voor de eigen woning.

In de fiscale literatuur is sinds de aankondiging van de maatregel al veel kritiek geweest op het voornemen. Veel auteurs verwachtten een maatregel tegen het uitstellen van uitkeren van dividend maar hadden gehoopt op een andere maatregel. Ligthart en Nijkamp vinden de maatregel te streng en geven aan dat dit probleem ook op minder stringente wijze kan worden aangepakt.⁶ Heithuis legt in zijn kritiek de nadruk vooral op het feit dat ook rekening-courant schulden waar een belastbare bezitting tegenover staat aangepakt worden.⁷ Ook de NOB heeft een duit in het zakje gedaan bij de aankondiging van de maatregel door deze een inbreuk op de coherentie van het systeem te noemen en aan te geven dat deze het systeem onnodig complexer zal maken.⁸ Daarnaast pleit de NOB ervoor dat de rekening-courantmaatregel niet dient te gelden voor geldleningen waarmee belaste bezittingen zijn aangekocht. De NOB heeft na de aankondiging van de verzachting door het uitsluiten van eigenwoningschulden zich positief uitgelaten over de aanpassing maar heeft ook aangegeven dat de maatregel een fundamentele heroverweging verdient. Volgens de NOB ontstaat door de nieuwe rekening-courantmaatregel afbakenings- en sfeerovergangsproblematiek en is nog steeds sprake van een grote mate van *overkill*.⁹

Sinds de publicatie van het concept wetsvoorstel bij de internetconsultatie is de omvang van de kritiek niet afgenomen. De internetconsultatie ontving 60 reacties, waaronder reacties van grote organisaties als de redactie Vakstudie Nieuws, de NOB, de SRA en het RB. De NOB merkt kritisch op dat het concept wetsvoorstel leidt tot meervoudige heffingen, een onnodige toename van ficties en complexiteit,

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35000, nr. 72, p. 3.

⁶ Ligthart & Nijkamp, *TFO* 2018/160.3, p. 16.

⁷ Heithuis *TaxLive*, 2018.

⁸ NOB, 21-09-2018.

⁹ NOB, 19-10-2018.

disproportionaliteit en een toename van administratieve lasten.¹⁰ De SRA is van mening dat het wetsvoorstel in de huidige vorm niet moet worden ingevoerd omdat deze leidt tot onredelijke en onwenselijke heffing.¹¹ De redactie Vakstudie Nieuws is ook kritisch en dan voornamelijk op het gebied van dubbele belastingheffing; zij verwacht echter dat ondanks de kritiek geen fundamentele wijzigingen zullen worden aangebracht in het wetsvoorstel.¹² Het uitblijven van deze fundamentele wijzigingen zou, gezien het grote aantal negatieve reacties, een opmerkelijke beslissing zijn.

De staatssecretaris heeft in de memorie van toelichting aangegeven met het wetsvoorstel het uitstel van belastingheffing door middel van excessief lenen tegen te willen gaan.¹³ Zoals eerder aangegeven zullen leningen voor zover zij meer dan € 500.000 bedragen voor dit bovenmatige deel als fictief voordeel uit aanmerkelijk belang in box 2¹⁴ beschouwd en behandeld worden. Dit betekent dat dit “excessieve” deel in de inkomstenbelasting belast zal worden tegen het dan geldende box 2 tarief. Op deze manier wil het kabinet voor deze excessieve leningen de belastingheffing laten aansluiten bij het moment dat de liquide middelen ook daadwerkelijk onttrokken worden aan de vennootschap.¹⁵ Op deze manier kan de ab-houder niet langer gebruik maken van een lening om belastingheffing langdurig uit te stellen of in specifieke gevallen zelfs af te stellen. Het tegenwerken van uit- en afstel van belastingheffing wordt door de staatssecretaris in de memorie van toelichting als het hoofddoel van het wetsvoorstel genoemd. Dit sluit aan bij de doelstelling die gegeven is door de staatssecretaris bij aankondiging van de maatregel.¹⁶ Het langdurig uitstellen van belastingheffing door de DGA is één van de problemen die door de commissie Van Dijkhuizen is aangestipt als bronnen van onevenwichtige belastingheffing.¹⁷ Naast dit hoofddoel wordt nog expliciet een tweede doel vermeld door de staatssecretaris. De belastingdienst besteedt veel tijd aan het beoordelen van de hoedanigheid van schuldverhoudingen tussen ab-houders en hun vennootschappen.¹⁸ Gezien de gelijke belangen van de vennootschap en de ab-houder kan sprake zijn van een daadwerkelijke lening maar ook van een

¹⁰ NOB, 29-03-2019, p. 3-4.

¹¹ SRA, 2019, p. 2-6.

¹² V-N 2019/16.5, p. 22.

¹³ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 2-4.

¹⁴ In Nederland is het inkomstenbelastingstelsel opgedeeld in drie boxen.

- Box 1 belast het inkomen uit werk en woning.
- Box 2 belast het inkomen uit aanmerkelijk belang.
- Box 3 belast het inkomen uit sparen en beleggen.

¹⁵ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 3.

¹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

¹⁷ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 23-25.

¹⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 6-7.

verkapte winstuitdeling.¹⁹ De discussies tussen de belastingdienst en de belastingplichtige die hieruit volgen vergen veel toezichtcapaciteit van de belastingdienst. De wet excessief lenen bij eigen vennootschap zal volgens de staatssecretaris ervoor zorgen dat deze discussies niet langer plaats hoeven te vinden bij schuldverhoudingen van meer dan € 500.000.²⁰

Het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing en het verlagen van de administratieve lasten van de belastingdienst zijn de twee door de staatssecretaris gegeven redenen om de wet excessief lenen bij eigen vennootschap in te voeren. De staatssecretaris verwacht dat de invoering van deze wet preventief zal uitwerken en dat deze ertoe zal leiden dat ab-houders zullen willen voorkomen dat zij in een schuldpositie van meer dan € 500.000 terecht komen. Ab-houders die zich al in een schuldpositie van meer dan € 500.000 bevinden zullen naar verwachting van de staatssecretaris hun schuld proberen terug te brengen tot een bedrag onder deze grens.²¹

Wanneer ab-houders hun schuld proberen te verkleinen zal dit fiscale gevolgen hebben. Wanneer een ab-houder zijn schuld verlaagt om niet in de heffing van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap te vallen zal er vaak nog steeds belasting geheven worden. Veel ab-houders zullen namelijk de schuld naar verwachting terugbetalen door middel van uitkering van hun winstreserves.²² Deze uitkering is een regulier voordeel en derhalve belast in box 2. In plaats van heffing vanwege de excessieve schuld vindt er dan heffing plaats vanwege de uitkering van de winstreserves.

Naast de heffing van belasting is er mijns inziens sprake van een ander belangrijk gevolg van deze maatregel. De wet excessief lenen bij eigen vennootschap beperkt een voordeel voor de ab-houder. De ab-houder en zijn vennootschap zijn twee verschillende entiteiten. Hierdoor is het mogelijk voor de ab-houder om geld te kunnen lenen van zijn onderneming. Rijkers ziet het wetsvoorstel als één van de vele pogingen van het kabinet om de problematiek tussen de DGA en zijn eigen vennootschap op te lossen.²³

Wijtvliet noemt het huidige wetsvoorstel een opmaat naar een uniformere belastingheffing van de DGA ten opzichte van de zelfstandige ondernemer, omdat de zelfstandige ondernemer niet in staat is

¹⁹ Er is sprake van een verkapte winstuitdeling wanneer de vennootschap bewust de aandeelhouder bevoordeelt. Het doel van deze bevoordeling is het onttrekken van winsten uit de vennootschap. Een verkapte winstuitdeling is belast in box 2 als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang en dus alsnog belast.

²⁰ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 6.

²¹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 11-12.

²² Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 12.

²³ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 12.

om geld te lenen van zijn onderneming.²⁴ Hoewel de ab-houders nog steeds in staat zullen zijn om te lenen van hun vennootschap wordt dit voordeel door het wetsvoorstel wel ingeperkt. Hierdoor wordt de fiscale behandeling van de DGA meer in lijn gebracht met die van de zelfstandige ondernemer welke in box 1²⁵ belast wordt.

In de parlementaire geschiedenis is het gelijk behandelen van de verschillende vormen van arbeidsinkomen al eerder van belang geweest.²⁶ Hierbij kan gedacht worden aan het voornemen van het toenmalige kabinet om een winstbox in te voeren voor ondernemers.²⁷ Dit werd toentertijd als middel aangedragen om een rechtsvorm neutrale ondernemingswinstbelasting te realiseren.²⁸ Ook is dit in lijn met de uitgangspunten van de rapporten 'Continuïteit en vernieuwing'²⁹ en 'Naar een activerender belastingstelsel'.³⁰ De staatssecretaris heeft echter in de memorie van toelichting niet aangegeven dat deze wettekst een poging is om een gelijkere behandeling te realiseren tussen de DGA en andere arbeidsinkomensgenieters. Het valt echter wel logischerwijs te verwachten dat het wetsvoorstel zal leiden tot een gelijkere behandeling van de DGA ten opzichte van de zelfstandige ondernemer. Het doel dat de staatssecretaris heeft verbonden aan de wet excessief lenen bij eigen vennootschap is het tegengaan van oneindig uitstel van belastingheffing. Dit is een voordeel dat de ab-houder heeft en waar de ondernemer geen recht op heeft.³¹

Op basis van de vele kritiek die reeds geleverd is op het wetsvoorstel kan betoogd worden dat het kabinet wellicht te ver is gegaan om zijn doel te bereiken. De vraag die hierbij opkomt is dan ook of de wettekst bepaalde nuancerings behoeft zoals velen voorstellen, of dat het gehele wetsvoorstel misschien beter achterwege gelaten zou kunnen worden zoals Auerbach en Peters voorstellen.³²

²⁴ Wijtvliet, *FED* 2019/80, p. 9.

²⁵ Box 1 van de inkomstenbelasting belast het inkomen uit werk en woning. Winst uit onderneming valt hier onder. De DGA wordt alleen voor zijn loon belast in deze box, het rendement wat hij op zijn kapitaal van de vennootschap haalt wordt belast in box 2.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, Kamerstukken II 2013/14, nr. 6, 33 447, nr. 6.

²⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 1.

²⁸ *Notitie fiscaal bevorderen ondernemerschap*, 2008, p. 92.

²⁹ *Rapport Continuïteit en vernieuwing*, Studiecommissie belastingstelsel, 2010.

³⁰ *Eindrapport Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013.

³¹ Een zelfstandig ondernemer drijft zijn onderneming voor eigen rekening en risico. Hij wordt jaarlijks belast voor zijn jaarwinst en heeft dus niet de mogelijkheid tot uitstel die een ab-houder wel heeft.

³² Auerbach & Peters, *FTV* 2019/3-10, p. 14.

1.2 Probleemstelling

Zoals eerder aangegeven is reeds veel kritiek geleverd op het concept wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. In deze scriptie wordt getoetst of het huidige concept wetsvoorstel voldoet aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving.

Ongeacht de kritiek die geleverd is op het wetsvoorstel dient beoordeeld te worden of dit past in behoorlijke fiscale wetgeving. Voor behoorlijke fiscale wetgeving is de wetgever gebonden aan een aantal kwaliteitseisen. In de nota 'Zicht op wetgeving' worden de zes kwaliteitseisen genoemd waar de wetgever aan gebonden is voor wetgeving.³³ Deze kwaliteitseisen zijn: *Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen* (1), *doeltreffendheid en doelmatigheid* (2), *subsidiariteit en evenredigheid* (3), *uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid* (4), *onderlinge afstemming* (5) en *eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid* (6).³⁴

Aan de hand van deze eisen kan de inhoud van een wet getoetst worden, alsmede de noodzakelijkheid van de wet. De kern van deze criteria komt mijns inziens ook overeen met die van de vijf punten waar de NOB deze wet aan heeft gemeten; meervoudige heffing, toename van ficties, complexiteit, toename van administratieve lasten en disproportionaliteit.³⁵ Uit haar verschillende reacties is gebleken dat de NOB niet vindt dat het concept wetsvoorstel voldoet aan deze eisen voor een goede fiscale wetgeving. Hoewel het definitieve wetsvoorstel nog bij de Tweede Kamer ingediend moet worden is het vermoeden dat dit niet of nauwelijks af zal wijken van de conceptversie.³⁶

De eerder genoemde problemen hebben geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Past de voorgestelde wet excessief lenen bij eigen vennootschap in het kader van behoorlijke fiscale wetgeving? Zo nee, welke aanpassingen dienen gemaakt te worden?

Het kabinet heeft het wetsvoorstel opgesteld met als doel het ontmoedigen van uit- en afstel van belastingheffing en het verminderen van de werkdruk voor de belastingdienst. Daarnaast realiseert het wetsvoorstel ook een gelijkere behandeling van de DGA ten opzichte van de zelfstandige ondernemer. Dit zal leiden tot meer rechtsvormneutraliteit. De staatssecretaris verwacht dat de abhouders hun leningen zullen aflossen tot minder dan € 500.000; daarnaast zal het wetsvoorstel

³³ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 23.

³⁴ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 23.

³⁵ NOB, 29-03-2019, p. 3-4.

³⁶ V-N 2019/16.5, p. 22.

voornamelijk een preventieve werking hebben om excessieve leningen te voorkomen.³⁷ Het wetsvoorstel werkt echter breder uit dan slechts het tegengaan van excessieve leningen. Daarnaast wordt ook geopperd dat door de huidige zware uitwerking van de bepaling deze meer als een sanctie- of verbodsbepaling uitpakt.³⁸ Bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag zal onderzocht worden of het huidige wetsvoorstel de doelstelling van het kabinet op een effectieve en proportionele manier weet te realiseren. Op basis van de vele kritiek en kanttekeningen die geleverd zijn door fiscaal Nederland is in deze onderzoeksvraag al de aanname verwerkt dat bepaalde aanpassingen waarschijnlijk gewenst zullen zijn.

1.2.1 Deelvragen

Voor de beantwoording van deze onderzoeksvraag wordt gebruik gemaakt van een aantal deelvragen. De deelvragen zijn als volgt:

- *Wat is het huidige raamwerk omtrent de schuldverhoudingen tussen een DGA en zijn vennootschap?*
- *Wat zijn de verwachte gevolgen van het wetsvoorstel en voldoen deze aan de doelstelling van het kabinet?*
- *Hoe voldoet de invulling van het wetsvoorstel aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving?*
- *Welke aanpassingen kunnen gemaakt worden aan het wetsvoorstel om dit beter aan te laten sluiten bij de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving?*

Aan de hand van deze deelvragen zal dit onderzoek uitgevoerd worden. De eerste deelvraag is bedoeld om een kader te stellen voor de huidige situatie van de schuldverhoudingen tussen de ab-houder, met name de DGA, en zijn vennootschap. Hierbij wordt een theoretisch raamwerk geschetst van de fiscale behandeling van de DGA ten opzichte van andere vergelijkbare belastingplichtigen, schuldverhoudingen van de DGA en andere verhoudingen van de DGA met zijn vennootschap.

Bij de tweede deelvraag wordt nader gekeken naar de doelstellingen die het kabinet heeft gegeven bij het wetsvoorstel. Ook zal gekeken worden naar hoe de huidige situatie van de ab-houder, met name de DGA, het kabinet heeft aangezet tot het huidige wetsvoorstel. De expliciete doelstellingen van het

³⁷ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 11.

³⁸ Auerbach & Peters, *FTV* 2019/3-10, p. 12.

kabinet zijn de doelstellingen die genoemd zijn in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel: het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing en het verlichten van de administratieve lasten voor de belastingdienst.

De derde deelvraag behelst het toetsen van het huidige voorstel aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving. Allereerst wordt de wettekst en de uitvoering ervan hier uitvoerig uitgewerkt alsmede de geleverde kritiek door fiscale auteurs en instanties. Vervolgens zal het wetsvoorstel in een kader geplaatst worden om aan de hand van bepaalde criteria te toetsen of deze wet past in het kader van behoorlijke fiscale wetgeving. De toetsingscriteria zullen in het volgende onderdeel behandeld worden.

De vierde deelvraag vormt de opzet naar de conclusie en aanbevelingen die bij dit onderzoek horen. In de fiscale literatuur zijn al meer oplossingen aangedragen door auteurs die het wetsvoorstel beoordeeld hebben. Bij de beantwoording van de vierde deelvraag zal aandacht besteed worden aan deze oplossingen en ook zullen eigen oplossingen, aanpassingen en alternatieven aangedragen worden. Niet alle oplossingen die zijn aangedragen in de fiscale literatuur zijn mijns inziens nodig of terecht. De aangedragen oplossingen dienen te voldoen aan de doelstellingen van het kabinet.

1.2.2 Toetsingscriteria

De beoordeling van het wetsvoorstel dient mijns inziens te geschieden in een kader van behoorlijke fiscale wetgeving. Mijns inziens is er sprake van behoorlijke wetgeving wanneer de voorgestelde wet voldoet aan de zes eisen van de nota 'Zicht op wetgeving'. De eisen zijn:

1. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen
2. Doeltreffendheid en doelmatigheid
3. Evenredigheid
4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid
5. Onderlinge afstemming
6. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Dit zijn eisen die de wetgever zichzelf heeft opgelegd om de kwaliteit van wetgeving te beschouwen en te waarborgen.³⁹ Sinds de publicatie van de nota vormen deze criteria een vast kader voor het

³⁹ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 8-9.

toetsen van de kwaliteit van wetgeving.⁴⁰ Bij het vormen van nieuwe wetgeving moet de besluitvorming aan deze criteria gemeten worden.⁴¹ Deze criteria omvatten onder andere de vier criteria die Stevens en De Smit aanwenden voor een goed belastingstelsel, namelijk eerlijkheid, effectiviteit, efficiëntie en eenvoud.⁴² Ook omvatten deze zes criteria de punten waar de NOB het conceptwetsvoorstel onvoldoende op vindt scoren; deze criteria waren meervoudige heffing, toename van ficties, complexiteit, toename van administratieve lasten en disproportionaliteit.⁴³

Nieuwe wetgeving dient in overeenstemming met het recht te zijn.⁴⁴ Dit vereiste, *rechtmatigheid*, is de meest wezenlijke kwaliteitseis uit de nota. Rechtmatigheid betekent dus dat nieuwe wetgeving in overeenstemming dient te zijn met het EU-recht, de grondwet en algemene *rechtsbeginselen van wetgeving*. Mijns inziens is de belangrijkste toets voor deze eis het toetsen van de wetgeving aan het EU-recht. Door de sterke opkomst van internationale en communautaire wetgeving wordt de nationale beleidsruimte namelijk steeds beperkter.⁴⁵

Doeltreffendheid betekent dat de wetgeving de daarbij beoogde doelstelling ook daadwerkelijk moet realiseren.⁴⁶ *Doelmatigheid* betekent dat de wet niet tot onnodige inefficiëntie moet leiden. Dit houdt in dat de doelstelling van de wet zo goed mogelijk bereikt wordt met minimale benodigde inspanning.⁴⁷ Doeltreffendheid en doelmatigheid, ook wel effectiviteit en efficiëntie genoemd, dienen bij elke regeling in de toelichting opgenomen te worden. De verwachting bij het wetsvoorstel is dat deze maatregel de meest gebruikte en eenvoudigste methode van uitstel tegengaat en derhalve effectief en efficiënt zal zijn.⁴⁸

Evenredigheid, ook wel proportionaliteit genoemd, betekent dat de baten en lasten van de regeling in verhouding met elkaar moeten staan. Dit betekent dat een wetsbepaling niet zomaar onnodig zware

⁴⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1.

⁴¹ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 23.

⁴² Stevens & de Smit, 2015, p. 9-15.

⁴³ NOB, 29-03-2019, p. 3-4.

⁴⁴ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 24.

⁴⁵ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 24.

⁴⁶ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 25.

⁴⁷ Stevens & de Smit, 2015, p. 8-10.

⁴⁸ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 13.

gevolgen mag hebben voor de belastingplichtige. Op grond van dit beginsel dient ook voorkomen te worden dat wetgeving bepaalde groepen onnodig benadeelt.⁴⁹

Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid betreft de potentie voor de overheid om naleving van de wet ook daadwerkelijk af te dwingen.⁵⁰ Vooral bij de voorbereiding van de wet dient hier op gelet te worden, waarbij een goed contact tussen de wetgevende instantie en de uitvoerende instantie van belang is.

Het belang van een goede *onderlinge afstemming* is dat regels onder elkaar niet schuren om zo onnodige frictie te voorkomen.⁵¹ Hierbij is ook van belang dat verschillende regels niet leiden tot verschillende behandelingen van dezelfde kwestie. Voor wetgeving is het van belang dat de wet niet alleen afgestemd is met andere wetten, maar ook met rechtspraak en beleidsregels.

De laatste criteria zijn *eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid*, deze criteria spreken mijns inziens voor zich. Het moet voor de belanghebbenden duidelijk zijn wat de gevolgen voor hen zijn van de wetgeving.⁵² Daarnaast dient het ook duidelijk te zijn wat de wetgever wil bereiken met de wet. Voorts dient een wet niet overbodig gedetailleerd te zijn. Een wet die te gedetailleerd is schiet vaak ook tekort op het gebied van rechtszekerheid en doeltreffendheid.

1.3 Structuur

Dit onderzoek vormt een beoordeling van het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. De onderzoeksvraag zal behandeld worden op basis van de beantwoording van een aantal deelvragen. De beantwoording van deze hoofd- en deelvragen vormt grotendeels ook de structuur van deze scriptie.

Hoofdstuk 2, verhouding tussen de DGA en zijn vennootschap, betreft de beantwoording van de eerste deelvraag. In dit hoofdstuk zal allereerst naar de fiscale behandeling van de DGA gekeken worden om vervolgens de positie van de DGA als schuldeiser/schuldenaar nader toe te lichten. Voorts zal onderzocht worden welke fiscale aspecten en motieven voor de DGA spelen bij het aangaan van een schuld bij zijn eigen vennootschap. Om deze aspecten en motieven goed te beoordelen is eerst naar

⁴⁹ In de nota is ook een ander beginsel opgenomen wat nauw verbonden is met evenredigheid. Dit beginsel, het subsidiariteitsbeginsel, zorgt ervoor dat de overheid waar mogelijk verantwoordelijkheden neer legt bij decentrale overheidsinstanties of maatschappelijke organisaties. Dit beginsel zal echter achterwege gelaten worden, omdat dit niet van toepassing is bij het wetsvoorstel.

⁵⁰ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 27.

⁵¹ Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 29.

⁵² Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, blz. 30.

alternatieve manieren gekeken om liquide middelen te onttrekken van de vennootschap. In dit hoofdstuk komt ook de relevante jurisprudentie inzake de lening tussen verbonden partijen aan bod.

Het derde en vierde hoofdstuk zijn gericht op de regeling zelf en de wettekst zoals deze in het concept wetsvoorstel is opgenomen. In het derde hoofdstuk wordt voornamelijk gekeken naar de motieven van het kabinet voor het huidige wetsvoorstel alsmede een nadere blik op de doelstellingen van het kabinet. Het vierde hoofdstuk begint met een uitwerking van de wettekst en vervolgens een analyse van de kritiek die fiscale auteurs en instanties hebben gegeven op het wetsvoorstel. Tot slot zullen de doelstelling en uitwerking van het wetsvoorstel, met de kritiek in aanmerking genomen, getoetst worden aan de criteria uit de nota zicht op wetgeving.

Op basis van de conclusies van hoofdstukken 3 en 4 zijn in hoofdstuk 5 een aantal aanpassingen en alternatieven voor het wetsvoorstel opgenomen. Deze aanpassingen en alternatieven vormen de beantwoording van de vierde deelvraag. In hoofdstuk 6 volgt de conclusie van deze scriptie waarbij ook de onderzoeksvraag beantwoord wordt.

1.4 Bijschrift

In deze scriptie wordt het concept wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap onderzocht. Dit concept wetsvoorstel is samen met de concept memorie van toelichting gepubliceerd op 4 maart 2019. Op het moment van schrijven van deze scriptie is het definitieve wetsvoorstel nog niet ingediend. Derhalve beoordeelt deze scriptie slechts het concept wetsvoorstel en de concept memorie van toelichting van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Ten behoeve van de leesbaarheid van de scriptie wordt voorts niet langer de term concept gebruikt wanneer het wetsvoorstel en de memorie van toelichting worden aangeduid.

De motivatie achter het voorstel lijkt toegespitst op de DGA, maar is van toepassing op alle ab-houders. In de memorie van toelichting wordt namelijk de sterke invloed als aandeelhouder als onderdeel van het probleem aangemerkt.⁵³ Uit de achterliggende stukken van het proces blijkt ook dat het kabinet toegespitst was op de vermogenspositie van DGA's in het bijzonder.⁵⁴ Toch is voor ab-houders gekozen; omdat in de fiscale wet- en regelgeving de term DGA niet gehanteerd wordt.⁵⁵ Voor de toetsing of het wetsvoorstel voldoet aan de eisen voor behoorlijke fiscale wetgeving dient de DGA

⁵³ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p. 9.

⁵⁴ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 52.

⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr.19, p. 2.

mijns inziens op een andere manier bekeken te worden dan de andere ab-houders. Een aandeelhouder met slechts 5% van de aandelen is wel een ab-houder, maar zal nauwelijks invloed hebben op de vennootschap. De DGA heeft dat in zijn rol als grootaandeelhouder en in zijn rol als bestuurder juist wel.

2. Verhouding tussen de DGA en zijn vennootschap

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de huidige status van de DGA en zijn mogelijkheid tot lenen bij eigen vennootschap behandeld. Voor dit onderzoek is het van belang te kijken naar de vermogenssituatie van zowel de ab-houder als de DGA en diens vennootschap. In dit hoofdstuk ligt de nadruk dan ook op de DGA en zijn vennootschap. Bij de DGA spelen namelijk vaker verschillende factoren een rol. Bij de DGA is het bijvoorbeeld van belang onderscheid te maken tussen zijn rol als werknemer en zijn rol als werkgever. Dit is een pijnpunt wat specifiek speelt in de DGA problematiek. Hieruit blijkt ook waarom het effectief belasten van de DGA voorheen ook voor de nodige moeite heeft gezorgd voor de wetgever. Voorts wordt ook gekeken naar de reden voor ab-houders om geld te lenen van zijn vennootschap, waarbij ook aandacht besteed wordt aan de alternatieve manieren om liquide middelen te onttrekken van de vennootschap. De geldlening wordt vervolgens verder uitgelicht, waarbij gekeken wordt naar de relevante jurisprudentie in het geval van een lening tussen gelieerde partijen. Dit wordt gedaan om een goede beoordeling te kunnen geven van de gevolgen van het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. Hiervoor is het namelijk relevant om te weten welke gevolgen en behandelingen al van toepassing waren zonder het wetsvoorstel en hoe de uitwerking van het wetsvoorstel zich hier tot zal verhouden.

2.2 Fiscale behandeling van de DGA

De fiscaal evenwichtige behandeling van het belasten van arbeidsinkomen is wel vaker aan bod gekomen in de parlementaire geschiedenis. Hierbij is voornamelijk de DGA een vreemde eend in de bijt, gezien het feit dat hij een raakvlak is van vier verschillende typen belastingplichtigen: werknemer, ondernemer, ab-houder en particulier belegger.⁵⁶ De DGA is namelijk zowel werknemer van zijn vennootschap, belast in box 1 van de wet IB 2001, als ab-houder van zijn vennootschap, belast in box 2 van de wet IB 2001. De DGA is niet daadwerkelijk een ondernemer maar gebaseerd op de economische feiten is de DGA haast gelijk aan de zelfstandige ondernemer. De verschillen in behandeling komen voort uit een andere keuze van rechtsvorm. Ook kan de ab-houder in bepaalde situaties vergelijkbaar zijn met de particuliere belegger omdat het houden van de aandelen ook een vorm van beleggen is; het enige onderscheid tussen ab-houders en beleggers is in sommige gevallen de arbitraire grens van 5%. Daarnaast kan de DGA optreden als schuldenaar en schuldeiser jegens zijn

⁵⁶ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 12.

vennootschap. Deze verschillende “rollen” van de DGA compliceren de huidige problematiek van het evenwichtig belasten van diens inkomen.

De DGA wordt in de Nederlandse vennootschapsbelasting anders belast dan de ondernemer. Bij de DGA wordt er zowel belasting geheven bij hem zelf als bij zijn vennootschap. Dit zijn namelijk afzonderlijke belastingsubjecten; de belastingheffing is dus opgesplitst in componenten.⁵⁷ De belasting bij zijn vennootschap vindt plaats over haar winst; dit is de vennootschapsbelasting. Door de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 van de wet VPB 1969 lijkt deze winstbelasting in veel aspecten op de winstberekening van de IB-ondernemer. De afwijking tussen belasting voor de DGA ten opzichte van de ondernemer ontstaat echter door het tweede component van belastingheffing bij de DGA: de box 2 heffing. De heffing over winst vindt jaarlijks plaats over de jaarwinst. Dit geldt voor zowel de IB als de VPB. Het moment van de tweede heffing voor de DGA, de box 2 heffing, kan de DGA echter enigszins zelf bepalen; deze heffing vindt namelijk plaats wanneer dividend uitgekeerd wordt, een beslissing die de DGA zelf neemt.⁵⁸

2.2.1 De DGA los van zijn vennootschap

De grondslag van de problematiek van het evenwichtig belasten van het inkomen van de DGA ligt bij de scheiding van de ab-houder en zijn vennootschap. Een ab-houder houdt minimaal 5% van de aandelen in een vennootschap, maar in veel gevallen houdt een ab-houder 100% van de aandelen in een vennootschap. Wanneer een ab-houder 100% van de aandelen en stemrechten van de vennootschap heeft is het belang van de vennootschap gelijk aan zijn belang. Een onderscheid maken tussen deze ab-houder en zijn vennootschap is niet anders dan het opsplitsen van één persoon in twee identiteiten.⁵⁹

Bij de ondernemer die belast wordt in de inkomstenbelasting werkt dit anders uit. De ondernemer is eigenaar van zijn onderneming. De ondernemer is volledig aansprakelijk, dus ook met zijn privé vermogen, voor de onderneming. Dit wijkt af van de DGA. De DGA is in privé niet aansprakelijk voor de verplichtingen van zijn BV, tenzij er sprake is van wanbestuur.⁶⁰ Als gevolg hiervan is het van belang voor de DGA om duidelijk onderscheid te maken tussen zijn geld en het geld van de vennootschap. Omdat de vennootschap als eigen rechtspersoon optreedt heeft deze ook haar eigen vermogen. Ook

⁵⁷ Mol-Verver, *WPNR* 2016/7114, p. 546.

⁵⁸ Mol-Verver, *WPNR* 2016/7114, p. 548.

⁵⁹ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 13.

⁶⁰ O.g.v. art. 2:175 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

al bezit een DGA 100% van de aandelen, hij kan juridisch gezien niet direct beschikken over de vermogensbestandsdelen van de vennootschap.

2.2.2 Werknemer of Werkgever/ondernemer

Een negatief gevolg voor de wetgever van de gescheiden vermogensposities van de DGA en zijn vennootschap is de belangenverstrengeling die hieruit volgt. Het is bij de DGA lastig te bepalen of hij werknemer of ondernemer is. Volgens Beckers komt er steeds meer regelgeving specifiek voor de DGA; de fiscale behandeling wijkt steeds meer af van die van zowel de werknemer als de werkgever.⁶¹

De wetgever komt al jarenlang met gespecificeerde wetgeving vanwege de unieke vermogenspositie van de DGA. Hierbij kan gedacht worden aan de terbeschikkingstellingsregeling, de gebruikelijk loonregelingen en het afschaffen van pensioen in eigen beheer. De gebruikelijk loonregeling van artikel 12a LB⁶² is bijvoorbeeld door de wetgever ingevoerd om fiscaal onevenwichtige situaties te voorkomen. De invoering van de gebruikelijk loonregeling leidt tot een meer evenwichtige fiscale behandeling van de DGA ten opzichte van de werknemer en de ondernemer. Deze gebruikelijk loonregeling leidt ertoe dat het verschil tussen de werknemer en DGA verkleind wordt.⁶³

Normaliter is de verhouding tussen de werkgever en de werknemer zakelijk, waardoor geacht kan worden dat de prijs die de werkgever voor de arbeid betaalt (lees: het loon) zakelijk is. Bij de DGA en zijn vennootschap is dit anders omdat de werkgever en de werknemer uiteindelijk zijn belichaamd in dezelfde persoon. De DGA stelt dus zelf zijn loon vast en betaalt dit in zijn hoedanigheid als werkgever. Vervolgens ontvangt hij het loon op zijn privé rekening als beloning voor zijn rol als werknemer. Wanneer hij meer loon betaalt maakt zijn vennootschap minder winst en vice versa. Wanneer belastingen en toeslagen buiten beschouwing worden gelaten maakt het voor de DGA niet uit hoe hoog zijn loon is, omdat het loon ten koste gaat van de winst van de vennootschap. Deze winst kan hij vervolgens uitkeren waardoor het geld alsnog bij hem in privé terecht komt.

Wanneer belastingheffing buiten beschouwing wordt gelaten zal een DGA indifferent zijn over de hoogte van zijn loon. De hoogte van zijn loon heeft echter wel een significante invloed op de belastingheffing. Wanneer het voor de DGA van belang is dat hij uiteindelijk zo min mogelijk belasting betaalt kan hij beogen zijn inkomen te verschuiven van salaris naar winst en dividend. Het loon zal dan

⁶¹ Beckers, PA 2006/06-01, p. 1.

⁶² Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 3, p. 12.

⁶³ Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 10, p. 16-17.

op een zodanige manier vastgesteld worden dat de minimale hoeveelheid belasting drukt op de DGA. De DGA heeft simpel gezegd de keuze tussen dividenduitkering en loonbetaling en zal deze keuze maken op basis van de meest fiscaal voordelige optie. De loonbetaling is voor de DGA het arbeidsinkomen, de overige vennootschappelijke winst is het kapitaalinkomen.⁶⁴ Om te voorkomen dat de DGA van deze verschuiving onverlet gebruik zou maken heeft de wetgever per 1 januari 1997 de gebruikelijk loonregeling in werking laten treden. Hierdoor wordt de verschuiving van arbeidsinkomen naar dividenduitkering grotendeels voorkomen. De gebruikelijk loonregeling streeft er naar dat het salaris van de DGA zo zakelijk mogelijk is. Hierdoor wordt de DGA qua salaris ook zo veel mogelijk gelijk behandeld met een gewone werknemer.⁶⁵

De gebruikelijk loonregeling is een van de schakels in de aaneenschakeling van bepalingen om een evenwichtigere behandeling voor de DGA te realiseren. Ook het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap is wederom een aanpak van één van de problemen die voortkomt uit de scheiding van hoedanigheden van de DGA.⁶⁶

2.2.3 Kapitaalinkomen en arbeidsinkomen

De ab-houder kan op verschillende manieren handelen met zijn vennootschap, wat leidt tot verschillende manieren van belastingheffing. Het verschaffen van aandelenkapitaal en het aangaan van schuldverhoudingen bevindt zich in de sfeer van kapitaalinkomen. Wanneer de ab-houder echter ook werknemer is voor de vennootschap is er ook sprake van arbeidsinkomen. Een evenwichtige heffing tussen deze verschillende typen van inkomen is moeilijk te realiseren vanwege de beoogde verschillende behandeling van kapitaalinkomsten en arbeidsinkomsten. Deze verschillende behandeling wordt beoogd op grond van de economische theorie welke bepleit kapitaalinkomen lichter te belasten dan arbeidsinkomen.⁶⁷

In theorie is de opsplitsing tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen duidelijk. Dividend wordt normaliter gezien als het reguliere rendement op kapitaal.⁶⁸ Het loon kan gezien worden als de arbeidsbeloning waar de DGA recht op heeft. De DGA levert arbeid voor de vennootschap, waarvoor hij wordt beloond in de vorm van zijn salaris. Mochten vervolgens nog overwinsten aanwezig zijn in de

⁶⁴ Heithuis, *NTFR* 2010/1843, p. 4.

⁶⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 10, p. 17.

⁶⁶ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 13.

⁶⁷ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 22.

⁶⁸ Hofstra, *NDFR* 2019, p. 20-22.

vennootschap, dan kan de vennootschap deze uitkeren aan de DGA in de vorm van dividend. Het salaris vormt dus het arbeidsinkomen, het dividend vormt het kapitaalinkomen. Deze opsplitsing van belasting komt deels tot uitdrukking in de Nederlandse vennootschapsbelasting door middel van het klassieke stelsel. Dit klassieke stelsel houdt in dat winstuitdelingen buiten de berekening van de belastbare winst worden gelaten.⁶⁹ Een aantal consequenties van dit klassieke stelsel zijn dat financieringsbeslissingen beïnvloed worden en uitstel van belastingheffing mogelijk is over het niet-uitgekeerde deel van de gerealiseerde winst.⁷⁰ De DGA vervult niet alleen de rol van werknemer, maar ook die van aandeelhouder en bestuurder. Om deze reden is, zoals eerder aangehaald, geen belang voor de DGA om een zakelijke beloning voor zijn arbeid te bieden. Hierdoor heeft de DGA de mogelijkheid om zijn inkomen van arbeidsinkomen naar kapitaalinkomen te verschuiven. Deze mogelijkheid voor de DGA, in combinatie met het belang om arbeidsinkomen zwaarder te belasten dan kapitaalinkomen, maakt het effectief, eerlijk, eenvoudig en efficiënt heffen van inkomen van de DGA lastig.

Naast het belang om kapitaal- en arbeidsinkomen anders te belasten is er nog een ander pijnpunt bij het belasten van de DGA, namelijk de behandeling van de DGA ten opzichte van de zelfstandige ondernemer en de werknemer. Het fiscaal zo gelijk mogelijk behandelen van arbeidsinkomen is al vaker aangedragen als een verbetering van ons belastingstelsel. Dit werkt echter niet goed samen met de doelstelling om arbeids- en kapitaalinkomen verschillend te belasten. De DGA werkt namelijk in zijn vennootschap om het rendement op zijn kapitaal zo hoog mogelijk te maken. Hierdoor raakt arbeidsinkomen verstrengeld met kapitaalinkomen en is het moeilijk te bepalen welk deel van het inkomen arbeidsinkomen is en welk deel kapitaalinkomen.

De fiscale behandeling van de DGA voor zijn arbeidsinkomen is in de basis gelijk aan de behandeling van elke andere werknemer. Bij de DGA moet echter in acht genomen worden dat zijn prioriteit zal liggen bij zowel de vennootschap als de werknemer, gezien hij van het inkomen van beiden uiteindelijk de begunstigde is. Dit maakt hem verschillend van de reguliere werknemer die slechts de begunstigde is van de voordelen die hij als werknemer ontvangt. Dit is de problematiek die ook bij het invoeren van het gebruikelijk loon gespeeld heeft.⁷¹

⁶⁹ O.g.v. art. 10 wet VPB 1969.

⁷⁰ Stevens & de Smit, 2015, p. 307-311.

⁷¹ Zie onderdeel 2.2.2 werknemer of werkgever/ondernemer.

Wanneer slechts gekeken wordt naar de ondernemingsactiviteiten is de DGA meer vergelijkbaar met de zelfstandige ondernemer welke in box 1 van de inkomstenbelasting belast wordt. Het kenmerkende verschil tussen beiden is dat de DGA zijn onderneming in een kapitaalvennootschap heeft ondergebracht, waar een zelfstandige ondernemer de onderneming voor zijn eigen rekening en risico drijft. Gezien de wens van de wetgever om fiscale redenen niet te laten spelen bij de keuze tussen ondernemerschap voor eigen risico en ondernemerschap in een kapitaalvennootschap dient een evenwichtige behandeling te bestaan voor beide belastingregimes.

2.2.4 Fiscaal neutrale keuze rechtsvorm

Het doel van de wetgever is om de keuze van de rechtsvorm niet af te laten hangen van fiscale redenen. Nastreving hiervan blijkt uit de parlementaire geschiedenis bijvoorbeeld door het ambiëren van een globaal evenwicht in tarieven. Het globaal evenwicht houdt in dat de heffingen over de winsten behaald door ondernemers en de winsten behaald door vennootschappen globaal gelijk aan elkaar moeten zijn.⁷² Dit globale evenwicht lijkt echter niet een statische rechtsvormneutraliteit te realiseren; in plaats daarvan heeft het hooguit geleid tot een winstafhankelijk omslagpunt bij de keuze van rechtsvorm.⁷³ Bij de lagere winstniveaus is het aantrekkelijker om de onderneming als IB-onderneming te voeren; vanaf een hoger winstniveau is de kapitaalvennootschap juist aantrekkelijker.

Door de jaren heen zijn toch verschillende behandelingen ontstaan voor de werknemers, de zelfstandige ondernemers en de DGA's. Dit komt mede omdat de winst van de laatste twee groepen is opgebouwd uit zowel kapitaal- als arbeidsinkomen. De behandeling tussen de eerste groep en de laatste twee groepen is geaccepteerd als verschillend en onevenwichtig als gevolg van het verschil in risico. Omdat de laatste twee groepen hun verdiensten meer laten beïnvloeden door fiscale prikkels worden deze bewust belast tegen lagere marginale tarieven.⁷⁴ Dit uit zich voor de ondernemer voornamelijk in de zin van de MKB-winstvrijstelling.⁷⁵ Het marginale toptarief in de inkomstenbelasting is in 2020 49,50%.⁷⁶ Door de MKB-winstvrijstelling is het effectieve toptarief dus slechts 42,57% voor winst uit onderneming van ondernemers. De DGA heeft (indirect) te maken met twee tarieven; het VPB tarief bij de winst van de vennootschap en het box 2 tarief bij zijn voordeel uit aanmerkelijk belang.

⁷² Strik, *CB Vpb.0.0.1.e2*, 2019.

⁷³ Essers, *TFO* 2011/3, p. 2.

⁷⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 447, nr. 6, p. 2.

⁷⁵ De MKB-winstvrijstelling stelt 14% van de genoten winst (na vermindering van de ondernemersaftrek) vrij van belastingheffing o.g.v. art. 3.79a wet IB 2001.

⁷⁶ O.g.v. art. 2.10 wet IB 2001.

In 2020 is het VPB toptarief 25% en het box 2 tarief 26,25%. Dit leidt tot een effectief gecombineerd tarief van 44,69%. Zowel het effectieve toptarief voor winsten van de ondernemer als dat winsten van de DGA liggen lager dan het toptarief waar de werknemer mee te maken heeft. Dit is namelijk 49,50%. In het geval van de DGA en de ondernemer zou een onderling neutrale behandeling echter gewenst zijn om fiscale redenen geen rol te laten spelen bij de keuze van de rechtsvorm.

Ook de ondernemer in de inkomstenbelasting heeft zowel een kapitaalcomponent als een arbeidscomponent in zijn winst zitten. Voor de ondernemer geldt echter geen alternatieve behandeling van zijn arbeidsinkomen ten opzichte van zijn kapitaalinkomen. Bij de ondernemer wordt kapitaalinkomen en arbeidsinkomen dus wél gelijk belast.

Vanwege het nastreven van een verschillende behandeling van kapitaalinkomen en arbeidsinkomen is fiscale neutraliteit niet mogelijk voor de wetgever.⁷⁷ Een nadelig gevolg van een verschillende behandeling van arbeids- en kapitaalinkomen is dat dit kan leiden tot mogelijkheden voor de belastingplichtigen om op kunstmatige wijze het fiscaal meest aantrekkelijke regime kiezen, namelijk door te proberen arbeidsinkomen te laten kwalificeren als kapitaalinkomen. Een volledig neutrale behandeling kan echter niet gerealiseerd worden in het huidige systeem.⁷⁸

2.3 Manieren om liquide middelen uit de vennootschap te halen

Voor de belastingheffing van een DGA is sprake van een stelsel waarbij de DGA en zijn vennootschap als twee individuele belastingssubjecten worden gezien.⁷⁹ Daarnaast is ook sprake van twee vermogenssituaties: die van de vennootschap en die van de ab-houder zelf. De ab-houder is een natuurlijk persoon die geld nodig heeft om in zijn levensbehoeften te voorzien. Dit is anders voor een vennootschap die geen primaire levensbehoeften, en derhalve geen belang bij draagkracht, heeft. Uiteindelijk zal dus al het vermogen bij de natuurlijke persoon eindigen ter consumptie. Een winstuitkering is echter niet de enige manier om liquide middelen over te laten gaan van de vennootschap naar de natuurlijke persoon. Door de aanmerking als individuele entiteiten kunnen ook andere transacties plaatsvinden tussen de vennootschap en de natuurlijke persoon, de ab-houder.

⁷⁷ Kamerstukken II 2018/19, 32 140, nr. 50, p. 10-11.

⁷⁸ Heithuis, *NTFR* 2010/1843, p. 1-2.

⁷⁹ Mol-Verver, *WPNR* 2016/7114, p. 546.

2.3.1 Vermogenssituatie ab-houder

Veel ab-houders lenen significante bedragen van hun eigen vennootschap.⁸⁰ Het kabinet wil dit met het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap gaan ontmoedigen.⁸¹ De staatssecretaris benadrukt hierbij de fiscale aanleiding, namelijk dat lenen van de eigen vennootschap kan leiden tot het langdurig uitstellen en afstellen van belastingheffing. Het kabinet wil voor de belastingheffing van box 2 zo veel mogelijk aansluiten bij het feitelijke onttrekkingsmoment van de liquide middelen.⁸² Voor een DGA is de vennootschap vaak de primaire bron van zijn inkomen. Om in privé zijn consumptie te bekostigen moet het geld van de vennootschap naar de DGA. Dit kan in de vorm van dividend, een lening of een zakelijke handeling.

Wanneer winsten in een vennootschap zitten kunnen deze aan de aandeelhouders uitgekeerd worden in de vorm van dividend. Dividend wordt normaliter gezien als het reguliere rendement op kapitaal.⁸³ Dividend is in de basis het rendement dat als kapitaalinkomen belast dient te worden. Het uitkeren van dividend betekent voor de ab-houder het ontvangen van regulier voordeel uit aanmerkelijk belang.⁸⁴ Het gevolg hiervan is dat wanneer een ab-houder ervoor kiest om geld uit de vennootschap naar privé te halen hij in 2020 26,25% (vanaf 2021 26,90%) van het uitgekeerde bedrag aan belasting moet betalen. Vaak zijn belastingplichtigen dan geneigd om een andere manier te vinden om geld uit hun vennootschap te onttrekken. Voor veel belastingplichtigen is de weg met de minste belastingheffing namelijk gewenst. Er zijn andere manieren om als ab-houder geld uit de vennootschap te halen. Het uitkeren van dividend zit in de kapitaalsfeer. Daarnaast kan de DGA ook ervoor kiezen om geld uit de vennootschap te halen door middel van zakelijk handelen. Deze handeling moet dus wel *quid pro quo* zijn: de vennootschap dient ook iets terug te krijgen voor de uitstroom van liquide middelen.

Voor veel ab-houders geldt het verlangen om zo min mogelijk belasting te betalen en het betalen zo lang mogelijk uit te stellen. DGA's laten zich vaak geen dividend uitkeren, ook wanneer wel voldoende winstreserves in de vennootschap aanwezig zijn, gedeeltelijk vanwege fiscale redenen.⁸⁵ Het niet uitkeren van dividend, en zo het oppotten van de winsten, is een fiscaal aantrekkelijke eigenschap van

⁸⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

⁸¹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

⁸² Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 3.

⁸³ Hofstra, *NDFR* 2019, p. 20-22.

⁸⁴ O.g.v. art. 4.12 onderdeel a Wet IB 2001.

⁸⁵ Zie CPB Policybrief 2017/12 'Eens gekozen, blijft gekozen/Winst in de bv vaak niet uitgekeerd' p. 13-14.

een vennootschap ten opzichte van een rechtsvorm die in de IB belast wordt. Wachten met uitkeren van winsten wordt nog verder gestimuleerd door het verlagen van het VPB tarief en het verhogen van het box 2 tarief.

Het oppotten van winsten kan echter gaan schuren met de oorspronkelijke gedachte van de VPB en het klassieke stelsel. Wanneer vermogen niet langer nodig is voor het voortbestaan van de vennootschap maar wel voor de consumptie van de aandeelhouder zouden deze uitgekeerd moeten worden. De DGA zal in privé toch willen consumeren, soms meer dan wat hij met zijn salaris verdient. Als hij die consumptie bekostigt met winstuitkeringen werkt het systeem naar behoren. Dit is echter niet het geval wanneer de DGA wel consumeert maar de vennootschap haar winsten niet uitkeert. Eén van de mogelijkheden voor de DGA binnen het zakelijk handelen met zijn vennootschap is het geld lenen van de eigen vennootschap.

Het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap pakt het scenario van lenen bij de eigen vennootschap aan. Om te kunnen beoordelen waarom de belastingplichtige voorheen vaak koos voor deze constructie dient ook naar de alternatieven gekeken te worden.

De ab-houder, anders dan de gewone aandeelhouder, wordt geacht invloed uit te kunnen oefenen binnen de vennootschap en kan dus bepalen of hij het geld in de bv laat of uitkeert naar privé om zelf erover te kunnen beschikken. Een DGA heeft, door zijn positie als groot aandeelhouder en bestuurder, zelf de macht om ervoor te kiezen om geld uit te keren in de vorm van loon, dividend of het verstrekken van een lening.⁸⁶ Met deze macht kan hij zijn keuze om via de vennootschap een belegging te doen of in privé af laten hangen van fiscale redenen. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris deze macht ook erkent als oorzaak, maar toch het wetsvoorstel ook van toepassing laat zijn op alle ab-houders. Hiermee raakt het wetsvoorstel ook de aandeelhouders die deze macht helemaal niet hebben. Daarnaast is in het geval van meer aandeelhouders over het algemeen ook al minder snel sprake van een lening.⁸⁷

2.3.2 Dividend

Dividend is het deel van de winst dat een bedrijf uitkeert aan de aandeelhouders. Er zitten fiscaal- en civielrechtelijk echter de nodige nadelen aan een dividenduitkering. Bij het uitkeren van dividend vindt direct heffing van dividendbelasting plaats. Hierbij moet de vennootschap aangifte dividendbelasting

⁸⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 1.

⁸⁷ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 346.

doen. Ook is de DGA verplicht om het ontvangen dividend bij zijn aangifte inkomstenbelasting op te nemen. Hierbij mag echter wel de reeds betaalde dividendbelasting verrekend worden. De belastingheffing over het uitgekeerde dividend bedraagt uiteindelijk 26,25% in 2020; vanaf 2021 bedraagt de belastingheffing uiteindelijk 26,90%.

Een andere eventuele horde bij het uitkeren van dividend zijn de civielrechtelijke verplichtingen waaraan voldaan dient te worden. Tot een dividenduitkering kan slechts besloten worden door de algemene vergadering van aandeelhouders. Voorts moet deze goedgekeurd worden door het bestuur van de vennootschap.⁸⁸ Alleen wanneer in de statuten van de vennootschap anders geregeld is, kan een ander orgaan dan de algemene vergadering van aandeelhouders besluiten dividend uit te keren.

De algemene vergadering van aandeelhouders is slechts bevoegd om winst uit te keren voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden.⁸⁹ Dit wordt in de praktijk ook wel de balanstest genoemd. Dit houdt in dat het bekleemde deel van het vermogen niet beschikbaar is voor een dividenduitkering. Mijns inziens is dit een logische test omdat dit deel van het eigen vermogen al een andere bestemming heeft dan uitkering aan de aandeelhouders. Deze test voorkomt dat een vennootschap zomaar leeg gehaald kan worden.

Het bestuur moet de dividenduitkering voorts nog wel goedkeuren. Het bestuur is echter alleen gemachtigd geen goedkeuring te verlenen wanneer het weet of behoort te voorzien dat de vennootschap eigenlijk niet in staat is om een dividenduitkering te doen.⁹⁰ Het bestuur moet beoordelen of de vennootschap nog wel aan haar kortlopende verplichtingen kan voldoen na de uitstroom van liquiditeiten van de dividenduitkering. Dit wordt ook wel de uitkeringstest genoemd.

De balanstest en de uitkeringstest zijn ingevoerd om te voorkomen dat het bestuur en de aandeelhouders een vennootschap leeg halen en de crediteuren achter laten met een vennootschap waarop niet verhaald kan worden. Door de uitkeringstest geeft het bestuur goedkeuring aan het dividend en is het dus betrokken bij de uitkering. Het bestuur is hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat ontstaat wanneer het een uitkering goedkeurt die niet voldoet aan de uitkeringstest. Ook de aandeelhouders kunnen gehouden worden om het onterechte dividend terug te betalen wanneer zij op het moment van uitkering wisten of behoorden te weten dat de vennootschap niet langer kon

⁸⁸ O.g.v. art. 2:216 BW.

⁸⁹ O.g.v. art. 2:216 lid 1 BW.

⁹⁰ O.g.v. art. 2:216 lid 2 BW.

voldoen aan haar schulden.⁹¹ Deze testen beschermen schuldeisers tegen onbehoorlijk handelen van het bestuur en de aandeelhouders.

2.3.3 Loon

De DGA is een ab-houder die naast het houden van aandelen ook arbeid verricht voor zijn vennootschap in de rol van bestuurder. Gezien het feit dat hij arbeid verricht is hij verplicht een bepaald loon te genieten.⁹² Dit loon is een goed voorbeeld van hoe de DGA geld uit de vennootschap kan halen door middel van zakelijk handelen. De DGA levert arbeid voor de vennootschap die de DGA zijn loon hiervoor betaalt als compensatie. Dit loon moet van een bepaalde hoogte zijn op basis van de eerder genoemde gebruikelijk loonregeling.⁹³ Artikel 12a van de wet op de loonbelasting is ingevoerd om te voorkomen dat de DGA door middel van een nul inkomen over zijn arbeid afstel van loonbelasting, premies volksverzekeringen en uitstel van vermogensbelasting kon bewerkstelligen.⁹⁴

In een standaard situatie wordt dit loon gesteld op ten minste € 45.000, waarbij het niet minder mag zijn dan 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking en mag niet, zonder goede verklaring, lager zijn dan het hoogste salaris van de overige werknemers van de vennootschap.⁹⁵ Wanneer de vennootschap dit loon aan de ab-houder betaalt, gaan liquide middelen van de vennootschap over naar de ab-houder zonder dat sprake is van een voordeel uit aanmerkelijk belang. Een ander gevolg van deze salarisbetaling is dat de kosten die de vennootschap hier voor maakt aftrekbaar zijn voor het berekenen van de fiscale winst. Vanwege de te betalen inkomstenbelasting tegen het box 1 tarief is het uitbetalen van een hoger salaris vaak geen gunstig alternatief voor het uitkeren van dividend. Dit komt omdat het marginale tarief erg hoog is bij lage inkomens.⁹⁶

2.3.4 Teruggaaf van gestort kapitaal

Een wellicht aantrekkelijkere optie om liquide middelen uit de vennootschap te halen is het verminderen van de nominale waarde van de aandelen. Bij het verminderen van de nominale waarde blijven er evenveel aandelen maar worden deze individueel statutair op een lagere waarde gesteld, waardoor een teruggaaf plaatsvindt van wat eerder op de aandelen gestort is. Deze methode zorgt voor een waardevermindering van het nominale aandelenkapitaal zonder een vervreemding. Deze

⁹¹ O.g.v. art. 2:216 lid 3 BW.

⁹² O.g.v. art. 12a van de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: LB).

⁹³ Zie onderdeel 2.2.2 werknemer of werkgever/ondernemer.

⁹⁴ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 12.

⁹⁵ O.g.v. art. 12a van de Wet LB 1964.

⁹⁶ Jacobs, De Mooij & Folmer, *CESifo* 1890-2007, p. 4-5.

waardevermindering dient dan uitbetaald te worden aan de aandeelhouder ter compensatie. Deze teruggaaf van gestort kapitaal is dus een betaling die veel lijkt op dividend. Het verschil is echter dat geen sprake is van een uitbetaling van rendement maar van een terugbetaling van ingebracht vermogen.

Deze uitbetaling is een inkomen voor de ab-houder voortkomend uit zijn aanmerkelijk belang. Uit hoofdstuk 4 van de wet IB 2001 blijkt echter dat slechts de voordelen genoten uit aanmerkelijk belang als belast inkomen worden aangemerkt.⁹⁷ In beginsel is bij deze teruggaaf geen sprake van een voordeel uit aanmerkelijk belang en zou dit er mijns inziens ook niet moeten zijn. Het is namelijk slechts een terugbetaling van wat de aandeelhouder eerder aan of voor de vennootschap heeft betaald; dit maakt het geen voordeel.

Uit artikel 4.13 van de wet IB 2001 blijkt echter dat een teruggaaf van hetgeen op aandelen wordt gestort toch kan worden aangemerkt als een regulier voordeel en dus belast. Dit heeft de wetgever opgenomen uit praktische overwegingen.⁹⁸ Deze teruggaaf kan op grond van dit artikel als voordeel gezien worden omdat in het huidige box 2 systeem de verkrijgingsprijs niet gelijk hoeft te zijn aan hetgeen op de aandelen gestort is. Een voordeel uit aanmerkelijk belang is het verkregen bedrag verminderd met de verkrijgingsprijs. Deze verkrijgingsprijs wordt niet tot het voordeel uit aanmerkelijk belang gerekend omdat het simpelweg geen voordeel is. In de situatie van een teruggaaf wordt dus slechts als regulier voordeel aangemerkt het deel van de teruggaaf dat de verkrijgingsprijs van de aandelen te boven gaat.⁹⁹ Dit betekent dat de verkrijgingsprijs die in het verleden is betaald voor de aandelen gebruikt kan worden door de ab-houder om zonder belastingheffing liquide middelen uit de vennootschap te halen.

Het grootste nadeel van deze methode is echter dat er wel een verkrijgingsprijs moet zijn om gebruik van te kunnen maken. Bij een verkrijgingsprijs kan gedacht worden aan het volgestorte aandelenkapitaal bij de oprichting van de vennootschap, de overnameprijs die ooit betaald is bij een aankoop van de aandelen of de fiscale waarde van een onderneming die ooit in een vennootschap is ingebracht. Deze methode kan dus slechts gebruikt worden voor zover de ab-houder het deel dat hij heeft ingebracht uit zijn vennootschap haalt. Er is dan geen sprake van een voordeel uit aanmerkelijk belang. De extra liquide middelen die de vennootschap door middel van exploitatie genereert, kunnen

⁹⁷ O.g.v. art. 4.12 Wet IB 2001.

⁹⁸ Hofstra, *NDFR* 2019, p. 22.

⁹⁹ O.g.v. art. 4.13 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

op deze manier niet naar privé gehaald worden. Er kan dus als het ware geen rendement op ingebracht vermogen uit de vennootschap gehaald worden door gebruik van deze optie.

2.3.5 Geldlening

De methoden om liquide middelen van de vennootschap naar de DGA in privé over te laten gaan die tot nu aan bod zijn gekomen zijn: het uitkeren van dividend, het betalen van een salaris voor arbeid en het afstempelen van de aandelen. Het uitkeren van dividend en het afstempelen van aandelen bevinden zich in de kapitaalsfeer. Het betalen van een salaris is in de basis een vorm van zakelijk handelen. Een andere veelgebruikte handeling, welke het kabinet heeft gezet tot het huidige wetsvoorstel, is het lenen van geld door de aandeelhouder van de vennootschap. De enige heffing die plaats zal vinden is die over de renteopbrengsten die de vennootschap in aanmerking moet nemen. De DGA mag echter wel de schuld in box 3 opnemen om zijn vermogensrendementsheffing te verlagen.

Naast het voordeel van het uitblijven van box 2 heffing brengt het gebruik van een lening ook als voordeel mee dat de liquiditeiten over kunnen gaan van de vennootschap naar de aandeelhouder zonder dat aan een balans- en uitkeringstest hoeft te worden voldaan.¹⁰⁰ Deze testen hoeven niet plaats te vinden omdat het vermogen de vennootschap niet definitief verlaat. Civielrechtelijk is dus meer ruimte om liquiditeiten uit de vennootschap te krijgen door middel van een lening dan door middel van een dividenduitkering. Een lening zou verstrekt kunnen worden in een geval waarin een dividenduitkering onmogelijk is vanwege een tekort aan eigen vermogen.¹⁰¹

De staatssecretaris ziet het lenen van geld van de vennootschap als het uit elkaar trekken van het heffingsmoment en het opnamemoment.¹⁰² Dit leidt tot uitstel van belastingheffing en kan in bepaalde gevallen zelfs leiden tot afstel van belastingheffing. In de praktijk zijn schuldverhoudingen zeer gebruikelijk voor de DGA. Het is namelijk zeer gebruikelijk dat de DGA privé-uitgaven betaalt via de vennootschap of vice versa, wat al leidt tot een onderlinge schuldverhouding.¹⁰³ Een schuldverhouding kan echter ook ontstaan vanwege het lenen van grotere bedragen.

Een lening door de vennootschap aan de aandeelhouder wordt geacht conform het at arm's length-beginsel te zijn van artikel 8b van de wet VPB 1969. Dit betekent dat de handelingen van de vennootschap richting de DGA hetzelfde moeten zijn als richting een onafhankelijke derde. Het at

¹⁰⁰ Zie onderdeel 2.3.2 Dividend.

¹⁰¹ Meijer, *WFR* 2015/918, p. 3.

¹⁰² Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹⁰³ Vermeulen, *CB Vpb.2.2.2.B.e3.II* 2019, p. 2.

arm's length-beginsel heeft betrekking op de transfer pricing. Voor een lening moet een zakelijke prijs gerekend worden, waarbij de rente de prijs van de lening is. Verder moet de opbrengst hiervan ook in lijn zijn met het totaalwinstbeginsel van art 3.8 van de wet IB 2001.¹⁰⁴ Dit betekent dus dat wanneer de vennootschap een lening verstrekt aan de DGA, dit voor de vennootschapsbelasting behandeld zal worden als ware deze onder zakelijke voorwaarden afgesloten, ook wanneer dit in de realiteit niet zo is. Deze behandeling kan voor de vennootschapsbelasting leiden tot rente correcties voor de bepaling van de fiscale winst naar een rente die aan een derde in rekening zou zijn gebracht.¹⁰⁵ Van deze correctie is sprake in het geval van een reële lening die slechts onzakelijk is vanwege een te lage of ontbrekende afgesproken rente.

Bij een lening aan de aandeelhouder is naast het at arm's length-beginsel ook sprake van de jurisprudentie inzake de onzakelijke lening, de bodemlozeputlening en de schijnlening. Bij deze leningen is sprake meer dan alleen een te lage afgesproken rente. Vanwege de vaak gelijke belangen van de DGA en zijn vennootschap beoordeelt de fiscus of sprake is van een reële lening of dat een herkwalificatie plaats dient te vinden.¹⁰⁶ Wanneer grote geldbedragen uitgeleend worden aan de DGA zonder dekking is het ook de vraag of sprake is van een onttrekking.¹⁰⁷ Een lening waarbij geen zekerheden zijn gesteld, een aflosschema ontbreekt en het aannemelijk is dat deze niet kan worden afgelost wordt aangemerkt als een onttrekking. Derhalve wordt dit dus ook gezien als een voordeel uit aanmerkelijk belang.¹⁰⁸

Los van het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap bestaan al de nodige beperkingen aan het afsluiten van een lening bij eigen vennootschap. Wanneer een natuurlijk persoon onder zakelijke voorwaarden leent van een derde ter bekostiging van een belegging of consumptie is voor hem het enige fiscale gevolg een schuld in box 3. Onder het huidige wetsvoorstel zal zowel de onzakelijke lening als de lening onder zakelijke voorwaarden benadeeld worden. Het wetsvoorstel maakt namelijk geen onderscheid tussen leningen, behalve de eigenwoning lening. Een zakelijke lening van meer dan € 500.000 zal geraakt worden door het wetsvoorstel, een onzakelijke lening van meer dan € 500.000 zal belast worden op basis van zowel het wetsvoorstel als de oude systematiek. Waar de oude handelswijze van de fiscus was dat slechts deze onzakelijke leningen aangepakt dienden te worden,

¹⁰⁴ Dit artikel is ook van de toepassing voor de vennootschapsbelasting o.g.v. artikel 8 wet VPB 1969.

¹⁰⁵ Ligthart & Nijkamp, *TFO* 2018/160.3, p. 14.

¹⁰⁶ Vermeulen, *CB Vpb.2.2.2.B.e3.II* 2019, p. 1.

¹⁰⁷ Ligthart & Nijkamp, *TFO* 2018/160.3, p. 15.

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 22-03-2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1304.

komt dit wetsvoorstel hier boven op. Ongeacht de zakelijkheid worden grote schulden aan de eigen vennootschap voortaan als excessief gezien.

2.4 Fiscale behandeling van de lening

Inzake het aangaan van een schuldverhouding tussen gelieerde partijen bestaat al de nodige jurisprudentie. In de basis wordt voor de fiscale behandeling van een lening vastgehouden aan de civielrechtelijke definitie van een lening. Voor het wetsvoorstel excessief lenen lijkt ook vastgehouden te worden aan deze definitie. In de artikelsgewijze toelichting van de memorie van toelichting staat vermeld dat de wet van toepassing zal zijn op alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen.¹⁰⁹

In beginsel wordt voor de fiscale behandeling van een geldverstrekking de civielrechtelijke vorm van de lening gevolgd.¹¹⁰ Dit komt voort uit het Unilever-arrest. In dit arrest was sprake van een moeder- en dochtervennootschap. Uit dit arrest is ook gebleken dat de civielrechtelijke definitie niet beslissend hoeft te zijn voor de fiscale gevolgen. In bepaalde gevallen kan het zelfs het geval zijn dat herkwalificatie plaats dient te vinden. Op basis van wat uit jurisprudentie is gebleken kan onderscheid gemaakt worden tussen verschillende typen leningen.

2.4.1 De reële lening

In de basis is er de zakelijke lening. Dit is een lening onder de voorwaarden en omstandigheden waaronder een derde deze zou verstrekken. Dit criterium komt voort uit het at arm's length-beginsel van de vennootschapsbelasting en het totaalwinstbeginsel. Een lening die een bank verschaft aan een niet-gelieerde partij is altijd zakelijk, omdat dit een lening tussen onafhankelijke derden is. De reële lening heeft hier veel van weg. De reële lening is een lening tegen voorwaarden die ook tussen onafhankelijke derden tot stand hadden kunnen komen. Wanneer de rente zakelijk is, is een reële lening een zakelijke lening. Een reële lening kan echter ook een lening zijn tegen een te lage of niet-bedongen rente.¹¹¹ Deze lening wordt ook wel de prijsonzakelijke lening genoemd. De prijsonzakelijke lening is de lening waarbij de rente onzakelijk is, maar die overigens wel tegen zakelijke voorwaarden is aangegaan.¹¹²

¹⁰⁹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 16.

¹¹⁰ HR 27-01-1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744.

¹¹¹ Vermeulen, *CB Vpb.2.2.2.B.e3.II* 2019, p. 1.

¹¹² Elswier *De onzakelijke lening* (online, bijgewerkt 1 augustus 2019).

Zowel bij de zakelijke lening als de prijsonzakelijke lening dient geen herkwalficatie plaats te vinden. Voor de zakelijke lening dient fiscaal helemaal niks veranderd te worden. Voor de prijsonzakelijke lening vindt er fiscaal wel een winstuitdeling plaats ter grootte van de niet bedongen rente.¹¹³ Volgens de Hoge Raad zal voor de fiscale berekening van de winst gerekend moeten worden met een zakelijke rente.¹¹⁴ Deze correctie van de rente vindt plaats op grond van het at arm's length-beginsel alsmede het totaalwinstbeginsel. Wanneer de schuld bij de DGA in box 3 tot de rendementsgrondslag behoort, hoeft daar geen correctie plaats te vinden omdat de daadwerkelijke rente niet relevant is voor die belastingheffing.

Bij de rentecorrectie komt de vraag op welke rente als zakelijk gezien kan worden. Een zakelijke rente is in de regel een rente die een onafhankelijke derde gevraagd zou hebben onder dezelfde omstandigheden voor een lening met dezelfde voorwaarden. Deze regel is als praktische uitvoeringsregel geïntroduceerd omwille van de eenvoud, maar in de praktijk is deze zakelijke rente vaststellen nog een ingewikkelde opdracht.¹¹⁵ De Hoge Raad heeft aangegeven dat de zakelijke derde waarmee vergeleken dient te worden niet een financiële instelling mag zijn, maar een particuliere belegger dient te zijn.¹¹⁶

2.4.2 Leningen in de aandeelhouderssfeer

Er zijn echter ook leningen waarvoor de civielrechtelijke definitie niet voldoet voor de fiscaalrechtelijke behandeling. Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Verburg licht dit nader toe in zijn conclusie bij het Unilever-arrest.¹¹⁷ Het Unilever-arrest vormt het basisarrest voor de drie typen leningen waarbij de civielrechtelijke kwalificatie als de lening voor de fiscale behandeling niet wordt gevolgd.

Een van deze leningen is de bodemlozeputlening; Hiervan is sprake wanneer een lening wordt verstrekt aan een vennootschap waarvan het eigen vermogen nog niet verloren is gegaan, maar die wel zwaar verlieslijdend is.¹¹⁸ Een onafhankelijke derde zou deze lening nooit verstrekt hebben; dus is sprake van een informele kapitaalstorting. De Hoge Raad heeft hier nog aan toegevoegd dat wanneer zo een lening verstrekt zou worden aan een aandeelhouder sprake is van een onttrekking.¹¹⁹ Wanneer de

¹¹³ Vermeulen, *CB Vpb.2.2.2.B.e3.II* 2019, p. 1.

¹¹⁴ HR 25-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.2.

¹¹⁵ Ligthart & Nijkamp, *TFO* 2018/160.3, p. 14.

¹¹⁶ HR 05-02-1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3236, r.o. 3.1.3.

¹¹⁷ HR 27-01-1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, §8 van de conclusie.

¹¹⁸ HR 27-01-1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, r.o. 4.4.

¹¹⁹ HR 29-10-2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, r.o. 3.

lening als bodemlozeputlening wordt aangemerkt is deze fiscaalrechtelijk eigen vermogen. Civielrechtelijk verandert de kwalificatie van de lening niet en blijft het dus een lening.

2.4.3 De onzakelijke lening

Het wetsvoorstel heeft echter betrekking op de inkomstenbelasting en op de lening vanuit het oogpunt van de aandeelhouder. Naast de leningen uit het Unilever arrest is er ook jurisprudentie die betrekking heeft op onzakelijke leningen van de aandeelhouder. In het hiervoor genoemde arrest vindt fiscaalrechtelijk een herkwalificatie plaats van vreemd vermogen naar eigen vermogen. Een lening aan de aandeelhouder kan ook onzakelijk zijn zonder dat een herkwalificatie plaats dient te vinden. In 2008 heeft de Hoge Raad vorm gegeven aan de onzakelijke lening: “Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan een aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.”¹²⁰

De Hoge Raad heeft aangegeven dat bij het verstrekken van een geldlening met een debiteurenrisico dat een derde niet zou hebben gelopen sprake is van een onttrekking.¹²¹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de onzakelijke lening het aangaan van dit risico voor de vennootschap in de kapitaalsfeer ligt.¹²² In tegenstelling tot de leningen van het Unilever-arrest is voor de onzakelijke lening wel expliciet duidelijk dat deze ook van toepassing is op de lening omhoog aan de DGA. Deze lening omhoog kan ook plaatsvinden met een DGA als aandeelhouder en kan ook onzakelijk worden gedurende de looptijd van de lening.¹²³

Wanneer een lening aangemerkt wordt als onzakelijke lening kan een eventueel verlies op de lening niet langer in mindering op de winst van de vennootschap worden gebracht. Voor de onzakelijke lening zijn de voorwaarden minder stringent dan bij de situatie van herkwalificatie. De gevolgen van een aanmerking als een onzakelijke lening zijn echter ook minder ingrijpend. Ook al is sprake een

¹²⁰ HR 09-05-2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4.

¹²¹ HR 20-03-2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.3.1.

¹²² HR 25-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.6.

¹²³ HR 01-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, r.o. 3.4.1-3.4.2.

onzakelijke lening, wordt voor deze lening wel vastgehouden aan de civielrechtelijke definitie van een lening en blijft deze dus ook fiscaal een lening.¹²⁴

2.4.4 Onttrekking

Het niet in aftrek toelaten van een afwaarderingsverlies vindt plaats aan de kant van de vennootschap. De afwaardering van de lening vindt plaats wanneer de lening kwijtgescholden wordt of wanneer de schuldenaar-vennootschap geliquideerd wordt. Voor de behandeling aan de kant van de ab-houder is het van belang om te bepalen wanneer de lening als onttrekking aangemerkt dient te worden. Wanneer de lening namelijk als een onttrekking aangemerkt wordt zal de ab-houder in box 2 een regulier voordeel in aanmerking moeten nemen. Dit reguliere voordeel is voor de ab-houder een belastbaar voordeel waarover hij belasting zal moeten betalen.

In eerste instantie wordt bij een onzakelijke lening de hoofdregel gevolgd; de fiscale behandeling volgt de civielrechtelijke kwalificatie. De Hoge Raad heeft echter bevestigd dat op het moment van de civielrechtelijke kwijtschelding sprake is van een onttrekking bij een lening omhoog.^{125 126} Door de problematiek van de onzakelijke lening werkt het dus als volgt uit voor de lening aan de DGA: wanneer aflossing niet meer te verwachten is heeft het vermogen de vennootschap definitief verlaten; dan is dus sprake van een onttrekking. Ook de staatssecretaris geeft aan dat op het moment van de kwijtschelding van een onzakelijke lening sprake kan zijn van een winstuitdeling.¹²⁷ Als voorbeeld noemt de staatssecretaris de onzakelijke lening met onzakelijk debiteurenrisico. Dit is de onzakelijke lening zoals in deze scriptie gebruikt wordt, de onzakelijke lening als in het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011.¹²⁸

De Hoge Raad heeft bevestigd dat wanneer een lening aan een aandeelhouder verstrekt is waarvan aannemelijk is dat deze niet zal worden afgelost, sprake is van een onttrekking.¹²⁹ De Hoge Raad onderbouwt dit met de opmerking dat het vermogen de vennootschap dan namelijk definitief verlaten heeft. De verstrekking en het niet invorderen van deze lening kan dan nog slechts op grond van

¹²⁴ Elswier *De onzakelijke lening* (online, bijgewerkt 1 augustus 2019).

¹²⁵ HR 28-02-2014, ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 3.3.4.3.

¹²⁶ Voor een dergelijke lening omlaag zou sprake zijn van een informele kapitaalstorting.

¹²⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751).

¹²⁸ HR 25-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442.

¹²⁹ HR 20-03-2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.3.1.

aandeelhoudersmotieven zijn, omdat een onafhankelijke derde dit debiteurenrisico niet geaccepteerd zou hebben.

Volgens de staatssecretaris kan een excessieve schuldpositie leiden tot afstel van belastingheffing.¹³⁰ Dit afstel zou plaats kunnen vinden door misbruik te maken van de navorderingstermijn.¹³¹ Het gebruik van deze navorderingstermijn is afhankelijk van het moment waarop de schuld als onttrekking aangemerkt had moeten worden. Wanneer de inspecteur namelijk aannemelijk heeft kunnen maken dat er een onttrekking heeft plaatsgevonden, is het van belang wanneer deze onttrekking heeft plaats gevonden. Als geconcludeerd moet worden dat de onttrekking eigenlijk al had plaats gevonden bij het aangaan van de lening is het volgens Meijer voor navordering van belang dat de inspecteur hier tijdig achter komt.¹³² Wanneer deze termijn namelijk verlopen is zou volgens Meijer anders geconcludeerd moeten worden dat er sprake was van een onttrekking, maar dat deze niet tijdig belast is. Wanneer de navorderingstermijn ook verlopen is kan er dus niet langer geheven worden. Dan heeft inderdaad afstel van belastingheffing plaats gevonden.

Albert stelt hier echter tegenover dat deze denkwijze niet opgaat. De inspecteur had weliswaar een onttrekking in aanmerking moeten nemen maar heeft dit toentertijd niet gedaan. Omdat de onttrekking toen dus niet is opgenomen kan de inspecteur later alsnog de onttrekking in aanmerking nemen.¹³³ Omdat de inspecteur toentertijd een onttrekking in aanmerking had mogen nemen en dit verzuimde, betekent dit niet dat de inspecteur dit niet op het moment van kwijtschelding alsnog kan doen. De belastingplichtige heeft namelijk sinds het aangaan van de schuld deze jaarlijks als een schuld opgenomen in zijn aangifte. Ook volgens Van Brummen & Tydeman-Yousef zal deze methode niet leiden tot afstel van belastingheffing.¹³⁴ Zij argumenteren dat op het moment van afwikkeling van de lening, bijvoorbeeld het moment van de kwijtschelding, pas sprake zal zijn van de winstuitkering.

2.4.5 Uiteenzetting van de leningen

De zakelijke reële lening is het ijkpunt voor de lening verstrekt aan de DGA. Deze lening is onder zakelijke voorwaarden en omstandigheden afgesloten. Waar mogelijk dienen leningen die niet zakelijk zijn zo gecorrigeerd te worden dat ze voor de fiscale behandeling gelijk zijn aan de reële lening. Als het

¹³⁰ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹³¹ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 345.

¹³² Meijer, *WFR* 2015/918, p. 5.

¹³³ Albert, 2016, p. 132.

¹³⁴ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 345.

vanwege de voorwaarden en omstandigheden niet mogelijk is om de lening als zakelijke lening te behandelen is fiscaalrechtelijk sprake van een onttrekking. Deze lening dient dan ook gecorrigeerd te worden naar wat het in de feitelijke situatie al was, een onttrekking van kapitaal.

De prijsonzakelijke lening is de lening die naar de voorwaarden en omstandigheden nog kwalificeert als een zakelijke reële lening. Er dient echter nog wel een correctie plaats te vinden bij deze lening omdat de afgesproken rente niet bedongen of te laag was. Deze correctie vindt plaats voor de berekening van de fiscale winst. Omdat de lening verder zakelijk is, is het resultaat fiscaal gezien gelijk aan de situatie met een zakelijke lening.

Het wordt ingewikkelder wanneer de voorwaarden en omstandigheden ervoor zorgen dat de lening niet zakelijk is. Wanneer de lening verstrekt is terwijl de vennootschap, en daarmee ook de DGA gezien zij feitelijk één en dezelfde zijn, al wist dat de lening niet terugbetaald zou worden is sprake van een lening die als onttrekking aangemerkt dient te worden.

Tot slot is er voor de lening omhoog aan de DGA dan nog de onzakelijke lening. Van deze lening is sprake wanneer een civielrechtelijke lening niet onder één van de uitzonderingssituaties valt maar toch onzakelijk is. Het criterium dat de Hoge Raad hiervoor hanteert is of een onafhankelijke derde de lening ook zou hebben verstrekt. Ook al vindt geen herkwalificatie plaats tot eigen vermogen, kan wel sprake zijn van een vermogensonttrekking. Het aanvaarde risico van de uitlener komt namelijk voort uit de kapitaalsfeer en is dus een onttrekking. Deze onttrekking komt pas tot uitdrukking in het geval van een kwijtschelding.¹³⁵

De huidige behandeling van leningen van de eigen vennootschap hebben allemaal betrekking op zakelijkheid. Er dient een zakelijke prijs gerekend te worden; wanneer dit niet het geval is wordt de winstberekening gecorrigeerd. Ook dient de lening onder zakelijke voorwaarden te zijn aangegaan; wanneer dit niet het geval is, is geen sprake van een lening maar van een kapitaalonttrekking.

2.5 Tussenconclusie

Het landschap van de leningen tussen gelieerde partijen kent al de nodige valkuilen. De rente van de lening moet zakelijk zijn, anders wordt deze voor de fiscale winstberekening gecorrigeerd. De voorwaarden en omstandigheden moeten zakelijk zijn, anders kan de lening fiscaaltechnisch behandeld worden als een kapitaalonttrekking in plaats van een lening. Toch is het voor de DGA in de

¹³⁵ Bavinck, *WFR* 2017/9, p. 42.

praktijk vaak nog aantrekkelijk om zijn rekening-courant op te laten lopen. De DGA kiest hier volgens de staatssecretaris voor omdat het de fiscaal meest aantrekkelijke manier is om minder belasting te betalen. Hiermee wordt volgens de staatssecretaris het heffingsmoment voor onttrekking van liquiditeiten uit de vennootschap te ver los gehaald van het daadwerkelijke onttrekkingsmoment.

De kern van de problematiek is de scheiding van de vermogensposities van de DGA de natuurlijk persoon en die van zijn vennootschap. Omdat de DGA en zijn vennootschap als twee personen worden gezien kunnen ze ook met elkaar deelnemen in het rechtsverkeer en handelen. Deze problematiek wordt uitgebreid door de afwisselende rol van de DGA als zowel werknemer als bestuurder/werkgever van de onderneming. Daarnaast bevat het inkomen dat de DGA met zijn vennootschap behaalt een deel arbeidsinkomen en een deel kapitaalinkomen; deze vormen van inkomen zijn moeilijk te scheiden. De wetgever ambieert om kapitaalinkomen anders te belasten dan arbeidsinkomen; Dit schuurt echter met de wens om zelfstandige ondernemers, werknemers en DGA's evenwichtiger te behandelen.

In de huidige systematiek kan een lening al aangemerkt worden als een voordeel uit aanmerkelijk belang. Dit is namelijk het geval wanneer terugbetaling niet langer te verwachten is. Op dat moment heeft het geleende en nog niet terugbetaalde bedrag het vermogen de vennootschap definitief verlaten. Er is dan sprake van een onttrekking. Verder valt het risico van afstel van belastingheffing te betwijfelen. De methode geopperd door Meijer lijkt niet te leiden tot afstel van belastingheffing; ook zonder de wet excessief lenen bij eigen vennootschap lijkt dit afstel al niet realiseerbaar.

3. Doelstelling bij de wet excessief lenen bij eigen vennootschap

3.1 Inleiding

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel heeft de staatssecretaris aangegeven dat de wet is bedoeld om excessief lenen bij de eigen vennootschap te ontmoedigen.¹³⁶ De staatssecretaris geeft ook aan dat het doel van de regeling is het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing en het verminderen van arbeidsintensieve discussies voor de belastingdienst aangaande leningen van de eigen vennootschap.¹³⁷ Hiermee worden twee typen doelstellingen eigenlijk in het verlengde van elkaar gelegd; het kabinet wil excessief lenen ontmoedigen om zodoende de andere twee doelen te bereiken.¹³⁸ Door excessief lenen te ontmoedigen wordt het uit- en afstel van belastingheffing dat hiermee bereikt kon worden ingeperkt. Dit werkt niet anders uit voor de discussies voor de belastingdienst; de schuldverhoudingen nemen in omvang af en daardoor naar verwachting ook de omvang van de discussies. In de eerste alinea van de memorie van toelichting benoemt de staatssecretaris de reden voor het opnemen van het wetsvoorstel: excessief lenen bij de eigen vennootschap ontmoedigen. Het doel “het ontmoedigen van excessief lenen” heeft op zichzelf echter geen betekenis, “het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing” is het meeromvattende doel.¹³⁹

Mijns inziens zijn er echter nog andere gevolgen aan het terugbrengen van een schuldverhouding door de ab-houder. De wet excessief lenen kan door middel van het fictief regulier voordeel leiden tot belastingopbrengsten. Het wetsvoorstel kan echter ook leiden tot belastingheffing door de gedragsverandering die het bij de ab-houder tot stand brengt. De staatssecretaris verwacht dat ab-houders een deel van de winstreserves in zullen zetten om hun schulden terug te brengen.¹⁴⁰ De ab-houder die tijdig zijn schuld terugbetaalt, zal geen belastingheffing ondervinden als gevolg van het wetsvoorstel. Uit- en afstel van belastingheffing wordt dus succesvol voorkomen gezien de belastingheffing. De aflossing van de schuld kan enerzijds plaatsvinden door de uitkering van de winstreserves, een belastbaar feit. Aflossing kan anderzijds ook plaatsvinden door aflossing door middel van andere liquide middelen van de ab-houder, in welk geval al geen sprake was van uit- of afstel. De staatssecretaris verwacht dat dit gedragseffect al voor het belastingjaar 2019 voor opbrengsten zal zorgen. De staatssecretaris baseerde dit op het feit dat het belastingtarief voor

¹³⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹³⁷ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6-9.

¹³⁸ Wijtvliet, *FED* 2019/80, p. 5.

¹³⁹ Wijtvliet, *FED* 2019/80, p. 5.

¹⁴⁰ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12.

winstuitkeringen in 2019 nog 25% bedroeg; in 2021 zal naar verwachting het box 2-tarief 26,9% bedragen. De opbrengsten van de ab-houders die vroegtijdig winst uitkeren om nog gebruik te maken van het lage tarief in box 2 noemt de staatssecretaris het anticipatie-effect.

Naast de budgettaire effecten kan ook nog op andere effecten gerekend worden. Heithuis argumenteert dat deze regeling het gebruik van externe financiering in de hand zal werken.¹⁴¹ De maatregel creëert ook extra ficties in de wetgeving. De NOB waarschuwt ook voor de nodige internationale effecten.¹⁴² Rijkers neemt bij zijn reflectie als uitgangspunt dat de wetgever de DGA en zijn BV mogelijkheden wenst te ontnemen die de ondernemer ook niet ter beschikking staan.¹⁴³

Uit de parlementaire geschiedenis is gebleken dat de wetgever de DGA op veel manieren zo gelijk mogelijk wil behandelen als de zelfstandige ondernemer.¹⁴⁴ Eén van de voornaamste oorzaken van deze ongelijke behandeling komt voort uit de ongelijke behandeling betreffende de timing van belastingheffing.¹⁴⁵ De staatssecretaris noemt langdurig uitstel van belastingheffing een onbedoeld effect van het Nederlandse belastingstelsel.¹⁴⁶

In dit hoofdstuk is de inhoudelijke uitwerking van het wetsvoorstel beknopt behandeld. In het volgende hoofdstuk zal het wetsvoorstel artikelsgewijs uitgewerkt worden. Derhalve is het wetsvoorstel ook nog niet volledig getoetst aan alle criteria. Dit zal in het volgende hoofdstuk aangevuld worden.

3.2 Uit- en afstel van belastingheffing tegengaan

Uitstel van belastingheffing door ab-houders is inherent verbonden aan ons huidige belastingstelsel.¹⁴⁷ Dit komt omdat de belasting over het voordeel uit aandelen bij de ab-houder feitelijk in twee fases geheven wordt. Eerst wordt de belastbare winst van de vennootschap belast. De vennootschap is het subject en het object is de belastbare jaarwinst. Over deze jaarwinst is langdurig uitstel van belastingheffing niet mogelijk. Het tweede deel van de belastingheffing vindt plaats wanneer het geld vanuit de vennootschap wordt uitgekeerd aan de ab-houder. Door het lenen van

¹⁴¹ Heithuis, *WFR* 2018/184, p. 1268.

¹⁴² NOB, 29-03-2019, p. 5.

¹⁴³ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 13.

¹⁴⁴ Zie 2.2.4 Fiscaal neutrale keuze rechtsvorm.

¹⁴⁵ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 413.

¹⁴⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹⁴⁷ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 412.

geld kan de ab-houder deze tweede heffing echter uitstellen. Het kabinet wil dit uitstel, dat soms zelfs leidt tot afstel, ontmoedigen met de wet excessief lenen bij eigen vennootschap.¹⁴⁸

In het Nederlandse belastingstelsel zijn echter tal van mogelijkheden tot uitstel van belastingheffing opgenomen. Voor werknemers kan gedacht worden aan het pensioenstelsel. In het Nederlandse pensioenstelsel worden bedragen die worden ingehouden voor het pensioen niet tot loon gerekend en slechts belast wanneer het pensioen wordt uitgekeerd; hierbij is ook sprake van uitstel van belastingheffing. Ook de zelfstandige ondernemer heeft verschillende uitstelfaciliteiten tot zijn beschikking. Hierbij kan gedacht worden aan het vormen van fiscale reserves of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Wanneer een goede rechtvaardiging bestaat, is uitstel van belastingheffing niet iets dat aangepakt dient te worden.¹⁴⁹ Mijns inziens dient voor de rechtvaardiging van het wetsvoorstel niet alleen onderzocht te worden óf sprake is van uitstel, maar ook of dit uitstel ongerechtvaardigd is.

3.2.1 Het probleem uit- en afstel

De staatssecretaris noemt dus de mogelijkheid tot uit- en afstel door middel van een schuld aan de eigen vennootschap een onbedoeld effect van het Nederlandse belastingstelsel. De staatssecretaris geeft ook aan dat dit uit- en afstel een ongewenste vorm van belastingontwijking is.¹⁵⁰ De wet excessief lenen bij eigen vennootschap zou de wet zodoende wijzigen dat deze vorm van uit- en afstel tegengegaan zou worden. In hoeverre kan echter gesproken worden van een daadwerkelijk probleem bij dit uit- en afstel van belastingheffing. Mijns inziens is het bij de beoordeling van belang of sprake is van uitstel of van afstel.

Afstel van belastingheffing is een bedreiging voor het belastingstelsel. Belastinginkomsten worden misgelopen door de rijksoverheid. Het blijkt echter niet duidelijk uit de memorie van toelichting in hoeverre een oplopende rekening-courantschuld zal leiden tot afstel van belastingheffing. De staatssecretaris spreekt van gevallen waarbij de schuld in de heffing zou moeten worden betrokken maar wanneer de belasting niet langer betaald kan worden.¹⁵¹ Als voorbeeld wordt genoemd de situatie waarbij de vennootschap failliet gaat en de ab-houder niet de middelen heeft om de schuld af te betalen. Wanneer de ab-houder echter niet de middelen heeft om de schuld af te betalen dient

¹⁴⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹⁴⁹ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 412.

¹⁵⁰ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹⁵¹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6.

gekeken te worden of de lening niet al als verkapte dividenduitkering aangemerkt had moeten worden.¹⁵²

Wanneer een lening fiscaaltechnisch als winstuitdeling aangemerkt wordt, wordt hiermee onder andere gepoogd de heffing veilig te stellen. De werking van de wet excessief lenen zou bij gebruik van een verkapte winstuitdeling dan niet langer vereist zijn. Het doel wordt al bereikt; de belasting wordt waar mogelijk al geheven. In de heffing van box 2 wordt reeds belasting geheven; civielrechtelijk en in box 3 blijft echter sprake van een lening. De schuld wordt, voor zover deze is aangemerkt als winstuitdeling, dan ook niet in aanmerking genomen voor de wet excessief lenen bij eigen vennootschap.¹⁵³ Naar verwachting zal de belastingplichtige het bedrag van de schuld, wanneer deze fiscaal reeds als winstuitdeling is aangemerkt, ook civielrechtelijk als winstuitdeling nemen.

Een probleem ontstaat echter wanneer de belastingdienst te laat de lening als een winstuitdeling aanmerkt. Dat zijn namelijk de gevallen waarin afstel kan ontstaan. De belastingdienst kan mijns inziens op twee manieren te laat zijn. De eerste manier doet zich voor wanneer de ab-houder zo weinig middelen bezit dat hij niet alleen de schuld niet langer af kan betalen, maar zelfs alleen de belastingheffing niet langer kan betalen. Dit is het geval wanneer de privé bezittingen van de ab-houder minder zijn dan 25% van de waarde van de schuld.¹⁵⁴ De privé bezittingen zijn inclusief de waarde van de vennootschap waar hij een aanmerkelijk belang in heeft. De waarde waar hij via zijn aanmerkelijk belang recht op heeft dient voor de berekening echter wel verminderd te worden met de 25% box 2-heffing die hij zal moeten betalen als hij dividend uit wil keren.

De tweede manier van afstel zou van toepassing kunnen zijn wanneer te laat wordt geconcludeerd dat een verkapte winstuitdeling had plaatsgevonden.¹⁵⁵ Achteraf kan namelijk blijken dat de nu bepaalde winstuitdeling zijn oorsprong vindt in een belastingjaar dat meer dan vijf jaar in het verleden ligt; in dit geval is de navorderingstermijn verlopen en kan dus niet langer belasting worden geheven.¹⁵⁶ Dit kan echter alleen gebeuren wanneer de belastingdienst in de uitvoering zelf te laat tot deze conclusie komt.¹⁵⁷ Deze manier van afstel wordt in de memorie van toelichting echter niet genoemd.

¹⁵² Stevens, *WFR* 2019/71, p. 415-416.

¹⁵³ O.g.v. art. 4.14b lid 4 (opgenomen in bijlage 1).

¹⁵⁴ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 415-416.

¹⁵⁵ Zie 2.4 Fiscale behandeling van de lening.

¹⁵⁶ Meijer, *WFR* 2015/918, p. 5.

¹⁵⁷ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 346-347.

De staatssecretaris ging zo ver om langdurig uitstel van belastingheffing te bestempelen als een vorm van belastingontwijking.¹⁵⁸ Bij langdurig uitstel is spreken van belastingontwijking echter wel vergaand; het is namelijk voor gewone vennootschappen niet verplicht om die winst uit te keren.¹⁵⁹ In het kader van belastingheffing voor ab-houders in combinatie met uit- en afstel van belastingheffing dient mijns inziens gelet te worden op het onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen.¹⁶⁰ In het Nederlandse belastingstelsel is het mogelijk voor de ab-houder om de heffing over vermogen in de vennootschap uit te stellen tot het tijdstip van overlijden.¹⁶¹ De ab-houder kan namelijk ervoor kiezen zijn winsten niet uit te keren. Voor ondernemingsvermogen bestaat verder nog de mogelijkheid de claim door te laten schuiven tot na het overlijden van de DGA.

De heffing bij de ab-houder in twee termijnen, door middel van vennootschapsbelasting en box 2 heffing, biedt in wezen altijd al de mogelijkheid tot uitstel van belastingheffing.¹⁶² Hoewel mijns inziens geen sprake is van belastingontwijking is de gedachtegang van het kabinet wel begrijpelijk. Het karakter van het box 2 systeem is het heffen van de belasting op het moment dat de liquide middelen niet langer nodig zijn voor de onderneming.¹⁶³ Het uitstellen als probleem aanmerken is mijns inziens dan ook te rechtlijnig. Ter nuancering zou het beter zijn om te spreken van problematisch uitstel van belastingheffing; van problematisch uitstel is sprake wanneer het geld niet langer nodig is voor het drijven van de onderneming, ook al in privé gebruikt wordt maar nog niet als dividend is uitgekeerd. Ook de commissie Van Dijkhuizen heeft de mogelijkheid tot belastinguitstel voor ab-houders als niet wenselijk aangemerkt.¹⁶⁴

Uitstel van belastingheffing zorgt ook voor onevenwichtigheid omdat het effectieve tarief in de toekomst lager is.¹⁶⁵ Mijns inziens is bij geld lenen van de eigen vennootschap echter niet altijd sprake van uitstel van belastingheffing. Het kabinet ziet geld lenen van de vennootschap als een voorschot nemen op een dividenduitkering; hiermee wordt echter ervan uit gegaan dat de lening afbetaald zal worden door een dividenduitkering.¹⁶⁶ Het kabinet verwacht namelijk dat ab-houders een deel van de winstreserves in zullen zetten om de schuld terug te brengen. Dit hoeft echter niet altijd het geval te

¹⁵⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

¹⁵⁹ Schonis, *FTV* 2018/10-36, p. 4.

¹⁶⁰ Zie 2.3.1 Vermogenssituatie ab-houder.

¹⁶¹ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 418.

¹⁶² Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 7.

¹⁶³ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 413.

¹⁶⁴ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 53.

¹⁶⁵ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 412.

¹⁶⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12.

zijn; dit is alleen het geval wanneer de ab-houder een consumptieve lening aangaat zonder in privé de middelen te hebben om de schuld mee af te betalen. Slechts wanneer de uiteindelijke afbetaling geschiedt door middel van een dividenduitkering is sprake van uitstel van belastingbetaling.¹⁶⁷ In het kader van uitstel van belastingheffing is het mijns inziens echter van belang onderscheid te maken tussen geoorloofd/gerechtvaardigd uitstel en ongeoorloofd/ongerechtvaardigd uitstel van belastingheffing.

3.2.2 Het wetsvoorstel beknopt behandeld

Het kabinet wil geld lenen van eigen vennootschap ontmoedigen. Op grond van het wetsvoorstel wordt het excessieve deel van alle schulden van de ab-houder aan de eigen vennootschap aangemerkt als fictief regulier voordeel.¹⁶⁸ Alle schulden komen hiervoor in aanmerking met uitzondering van eigenwoningschulden.¹⁶⁹ Er wordt dus niet langer gekeken naar de zakelijkheid van de lening. Er is ook geen tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige om de zakelijkheid aan te tonen. Voor de werking van het wetsvoorstel is de zakelijkheid niet relevant.

Het excessieve deel is het bedrag van de schulden voor zover dit het maximumbedrag te boven gaat. Dit maximumbedrag is gesteld op € 500.000.¹⁷⁰ Wanneer in een jaar een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen wordt het maximumbedrag vanaf dat jaar verhoogd met dit fictief reguliere voordeel.¹⁷¹ Hiermee wordt voorkomen dat hetzelfde excessieve deel jaarlijks opnieuw als fictief regulier voordeel wordt aangemerkt. Het maximumbedrag begint dus op € 500.000 en zal toenemen in een jaar dat fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen.

Naast schulden van de ab-houder worden ook schulden van verbonden personen in aanmerking genomen.¹⁷² Een verbonden persoon is een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner. Hierbij kan gedacht worden aan een zoon van de ab-houder die geld leent van de vennootschap van zijn vader. De vader zal dus, voor zover de schuld van de zoon het maximumbedrag te boven gaat, een fictief regulier voordeel in aanmerking moeten nemen voor deze

¹⁶⁷ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 346.

¹⁶⁸ O.g.v. art. 4.13 lid 1 onderdeel f (opgenomen in bijlage 1).

¹⁶⁹ O.g.v. art. 4.14a lid 4 (opgenomen in bijlage 1).

¹⁷⁰ O.g.v. art. 4.14a lid 1 (opgenomen in bijlage 1).

¹⁷¹ O.g.v. art. 4.14b lid 1 (opgenomen in bijlage 1).

¹⁷² O.g.v. art. 4.14b lid 2 (opgenomen in bijlage 1).

schuld. Een ab-houder kan dus op basis van leningen aan verschillende personen belast worden met box 2 heffing vanwege het fictief regulier voordeel.

3.2.3 (On)rechtvaardig

Het kabinet ziet uit- en afstel van belastingheffing als ongewenst. Afstel van belastingheffing kost de overheid belastingopbrengsten en leidt tot onevenwichtigheid in belastingheffing. Uitstel van belastingheffing kan ook leiden tot onevenwichtigheid vanwege lagere effectieve tarieven. Het is in dit geval alleen rechtvaardig om het belastingsysteem te wijzigen in het geval dat het bestaande stelsel inderdaad leidt tot afstel en/of de belastingdruk door de mogelijkheid tot uitstel onrechtvaardig verdeeld wordt.¹⁷³ Voor de beoordeling van het wetsvoorstel is het van belang om te onderzoeken of de gestelde doelen naar verwachting gehaald zullen worden, maar ook of deze gehaald moeten worden. Naast de vraag of een wijziging vereist is, dient ook bepaald te worden of de huidige maatregel het juiste middel is om dit te realiseren.

Zoals uit het vorige onderdeel is gebleken kan afstel van belastingheffing zich voordoen bij leningen die de ab-houder niet terug zal kunnen betalen. Dit zijn vaak consumptieve leningen; dit kan echter ook een zakelijke lening zijn die is aangegaan ter belegging en waarbij de belegging waardeloos is geworden.¹⁷⁴ Bij dit soort leningen dreigt het gevaar dat de ab-houder ondanks het lenen van geld van zijn eigen vennootschap niet over voldoende middelen beschikt om de belastingheffing te voldoen. Het omslagpunt is wanneer de waarde van de bezittingen van de ab-houder lager is dan het te betalen bedrag aan belasting. Slechts dan kan niet langer aan de belastingheffing voldaan worden omdat de ab-houder niet voldoende middelen hiervoor heeft. Het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap maakt echter geen onderscheid tussen consumptieve leningen en gedekte, ook wel zakelijke, leningen. Volgens de NOB zou een zakelijke lening buiten het toepassingsbereik van het wetsvoorstel moeten vallen.¹⁷⁵ Het gevaar van afstel is vele malen kleiner bij een gedekte lening.

Het onderscheid tussen een lening aangegaan ter consumptie en een lening aangegaan ter belegging is mijns inziens van belang. Het is voor het kabinet van belang dat de box 2-belastingclaim niet verloren gaat.¹⁷⁶ De claim gaat (deels) verloren vanaf het moment dat het privé vermogen van de ab-houder

¹⁷³ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 412.

¹⁷⁴ Peppelenbosch, *NLFO* 2019/17, p. 2-3.

¹⁷⁵ NOB, 29-03-2019, p. 2-3.

¹⁷⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6.

minder dan 25% is van de openstaande schuld. Alleen voor de schulden waarbij dit dreigt te gebeuren is mijns inziens het wetsvoorstel gerechtvaardigd om afstel te voorkomen.

Bij uitstel van betaling ligt de rechtvaardiging genuanceerder. Uitstel kan gerechtvaardigd zijn in het Nederlandse belastingstelsel. Zelfs van een consumptieve lening kan tot op zekere hoogte sprake zijn van zakelijkheid. Pas op het moment dat de ab-houder niet langer aan zijn aflossingsverplichtingen voldoet dient tijdens de looptijd van de lening opnieuw naar de zakelijkheid gekeken te worden. Een derde zou in dat geval namelijk een poging tot verhaal doen. De vennootschap van de DGA zal dit niet doen omdat de schuldenaar die ervoor kiest niet te betalen ook bestuurder van de schuldeiser is. Tegenover het uitstel van betaling van box 2 heffing staan voor de overheid wel belastinginkomsten over de zakelijke vergoeding die de vennootschap ontvangt.¹⁷⁷ Het geld moet met rente worden terugbetaald. Dan is dus geen sprake van een vermogensverschuiving.¹⁷⁸

3.2.3 Het wetsvoorstel als oplossing

Lenen bij de eigen vennootschap kan mijns inziens inderdaad leiden tot afstel van belastingheffing. Voor de noodzakelijkheid van de maatregel is het echter wel van belang op te merken dat afstel van belastingheffing zich weinig voor doet.¹⁷⁹ In de gevallen waarbij wel sprake is van afstel kan geargumenteed worden dat het huidige wetsvoorstel niet de noodzakelijke oplossing biedt voor dit probleem. De belastingdienst is namelijk al bewapend met voldoende instrumenten om afstel van belastingheffing te voorkomen.¹⁸⁰ Door de lening als verkapte winstuitdeling aan te merken wordt uitstel van belastingheffing al voorkomen.

Onterecht afstel kan alleen plaatsvinden wanneer de belastingdienst te laat alert is op het gevaar. De belastingdienst heeft de mogelijkheid om onzakelijke leningen als onttrekking aan te merken in bepaalde gevallen.¹⁸¹ Volgens de belastingdienst is het opleggen van dividenduitdeling vaak zinloos; de belastingdienst komt hier vaak namelijk pas aan toe wanneer in privé geen middelen meer zijn om de schuld mee terug te betalen.¹⁸² Slechts in het geval dat de vennootschap nog voldoende vermogen heeft kan de verschuldigde inkomstenbelasting nog betaald worden.¹⁸³ De oorzaak van het afstel vloeit

¹⁷⁷ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 345.

¹⁷⁸ Boer, *WFR* 2019/70, p. 411.

¹⁷⁹ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 346.

¹⁸⁰ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 347.

¹⁸¹ Zie 2.4.4 Onttrekking.

¹⁸² Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 51.

¹⁸³ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 50-51.

mijns inziens voort uit het te laat kunnen handelen van de belastingdienst. De belastingdienst handelt vaak te laat omdat het detecteren van deze onzakelijke leningen veel inspanning vereist. Het kabinet wil de wet excessief lenen bij eigen vennootschap daarom ook invoeren om arbeidsintensieve discussies tegen te gaan. Hiermee zou indirect dus ook afstel kunnen worden voorkomen.

3.3 Lastenverlichting voor de belastingdienst

De tweede doelstelling van het kabinet bij het wetsvoorstel was het verminderen van de discussies tussen de belastingplichtigen en de belastingdienst over schuldverhoudingen. Deze discussies en de bijkomende beoordelingen vergen veel capaciteit van de belastingdienst. Het kabinet verwacht dat abhouders hun schulden terug zullen brengen tot ten hoogste € 500.000.¹⁸⁴ De staatsecretaris verwacht dat vanwege het wetsvoorstel niet langer discussies plaats hoeven te vinden voor schuldverhoudingen van meer dan € 500.000. Dit zou de lasten verlichten voor de belastingdienst, die met de huidige systematiek voor rekening-courant verhoudingen vaak te laat in kan grijpen.¹⁸⁵

3.3.1 Noodzakelijkheid van het verlichten van de lasten

De belastingdienst heeft reeds de systematiek om een schuld als een winstuitdeling aan te merken; op deze manier kan de belastingheffing veilig gesteld worden. Deze discussies zijn echter complex en arbeidsintensief.¹⁸⁶ Daarnaast kan de inspecteur pas achteraf zijn oordeel vormen over de zakelijkheid van de rekening-courant.¹⁸⁷ Vanwege de huidige complexe en intensieve discussies die achteraf plaats moeten vinden zoekt het kabinet naar een manier waarop de belastingdienst onzakelijke leningen eerder als onttrekking aan kan merken. Zo kan het uitstel van belastingheffing ook verder teruggedrongen worden. Voorts heeft de belastingdienst bij het aantonen van de definitieve vermogensverschuiving moeite om het jaar in aanmerking te nemen van de definitieve onttrekking.¹⁸⁸ Wanneer achteraf moet worden geconcludeerd dat de onttrekking heeft plaatsgevonden in het verleden bestaat de kans dat navorderen niet langer mogelijk is.¹⁸⁹

Het laten verlopen van de vijfjaarnavorderingstermijn zorgt voor een heffingslek wat leidt tot afstel van belastingheffing. Dit heffingslek verbindt mijns inziens het belang van de twee doelstellingen van het kabinet met elkaar. Omdat de belastingdienst vanwege uitvoeringscapaciteiten te laat kan zijn om

¹⁸⁴ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6-12.

¹⁸⁵ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 51.

¹⁸⁶ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 18.

¹⁸⁷ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 418.

¹⁸⁸ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 50.

¹⁸⁹ Meijer, *WFR* 2015/918, p. 5.

na te vorderen is sprake van afstel van belastingheffing. De belastingdienst ziet dit ook als een gevaar wat leidt tot uitvoeringsproblemen.¹⁹⁰

De wet excessief lenen dient dan als instrument om een deel van de belastingheffing al veilig te stellen voordat de zakelijkheid getoetst wordt. De belastingdienst heeft ook zonder het wetsvoorstel alle wettelijke instrumenten om deze vorm van afstel van belastingheffing te voorkomen.¹⁹¹ Vanwege een gebrek aan uitvoeringscapaciteit is de belastingdienst echter niet altijd (op tijd) attent bij oplopende rekening-courant verhoudingen. Gesteld kan worden dat het gebrek bij de belastingdienst geaard is in de uitvoerende capaciteit. De uitvoering van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap is vanwege haar objectieve scheidingslijn minder arbeidsintensief en biedt een oplossing voor dit gebrek aan uitvoerende capaciteiten. Het kabinet wentelt met het wetsvoorstel een tekortkoming van de belastingdienst af op de belastingplichtigen die te goeder trouw zijn.¹⁹² Voorts kan geargumenteerd worden dat het in de wet opnemen van bepaalde verplichtingen voor de belastingplichtige, inzake de bepaling van zakelijkheid en de documentatie van de lening, voldoende hadden kunnen zijn.¹⁹³

Onder de huidige systematiek, inzake de zakelijkheid van een lening, ligt de bewijslast bij een dispuut over de hoogte van een rekening-courant in beginsel bij de belastingdienst.¹⁹⁴ Gezien de intensiviteit van de discussies over de rekening-courant zorgde dit voor uitvoeringsproblemen bij de belastingdienst. Het kabinet had, om deze uitvoeringsproblemen af te doen nemen, ervoor kunnen kiezen de bewijslast om te draaien.¹⁹⁵ Door de belastingplichtige te laten bewijzen dat geen sprake is van een winstuitdeling zou afstel door middel van excessief lenen ook al tegengegaan kunnen worden.¹⁹⁶

Het kabinet heeft echter ervoor gekozen om een maatregel te kiezen die de bewijslast helemaal weghaalt. Er hoeft niet langer bewezen te worden dat de schuld onzakelijk was of is geworden. Er is echter ook voor gekozen om de belastingplichtige niet de mogelijkheid te geven aan te tonen dat sprake is van een zakelijke lening waarbij geen winstuitdeling hoeft plaats te vinden; dit is gedaan om de uitvoerbaarheid voor de belastingdienst verder te vergroten.¹⁹⁷ Een absoluut maximum is voor de

¹⁹⁰ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 49.

¹⁹¹ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 345.

¹⁹² Stevens, *WFR* 2019/71, p. 424.

¹⁹³ NOB, 29-03-2019, p. 2.

¹⁹⁴ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 418.

¹⁹⁵ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 416.

¹⁹⁶ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 429.

¹⁹⁷ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 9.

uitvoerende instelling de eenvoudigste optie.¹⁹⁸ Hierbij wordt echter geen aandacht besteed aan de DGA die voor het blok wordt gezet; die moet namelijk betalen of aflossen.¹⁹⁹ Het kabinet lost hier een probleem mee op, namelijk de uitvoeringslasten, maar houdt geen rekening met de ab-houders die te goeder trouw zijn.²⁰⁰

3.3.2 Effectiviteit

Volgens de staatssecretaris zullen door de wet excessief lenen bij eigen vennootschap geen discussies over verkapte winstuitdelingen meer plaats hoeven te vinden.²⁰¹ Dit is mijns inziens echter te kort door de bocht. Het huidige systeem blijft namelijk relevant. Wel kan gesteld worden dat er significant minder schulden van meer dan € 500.000 zullen zijn wat inderdaad tot lastenverlichting kan leiden. Voor het bedrag onder de € 500.000 zal de belastingdienst nog steeds moeten toetsen of geen sprake is van een verkapte winstuitdeling. Er kan dus wel gesteld worden dat het belang van de discussies af zal nemen. De materie voor schulden boven € 500.000 is echter alleen nog maar moeilijker geworden met het bijhouden van het maximumbedrag; dit zal juist weer leiden tot meer werk voor de belastingdienst. Voorts moeten eventueel ook de schuldposities van verschillende personen bijgehouden worden; voor alle verbonden personen zal namelijk de schuldpositie en het maximumbedrag bijgehouden moeten worden.²⁰²

Ook de NOB verwacht een toename aan administratieve lasten voor zowel de belastingdienst als de belastingplichtige.²⁰³ Vanwege de beide systemen acht ook de redactie Vakstudie Nieuws een verlichting van de administratie lasten twijfelachtig.²⁰⁴

Een reden voor het kabinet om de wet excessief lenen bij eigen vennootschap toe te voegen aan de huidige systematiek is dat het aanpakken van de rekening-courantproblematiek momenteel complex en arbeidsintensief is.²⁰⁵ Dit is mijns inziens een terechte reden. Maar het omkeren van de bewijslast had dan afdoende kunnen zijn. Nu is de bewijslast niet alleen omgekeerd; de ab-houder wordt in feite direct “gestraft” en heeft niet eens de mogelijkheid tegenbewijs te leveren.

¹⁹⁸ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 427.

¹⁹⁹ Schonis, *FTV* 2018/10-36, p. 4.

²⁰⁰ Heithuis NTFR 2019/1020, p. 4.

²⁰¹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6.

²⁰² Boer, *WFR* 2019/70, p. 410-411.

²⁰³ NOB, 29-03-2019, p. 2-6.

²⁰⁴ V-N 2019/16.5, p. 22.

²⁰⁵ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 18.

3.4 Gevolgen van het terugbrengen van schuldverhoudingen

Naast de beoogde gevolgen van het kabinet zal het wetsvoorstel naar verwachting nog meer tot stand brengen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat wanneer iemand buiten de heffing blijft, het wetsvoorstel indirect alsnog kan leiden tot belastingheffing.²⁰⁶ Een gevaar waar Heithuis en de NOB voor waarschuwen is dat externe financiering in de hand gewerkt wordt.^{207 208} Ook zal de huidige systematiek van de vaststellingsovereenkomst komen te vervallen.²⁰⁹ Daarnaast wordt met het voorstel een voordeel van de DGA afgenomen waar ondernemers al geen aanspraak op hadden. Hierdoor worden de DGA's en de ab-houders op dit gebied evenwichtiger behandeld.

3.4.1 Gelijkere behandeling met de ondernemer

Het aanmerkelijk belang regime beoogt een parallel in behandeling van de ab-houders met de ondernemers.²¹⁰ De verwachting is dat het wetsvoorstel een rem zet op bovenmatig lenen en zo tot een meer gelijke behandeling met de IB-ondernemer leidt.²¹¹ Hierdoor wordt het Nederlandse belastingregime evenwichtiger. Er wordt namelijk een voordeel weggenomen van de DGA, een voordeel waar een IB-ondernemer al geen aanspraak op kon maken.

Een van de grootste oorzaken voor een verschil in heffingssystematiek tussen de DGA en de IB-ondernemer is het heffingstijdstip.²¹² De DGA kan namelijk tot op zekere hoogte zelf bepalen wanneer een deel van zijn belastingheffing plaatsvindt. Zijn box 2 heffing vindt namelijk plaats wanneer de vennootschap winsten uitkeert aan hem als aandeelhouder. Hij als enig aandeelhouder kan beslissen wanneer de vennootschap de winsten uitkeert. Excessief lenen is een mogelijkheid voor de DGA om zelf meer controle te hebben over wanneer hij de winsten van de vennootschap uit laat keren; door geld te lenen kan de DGA namelijk langer wachten met het uit laten keren van de winst. Door een maximum te stellen aan het lenen van de eigen vennootschap kan de DGA minder lang belastingheffing uitstellen.

²⁰⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12.

²⁰⁷ Heithuis, *WFR* 2018/184, p. 1268.

²⁰⁸ NOB, 29-03-2019, p. 6.

²⁰⁹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 7.

²¹⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 33.

²¹¹ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 22.

²¹² Mol-Verver, *WPNR* 2016/7114, p. 548.

3.4.2 Budgettaire gevolgen

In de aanloop naar de aankondiging van het wetsvoorstel werd deze als budgettair interessant aangemerkt.²¹³ De belastinginkomsten van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap kunnen mijns inziens opgesplitst worden. Allereerst zijn er de directe inkomsten van het wetsvoorstel; deze komen voort uit de box 2 heffing over het fictief regulier voordeel. Daarnaast zijn er indirecte inkomsten van het wetsvoorstel. Deze indirecte inkomsten komen voort uit de verwachting van het kabinet dat ab-houders hun schulden terug zullen brengen tot ten hoogste € 500.000.²¹⁴ Dit wordt door de staatssecretaris ook wel het anticipatie-effect genoemd.

Wanneer de belastingplichtige zijn schulden voor 2022 terug brengt tot ten hoogste € 500.000, zal hij geen fictief regulier voordeel in aanmerking hoeven nemen. In veel gevallen zal echter toch belastingheffing plaatsvinden in box 2. De staatssecretaris verwacht namelijk dat veel ab-houders hun schuld aan de eigen vennootschap zullen terugbetalen door middel van een winstuitkering. Het doel van het kabinet is dan alsnog bereikt. Het onttrekkingsmoment en het heffingsmoment vallen dan immers alsnog samen. Ook al heeft de belastingplichtige geen voordeel in aanmerking hoeven op basis van het wetsvoorstel heeft het wetsvoorstel er indirect wel toe geleid dat de belastingplichtige belasting heeft betaald.

Het kabinet verwacht door dit anticipatie-effect een opbrengst € 1,35 miljard. Er wordt verwacht dat 80% van de belanghebbende ab-houders dividend uit zal keren om de schuld af te lossen; van de overige 20% wordt verwacht dat ze bij ingang van het wetsvoorstel in de heffing betrokken zullen worden.²¹⁵ Bij de budgettaire raming lijkt echter geen rekening gehouden te zijn met de toekomstige belastingderving.²¹⁶ De structurele opbrengsten van het wetsvoorstel lijken maar gering te zijn.²¹⁷ Volgens de NOB heeft het wetsvoorstel met name de terugdringing van de uitvoeringslasten als doel. Mijns inziens maakt het kabinet gebruik van dit wetsvoorstel omdat de belastingdienst de uitvoerende capaciteiten mist.

Wanneer opbrengsten gerealiseerd worden door het voorkomen van afstel van belastingheffing is dit mijns inziens correct. In het geval van voorkomen van uitstel van belastingheffing dient hier echter wel

²¹³ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 26.

²¹⁴ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 12.

²¹⁵ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 3.

²¹⁶ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 428.

²¹⁷ NOB, 29-03-2019, p. 2.

rekening gehouden te worden met toekomstige belastingderving. Wanneer uitstel van belastingheffing wordt voorkomen is het voordeel voor de schatkist niet de belastingopbrengsten, maar het eerder krijgen van deze belastingopbrengsten. Bij de budgettaire raming is wel terecht opgemerkt dat de kasopbrengst ter versnelling van het uitdelingsgedrag slechts tijdelijk is.

3.5 Tussenconclusie

Het wetsvoorstel heeft als doel het ontmoedigen van excessief lenen. Dit ontmoedigen zal naar verwachting ertoe leiden dat uit- en afstel van belastingheffing tegengewerkt wordt en dat de belastingdienst minder arbeidsintensieve discussies zal hoeven voeren over schuldposities. Het is gebleken in dit hoofdstuk dat deze doelen in het verlengde van elkaar liggen. Er kan echter getwijfeld worden of het huidige wetsvoorstel de juiste manier is om deze doelen te bereiken.

Mijns inziens lijkt de opzet van de wet adequaat te scoren op het gebied van doeltreffendheid. Uit- en afstel van belastingheffing zal tegengegaan worden. Ook zullen voor schuldverhoudingen de arbeidsintensieve discussies afnemen omdat het belang van deze discussies af zal nemen. Het moet echter nog blijken qua uitvoering of het bijhouden van de maximumbedragen en de verschillende verbonden personen ten koste zal gaan van de doeltreffendheid. Mijns inziens kan echter wel betwijfeld worden in hoeverre het doel van het kabinet een terecht doel is. Het tegen willen gaan van uit- en afstel van belastingheffing is mijns inziens een terecht doel voor het kabinet. In dit geval kan echter gesteld worden dat zonder het wetsvoorstel ook onterecht uitstel en afstel van belastingheffing tegengegaan kan worden door middel van het aanmerken van de schuld als een onttrekking. Omdat in de huidige situatie de belastingdienst te kort schiet in de uitvoering is gekozen voor het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel met zijn objectieve maximum vereist minder arbeid van de belastingdienst bij het veiligstellen van belastingheffing.

Het wetsvoorstel is mijns inziens echter niet doelmatig genoeg. Het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing kan mijns inziens al bereikt worden door het vereenvoudigen van de arbeidsintensieve discussies voor de belastingdienst. Het vereenvoudigen van de discussies had weer gerealiseerd kunnen worden door het omkeren van de bewijslast bij het bepalen of sprake is van een verkapte winstuitdeling. Dit zou een minder ingrijpende uitwerking geweest zijn. Het wetsvoorstel lijkt mij om deze zelfde reden dan ook niet voldoende te scoren op het gebied van evenredigheid. Het kabinet zadelt de DGA hier op met extra belastingheffing en extra werk om te corrigeren voor een tekortkoming van de belastingdienst. Dit zal echter wel de algemene uitvoerbaarheid van het rechtssysteem op het gebied van leningen van de eigen vennootschap verhogen. De verdere criteria zullen in het volgende hoofdstuk behandeld worden.

4. Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap, behoorlijke wetgeving?

4.1 Inleiding

De doelstelling van het wetsvoorstel blijkt duidelijk uit de wettekst en de memorie van toelichting: het ontmoedigen van excessief lenen bij de eigen vennootschap. De manier waarop dit gerealiseerd zal worden is in de basis ook duidelijk; voor zover de totale som van de schulden van de ab-houder aan zijn eigen vennootschap meer dan € 500.000 bedraagt, zal een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen worden.

4.2 Uitwerking van de wettekst

Bij het voorstel van de wettekst is als eerste nogmaals de doelstelling opgenomen. Het kabinet wil dit realiseren door aanpassingen aan hoofdstuk 4 van de wet IB 2001, aangevuld met aanpassingen aan een aantal overgangsbepalingen in hoofdstuk 10 van de wet IB 2001 en een uitstelbepaling uit de invorderingswet.²¹⁸

Hoofdstuk 4 van de wet IB 2001, het hoofdstuk over de heffingsgrondslag bij aanmerkelijk belang, bevat de implementatie van fictief reguliere voordelen. Geld lenen van de eigen vennootschap voor meer dan € 500.000 wordt aangemerkt als zo'n fictief regulier voordeel. Op deze manier kan de box 2 heffing plaatsvinden. Dit fictief reguliere voordeel zal behoren tot de reguliere voordelen op grond van het toegevoegde lid f van het bestaande artikel 4.13 wet IB 2001. De definitie van een fictief regulier voordeel is gegeven in het nieuwe artikel 4.14a. Bijbehorende praktische maatregelen zoals het ophogen van het maximum bedrag en de bepaling voor verbonden personen zijn opgenomen in het nieuwe artikel 4.14b. Deze drie wijzigingen in de wet IB 2001 vormen mijns inziens de kern van de uitwerking van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Naast deze kern van bepalingen zijn nog extra maatregelen opgenomen inzake bijzondere bepalingen als immigratie en emigratie (art. 4.14c wet IB 2001), het genietingsmoment van een fictief regulier voordeel (art. 4.43 wet IB 2001) en de invordering van de belasting over het fictief regulier voordeel (art. 25 lid 8 onderdeel c Invorderingswet (hierna: IW)). Ook zijn twee overgangsbepalingen opgenomen in hoofdstuk 10 van de wet IB 2001, namelijk artikel 10a.21 en artikel 20a.22.

²¹⁸ Zie bijlage 1 voor de artikelsgewijze wijzigingen van het wetsvoorstel.

4.2.1 Artikel 4.13 en Artikel 4.14a

Inkomen uit aanmerkelijk belang bestaat uit twee typen voordelen: reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen.²¹⁹ Om een excessieve lening te kunnen belasten moet een excessieve lening eerst als een bepaald type voordeel aangemerkt worden. In het voorstel van de wet is dit verwerkt door middel van een toevoeging aan artikel 4.13 wet IB 2001. In artikel 4.13 zijn de reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang opgenomen. Bij de invoering van de wet excessief lenen wordt hier een onderdeel aan het eerste lid toegevoegd: lid f. Op grond van dit onderdeel wordt het bovenmatige deel van de schulden die een belastingplichtige heeft aan de eigen vennootschap aangemerkt als fictief regulier voordeel.²²⁰ Fictief regulier voordeel is een nieuwe fictie in de inkomstenbelasting.²²¹

Op basis van artikel 4.13 lid 1, onderdeel f wordt een fictief regulier voordeel aangemerkt als: “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*” (cursivering FV). Dit geeft in grote lijnen aan in welke situatie sprake is van een fictief regulier voordeel.

Het *bovenmatig deel* wordt nader toegelicht in artikel 4.14a: het bovenmatige deel is de totale som van de schulden voor zover deze het maximumbedrag overschrijden. Op basis van het eerste lid is het maximumbedrag € 500.000. Op basis van artikel 4.14b kan dit maximumbedrag echter verhoogd worden om te voorkomen dat het bovenmatige deel jaarlijks belast wordt.²²² Bij het bepalen van *schulden* komen in aanmerking: alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen op basis van de nominale waarde.²²³

Met de uitdrukking *rechtens dan wel in feite direct of indirect* is aangesloten bij de uitwerking van de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 van de inkomstenbelasting.²²⁴ Deze regeling is opgenomen om te voorkomen dat de uitwerking van de wet met een simpele fiscale structuur vermeden kan worden door de belastingplichtige. Wanneer deze uitdrukking niet opgenomen zou zijn, kan een DGA bijvoorbeeld geld lenen van een vennootschap waarin hij alleen een indirect belang heeft en zou geen sprake zijn van een fictief regulier voordeel. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan

²¹⁹ O.g.v. art. 4.12 wet IB 2001.

²²⁰ Voorbeeld 1a (opgenomen in bijlage 2).

²²¹ NOB, 29-03-2019, p. 7.

²²² Voorbeeld 1b (opgenomen in bijlage 2).

²²³ O.g.v. art. 4.14a lid 3 (opgenomen in bijlage 1).

²²⁴ NOB, 29-03-2019, p. 14.

de veel voorkomende drietrapsstructuur waarbij de DGA 100% belang heeft in een holding vennootschap, waarbij de holding vennootschap weer een 100% belang heeft in een werkmaatschappij; de DGA heeft dan slechts een indirect belang in de werkmaatschappij.²²⁵ In deze drietrapsstructuur heeft de DGA wel alles voor het zeggen bij de werkmaatschappij. De DGA is namelijk bestuurder en aandeelhouder van de holding, welke weer bestuurder en aandeelhouder is van de werkmaatschappij. Als indirecte belangen niet onder de regeling zouden vallen zou een fictief regulier inkomen makkelijk te voorkomen zijn.

De zinsnede *rechtens dan wel in feite direct of indirect* voorkomt volgens de staatssecretaris ook dat zogeheten ‘back-to-back’-situaties buiten de werking van de wettekst zouden vallen.²²⁶ Met deze term wordt namelijk aangesloten bij de materiële werkelijkheid.²²⁷ Met ‘back-to-back’-situaties doelt de staatssecretaris op situaties waarbij de DGA niet letterlijk de schuldenaar is en de vennootschap de lening verstrekker, maar waarbij dit wel feitelijk de situatie is.²²⁸ Net als in artikel 10a wet VPB 1969 wordt de term *rechtens dan wel in feite direct of indirect* gebruikt om de bepaling ook van toepassing te laten zijn wanneer een lening formeel door een derde wordt verstrekt, maar feitelijk door de verbonden vennootschap wordt verstrekt.²²⁹ Conform de behandeling van artikel 10a wet VPB 1969 kan onder lening ook worden verstaan: een garantstelling waarbij de vennootschap zich op alle punten garant stelt voor de aangegane verplichting van de ab-houder.²³⁰ Op grond van de materiële situatie kan dus bepaald worden of alsnog sprake is van een schuld, namelijk een indirecte schuldigerkenning.²³¹ Hierbij is het van belang dat de lening niet verleend zou zijn aan de ab-houder zonder de garantstelling van de vennootschap.

Voorts bestaat nog een situatie die door de term *rechtens dan wel in feite direct of indirect* in de heffing betrokken wordt. Het voorkomt namelijk ook dat de ab-houder een ander persoon als tussenschakel zou gebruiken om fictief regulier voordeel te voorkomen.²³²

Voor een fictief regulier voordeel moet de belastingplichtige het bedrag schuldig zijn *bij een of meer vennootschappen waarin hij een aanmerkelijk belang heeft*. Wanneer de belastingplichtige zowel een

²²⁵ Voorbeeld 2a (opgenomen in bijlage 2).

²²⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 14.

²²⁷ Strik, *CB Vpb.2.2.3.C.d* 2019, p. 1

²²⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 14.

²²⁹ Strik, *CB Vpb.2.2.3.C.d* 2019, p. 1

²³⁰ Voorbeeld 2b (opgenomen in bijlage 2).

²³¹ Ligthart, *TFO* 2003/174, p. 2-3.

²³² Arends, *WPNR* 7249, p. 572.

aanmerkelijk belang als schulden heeft bij meer vennootschappen worden deze schulden bij elkaar opgeteld voor het bepalen van het fictief regulier voordeel.²³³ Het maximum bedrag wordt bepaald bij de belastingplichtige, niet bij de vennootschappen; door meer schuldverhoudingen wordt het maximumbedrag dus niet hoger.

De ab-houder wordt samen met zijn partner in de heffing betrokken. Dit betekent dat de schulden van de partners bij elkaar opgeteld zullen worden en dat zij gezamenlijk een maximumbedrag van € 500.000 hebben. Hierdoor dient geen onderscheid gemaakt te worden tussen de schulden van de belastingplichtige en de schulden van zijn partner.

Op grond van lid 4 van artikel 4.14a worden eigenwoningschulden niet meegerekend bij het bepalen van fictief regulier voordeel. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de hypotheek aangegaan voor 31 december 2021 en de hypotheek die daarna zijn aangegaan. In principe is het namelijk verplicht dat de eigenwoningsschuld slechts buiten aanmerking blijft voor zover een recht van hypotheek is verstrekt aan de vennootschap. Dit is een voorwaarde die niet verplicht is voor kwalificatie als eigenwoningsschuld, derhalve is deze voorwaarde ook niet opgenomen in artikel 3.119a van de wet IB 2001. Het opnemen van deze extra voorwaarde, het hypotheekrecht, volgt uit de praktijk en is een voorwaarde die reeds wordt gebruikt bij de huidige systematiek; bij het toetsen van een verkapte winstuitdeling stelt de belastingdienst doorgaans dat bij de eigenwoningsschuld een recht van hypotheek verstrekt dient te zijn.²³⁴ Deze voorwaarde van het recht van hypotheek is niet verplicht voor schulden die zijn aangegaan vóór 31 december 2021. Voor deze schulden is namelijk een overgangsbepaling opgenomen die aangeeft dat schulden zonder recht van hypotheek ook vrijgesteld zijn.²³⁵ Zodra de schuld het karakter van een eigenwoningsschuld verliest, zal deze ook niet langer buiten aanmerking gelaten worden bij het bepalen van het fictief regulier voordeel.²³⁶

4.2.2 Artikel 4.14b

Artikel 4.14b bevat een aantal aanvullende maatregelen die van toepassing zijn op de fictief reguliere voordelen. De eerste maatregel is een verhoging van het toegestane maximumbedrag voor zover het bedrag reeds in de heffing van artikel 4.14a betrokken is, waarmee dubbele belastingheffing wordt voorkomen. Het maximumbedrag van € 500.000 zal namelijk verhoogd worden met alle bedragen die

²³³ Voorbeeld 2c & Voorbeeld 2d (opgenomen in bijlage 2).

²³⁴ Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 40.

²³⁵ O.g.v. art. 10a.21 (opgenomen in bijlage 1).

²³⁶ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 17.

al in een eerder jaar als regulier fictief voordeel zijn aangemerkt.²³⁷ Stel in jaar 1 is de schuld aan de eigen vennootschap € 800.000, dan is in dat jaar het fictief regulier voordeel € 300.000. Vanaf dan is het maximum bedrag voor de belastingplichtige ook verhoogd met € 300.000, dus € 800.000.

In het tweede lid wordt de heffing van het wetsvoorstel uitgebreid naar schulden verstrekt aan zogeheten verbonden personen. In hetzelfde lid wordt toegelicht wat onder verbonden persoon dient te worden verstaan: een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner. Wanneer een verbonden persoon een excessieve schuld heeft bij een vennootschap zal een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen worden. De belastingplichtige is in dit geval de ab-houder, niet de schuldenaar.²³⁸ In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat deze toerekening alleen van toepassing is wanneer de verbonden persoon niet zelf een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap;²³⁹ dit is om dubbele belastingheffing te voorkomen.

Het gevolg van heffen bij de verbonden persoon is dat dit kan leiden tot een fictief regulier voordeel bij meer belastingplichtigen of meer fictief reguliere voordelen bij één belastingplichtige. Wanneer de vennootschap van de belastingplichtige namelijk geld heeft uitgeleend aan zowel de ab-houder als een verbonden persoon wordt hij twee keer in de heffing betrokken van het wetsvoorstel. Er kunnen ook meer verbonden personen zijn die een schuld hebben bij de vennootschap. Het drempelbedrag geldt echter wel per schuldenaar.²⁴⁰ Ook kan gedacht worden aan de situatie waarbij de schuldenaar een verbonden persoon is van twee ab-houders.²⁴¹ Bij beide ab-houders moet dan een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen worden. Het bovenmatige deel wordt in gelijke delen bij de belastingplichtigen in aanmerking genomen op grond van lid 3 van artikel 4.14b. Hierbij is de aandelenverhouding dus niet van belang.²⁴²

Het laatste lid van artikel 4.14b is ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Een lening zal civielrechtelijk nog als schuld aangemerkt worden wanneer deze fiscaal reeds is belast als dividend uitkering.²⁴³ Omdat hier niet langer sprake kan zijn van uitstel van belastingheffing en om onredelijke dubbele heffing te voorkomen zijn deze schulden vrijgesteld van de heffing van het wetsvoorstel. Deze

²³⁷ Voorbeeld 1b (opgenomen in bijlage 2).

²³⁸ Voorbeeld 3a (opgenomen in bijlage 2).

²³⁹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 18.

²⁴⁰ Voorbeeld 3b & Voorbeeld 3c (opgenomen in bijlage 2).

²⁴¹ Voorbeeld 3d (opgenomen in bijlage 2).

²⁴² Voorbeeld 3e (opgenomen in bijlage 2).

²⁴³ Zie 2.4 Fiscale behandeling van de lening.

bepaling ziet echter alleen op schulden welke eerst als verkapt dividend worden aangemerkt. Vervolgens wordt pas gekeken of sprake is van een excessief deel. Het is onduidelijk wat de behandeling zal zijn in de omgekeerde situatie; waarbij het excessieve deel van de schuld eerst wordt aangemerkt als fictief regulier voordeel en vervolgens wordt geconcludeerd dat ook sprake is van verkapt dividend.²⁴⁴ Het is onduidelijk of het kabinet beoogt in dit geval het excessieve deel tweemaal aan te merken als (fictief) regulier voordeel en zodoende tweemaal te belasten.

4.2.3 Artikel 4.14c

Artikel 4.14c bevat een bijzondere bepaling voor immigranten. Aan immigranten wordt een zogeheten step up verleend voor hun schulden wanneer zij immigreren. Dit betekent dat wanneer zij op het moment van immigreren schulden aan hun eigen vennootschap hebben van meer dan € 500.000 het maximumbedrag wordt gesteld op de nominale waarde van hun schulden op het tijdstip van immigratie. Deze bepaling is ingevoerd om immigratie zo min mogelijk te belemmeren.²⁴⁵ Voor het moment van immigratie viel de immigrant namelijk niet onder deze regeling.

In het tweede lid is aan deze immigratiebepaling een extra regeling toegevoegd voor immigranten die al eerder Nederlands inwoner zijn geweest. Voor deze remigranten geldt dat het maximumbedrag slechts wordt verhoogd tot het maximumbedrag dat voor hen gold op het moment van emigratie. Dit is om te voorkomen dat het excessieve bedrag van voor de emigratie niet na de immigratie voor een tweede keer wordt belast.

Het derde lid van artikel 4.14c leidt ertoe dat het maximumbedrag niet verhoogd wordt bij immigratie wanneer de immigrant al buitenlands belastingplichtige was voor zijn aanmerkelijk belang. Iemand die in het buitenland woont kan namelijk voor zijn aanmerkelijk belang al belastingplichtig zijn in Nederland wanneer de vennootschap in Nederland gevestigd is.²⁴⁶ Deze belastingplichtige is namelijk al onderworpen aan de andere bepalingen van de inkomstenbelasting. Wanneer dit het geval is, dan zal het maximum bedrag al verhoogd zijn op grond van de verhoging op grond van artikel 4.14b lid 1, net als bij een binnenlands belastingplichtige.

²⁴⁴ Arends, *WPNR* 7249, p. 572.

²⁴⁵ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 18.

²⁴⁶ O.g.v. art. 7.5 wet IB 2001.

4.2.4 Artikel 10a.22

Artikel 10a.22 is de tweede overgangsbepaling die is opgenomen in het wetsvoorstel. Door middel van het fictief regulier voordeel probeert het kabinet te voorkomen dat door middel van een excessieve lening belastingheffing kan worden uit- of afgesteld. Het fictief regulier voordeel zorgt echter voor een extra heffing die los staat van de heffing die uitgesteld wordt; dit betekent dat het kan leiden tot een dubbele heffing. Om deze reden is in artikel 10a.22 een anticumulatiebepaling opgenomen. Wanneer in 2022 een fictief regulier voordeel is aangemerkt, zal dit bij een uiteindelijke vervreemding van het aanmerkelijk belang niet nogmaals belast worden. Het vervreemdingsvoordeel zal bij de uiteindelijke vervreemding namelijk verminderd worden met een vervreemdingskorting; deze vervreemdingskorting is het bedrag dat in 2022 als fictief regulier voordeel is aangemerkt.²⁴⁷ De vervreemdingskorting kan echter niet hoger zijn dan het vervreemdingsvoordeel; als gevolg van het toepassen van de korting kan geen verlies ontstaan. De staatssecretaris heeft aangegeven dat deze maatregel is opgenomen om dubbele heffing te voorkomen.²⁴⁸

In de bijzondere situatie dat de DGA die zijn ab vervreemd heeft, in een latere periode weer ab-houder wordt, zal zijn maximumbedrag verlaagd worden met de eerder verleende vervreemdingskorting. Daarmee wordt voorkomen dat de vervreemdingskorting dubbel benut zou kunnen worden.

Deze voorkoming van dubbele belasting is door het kabinet wel redelijk beperkt gehouden. Zo is deze alleen van toepassing op een fictief regulier voordeel gerealiseerd in 2022. Voorts komt deze ook slechts tot uiting op het moment dat het aanmerkelijk belang vervreemd wordt. Hierbij wordt niet gekeken naar aflossing van de excessieve schuldpositie.

4.2.5 Overige bepalingen en gevolgen

Naast de eerder genoemde toevoegingen aan de wet IB 2001 wordt ook een lid toegevoegd aan artikel 4.43. Op basis van het toegevoegde lid 3 wordt een fictief regulier voordeel geacht te zijn genoten aan het einde van het kalenderjaar. Het is de bedoeling van het kabinet om het wetsvoorstel per 1 januari 2022 in te laten gaan. Vanwege de peildatum aan het eind van het jaar zal op 31 december 2022 voor het eerst bepaald worden of sprake is van een fictief regulier voordeel.

²⁴⁷ Voorbeeld 4 (opgenomen in bijlage 2).

²⁴⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 22.

De werking van het wetsvoorstel is bedoeld niet door te werken naar de overige fiscale wet- en regelgeving.²⁴⁹ In box 1 en box 3 zal voor de ab-houder de schuld gewoon een schuld blijven. De staatssecretaris benadrukt hier nogmaals dat het fictief reguliere voordeel een fictie is die slechts invloed heeft op de heffing van box 2.

Tenslotte is voor de invordering van de inkomstenbelasting nog een lid toegevoegd aan artikel 25 van de Invorderingswet 1990. Deze bepaling zorgt ervoor dat de regeling van het fictief regulier voordeel ook geldt bij de conserverende aanslag voor ab-aandelen. Wanneer de schulden toenemen voor een bedrag van tenminste het verschuldigde belastingbedrag wordt het uitstel van betaling van de conserverende aanslag beëindigd.

4.3 Kritiek op het wetsvoorstel

Sinds de aankondiging van het wetsvoorstel is al veel kritiek geleverd op verschillende aspecten van de wet. Zo wordt getwijfeld aan de effectiviteit van de wet, mede door het ontbreken van bepaalde bepalingen.²⁵⁰ Ook bij de beoogde manier van inwerkingtreding van de wet kunnen de nodige vraagtekens gezet worden. In dit onderdeel worden de belangrijkste kritiekpunten uitgewerkt. De belangrijkste kritiekpunten zien op de verbonden persoon bepaling, de anticumulatieregeling, de inwerkingtreding en de ‘one size fits all’ benadering. Deze kritiekpunten hebben een significant effect op de belastingdruk en uitwerking van de wettekst. Vervolgens zullen de overige geleverde kritiekpunten nog behandeld worden.

4.3.1 Verbonden personen

De bepaling voor verbonden personen schiet in zijn huidige vorm tekort op verschillende punten. Het is opvallend dat de ab-houder de belasting moet betalen wanneer een verbonden persoon een schuld heeft. Het uitgangspunt van de inkomstenbelasting is namelijk dat iedere belastingplichtige wordt belast voor zijn eigen voordelen; bij de huidige verbonden persoonsbepaling is het de ab-houder die wordt belast vanwege een voordeel voor de verbonden persoon.²⁵¹ Het kabinet verwacht dat als gevolg hiervan in de praktijk ervoor gezorgd zal worden dat de verbonden persoon een aanmerkelijk belang zal krijgen in de vennootschap.²⁵² Vanwege de meetrekregeling zal de verbonden persoon vanaf

²⁴⁹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 7.

²⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Heithuis *WFR* 2020/13; Arends *WPNR* 7249; NOB 29-03-2019 & V-N 2019/16.5.

²⁵¹ NOB, 29-03-2019, p. 14.

²⁵² Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019. p. 37.

één aandeel al een aanmerkelijk belang hebben.²⁵³ Dan is de verbonden persoon namelijk zelf belastingplichtig voor de schuld, niet langer de oorspronkelijke ab-houder. Mijns inziens is dit echter geen oplossing omdat het kabinet hiermee verwacht dat de belastingplichtige de uitgangspunten van de inkomstenbelasting in stand houdt, in plaats van dit zelf te doen.

Daarnaast werkt door de huidige formulering deze bepaling anders uit dan logischerwijs verwacht mag worden. De bepaling is namelijk niet voorzien van een aantal faciliteiten die voor de schulden aan de ab-houder wel zijn opgenomen. De, mijns inziens, logische verwachting bij de bepaling voor verbonden personen is dat deze schulden aan verbonden personen meetrekt in de regeling en dat de regeling verder ongewijzigd blijft. Uit de concept wettekst blijkt echter dat dit niet het geval is. Ter verduidelijking volgt eerst het relevante lid, lid 2 van artikel 4.14b:

“Een schuld van een met de belastingplichtige verbonden persoon aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, maar waarin de verbonden persoon geen aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, wordt als bovenmatig deel als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, in aanmerking genomen bij de belastingplichtige voor zover de schuld van de verbonden persoon meer bedraagt dan € 500.000 en geen schuld is als bedoeld in artikel 4.14a, vierde lid. Voor de toepassing van de eerste zin wordt onder een met de belastingplichtige verbonden persoon verstaan: een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner.”

In de eerste volzin wordt de term “verbonden persoon” gebruikt, deze wordt in de laatste volzin uitgelegd. Verbonden persoon is een term die in de inkomstenbelasting reeds gebruikt wordt, namelijk bij de terbeschikkingstellingsregeling.²⁵⁴ Uit de wettekst van de terbeschikkingstellingsregeling blijkt echter dat onder een verbonden persoon wordt verstaan: “de partner van de belastingplichtige (1) of de minderjarige kinderen van de belastingplichtige of zijn partner (2)”. Deze definitie van het begrip verbonden persoon wijkt af van de definitie uit het nieuwe artikel 4.14b. Dit verhoogt onnodig de complexiteit van het wetsvoorstel.²⁵⁵ Dit kan leiden tot verwarring omdat hetzelfde begrip nu twee definities heeft. Voorts wordt de term verbonden persoon verder niet gebruikt in het wetsvoorstel.

²⁵³ O.g.v. art. 4.10 wet IB 2001.

²⁵⁴ Art. 3.91 & art. 3.92 IB.

²⁵⁵ NOB, 29-03-2019, p. 15.

Heithuis stelt daarom voor om de term verbonden persoon niet in het lid op te nemen om verwarring te voorkomen.²⁵⁶

In lid 2 van artikel 4.14b wordt het bovenmatige deel van de schulden ook aangemerkt als het deel van de schulden wat meer bedraagt dan € 500.000. Opvallend genoeg wordt hier niet het begrip maximum bedrag gebruikt zoals het in artikel 4.13 gebruikt wordt.²⁵⁷ Dit heeft grote gevolgen voor de belastingheffing bij een schuld van een verbonden persoon ten opzichte van belastingheffing bij een schuld van de ab-houder. Op grond van de wettekst is het namelijk mogelijk dat de verhoging van het maximumbedrag niet van toepassing is op schulden aan verbonden personen. Als gevolg hiervan zal hetzelfde bovenmatige deel dus elk jaar opnieuw belast worden.²⁵⁸ Mijns inziens is er geen goede reden waarom de behandeling voor de verbonden personen hier zo veel strenger is.

Op basis van lid 2 wordt bij verbonden personen ook gekeken naar de schuld van een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft. Dit is een andere formulering dan in artikel 4.13 lid 3 onderdeel f waar gesproken wordt van “een of meer vennootschappen”. Wanneer de ab-houder zelf de schuldenaar is, worden de schulden aan meer vennootschappen opgeteld.²⁵⁹ Vanwege de formulering van de bepaling voor verbonden personen lijkt dit niet het geval bij een schuld aan een verbonden persoon.²⁶⁰ Mijns inziens is ook hier geen goede reden om de behandeling van een schuld van een verbonden persoon hier anders uit te laten werken. Dit wordt verder niet toegelicht in de memorie van toelichting.

4.3.2 De anticumulatieregeling en dubbele belastingheffing

De in artikel 10a.22 opgenomen anticumulatieregeling is erg beknopt gehouden door het kabinet. De anticumulatieregeling is nodig om te voorkomen dat dubbele belastingheffing optreedt. Dubbele belastingheffing is ongewenst. De staatssecretaris geeft zelf ook aan dat het moet worden voorkomen.²⁶¹ De huidige bepaling voorkomt echter dubbele belastingheffing slechts in een select aantal gevallen. Slechts fictief regulier voordeel aangemerkt in het eerste jaar van de regeling, 2022, kan later nog verrekend worden. Daarnaast is verrekening slechts mogelijk wanneer het aandelenbelang vervreemd wordt. Voorts kan zich ook nog eens de situatie voordoen dat zelfs bij een

²⁵⁶ Heithuis, *WFR* 2020/13, p. 77-78.

²⁵⁷ Heithuis, *WFR* 2020/13, p. 77.

²⁵⁸ Voorbeeld 3f (opgenomen in bijlage 2).

²⁵⁹ Voorbeeld 2c & voorbeeld 2d (opgenomen in bijlage 2).

²⁶⁰ Heithuis, *WFR* 2020/13, p. 77.

²⁶¹ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 22.

vervreemding niet het gehele fictief reguliere voordeel uit 2022 verrekenend kan worden; de verrekening kan namelijk slechts plaatsvinden voor zover een vervreemdingsvoordeel bestaat. Wanneer het fictief regulier voordeel uit 2022 hoger was dan het uiteindelijke vervreemdingsvoordeel kan slechts verrekenend worden tot het bedrag van het vervreemdingsvoordeel. De NOB acht het ontbreken van een uitgebreidere anticumulatieregeling een ernstig en principiële gebrek.²⁶²

De in het wetsvoorstel opgenomen methode maakt gebruik van een mogelijke vervreemdingskorting. Dit is echter geen goede methode bij het berekenen van een voordeel uit aanmerkelijk belang.²⁶³ Het is opvallend dat toch voor deze methode gekozen is, zeker omdat dit een nieuwe methode is die afwijkt van de huidige anticumulatie-methode van artikel 4.27 wet IB 2001.²⁶⁴ Ingevolge dat artikel wordt de verkrijgingsprijs van de aandelen verhoogd met het bedrag dat bij vrijgestelde beleggingsinstellingen en buitenlandse beleggingslichamen als forfaitair regulier voordeel in aanmerking wordt genomen.. Het is onduidelijk waarom het kabinet niet voor deze methode heeft gekozen. Het kabinet heeft voor een andere methode gekozen, waarbij de verkrijgingsprijs niet aangepast wordt.

Slechts fictief reguliere voordelen uit 2022 kunnen nog worden verrekenend. Voor fictief reguliere voordelen die later genoten worden zal dus dubbele belastingheffing ontstaan. De staatssecretaris licht niet toe waarom deze cumulatie van belastingheffing niet ongewenst is voor het kabinet. Mijns inziens dient alle dubbele belastingheffing voorkomen te worden.

Het kabinet wil met het wetsvoorstel voornamelijk uitstel van belastingheffing tegengaan. Wanneer de excessieve schuld wordt afgelost kan niet langer geargumenteed worden dat nog sprake is van uitstel van belastingheffing. Mijns inziens zou dit moment ook het juiste moment zijn om de belastingheffing over het fictief regulier voordeel voor verrekening toe te laten met andere voordelen uit aanmerkelijk belang. Bij het aangaan van een schuld om belastingheffing uit te stellen kan namelijk niet gesproken worden van een definitief voordeel. Bij de huidige methode wordt het echter wel belast alsof het voordeel definitief genoten is.

In de fiscale literatuur wordt ervoor gepleit om de anticumulatieregeling ook van toepassing te laten zijn wanneer sprake is van een regulier voordeel. Ook dit is een reden om af te zien van de vervreemdingskortingen.²⁶⁵ In dit geval wordt echter ook niet volstaan met een verhoging van de

²⁶² NOB, 16-04-2019, p. 1.

²⁶³ NOB, 16-04-2019, p. 2.

²⁶⁴ Arends, *WPNR* 7249, p. 570.

²⁶⁵ V-N 2019/16.5, p. 23-24.

verkrijgingsprijs; omdat deze verkrijgingsprijs ook niet in aftrek komt bij dividenduitkeringen. Dit zou wel kunnen wanneer de verkrijgingsprijs ook in aftrek kan worden gebracht bij reguliere voordelen, zoals Rijkers voorstelt.²⁶⁶ Dit is echter een ingrijpende verandering van het huidige box 2 systeem, welke verder gaat dan slechts het wetsvoorstel.

4.3.3 Inwerkingtreding

Ook op de datum van de aankondiging en inwerkingtreding van het wetsvoorstel valt kritiek te leveren. Op het moment van aankondigen van de maatregel leende 10% van de ab-houders meer dan € 500.000 van hun eigen vennootschap.²⁶⁷ Dit zijn de gevallen die volgens het kabinet excessief zijn en aangepakt dienen te worden. Om deze bestaande leningen aan te kunnen pakken heeft het kabinet gekozen om geen verzachtende maatregel op te nemen voor de schulden die al bestonden vóór de aankondiging van het wetsvoorstel. Ook dit wordt veel bekritiseerd.

De aankondiging van het wetsvoorstel kwam onverwachts.²⁶⁸ De belastingplichtige is echter wel voldoende aanlooptijd gegeven naar het wetsvoorstel, aangezien dit pas vanaf 2022 in werking treedt. Belastingplichtigen kunnen echter wel reeds schulden aangegaan zijn die in 2022 naar verwachting nog steeds meer dan € 500.000 zullen zijn. Omdat deze schulden, die reeds bestonden vóór de aankondiging van het wetsvoorstel, ook binnen de heffing vallen is sprake van materieel terugwerkende kracht.²⁶⁹ Er is sprake van terugwerkende kracht omdat belastingplichtigen die in overeenstemming met de wetgeving hebben gehandeld alsnog geraakt zullen worden door het wetsvoorstel voor iets wat zij in het verleden hebben gedaan.²⁷⁰

Het kabinet heeft er niet voor gekozen om een step up te verlenen voor schulden die zijn aangegaan voordat de belastingplichtige kennis kon hebben van het wetsvoorstel. Het kabinet houdt hiermee geen rekening met het feit dat belastingplichtigen zich van geen kwaad bewust hoefden te zijn om een hogere schuld aan te zijn gegaan bij hun vennootschap. Dit is opvallend omdat het kabinet hier anders over denkt in een vergelijkbaar geval. Aan immigranten wordt namelijk wel een step up verleend voor hun schulden wanneer zij binnenlands belastingplichtige worden.²⁷¹ De binnenlandse ab-houder krijgt geen vergelijkbare step up bij de inwerkingtreding van het wetsvoorstel. De situatie van de

²⁶⁶ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 16.

²⁶⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

²⁶⁸ Wijtvliet, *FED* 2019/80, p. 4.

²⁶⁹ Heithuis, *NTR* 2019/1020, p. 3.

²⁷⁰ NOB, 29-03-2019, p. 4.

²⁷¹ O.g.v. art. 4.14c lid 1 wet IB 2001.

binnenlandse ab-houder voor aankondiging van het wetsvoorstel is niet identiek aan die van de immigrant. Bij een immigrant zal namelijk geen sprake zijn van uit- en afstel van Nederlands belastingheffing die wel kan spelen bij de binnenlandse ab-houder.

4.3.4 One size fits all

Zoals eerder behandeld kan eigenlijk alleen sprake zijn van afstel van belasting betalen wanneer de lening uiteindelijk een verkapte dividenduitkering blijkt te zijn. Als dit niet het geval is moet de vraag gesteld worden of het fictief regulier voordeel wel nodig is om de belastingheffing veilig te stellen. Het kabinet heeft echter bewust ervoor gekozen om de belastingplichtige geen mogelijkheid te geven de zakelijkheid van de schuld aan te tonen. De zakelijkheid is niet van belang voor het bepalen van een fictief regulier voordeel. Met een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige zouden zakelijke schulden wel vrijgesteld kunnen worden van het wetsvoorstel.²⁷² Het uitblijven van een tegenbewijsmogelijkheid en zakelijkheidstoets maakt het wetsvoorstel eenvoudiger. Daarnaast is het wetsvoorstel hierdoor beter uitvoerbaar voor de belastingdienst.²⁷³

Voor de belastingplichtige is het echter wel nadelig. Ook de belastingplichtige die geld leent zonder oogmerk van uit- of afstel wordt namelijk benadeeld door het wetsvoorstel. De welwillende belastingplichtige is hier de dupe van deze 'one size fits all' aanpak van het kabinet.²⁷⁴ Het kabinet kiest dus voor de uitvoerbaarheid voor de belastingdienst boven de belangen van de belastingplichtigen. Het wetsvoorstel zou evenrediger zijn wanneer wel een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen zou zijn.

Het kabinet heeft ervoor gekozen om geen saldering toe te laten met vorderingen. De staatssecretaris vindt het niet relevant of de ab-houder vorderingen heeft.²⁷⁵ Mijns inziens is dit een aparte constatering van de staatssecretaris. Wanneer de ab-houder zowel schulden als vorderingen heeft bij de vennootschap leent hij in principe zijn eigen geld terug.²⁷⁶ Voor zover de belastingplichtige een vordering heeft op de vennootschap kan ook geen afstel optreden, omdat de ab-houder door middel van de vordering nog voldoende bezittingen heeft om de box 2-heffing te voldoen.

Een ander voorbeeld waarbij zich geen afstel van belastingheffing kan voordoen is wanneer nog voldoende agioreserve aanwezig is voor de ab-houder. De ab-houder zou dan altijd nog gebruik

²⁷² Auerbach & Peters, *FTV* 2019/3-10, p. 8.

²⁷³ NOB, 29-03-2019, p. 6.

²⁷⁴ NOB, 29-03-2019, p. 5.

²⁷⁵ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 9.

²⁷⁶ NOB, 29-03-2019, p. 8.

kunnen maken van zijn agioreserve om zijn schuld mee af te lossen. Ook voor dit scenario is geen uitzondering gemaakt door het kabinet. Ditzelfde gebrek aan maatwerk uit zich ook aan de andere kant van de medaille. Ook schulden aan vennootschappen zonder voldoende winstreserves worden aangemerkt als fictief regulier voordeel. In dit geval is ook geen sprake van uitstel.²⁷⁷

Ook maakt de bepaling een bedrijfsoverdracht moeilijker. De staatssecretaris merkt dit ook op in voorbeeld 5 van de memorie van toelichting.²⁷⁸ Wanneer een kind namelijk aandelen in een werkmaatschappij overneemt van de holding van de vader en de koopsom schuldig gebleven wordt is het wetsvoorstel ook van toepassing. De vennootschap heeft dan namelijk een vordering op een kind van de ab-houder. Mijns inziens is dit een reële bedrijfsoverdracht en is hier dus niet sprake van een excessieve lening. Toch wordt geen uitzondering gemaakt voor dit scenario en wordt ook niet aangegeven waarom het wenselijk is om deze leningen ook te belasten met fictief regulier voordeel.

4.3.5 Complexiteit

Naast de bovenstaande kritiek is ook kritiek geleverd op het feit dat het wetsvoorstel een nieuwe fictie introduceert. Deze ficties zijn onwenselijk omdat zij de band tussen de fiscale wetgeving en de werkelijkheid aantasten.²⁷⁹

Ook ontbreekt het bij het wetsvoorstel aan duidelijkheid voor de situaties waarbij de belastingplichtige of de vennootschap in het buitenland zit. Zo is het nog onduidelijk onder welk verdragsartikel het fictief reguliere voordeel zou vallen. De twee meest logische opties zouden het dividendartikel en het restartikel zijn. Beide artikelen zouden het heffingsrecht aan Nederland toerekenen.²⁸⁰ Dit zou echter uit kunnen pakken in een scenario waarbij Nederland een heffingsrecht naar zich toetrekt door middel van een fictie terwijl het daar geen recht toe heeft. Dit zou in strijd zijn met de goede verdragstrouw.²⁸¹ Ook hier ontbreekt verdere toelichting van het kabinet.

Voorts zijn er andere aspecten die de uitvoering van het wetsvoorstel complexer maken. Omdat bij deze regeling geen vast maximaal bedrag is moet dit bijgehouden worden door, de belastingdienst, de belastingplichtige of beiden.²⁸² Uit de jaarrekening of de aangifte VPB blijkt niet direct wat het

²⁷⁷ V-N 2019/16.5, p. 26.

²⁷⁸ Memorie van toelichting bij Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 19.

²⁷⁹ NOB, 29-03-2019, p. 3.

²⁸⁰ Foesenek, *WFR* 2020/14, p. 85.

²⁸¹ Foesenek, *WFR* 2020/14, p. 85.

²⁸² NOB, 29-03-2019, p. 13.

maximumbedrag is voor de schulden die de ab-houder aan kan gaan. Dit moet dan extracomptabel opgenomen worden. Een eventuele oplossing zou kunnen zijn om de belastingplichtige het op te laten nemen in zijn aangifte inkomstenbelasting, wanneer hij een schuld heeft aan zijn vennootschap en wat de stand van het maximumbedrag zou zijn. Een vergelijkbare optie is het opnemen van het maximumbedrag in de aangifte VPB bij schulden aan ab-houders.

Zoals eerder aangegeven bestaat al de mogelijkheid voor de belastingdienst om leningen bij de eigen vennootschap aan te merken als winstuitkering wanneer afstel van belastingheffing dreigt.²⁸³ Het fictief reguliere voordeel zal een extra onderdeel worden van de systematiek van schulden aan eigen vennootschap. Wanneer een lening niet boven het maximumbedrag uitkomt is geen sprake van fictief regulier voordeel. Dit betekent echter niet dat dit ook een *safe harbour* vormt voor leningen welke eigenlijk een onttrekking zijn.²⁸⁴ Deze twee regelingen kunnen dus ook beide van toepassing zijn. Door de staatssecretaris is echter weinig duidelijkheid gegeven over deze samenloop. Hierdoor is voor de belastingplichtige nog onduidelijk of bepaalde scenario's tot dubbele heffing zullen leiden of niet.²⁸⁵ Omdat dit maximumbedrag geen *safe harbour* vormt, kan de inspecteur nog steeds gebruik maken van de problematiek die tot veel uitvoerende lasten leidt.²⁸⁶

4.4 Behoorlijke wetgeving

4.4.1 Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap dient in overeenstemming te zijn met het recht. Dit betekent dat het ook in overeenstemming moet zijn met algemene rechtsbeginselen. Een belangrijk rechtsbeginsel dat geschonden wordt door het wetsvoorstel is het rechtszekerheidsbeginsel.

Het kabinet heeft er voor gekozen om geen step up te verlenen voor de schulden die al aangegaan zijn vóór aankondiging van het wetsvoorstel. Door deze schulden ook in de heffing te betrekken is sprake van terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht houdt in dat de rechtsgevolgen die gedurende een vóór het inwerkingtredingsmoment liggende periode aan feiten of omstandigheden zijn verbonden, worden veranderd.²⁸⁷ Een belastingplichtige moet wel rekening houden met het feit dat

²⁸³ Zie 2.4 Fiscale behandeling van de lening.

²⁸⁴ Auerbach & Peters, FTV 2019/3-10, p. 14.

²⁸⁵ V-N 2019/16.5, p. 26.

²⁸⁶ Boer, WFR 2019/70, p. 411.

²⁸⁷ Schuiver-Bravenboer, 2009, p. 53.

belastingwetgeving kan veranderen. De nieuwe maatregel dient dan echter geen invloed te hebben op de rechtshandelingen die aan de maatregel vooraf gingen.

In het geval van het wetsvoorstel is dit wel het geval. Een ab-houder hoeft niet te kwader trouw geweest te zijn om een schuld aan te gaan bij zijn eigen vennootschap. Om echter een hoge heffing te voorkomen is deze ab-houder nu gedwongen om zijn schuld te verlagen tot minder dan € 500.000. Vanwege het gebrek aan een anticumulatiebepaling zal anders uiteindelijk dubbele belastingheffing volgen.

Deze dubbele belastingheffing is strijdig met het draagkrachtbeginsel.²⁸⁸ Belasting dient geheven te worden op de ethisch meest bevredigende wijze.²⁸⁹ Omdat dubbele belastingheffing niet voldoende voorkomen wordt kan door het wetsvoorstel hetzelfde belastingobject tweemaal belast worden. Het wetsvoorstel is dus ook strijdig met een van de basisbeginselen van het Nederlands belastingrecht.

Deze terugwerkende kracht en het gebrek aan rechtszekerheid kan zeer onvoordelig uitpakken voor de ab-houder. De situatie kan zich voordoen dat hij niet over de liquide middelen beschikt om zijn schulden af te lossen, bijvoorbeeld omdat hij het geleende bedrag geïnvesteerd heeft. De ab-houder wordt dan gedwongen te kiezen uit twee opties: forse belastingheffing die hij misschien niet kan betalen of afzien van zijn investering. Afzien van de investering kan vaak niet zonder kosten.

4.4.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid

Doeltreffendheid betekent dat het doel van de wet gerealiseerd moet worden. Het gegeven doel van het kabinet is het ontmoedigen van excessief lenen bij de eigen vennootschap. De twee doelstellingen die het kabinet hier echter mee wil bereiken zijn het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing en het verminderen van arbeidsintensieve discussies voor de belastingdienst.²⁹⁰

In het vorige hoofdstuk is reeds aandacht besteed aan de doelmatigheid en doeltreffendheid van het wetsvoorstel. Door een maximum te stellen aan het bedrag dat een ab-houder kan lenen van zijn vennootschap wordt excessief lenen inderdaad ontmoedigd. Deze doelstelling zal dus bereikt worden door het kabinet. Hierdoor zijn de mogelijkheden voor de ab-houder om belastingheffing uit- en af te stellen door middel van het lenen bij zijn eigen vennootschap inderdaad beperkter.

²⁸⁸ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 418.

²⁸⁹ De Langen, 1954, p. 43-45.

²⁹⁰ Zie 3.1 Inleiding.

Het wetsvoorstel zal leiden tot minder hoge schuldverhoudingen tussen de ab-houder en zijn vennootschap. Minder hoge schuldverhoudingen betekenen ook minder discussies voor de belastingdienst over deze schuldverhoudingen. Er zitten echter ook aspecten aan het wetsvoorstel die de uitvoerende lasten van de belastingdienst juist zullen verhogen. Het maximumbedrag van de ab-houder kan variëren, dit zal bijgehouden moeten worden. Ook moet bijgehouden worden welke bedragen elk jaar aan welke verbonden personen zijn uitgeleend door de vennootschap. Ook het doel van het verlagen van de uitvoerende lasten voor de belastingdienst wordt dus maar in beperkte mate behaald. De NOB argumenteert zelfs dat de administratieve lasten voor de belastingdienst zullen toenemen vanwege nieuwe cijfermatige beoordelingen.²⁹¹

Doelmatigheid betekent dat het doel op een efficiënte wijze behaald moet worden. Een voorbeeld hiervan opgenomen in het wetsvoorstel is het uitblijven van een tegenbewijsregeling. Het niet opnemen van een tegenbewijsregeling verhoogt zowel de doelmatigheid als de doeltreffendheid van het wetsvoorstel. Omdat de belastingplichtige niet tegen de beslissing in kan gaan verlaagt dit de uitvoeringslasten voor de belastingdienst. Dit verhoogt de effectiviteit en efficiency inzake het verlagen van de administratieve lasten.

Het wetsvoorstel realiseert de doelstellingen van het kabinet. Door de 'one size fits all' benadering wordt hier echter niet perfect aan voldaan. Ab-houders die niet lenen om uit- of afstel van belastingheffing te realiseren kunnen ook tegen belastingheffing aanlopen. Ab-houders die juist wél belastingheffing willen uitstellen kunnen dit in sommige situaties nog steeds doen, bijvoorbeeld wanneer zij dit willen realiseren door middel van een schuld van minder dan € 500.000. Door het gebrek aan specifieke regelingen blijft ruimte voor het wetsvoorstel om doelmatiger en doeltreffender te zijn.

4.4.3 Evenredigheid

Evenredigheid houdt in dat de baten en lasten van de regeling in evenwicht moeten zijn. Bij het wetsvoorstel mag dus ook geen onnodig zware belastingheffing optreden om het doel van het kabinet te realiseren. Mijns inziens het belangrijkste kritiekpunt op het wetsvoorstel is de veel voorkomende dubbele belastingheffing die kan optreden. Dit is onnodig zware belastingheffing die vermeden dient te worden door het kabinet.

²⁹¹ NOB, 29-03-2019, p. 2.

De systematiek waar het kabinet voor heeft gekozen om dubbele belastingheffing te voorkomen is het verlenen van een vervreemdingskorting. Deze vervreemdingskorting schiet echter te kort om alle vormen van dubbele belastingheffing te voorkomen. De voornaamste reden hiervoor is dat de huidige vervreemdingskorting slechts geldt voor fictief reguliere voordelen die in 2022 belast zijn. De fictief reguliere voordelen die later genoten zijn belasten de lening dus eigenlijk alsof deze de vennootschap definitief verlaten hebben. Dit is echter niet het geval omdat de ab-houder nog steeds de verplichting heeft zijn schuld af te lossen.

Het wetsvoorstel zou slechts lenen van de eigen vennootschap moeten ontmoedigen wanneer het voor uit- of afstel van belastingheffing zorgt. Het kabinet gaat er daarbij vanuit dat lenen van de eigen vennootschap een voorschot is op een toekomstige dividenduitkering. Dit wil het kabinet eerder belasten en het gebruikt daarvoor het fictief regulier voordeel. Wanneer echter een fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen, kan dit niet verrekend worden met een toekomstig regulier voordeel. Een ab-houder die fictief regulier inkomen wordt aangerekend zou in het volgende jaar de schuld af kunnen lossen gebruikmakend van een dividenduitkering. Het uit- en afstel van belastingheffing is dan voorkomen. Deze dividenduitkering wordt alsnog wederom belast in box 2. In feite wordt hetzelfde nu dubbel belast.²⁹² Omdat in het wetsvoorstel bewust is gekozen om de deze dubbele belastingheffing niet te voorkomen, kan mijns inziens gesproken worden van een onnodig zware sanctie.

Ook worden bij het wetsvoorstel veel belastingplichtigen in de heffing betrokken waarvoor de staatssecretaris geen goede verklaring heeft gegeven, namelijk de belastingplichtigen die niet geld lenen van de eigen vennootschap om onterecht uitstel of afstel van belastingheffing te realiseren. Ook dit is een gevolg van de 'one size fits all' benadering van het kabinet. De staatssecretaris merkt op dat bedrijfsoverdrachten moeilijker gemaakt worden, maar geeft geen verklaring waarom deze dan niet vrijgesteld worden van de regeling.

4.4.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Eén van de doelen van het wetsvoorstel is om de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid voor de belastingdienst te verhogen. Bij het wetsvoorstel dient echter ook getest te worden of het zelf wel uitvoerbaar is voor de belastingdienst. Om het wetsvoorstel tot uitvoering te laten komen zal het maximumbedrag van de belastingplichtige bijgehouden moeten worden. Daarnaast zullen ook de

²⁹² NOB, 29-03-2019, p. 4.

verbonden personen van de belastingplichtige bijgehouden moeten worden. De huidige systematiek van de vervreemdingskortingen leidt ook tot meer uitvoerende lasten voor de belastingdienst. Dit wordt ingewikkelder wanneer een belastingplichtige remigreert. Hiervoor is het namelijk van belang wat bij de eerdere emigratie aan vervreemdingskorting is verleend.

Voor een regeling die als doel heeft de uitvoerende lasten van de belastingdienst te verlagen is het mijns inziens wel zorgelijk dat voor een methode is gekozen welke zelf ook leidt tot administratieve knelpunten. De uitvoerende lasten voor de belastingdienst zullen inderdaad afnemen inzake de arbeidsintensieve discussies betreffende hoge schuldverhoudingen welke eigenlijk een onttrekking zijn. Het wetsvoorstel voegt echter wel een fictie toe aan het huidige box 2 systeem. Een belastingplichtige kan aan de hand van het wetsvoorstel opeens jaarlijks beoordelingen van diverse schuldverhoudingen van zijn vennootschap moeten ondergaan. Bij deze beoordelingen is het van belang aan wie de vennootschap geld geleend heeft, voor welk bedrag en wat het bedrag in de voorgaande jaren was. Het vereist ook weer uitvoerende capaciteiten voor de belastingdienst om dit te controleren.

4.4.5 Onderlinge afstemming

Over de samenhang tussen het wetsvoorstel en andere bepalingen heerst nog enige onduidelijkheid. Voornamelijk ten opzichte van verdragen lijkt het erop dat het huidige wetsvoorstel in strijd is met de goede verdragstrouw. Ook over de samenhang met de huidige onzakelijke lening en onttrekking problematiek heerst nog onduidelijkheid. Dit zal nader toegelicht moeten worden door het kabinet.

Daarnaast kan gesteld worden dat het wetsvoorstel gericht is op onterechte schuldverhoudingen die al bestreden kunnen worden door de belastingdienst. Een schuld van de ab-houder waar afstel van belastingheffing dreigt kan al als onttrekking, en dus regulier voordeel, aangemerkt worden door de belastingdienst. Het huidige wetsvoorstel doet hetzelfde maar dan zonder beoordeling of reeds sprake is van een definitieve vermogensverschuiving. Omdat het probleem van afstel wel schuilt in deze definitieve vermogensverschuiving kan gesteld worden dat sprake is van een overkill. Het is verder ook onduidelijk wat de heffing zal zijn wanneer een schuld, eerder aangemerkt als fictief regulier voordeel, alsnog als onttrekking wordt aangemerkt. Wanneer dan ook een regulier voordeel in aanmerking genomen dient te worden zou wederom sprake zijn van dubbele belastingheffing. De staatssecretaris en het kabinet hebben verzuimd hier duidelijkheid over te geven.

4.4.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Voor goede wetgeving dient de regeling eenvoudig, duidelijk en toegankelijk te zijn. Deze criteria zijn echter ook vereist voor de wijze van communicatie door de wetgever. Hierbij valt echter veel kritiek te leveren op het kabinet. Allereerst is het wetsvoorstel onverwacht aangekondigd vlak na de aankondiging van het Belastingplan.²⁹³ Daarnaast was ook geïmpliceerd dat de regeling van toepassing zou zijn op de DGA.²⁹⁴ Dit zijn uiteindelijk alle ab-houders geworden, een veel grotere groep.

Het wetsvoorstel voegt ook een extra fictie toe aan het aanmerkelijk belang regime. Deze fictie leidt tot complexere wetgeving.²⁹⁵ Dit leidt ook tot de eerdergenoemde onduidelijkheid inzake de werking van het wetsvoorstel in combinatie met belastingverdragen. Door een gebrek aan toelichting moet de belastingplichtige voorlopig zelf aannemen wat de te verwachten gevolgen zullen zijn.

Op basis van het huidige wetsvoorstel lijkt de wet anders uit te pakken voor schulden van verbonden personen dan voor schulden van de ab-houder zelf. Er is onnodig gebruik gemaakt van de term verbonden persoon; voorts lijkt het maximumbedrag van de verbonden persoon niet verhoogd te worden en lijkt de bepaling voor verbonden personen slechts per vennootschap te werken. Een verklaring hiervoor is niet gegeven door de staatssecretaris. Dit is mijns inziens opvallend omdat het nu niet duidelijk is of dit een gevolg is van slordigheid van het kabinet of dat hier sprake is van een bewuste keuze.

Volgens de wettekst wordt elke schuld van een DGA van meer dan € 500.000 als voordeel uit aanmerkelijk belang belast op grond van het nieuwe artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f van de wet IB 2001 in combinatie met het nieuwe artikel 4.14a. De uitzondering hierop zijn schulden die betrekking hebben op de financiering van een eigen woning. Opvallend is dat het verder niet uitmaakt of er een vermogensbestandsdeel tegenover staat dat in de inkomstenbelasting betrokken wordt. Ook hier is door de staatssecretaris geen verklaring voor gegeven. Wanneer een ander vermogensbestandsdeel tegenover deze lening staat is het erg ingrijpend om (de rente van) deze schuld niet voor aftrek toe te laten en ook nog als dividend te belasten.²⁹⁶ Naast de situatie met de eigen woning zijn er ook andere vermogensbestandsdelen te bedenken waar een lening voor nodig is om de aankoop te financieren.

²⁹³ Wiltvliet, *FED* 2019/80, p. 4.

²⁹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6, p. 5.

²⁹⁵ NOB, 29-03-2019, p. 2-3.

²⁹⁶ Heithuis *TaxLive*, 2018.

Het grootste nadeel van dit gebrek aan duidelijkheid is dat de regeling, ook al is deze nog niet in werking getreden, wel al invloed heeft op het gedrag van belastingplichtigen. De staatssecretaris heeft aangegeven dat de verwachting is dat belastingplichtigen hun schulden nu al zullen aflossen vanwege de aankondiging van het wetsvoorstel. Achteraf kan blijken dat belastingplichtigen misschien voor niks gehandeld hebben. De oorzaak is dan een gebrek aan duidelijkheid van het kabinet.

4.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de uitwerking van de wettekst van het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap geanalyseerd. De standaarduitwerking van de wet is dat de schulden, voor zover zij een bedrag van € 500.000 te boven gaan, belast zullen worden als fictief regulier voordeel. Om te voorkomen dat deze in het volgende jaar nogmaals belast worden zal het maximumbedrag verhoogd worden met het bedrag dat eerder als fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen. De schulden die kwalificeren voor deze regeling, zijn alle schulden, met uitzondering van de eigenwoningschulden, van de ab-houder van de vennootschap of een met hem verbonden persoon.

In het wetsvoorstel zitten echter nog een aantal tekortkomingen en onduidelijkheden. Zonder goede reden worden de schulden van een verbonden persoon anders behandeld dan schulden van de ab-houder. Het maximumbedrag van een verbonden persoon wordt niet verhoogd en schulden lijken slechts per vennootschap beoordeeld te worden. Ook ontbreekt een verklaring voor het gebruik van de term verbonden persoon. Dit is een term die namelijk met een andere definitie al gebruikt wordt in de wet IB 2001.

De mijns inziens grootste kritiek die op het wetsvoorstel gegeven kan worden is dat deze in veel gevallen kan leiden tot dubbele belastingheffing. De staatssecretaris heeft verzuimd een goede verklaring te geven voor deze dubbele belastingheffing. Dit is een aspect dat vóór de inwerkingtreding aangepast zal moeten worden om te voldoen aan behoorlijke wetgeving. Ook dient een verklaring gegeven te worden waarom is afgezien van een step up om terugwerkende kracht te voorkomen.

Om te voldoen aan behoorlijke wetgeving dient ook meer duidelijkheid gegeven te worden over bepaalde uitwerkingen van het wetsvoorstel. Naast de eerdergenoemde verbonden persoon bepaling en de dubbele belastingheffing is er ook nog onduidelijkheid over hoe de wet in de praktijk uitpakt wanneer er sprake is van een belastingverdrag. Ook is de samenhang met de onzakelijke lening en onttrekking problematiek nog onduidelijk. De verwachting is echter wel dat dit bij het indienen van het definitieve wetsvoorstel en de daarbij behorende parlementaire behandeling nog wel aan bod zal komen.

Het wetsvoorstel lijkt maar deels zijn doel te behalen en lijkt dit ook niet op de meest efficiënte manier te doen. De wetgever is echter wel verplicht om te proberen dit te realiseren. De verwachting is dat bij het definitieve wetsvoorstel nog de nodige wijzigingen plaats zullen vinden. Mijns inziens moet in ieder geval afgezien worden van de dubbele belastingheffing die nu in het wetsvoorstel is opgenomen. Daarnaast dient duidelijkheid te komen over het gebruik van de huidige verbonden persoon bepaling, het gebruik van terugwerkende kracht, het uitblijven van een tegenbewijsmogelijkheid en samenhang met belastingverdragen en onzakelijke lening en onttrekking problematiek.

5. Mogelijke aanpassingen van het wetsvoorstel en alternatieven

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het wetsvoorstel getoetst aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving. Uit deze beoordeling zijn een aantal negatieve aspecten voortgekomen welke strijdig zijn met deze criteria. Deze knelpunten kunnen opgedeeld worden in de volgende categorieën:

- Dubbele belastingheffing. Dit is strijdig met de evenredigheid van de bepaling.
- Gebrekkige verbonden persoon bepaling. Deze doet af aan de eenvoud en duidelijkheid.
- Gebrek aan duidelijkheid van de complexe regeling. Ook dit doet af aan de eenvoud en de duidelijkheid.
- Terugwerkende kracht. Dit doet af aan de rechtmatigheid.
- Heffen van belasting bij belastingplichtigen die weinig (of niks) fout hebben gedaan. Dit doet af aan de doelmatigheid en de evenredigheid.

Mijns inziens zijn er twee mogelijke wegen die ingeslagen kunnen worden om het doel van het kabinet alsnog te behalen. De eerste optie is het aanpassen van het wetsvoorstel. In het vorige hoofdstuk zijn de knelpunten van het wetsvoorstel aangestipt. Met bepaalde aanpassingen aan het wetsvoorstel kan de kern van de aanpak hetzelfde blijven. Een tweede optie is drastischer, namelijk van het huidige wetsvoorstel afzien en een andere regeling aandragen. Deze alternatieve regeling zal uiteraard moeten voldoen aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving. Daarnaast is het ook van belang dat de nieuwe regeling nog wel voldoet aan de doelen die het kabinet heeft bij het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. Zowel de aangepaste variant van het wetsvoorstel als een alternatieve oplossing zal dus nog steeds uit- en afstel van belastingheffing moeten tegengaan en de uitvoerende lasten voor de belastingdienst moeten verlagen.

Het is te verwachten dat niet aan alle criteria perfect voldaan kan worden. Mijns inziens dient het grootste belang gelegd te worden bij het voorkomen van dubbele belastingheffing. Goede wetgeving houdt in dat hetzelfde inkomen niet twee of meer keer wordt belast.²⁹⁷ Voor de andere criteria zal een afweging gemaakt worden hoe zwaar zij wegen.

²⁹⁷ NOB, 16-04-2019, p. 1.

5.2 Mogelijke aanpassingen aan het wetsvoorstel

Allereerst komen de aanpassingen aan het bestaande wetsvoorstel aan bod. De verschillende knelpunten zullen eerst een voor een behandeld worden. Dit zal leiden tot een combinatie aan aanpassingen die in het wetsvoorstel dienen te worden gemaakt.

5.2.1 Aanpassen van anticumulatiebepaling

Om te voorkomen dat dubbele belastingheffing plaatsvindt op grond van het wetsvoorstel moet gekeken worden naar de “oplossing” die het kabinet reeds heeft opgenomen: de anticumulatiebepaling van artikel 10a.22 wet IB 2001. Deze gebrekkige anticumulatieregeling sluit maar een beperkt deel van de mogelijke dubbele belastingheffing uit. De anticumulatieregeling laat ook geen verrekening toe met reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang.²⁹⁸ Zoals eerder aangegeven is het van groot belang dat dubbele belastingheffing voorkomen wordt.

De voornaamste reden dat de voorgestelde anticumulatieregeling leidt tot dubbele belastingheffing is het feit dat deze slechts betrekking heeft op het fictief regulier voordeel dat in 2022 in aanmerking is genomen. Om dubbele belastingheffing te voorkomen zal de anticumulatiebepaling ook betrekking moeten hebben op latere fictief reguliere voordelen.

De volgende belangrijke aanpassing heeft betrekking op het huidige gebruik van de vervreemdingskorting. De vervreemdingskorting is een complexe regeling. Deze regeling geeft ook slechts de mogelijkheid tot verrekening bij een eventuele vervreemding. Het is opvallend dat voor deze bepaling gekozen is. In het box 2 systeem bestaat namelijk al een betere en eenvoudigere methode.²⁹⁹ De gekozen methode is geheel nieuw en wijkt af van een al bestaande anticumulatieregeling, namelijk die van artikel 4.27 wet IB 2001.³⁰⁰ Deze bestaande anticumulatieregeling maakt gebruik van de verkrijgingsprijs om dubbele belastingheffing te voorkomen.

Aanpassing aan de verkrijgingsprijs is een van de manieren om dubbele belastingheffing te voorkomen. De NOB heeft drie mogelijkheden aangedragen om de anticumulatieregeling aan te passen. Het verhogen van de verkrijgingsprijs is één van de voorgestelde alternatieven. De twee andere voorgestelde aanpassingen zijn het toepassen van een negatief fictief regulier voordeel en het toepassen van een zogenaamd tax credit.

²⁹⁸ V-N 2019/16.5, p. 23-24.

²⁹⁹ V-N 2019/16.5, p. 23-24.

³⁰⁰ Arends, *WPNR* 7249, p. 570.

De eerste aangedragen oplossing is dubbele belastingheffing voorkomen gebruikmakend van de verkrijgingsprijs. Dit zou heel eenvoudig kunnen geschieden door middel van een bepaling vergelijkbaar met artikel 4.27 wet IB 2001. Op grond van dit artikel wordt de verkrijgingsprijs van een aanmerkelijk belang verhoogd indien een forfaitair voordeel wordt genoten uit dat aanmerkelijk belang. Het gevolg van deze verhoging van de verkrijgingsprijs is dat bij de uiteindelijke vervreemding van (een deel van) het aanmerkelijk belang het forfaitaire voordeel niet nogmaals belast wordt. De door het kabinet voorgestelde vervreemdingskorting is slechts van toepassing bij een vervreemding van het gehele aanmerkelijk belang;³⁰¹ hiervan is bij een verhoging van de verkrijgingsprijs geen sprake. Dit maakt het gebruik van de verkrijgingsprijs eenvoudiger, terwijl nog steeds wel recht wordt gedaan aan het doel van het kabinet.³⁰² In het geval het kabinet wil voorkomen dat deze verhoogde verkrijgingsprijs zal leiden tot een verlies uit aanmerkelijk belang kan een vergelijkbare bepaling worden opgenomen als in artikel 4.19 lid 2 wet IB 2001. Op grond van deze bepaling zou de verkrijgingsprijs niet hoger kunnen zijn dan de overdrachtprijs. De belastingheffing zal dan op zijn minst nihil zijn.

Het nadeel van deze manier van het voorkomen van dubbele belastingheffing is dat, net als bij het gebruik van de voorgestelde vervreemdingskorting, slechts verrekening plaats kan vinden bij de uiteindelijke vervreemding van het aanmerkelijk belang. Verrekening met reguliere voordelen is met deze regeling nog steeds niet mogelijk. Ook geeft dit verder geen extra stimulans voor de belastingplichtige om de excessieve schuld eerder af te lossen wanneer het fictief regulier voordeel eenmaal in aanmerking is genomen. Deze extra stimulans wordt wel gegeven aan de belastingplichtige als een eventuele restitutie van de belastingheffing al plaatsvindt bij aflossing van de schuld.

Een alternatieve anticumulatieregeling die wel stimulans geeft om af te lossen maakt gebruik van negatief regulier voordeel. Dit negatieve reguliere voordeel zou dan verrekenbaar zijn met regulier voordeel. De NOB argumenteert met dit tweede voorstel dat dubbele heffing op de meest zuivere wijze voorkomen wordt wanneer dit gebeurt bij het aflossen van de schuld.³⁰³ Daarom stelt zij als tweede mogelijkheid voor om latere aflossingen van het excessieve deel van de schuld aan te merken als negatief regulier voordeel. Wanneer het excessieve deel wordt afgelost is namelijk geen sprake meer van de mogelijkheid tot uit- en afstel waar het kabinet tegen op wil treden. Wanneer verder geen

³⁰¹ NOB, 16-04-2019, p. 2.

³⁰² NOB, 16-04-2019, p. 3.

³⁰³ NOB, 29-03-2019, p. 18-19.

voordeel uit aanmerkelijk belang is genoten in het jaar dat de schuld afgelost wordt kan door middel van verliesverrekening belasting teruggevraagd worden.

Heithuis is voorstander van deze regeling omdat deze eenvoud brengt. De regeling is vergelijkbaar met een terugbetaling van loon dat aangemerkt wordt als negatief loon.³⁰⁴ Deze regeling sluit beter aan bij de doelstelling van het kabinet dan het verhogen van de verkrijgingsprijs. De heffing van het wetsvoorstel wordt namelijk ongedaan gemaakt wanneer het doel bereikt is. Hierdoor wordt daadwerkelijk aflossen van de lening ook gestimuleerd.³⁰⁵

Het grote nadeel van gebruik maken van dit negatieve voordeel is dat met deze methode niet altijd dubbele heffing voorkomen wordt. Deze methode van verlies vereist namelijk dat er wel inkomen is waarmee verrekend kan worden. Met inkomen kan verrekend worden wanneer deze in hetzelfde jaar genoten is of wanneer gebruik wordt gemaakt van de verliesverrekening van artikel 4.47. Deze verliesverrekening kan echter alleen toegepast worden op inkomen uit het voorafgaande jaar of de zes volgende jaren.³⁰⁶ Wanneer in deze jaren geen sprake is van inkomen wordt dubbele belastingheffing nog altijd niet voorkomen.

Een ander scenario van dubbele belastingheffing treedt op wanneer het aanmerkelijk belang wordt verkocht zonder dat de schuld wordt afgelost. Omdat de schuld niet wordt afgelost wordt geen gebruik gemaakt van het negatieve fictief reguliere voordeel om dubbele belastingheffing te voorkomen. Bij verkoop van het aanmerkelijk belang wordt het eerder genoten fictief regulier voordeel niet in aftrek gebracht. In dit geval is dan sprake van dubbele belastingheffing. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de verkrijgingsprijs of de voorgestelde vervreemdingskorting is bij de verkoop van het aanmerkelijk belang juist wel sprake van voorkomen van dubbele heffing. Met deze methode wordt dus zowel een stap vooruit als een stap achteruit gedaan in het kader van anticumulatie.

De laatste voorgestelde methode van de NOB voorkomt dubbele belastingheffing door zowel verrekening mogelijk te maken bij een regulier voordeel als bij een vervreemdingsvoordeel. Bij het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel dient een tax credit verleend te worden aan de belastingplichtige.³⁰⁷ Deze tax credit kan verrekend worden met alle toekomstige voordelen uit aanmerkelijk belang met uitzondering van het fictief regulier voordeel zelf. Met deze variant hoeft

³⁰⁴ Heithuis, *WFR* 2020/13, p. 76.

³⁰⁵ NOB, 16-04-2019, p. 3.

³⁰⁶ O.g.v. art. 4.49 wet IB 2001.

³⁰⁷ NOB, 16-04-2019, p. 4.

nooit méér belasting terug te worden gegeven dan oorspronkelijk betaald is omdat deze slechts verrekening van te betalen belasting toelaat. De tax credit kan verbonden worden aan de ab-houder zodat hij het ook kan verrekenen met verliezen uit een ander aanmerkelijk belang.³⁰⁸ Bij het benutten van de tax credit dient vervolgens de eerder verhoogde schuldendrempel weer verlaagd te worden.

Met deze tax credit methode wordt uitstel van belastingheffing door middel van lenen van eigen vennootschap bestreden. Daarnaast treedt geen dubbele belastingheffing op. Dit is ook een redelijk eenvoudige bepaling welke de administratieve lasten voor de belastingdienst minder zal laten toenemen dan de voorgestelde vervreemdingskorting.

5.2.2 Beperking van de in de heffing betrokken leningen

Ook aan de rechtmatigheid wordt niet voldoende voldaan bij het huidige wetsvoorstel. Dit komt omdat het wetsvoorstel ook betrekking heeft op de bestaande schulden van ab-houders. Een ab-houder kan in het verleden, zonder enige kwade intentie, een schuld zijn aangegaan bij zijn eigen vennootschap welke volledig in overeenstemming was met het doel en strekking van de wet. Deze lening zal, voor zover zij meer bedraagt dan € 500.000, ook in de heffing van het wetsvoorstel betrokken worden. Mijns inziens is het onterecht om deze belastingplichtige te belasten in een poging uit- en afstel van belastingheffing tegen te gaan. De terugwerkende kracht van het wetsvoorstel kan eenvoudig worden voorkomen door het maximumbedrag te verhogen tot het bedrag van de schulden die de ab-houder had op het moment dat het wetsvoorstel werd aangekondigd.³⁰⁹

In het kader van de doelmatigheid schiet het wetsvoorstel te kort vanwege de 'one size fits all' benadering die het kabinet heeft gekozen. Door deze benadering worden ook belastingplichtigen belast met fictief regulier voordeel die geen uit- of afstel van belastingheffing beogen. Deze belastingplichtigen worden nu op basis van dit wetsvoorstel ook in de heffing betrokken. De noodzaak van de maatregel doet zich echter slechts voor in het geval daadwerkelijk sprake is van uitstel of afstel van belastingheffing.³¹⁰ Om beter aan het doelmatigheidscriterium te voldoen dient het aantal schulden dat in de heffing betrokken wordt beperkt te worden tot de gevallen waarin daadwerkelijk sprake is van uit- of afstel van belastingheffing of van uitvoerige praktijkdiscussies voor de belastingdienst. Elke mogelijke beperking van de betrokken schulden zal ten opzichte van het huidige

³⁰⁸ NOB, 16-04-2019, p. 4.

³⁰⁹ NOB, 29-03-2019, p. 4.

³¹⁰ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 345-347.

wetsvoorstel, dat gebruik maakt van een onweerlegbaar absoluut maximum, leiden tot meer complexiteit.³¹¹

Uit onderdeel 3.2.3 is gebleken dat het gevaar van uit- en afstel voornamelijk voorkomt bij de consumptieve leningen van de ab-houder. Bij de consumptieve lening zal de ab-houder zijn privé uitgaven bekostigen met het geleende geld, waarbij zijn capaciteit tot terugbetaling afneemt. Een logische benadering zou zijn om de werking van het wetsvoorstel te beperken tot de consumptieve leningen. Hiermee wordt de werking van het wetsvoorstel namelijk beperkt tot de schulden die het feitelijke probleem vormen.³¹² Op basis van vermogensbestandsdelen van de ab-houder kan bepaald worden of sprake is van een consumptieve lening of niet. Wanneer een ab-houder een vermogensbestandsdeel heeft voor een waarde gelijk aan of hoger dan het schuldige bedrag is geen sprake van een risico van afstel van belastingheffing.

Wanneer de bepaling van het zakelijke karakter op een goede wijze wordt ingevuld is het wetsvoorstel niet nodig om de doelen van het kabinet te bereiken.³¹³ Een geschikte methode betreft het neerleggen van de bewijslast van de zakelijkheid van de schuld bij de belastingplichtige. Dit maakt het mijns inziens ook apart dat het kabinet er voor heeft gekozen om geen tegenbewijsregeling op te nemen in het wetsvoorstel.

Een andere mogelijke beperking van de betreffende schulden is de introductie van de zogeheten loan-to-value-maatregel van Stevens.³¹⁴ Mijns inziens kan dit gezien worden als een alternatieve manier om te bepalen wanneer sprake is van een consumptieve lening. Op grond van deze maatregel mag een lening niet hoger zijn dan een bepaald percentage van de waarde van het vermogensbestandsdeel wat er tegenover staat.³¹⁵ Dit percentage zal minimaal 26,9% van de schuld moeten zijn om afstel van belastingheffing te voorkomen.³¹⁶ De achterliggende gedachte hierbij is dat afstel van belastingheffing niet plaats kan vinden zo lang nog voldoende vermogen in privé aanwezig is om de schuld af te lossen. Een probleem bij dit alternatief is echter dat wanneer de belegging haar waarde verliest de ab-houder dubbel geraakt zal worden. De ab-houder verliest namelijk een groot deel van de waarde van de

³¹¹ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 427.

³¹² Stevens, *WFR* 2019/71, p. 427.

³¹³ NOB, 29-03-2019, p. 3.

³¹⁴ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 427-428.

³¹⁵ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 427.

³¹⁶ Zie 3.2.1 Het probleem uit- en afstel.

belegging en krijgt vervolgens een fictief regulier voordeel voor zijn inkomstenbelasting. Daarnaast dient bij deze methode ook de belegging constant gewaardeerd te worden.

Mijns inziens is het in stand houden van het huidige wetsvoorstel met toevoeging van een tegenbewijsmogelijkheid al voldoende. Kan de belastingplichtige aantonen dat de lening ook verstrekt zou worden door een onafhankelijke derde, dan hoeft er geen fictief regulier voordeel in aanmerking genomen te worden. Van een redelijke kans op afstel zal dan geen sprake zijn en mijns inziens ook niet van onredelijk uitstel. De lasten voor de belastingdienst zullen dan nog steeds afnemen op grond van het wetsvoorstel, omdat het aan de belastingplichtige is om te bewijzen dat geen sprake is van een fictief regulier voordeel.

5.2.3 Vernieuwing van het wetsvoorstel

Uit de vorige onderdelen zijn een aantal aanpassingen naar voren gekomen die mijns inziens de kwaliteit van het wetsvoorstel zouden verhogen. Een combinatie van deze aanpassingen plus een aantal extra aanpassingen zouden het wetsvoorstel beter laten voldoen aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving. Mijns inziens moet het voorkomen van dubbele belastingheffing betrekking hebben op fictief regulier voordeel uit alle jaren. Daarnaast dient een tax credit verleend te worden aan de ab-houder wanneer hij een fictief regulier voordeel geniet. Tot slot dient aan de bepaling een tegenbewijsmogelijkheid toegevoegd te worden voor de belastingplichtige om aan te tonen dat de lening onder zakelijke voorwaarden is aangegaan.

Naast deze aanpassingen dienen mijns inziens nog een aantal andere aanpassingen gemaakt te worden aan het wetsvoorstel. Met de bovenstaande aanpassingen zal nog steeds sprake zijn van terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht dient voorkomen te worden door de stand van de schulden op het moment van aankondiging vrij te stellen door middel van een verhoging van het maximumbedrag. Het bepalen van de stand van de schulden op het moment van aankondiging zal vaak echter lastig zijn omdat deze bij de belastingplichtige niet bekend is. Voor de eenvoud kan ook aangesloten worden bij de stand van de schulden eind 2018. De belastingplichtige kan hier al geen misbruik meer van maken.

De verbonden persoons bepaling zal ook aangepast moeten worden. Deze bepaling zorgt voor heffing bij de ab-houder terwijl hij niet de genietster van het voordeel is. Ook verhoogt deze bepaling de complexiteit van het wetsvoorstel door de behandeling van een schuld van een verbonden persoon af te laten wijken van die van een schuld van de ab-houder. De makkelijkste oplossing lost deze twee problemen beide op. Laat de verbonden persoon die een excessieve lening heeft zelf aangemerkt

worden als ab-houder.³¹⁷ Dit is niet ongekend in het ab-regime, dit geldt namelijk al voor de meetrek ab-houders.³¹⁸ De (voormalig) verbonden persoon betaalt dan zelf de belasting als ab-houder. Hij kan dan ook gewoon belast worden op basis van de bepalingen die zijn opgenomen voor de ab-houders. De voorgestelde artikelleden 2 en 3 van artikel 4.14b kunnen dan komen te vervallen.

Daarnaast dient het een en ander toegelicht te worden door de staatssecretaris. De staatssecretaris zal dit eventueel nog toelichten bij aankondiging van het definitieve wetsvoorstel of tijdens de parlementaire behandeling daarvan. Mijns inziens dient in ieder geval toegelicht te worden wat er gebeurt met een schuld, voor zover deze reeds is aangemerkt als fictief regulier voordeel, die dan ook nog eens wordt aangemerkt als verkapte winstuitdeling.

5.3 Alternatieve regelingen

In de vorige paragraaf zijn de mogelijke aanpassingen aan het wetsvoorstel besproken die dit meer in lijn brengen met de criteria voor behoorlijke wetgeving. Maar het doel van het kabinet zou ook op andere manieren gerealiseerd kunnen worden. Het zou een optie kunnen zijn om van het wetsvoorstel af te zien en in plaats daarvan een andere regeling in te stellen.

Een nadeel van het nu afzien van het wetsvoorstel is dat sommige belastingplichtigen dan wel de dupe zijn van het feit dat zij op de gevolgen van het wetsvoorstel geanticipeerd hebben, hetgeen een reële verwachting is gelet op het anticipatie-effect waar de staatssecretaris op gerekend heeft bij de aankondiging van het wetsvoorstel. Sommige ab-houders zullen hun schuld aan de eigen vennootschap reeds hebben afgelost vanwege het aanstaande wetsvoorstel.

5.3.1 Forfaitair rendement in box 2

De commissie Van Dijkhuizen heeft in 2013 een voorstel gedaan dat een eventuele oplossing zou kunnen zijn bij het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing door middel van lenen. Deze commissie zocht naar een methode om de ab-houder evenwichtiger te behandelen ten opzichte van de ib-ondernemer.³¹⁹ Dit probleem heeft dezelfde oorzaak als uitstel van belastingheffing door middel van lenen, namelijk het feit dat de ab-houder niet jaarlijks wordt belast in de inkomstenbelasting.³²⁰

³¹⁷ Heithuis, *WFR* 2020/13, p. 78.

³¹⁸ O.g.v. art. 4.10 Wet IB 2001.

³¹⁹ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 52-54.

³²⁰ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 53.

Wanneer de ab-houder jaarlijks zou afrekenen over zijn ab-claim zou namelijk ook het probleem van uit- en afstel door middel van lenen een veel kleiner probleem zijn.³²¹

De commissie kwam met de volgende oplossing: Het aandeel van de ab-houder moet jaarlijks belast worden met een forfaitair rendement als een type voorheffing. Dit forfaitaire rendement kan gekoppeld worden aan het forfaitaire rendement van box 3. Daadwerkelijk dividend wordt alsnog belast tegen het box 2 tarief maar kan verrekend worden met het forfaitaire rendement. Wanneer het daadwerkelijke rendement (dividend) hoger is dan het forfaitaire rendement kan het forfaitaire rendement verrekend worden. Als het daadwerkelijke rendement lager is dan het forfaitaire rendement kan dit de verkrijgingsprijs verhogen om niet dubbel te belasten.³²²

In het ab-regime wordt al belasting geheven over een fictief rendement, namelijk in het geval van artikel 4.14 wet IB 2001. In dit artikel wordt het fictieve rendement berekend over de waarde in het economisch verkeer van bepaalde beleggingsvennootschappen. Het berekenen over de waarde in het economisch verkeer is mogelijk omdat deze regeling slechts betrekking heeft op deze beleggingsvennootschappen. De bezittingen van deze vennootschappen bestaan voornamelijk uit deposito's, aandelen, obligaties en vergelijkbare vermogensbestandsdelen. Deze activa zijn relatief makkelijk te waarderen. Bij materiële ondernemingen is het bepalen van de waarde in het economische verkeer veel moeilijker. Ook zou het jaarlijks vaststellen van de waarde in het economische verkeer van een materiële onderneming leiden tot hogere uitvoeringslasten.³²³

De commissie heeft echter een alternatief geboden. Het forfaitaire rendement kan berekend worden over het fiscale eigen vermogen. Dit fiscale eigen vermogen dient elk jaar berekend te worden voor de aangifte VPB.³²⁴ Het verschil tussen deze waarderingen is dat de stille reserves en de goodwill dus niet betrokken zullen worden bij de heffing. Dit is echter vergelijkbaar met de IB ondernemer die ook niet jaarlijks wordt belast voor zijn stille reserves en goodwill.

Deze voorgestelde maatregel van de commissie stimuleert de ab-houder om zijn vennootschap jaarlijks dividend uit te laten keren. Het uitstel van belastingheffing in box 2 wordt hiermee verminderd. Grote schulden van ab-houders aan hun vennootschap zullen hierdoor naar verwachting

³²¹ Heithuis, *NTFR 2011/1905*, p. 2.

³²² Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 53.

³²³ Heithuis, *NTFR 2011/1905*, p. 2.

³²⁴ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 54.

verdwijnen.³²⁵ Een heffing op basis van forfaitair rendement betekent minder uitvoeringslasten voor de belastingdienst.³²⁶ Dit leidt echter wel tot meer lasten voor de belastingplichtige. De commissie verwacht echter dat dit zal leiden tot aanvullende regelingen en het in de heffing betrekken van meer ab-houders. Dit zal de verlaging van de uitvoerende lasten verkleinen of te niet doen.

Belasten door middel van een forfaitair rendement kent echter ook nadelen. Het fictief rendement kan afwijken van het werkelijke rendement en kan zo tot onevenredig zware belastingheffing leiden.³²⁷ Dit is ook gebleken bij box 3. Bij de box 3 arresten is gebleken dat, indien de belastingdruk van het fictieve rendement hoger is dan het gemiddeld haalbare rendement, sprake is van een buitensporig zware last.³²⁸ In de voorgestelde regeling zal slechts sprake zijn van een voorheffing, zodat dit probleem minder erg is ten opzichte van die bij de eindheffing in box 3. De uiteindelijke heffing vindt, vanwege het verhogen van de verkrijgingsprijs, echter pas plaats wanneer het aanmerkelijk belang vervreemd wordt. Hierdoor kan deze voorheffing wel lang aanhouden.³²⁹

Het werkelijke rendement kan veel lager zijn dan het fictieve rendement. Er zou zelfs sprake kunnen zijn van een verlies. Volgens Heithuis hoeft verliesverrekening eventueel niet plaats te vinden, zoals dit ook in box 3 gebeurt.³³⁰ Mijns inziens is dit echter niet gewenst in het kader van de evenredigheid van de bepaling. Een ab-houder die een groot verlies heeft geleden uit aanmerkelijk belang moet de mogelijkheid hebben zijn verlies te verrekenen. Een tweede opmerking is echter dat de verliezen in de voorgestelde maatregel verwerkt zijn. Het rendement wordt namelijk berekend over het eigen vermogen. Een verlies uit aanmerkelijk belang komt voort uit een waardeverlies van de betreffende vennootschap. Een verlies voor de vennootschap verlaagt het eigen vermogen van de onderneming en dus de hoogte van de heffing.³³¹ Aan deze regeling kan nog een tegenbewijsmogelijkheid toegevoegd worden voor de belastingplichtige om aan te tonen dat de vennootschap structureel verlies zal lijden en dat geen fictief rendement berekend zal hoeven worden.³³² Deze toevoeging zal echter wel leiden tot discussies met de inspecteur.

³²⁵ Heithuis, *NTFR* 2013/1395, p. 1.

³²⁶ Eindrapport *Naar een activerender belastingstelsel*, Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, 2013. p. 55.

³²⁷ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 425.

³²⁸ HR 14-06-2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.10.

³²⁹ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 425.

³³⁰ Heithuis, *NTFR* 2013/1395, p. 2-4.

³³¹ Heithuis, *NTFR* 2013/1395, p. 2.

³³² Heithuis, *NTFR* 2013/1395, p. 2.

Wanneer structurele verliezen geleden worden door de vennootschap kan de situatie zich voordoen dat de vennootschap niet in staat is om dividend uit te keren. Als de ab-houder geen dividend ontvangt maar wel belasting moet betalen vanwege de fictieve rendementsheffing kan hij in liquiditeitsproblemen komen.³³³ Om dit te bestrijden zou een tegenbewijsbepaling opgenomen kunnen worden. Dit zal wederom leiden tot een verhoging van de uitvoerende lasten en de discussies.

Bij een slecht lopende onderneming kan de ab-houder dus jaarlijks belasting betalen wetend dat hij waarschijnlijk de vennootschap met verlies zal verkopen. Hij zal dan met terugwerkende kracht zijn verlies kwijt willen, wat momenteel slechts voor één jaar kan.³³⁴ Dit is ongewenst. Heithuis stelt als alternatief een betalingsregeling voor.³³⁵ Ook de verliesverrekeningstermijn zou aangepast moeten worden omdat de ab-houder nu ongeacht de winst van de vennootschap structureel belasting betaalt. Om te kunnen heffen aan de hand van fictief rendement zullen dus veel ingrijpende aanpassingen gemaakt moeten worden om ervoor te zorgen dat zo veel mogelijk belastingplichtigen ook daadwerkelijk in staat zijn om de belasting te betalen.

Door het jaarlijks heffen van belasting over het voordeel uit aanmerkelijk belang zal een ab-houder eerder geneigd zijn de vennootschap dividend uit te laten keren. Hierdoor wordt de investeringsruimte van de vennootschap beperkt omdat deze liquide middelen onttrokken moeten worden.³³⁶ Het is essentieel dat de belastingplichtige ook de capaciteit heeft om daadwerkelijk de verschuldigde belasting te betalen.³³⁷ Het is economisch gezien wenselijk om belastingen te heffen op een manier en moment die de bijdrager, de belastingplichtige, het meest geschikt is.³³⁸

Een laatst punt dat wel genoemd dient te worden is dat het kabinet tot op heden bewust heeft gekozen om niet het forfaitaire rendement van de commissie in te voeren. Het is een oplossing met potentie maar het vereist ook veel aanpassingen van het huidige box 2 regime. Mijns inziens zou het met de nodige uitwerking wel een goede mogelijkheid zijn.

³³³ Heithuis, *NTFR* 2011/1905, p. 4.

³³⁴ O.g.v. art. 4.49 lid 1 wet IB 2001.

³³⁵ Heithuis, *NTFR* 2011/1905, p. 5.

³³⁶ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 425.

³³⁷ Witpeerd, *FTV* 2019/10, p. 25.

³³⁸ Smith, 1776, p. 371.

5.3.2 Documentatieverplichting voor de ab-houder

De voornaamste reden dat het huidige systeem van verkapte winstuitdelingen te kort schiet, is dat dit niet goed tot uitvoering kwam. Het wetsvoorstel lijkt een aanvulling te bieden die de uitvoerende lasten moet verlichten. Wanneer de uitvoerende lasten voldoende verlicht worden zou namelijk ook zonder het wetsvoorstel al onterecht uit- en afstel van belastingheffing tegengegaan kunnen worden. Het huidige wetsvoorstel doet echter veel meer dan alleen dit. In plaats van het wetsvoorstel zou ook gebruik gemaakt kunnen worden van een verplichting voor de belastingplichtige voor schriftelijke vastlegging van de afspraken inzake de lening.³³⁹ Een lening kan als onttrekking aangemerkt worden maar daarvoor ligt de bewijslast nu bij de belastingdienst. Wanneer de belastingplichtige aan moet tonen dat de lening van een zodanige aard is dat geen sprake is van een onttrekking neemt de druk van de bewijslast af voor de belastingdienst.

Deze documentatieverplichting zorgt ervoor dat de belastingplichtige de zakelijkheid van zijn lening moet aantonen.³⁴⁰ In de wet kan dan worden bepaald dat een lening altijd aangemerkt wordt als een uitdeling, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat er een reële verplichting en intentie bestaat om lening terug te betalen en er voldoende dekking is.³⁴¹ De toets die hierbij gebruikt zou kunnen worden is: een onafhankelijke derde als crediteur zou de niet-nakoming ook tolereren.³⁴² Dit beperkt consumptieve leningen en maakt uitvoerbaarheid mogelijk voor de belastingdienst.

Een vergelijkbare regeling wordt reeds toegepast in Australië.³⁴³ De fiscale wetgeving in Australië bevat een uitgebreide regeling die voorschrijft wanneer een opname uit het vermogen van de vennootschap als dividend moet worden aangemerkt. In de basis wordt een lening als lening aangemerkt. Deze lening zal echter als dividend worden aangemerkt indien sprake is van de volgende drie cumulatieve voorwaarden: de betaling is gedaan aan een aandeelhouder of een aan de aandeelhouder verbonden natuurlijk persoon of rechtspersoon (1), het betaalde bedrag is niet voor het einde van het fiscale boekjaar van de vennootschap afgelost (2) en er zijn geen van de uitzonderingsbepalingen van toepassing (3).³⁴⁴ De uitgezonderde leningen zijn de leningen die de

³³⁹ NOB, 29-03-2019, p. 2.

³⁴⁰ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 346.

³⁴¹ Stevens, *WFR* 2019/71, p. 424.

³⁴² Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59, p. 347.

³⁴³ Deze regeling is in Australië opgenomen in Division 7A van de Income Tax Assessment Act 1936. Zie Payments and other benefits affected – Loans and other form of credit. Te raadplegen via: <https://www.ato.gov.au/Business/Private-company-benefits---Division-7A-dividends/Payments-and-other-benefits-affected/Loans-and-other-forms-of-credit/>

³⁴⁴ Hofman & de Vries, *WFR* 2019/107, p. 642.

zakelijkheidstoets doorstaan. Deze toets vereist dat de lening schriftelijk is vastgelegd, er een minimale rente verschuldigd is, een maximale looptijd en een jaarlijkse aflossingsverplichting. Pas wanneer een lening aan deze eisen voldoet, zal zij aangemerkt worden als lening en niet als dividenduitkering. Op deze manier wordt de bewijslast voor de zakelijkheid van de lening bij de belastingplichtige gelegd in plaats van bij de belastingdienst.

Een vergelijkbare regeling in Nederland zou de uitvoerende lasten voor de belastingdienst doen afnemen. Door de afgenomen uitvoerende lasten kan de belastingdienst uit- en afstel van belastingheffing bestrijden met de huidige systematiek van verkapte winstuitdelingen. Deze alternatieve maatregel gaat een stuk minder ver dan het huidige wetsvoorstel, maar bereikt wel de doelen van het kabinet. Ook zal deze regeling een stuk minder complex en ingrijpend zijn dan het invoeren van een nieuw fictief regulier voordeel. Het is echter aan het kabinet om te bepalen of deze documentatieverplichting voldoende is voor wat het wil bereiken.

5.3.3 Aanpassen van de navorderingstermijn

Tot slot is er nog een beknopter alternatief. Net als het vorige alternatief maakt deze gebruik van het feit dat de belastingdienst al een schuld aan de eigen vennootschap aan kan merken als een onttrekking. Het afstel van belastingheffing dat tegen gegaan dient te worden speelt zich af wanneer de navorderingstermijn verlopen zou zijn op het moment dat de belastingdienst wil heffen over de onttrekking.³⁴⁵ Als deze navorderingstermijn niet verlopen is kan deze vorm van afstel van belastingheffing zich niet voordoen.

De SRA stelt voor om in de wet een expliciete mogelijkheid op te nemen op grond waarvan alsnog belastingheffing plaats kan vinden.³⁴⁶ Een vergelijkbare regeling is reeds opgenomen in loonbelasting, waarin bepaald is dat een niet eerder in de heffing betrokken aanspraak alsnog op het uitkeringsmoment in de heffing betrokken kan worden.³⁴⁷ Door een vergelijkbare regeling in te voeren voor een nog niet in aanmerking genomen onttrekking is de belastingdienst niet langer gebonden door de navorderingstermijn. Feitelijk geldt er voor het in aanmerking nemen van een onttrekking dan een onbeperkte navorderingstermijn.

³⁴⁵ Zie 2.4.4 Onttrekking.

³⁴⁶ SRA, 2019, p. 10.

³⁴⁷ O.g.v. art. 10 lid 4 van de Wet LB 1964.

Een alternatief voor de bovenstaande onbeperkte navorderingstermijn zou kunnen zijn het verlengen van de navorderingstermijn. Voor vermogensbestandsdelen uit het buitenland geldt in Nederland al een verlengde navorderingstermijn van twaalf jaar.³⁴⁸ Dit zou een minder ingrijpende wijziging zijn dan de onbeperkte navorderingstermijn.

Het verlengen van de navorderingstermijn is in beginsel echter een verboden beperking van het vrije verkeer in de EU.³⁴⁹ Deze beperking kan echter gerechtvaardigd zijn, waarbij het waarborgen van de doeltreffendheid van de fiscale controles als rechtvaardigingsgrond geldt.³⁵⁰ Deze rechtvaardigingsgrond zou mijns inziens ook op kunnen gaan bij de fiscale controles inzake de schuld aan eigen vennootschap.

Door slechts de navorderingstermijn te wijzigen kan de huidige systematiek beter uitgevoerd worden. Het doel van het kabinet wordt dan alsnog bereikt met betrekking tot het tegengaan van afstel van belastingheffing. De lasten van de belastingdienst worden niet lichter maar de belastingdienst heeft wel minder tijdsdruk. Wanneer de navorderingstermijn verlengd zou worden voor schulden aan de eigen vennootschap, kan gesteld worden dat er niet langer een noodzaak is om het wetsvoorstel in te voeren.³⁵¹

5.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht welke mogelijke aanpassingen aan het wetsvoorstel de kwaliteit van het wetsvoorstel zouden kunnen verbeteren. Hierbij is ook aandacht besteed aan regelingen die in de plaats van het wetsvoorstel ingevoerd zouden kunnen worden. De aanpassingen die gedaan dienen te worden zien op het voorkomen van dubbele belastingheffing, het aanpassen van de verbonden persoon bepaling, het voorkomen van onnodige onduidelijkheid en complexiteit, het tegengaan van terugwerkende kracht en het voorkomen van heffen bij belastingplichtigen die te goeder trouw zijn.

Mijns inziens kan, met de nodige aanpassingen, het wetsvoorstel het doel van het kabinet behalen zonder afbreuk te doen aan de criteria voor behoorlijke wetgeving. Om dit te bereiken dient wel een tax credit verleend te worden wanneer fictief regulier voordeel in aanmerking genomen wordt. Dit moet betrekking hebben op fictief regulier voordeel uit alle jaren. Mijns inziens is het ook wenselijk

³⁴⁸ O.g.v. art. 16 lid 4 AWR.

³⁴⁹ HvJ EG 11-06-2009, ECLI:EU:C:2009:368, r.o. 30.

³⁵⁰ HvJ EG 11-06-2009, ECLI:EU:C:2009:368, r.o. 43-45.

³⁵¹ SRA, 2019, p. 11.

om een tegenbewijsbepaling op te nemen in het wetsvoorstel. Met deze bepaling kan de belastingplichtige die te goeder trouw is buiten de heffing blijven zonder dat dit tot veel uitvoerende lasten zal leiden voor de belastingdienst. Ook dient een vrijstelling verleend te worden voor de stand van de bestaande schulden om terugwerkende kracht te voorkomen.

Wanneer de verbonden persoon bepaling vervangen wordt door een bepaling vergelijkbaar met het meetrek ab wordt op een simpele manier de complexiteit van het wetsvoorstel verlaagd. Dit zal niet ten koste gaan van de belastingheffing omdat deze grondslag niet afneemt. Met deze aanpassingen sluit het wetsvoorstel beter aan bij de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving.

Daarnaast is het ook mogelijk om af te zien van het wetsvoorstel en in plaats daarvan een andere regeling in te voeren. Drie regelingen die mijns inziens een uitkomst zouden kunnen bieden zijn het invoeren van een forfaitair rendement, een documentatieverplichting voor de belastingplichtige vergelijkbaar met het Australische stelsel en het aanpassen van de navorderingstermijn. Het invoeren van een forfaitair rendement heeft echter een veel ingrijpendere werking op het ab-regime dan slechts het tegengaan van uit- en afstel van belastingheffing. Mocht voor deze optie gekozen worden, dan dient ook goed gekeken te worden naar de huidige wijze van verliesverrekening in box 2.

Het opleggen van een documentatieverplichting aan de belastingplichtige zou een optie zijn die voornamelijk steunt op de huidige systematiek in het ab-regime. De grootste tekortkoming van het huidige regime is namelijk het feit dat de bewijslast bij de inspecteur ligt. De belastingdienst heeft niet voldoende capaciteiten om (op tijd) een schuld als onttrekking aan te merken wanneer dat nodig is. Door een documentatieverplichting op te nemen voor de belastingplichtige deze bewijslast om te draaien hoeft niet toegekomen te worden aan een nieuwe en complexe regeling. Het effect hiervan is vele malen minder ingrijpend en mijns inziens wordt het doel van het kabinet wel behaald.

Een andere manier om deze tekortkoming van het huidige regime te elimineren is het aanpassen van de navorderingstermijn. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door deze te verlengen naar twaalf jaar. Ook zou dit kunnen door de belastingdienst de mogelijkheid te geven het voordeel van de onttrekking altijd nog in aanmerking te nemen; praktisch gezien maakt dit de navorderingstermijn onbeperkt. Ook van deze regeling is het effect mijns inziens vele malen minder ingrijpend terwijl het doel van het kabinet wel behaald wordt.

6. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht of het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap voldoet aan de vereisten voor behoorlijke fiscale wetgeving. Het onderzochte wetsvoorstel heeft als doel om excessief lenen bij de eigen vennootschap te ontmoedigen. Door excessief lenen te ontmoedigen verwacht de staatssecretaris uit- en afstel van belastingheffing door middel van een lening tegen te gaan. Daarnaast verwacht hij dat het wetsvoorstel de arbeidsintensieve discussies voor de belastingdienst zal verminderen.

Al sinds de aankondiging is veel kritiek geleverd op het wetsvoorstel. De internetconsultatie van het wetsvoorstel ontving 60 reacties. De NOB heeft door middel van diverse brieven kritisch gereageerd en ook in veel publicaties wordt kritiek geleverd op het wetsvoorstel. In deze scriptie is beoordeeld of het wetsvoorstel voldoet aan de eisen voor behoorlijke fiscale wetgeving. De volgende probleemstelling is daarbij gebruikt:

Past de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap in het kader van behoorlijke fiscale wetgeving? Zo nee, welke aanpassingen dienen gemaakt te worden?

Het kader van behoorlijke fiscale wetgeving dat gebruikt is bij deze beoordeling is afkomstig uit de Nota zicht op wetgeving. Aan de hand van een aantal criteria van deze nota is het wetsvoorstel getoetst. Deze criteria zijn: rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, doeltreffendheid en doelmatigheid, evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, onderlinge afstemming en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. De probleemstelling is uitgewerkt aan de hand van een viertal deelvragen.

Wat is het huidige raamwerk omtrent de schuldverhoudingen tussen een DGA en zijn vennootschap?

Bij deze eerste deelvraag is het kader gesteld van de huidige situatie voor schulden van de ab-houder en zijn vennootschap. Hierbij is met name gekeken naar de verhouding tussen de DGA en zijn vennootschap. De kern van deze problematiek zit namelijk in het feit dat de DGA een gescheiden vermogenspositie heeft van de vennootschap, terwijl hij vaak volledige zeggenschap heeft over de vennootschap. De vennootschap en de DGA worden geacht zakelijk met elkaar te handelen; wanneer dit niet zo is dienen correcties plaats te vinden. Dit geldt ook voor situaties waarbij de ab-houder geld leent van zijn vennootschap.

Wanneer een lening is verstrekt aan een aandeelhouder heeft de belastingdienst de mogelijkheid deze als onttrekking aan te merken. De belastingdienst kan dit doen wanneer aannemelijk gemaakt kan

worden dat de schuld niet afgelost kan worden en dat het geld de vennootschap dus definitief heeft verlaten. Toch kan, ondanks deze mogelijkheid voor de belastingdienst, volgens de staatssecretaris onterecht uit- en afstel van belastingheffing plaatsvinden bij een schuld aan de eigen vennootschap. Er zijn twee manieren waarop afstel plaats zou kunnen vinden: door middel van het verlopen van de navorderingstermijn en wanneer de ab-houder en zijn vennootschap beiden geen middelen meer hebben om de belastingheffing te betalen. Beiden gevallen zijn een gevolg van (te) laat handelen door de belastingdienst.

Wat zijn de verwachte gevolgen van het wetsvoorstel en voldoen deze aan de doelstelling van het kabinet?

De staatssecretaris heeft aangegeven dat het wetsvoorstel is voorgesteld als een methode om excessief lenen bij de eigen vennootschap te ontmoedigen. Excessief lenen dient ontmoedigd te worden om zo uit- en afstel van belastingheffing tegen te werken. Daarnaast zal het wetsvoorstel de arbeidsintensieve discussies voor de belastingdienst verminderen. Bij de beantwoording van de eerste deelvraag is gebleken dat uit- en afstel van belastingheffing door middel van lenen al tegengegaan kan worden zonder het wetsvoorstel. Toch vindt er inderdaad afstel plaats, op twee mogelijke manieren. In beide gevallen is de belastingdienst te laat bij het beoordelen van de schuldpositie van de ab-houder. Uitstel van belastingheffing vindt echter alleen plaats wanneer de ab-houder de schuld uiteindelijk afbetaalt door middel van een voordeel uit zijn aanmerkelijk belang.

Afstel kan alleen plaatsvinden wanneer de belastingdienst niet tijdig handelt en het vermeende uitstel van belastingheffing is lang niet altijd een daadwerkelijk onterecht uitstel van belastingheffing. Het kabinet heeft er met het wetsvoorstel toch voor gekozen om deze problemen aan te pakken. De excessieve schuldposities die aangepakt dienen te worden zullen inderdaad aangepakt worden. Veel ab-houders die echter te goeder trouw zijn zullen ook in de heffing betrokken worden.

Hoe voldoet de invulling van het wetsvoorstel aan de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving?

Het wetsvoorstel wil het excessieve deel van schulden aan de eigen vennootschap belasten bij ab-houders. Het excessieve deel is het bedrag van de schulden aan de eigen vennootschap voor zover deze het maximumbedrag te boven gaan. Alle schulden van de ab-houder, met uitzondering van de eigenwoning schuld, worden betrokken bij het bepalen van het excessieve deel. Dit excessieve deel wordt bij de ab-houder in aanmerking genomen als fictief regulier voordeel. Het maximumbedrag wordt in eerste instantie gesteld op € 500.000 en wordt verhoogd met eerder in aanmerking genomen

fictief regulier voordeel. Hierbij is ook een aparte bepaling opgenomen voor schulden van verbonden personen.

Deze verbonden persoon wordt echter anders behandeld dan de ab-houder. De verbonden persoon kan zijn maximumbedrag niet verhogen en schulden lijken slechts per vennootschap beoordeeld te worden. Er is geen duidelijke verklaring gegeven waarom de verbonden persoon anders behandeld wordt. Het is onduidelijk of dit de bedoeling is geweest van het kabinet; er is tot op heden geen verklaring voor gegeven. Dit gaat ten koste van de eenvoud van het wetsvoorstel.

Omdat de wetgever geen step up heeft opgenomen, is er bij het wetsvoorstel ook sprake van terugwerkende kracht. Dit doet af aan de rechtmatigheid van het wetsvoorstel omdat dit in strijd is met de rechtszekerheid. Dit wetsvoorstel zal namelijk belasting heffen over een rechtshandeling die heeft plaatsgevonden voor de aankondiging van het wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel voorkomt dubbele belastingheffing slechts voor fictief regulier voordeel uit het jaar 2022. Het wetsvoorstel leidt in veel gevallen tot dubbele belastingheffing vanwege de gebrekkige anticumulatiebepaling. Dit is onevenredig zware belastingheffing en strijdig met het draagkrachtbeginsel. De staatssecretaris heeft geen goede verklaring kunnen geven voor deze zeer beperkte bepaling.

Het wetsvoorstel realiseert de doelstellingen van het kabinet. Eerder is echter aangetoond dat lang niet alle belastingplichtigen die door het wetsvoorstel geraakt worden ook onterecht uit- en afstel van belastingheffing beogen. Door de 'one size fits all' benadering van het kabinet worden veel schulden in de heffing betrokken waar eigenlijk geen goede verklaring voor is. Bij deze schulden dreigt geen afstel van belastingheffing en ook geen onterecht uitstel van belastingheffing. De belastingplichtige heeft geen tegenbewijsmogelijkheid gekregen om dit aan te tonen. De staatssecretaris heeft ook tot op heden verzuimd een goede verklaring te geven waarom deze belastingplichtigen wel een fictief regulier voordeel in aanmerking zullen moeten nemen.

Welke aanpassingen kunnen gemaakt worden aan het wetsvoorstel om dit beter aan te laten sluiten bij de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving?

Bij de vorige deelvraag is gebleken dat er nog veel onduidelijkheid is over het opnemen en de uitwerking van een aantal bepalingen. Mijns inziens komt dit grotendeels door het feit dat het wetsvoorstel nog niet ingediend is bij de Tweede Kamer. Naar verwachting zal dit meer duidelijkheid geven over deze bepalingen. Gezien de vele tekortkomingen van het wetsvoorstel dienen mijns inziens veel aanpassingen gemaakt te worden.

De anticumulatiebepaling dient vervangen te worden. Wanneer een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen wordt, dient ook een tax credit verleend te worden aan de belastingplichtige. Ook dienen de schulden die in het wetsvoorstel betrokken worden beperkt te worden. Mijns inziens kan dit geschieden door middel van een tegenbewijsmogelijkheid voor de ab-houder. Door middel van deze tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat er geen sprake is van onterecht uitstel of afstel van belastingheffing. Wanneer hier geen sprake van is, hoeft de ab-houder mijns inziens niet een fictief regulier voordeel in aanmerking te nemen. Als de verbonden persoon bepaling vervangen wordt door een bepaling vergelijkbaar met het meetrek ab, wordt op een simpele manier de complexiteit van het wetsvoorstel verlaagd. Dit zal niet ten koste gaan van de belastingheffing omdat deze grondslag niet afneemt. Ook dient een step up verleend te worden aan de belastingplichtige om terugwerkende kracht te voorkomen. Met deze aanpassingen sluit het wetsvoorstel beter aan bij de criteria voor behoorlijke fiscale wetgeving.

In plaats van het wetsvoorstel aan te passen kan het ook achterwege gelaten worden. De doelstellingen van het kabinet kunnen ook gerealiseerd worden zonder gebruik te maken van het wetsvoorstel. In deze scriptie zijn drie alternatieve regelingen behandeld die ter vervanging van het wetsvoorstel kunnen dienen: Gebruik maken van een forfaitair rendement in box 2, de ab-houder een documentatieverplichting opleggen voor leningen van zijn eigen vennootschap en het aanpassen van de navorderingstermijn.

Het gebruik maken van een forfaitair rendement in box 2 was een voorstel van de commissie Van Dijkhuizen in 2013. Het voorstel was om het aandeel van de ab-houder jaarlijks te belasten met een forfaitair rendement net als in box 3. Het forfaitaire rendement kan berekend worden over het fiscale eigen vermogen. Deze voorgestelde maatregel van de commissie stimuleert de ab-houder om zijn vennootschap jaarlijks dividend uit te laten keren. Het gevaar van uit- en afstel van belastingheffing in box 2 wordt hiermee verminderd. Dit betekent ook minder uitvoerende lasten voor de belastingdienst.

Dit voorstel kent echter ook de nodige nadelen. Omdat het fictieve rendement kan afwijken van het daadwerkelijke rendement kan dit leiden tot onevenredig zware belastingheffing in box 2. Daarnaast dienen veel aanpassingen gemaakt te worden aan het huidige box 2 stelsel om deze fictieve heffing te faciliteren. De wijze van verliesverrekening dient aangepast te worden en betalingsregelingen dienen opgenomen te worden. Dit zal leiden tot meer administratieve lasten voor de belastingdienst. Ook beperkt deze regeling de investeringsruimte omdat liquide middelen eerder onttrokken zullen worden uit de vennootschap.

De twee laatste alternatieven zijn twee minder ingrijpende maatregelen die wel voldoen aan de doelstelling van het kabinet. Zoals bij de tweede deelvraag is aangetoond bestaat voor de belastingdienst al de mogelijkheid om onterecht uit- en afstel van belastingheffing tegen te gaan. De huidige systematiek van het aanmerken van een onttrekking voldoet echter niet omdat de belastingdienst niet voldoende uitvoerende capaciteit heeft. Een methode om hiervoor te compenseren is het opleggen van een documentatieverplichting aan de belastingplichtige. Hierdoor wordt een deel van de administratieve lasten gelegd bij de belastingplichtige in plaats van bij de belastingdienst.

Het laatste alternatief is het verlengen van de navorderingstermijn voor het aanmerken van een onttrekking. Vanwege de hoge uitvoerende lasten is de belastingdienst vaak te laat en is de navorderingstermijn van vijf jaar reeds verstreken. In het Nederlandse belastingstelsel zijn echter ook bepalingen opgenomen waarbij het verstrijken van de navorderingstermijn voorkomen of beperkt kan worden. De navorderingstermijn zou verlengd kunnen worden naar twaalf jaar. Een andere optie is het opnemen van een bepaling waarbij een niet eerder in de heffing betrokken onttrekking alsnog op het uitkeringsmoment in de heffing betrokken kan worden. Op deze wijze wordt een onbeperkte navorderingstermijn gecreëerd voor leningen die eigenlijk onttrekkingen zijn.

Tot slot zal de hoofdvraag op zichzelf nog beantwoord worden. Mijns inziens past het wetsvoorstel in zijn huidige vorm niet in het kader van behoorlijke fiscale wetgeving. Met de nodige aanpassingen zou het wetsvoorstel wel in het kader kunnen passen. Mijns inziens kan echter beter gekeken worden naar de eenvoudigere alternatieven die er zijn. De huidige systematiek kan al voldoen aan het tegengaan van afstel van belastingheffing. Uitstel van belastingheffing dient slechts tegengegaan te worden wanneer het onterecht is. Uitstel van belastingheffing is namelijk ook inherent verbonden met huidige box 2 stelsel. Als dit voor het kabinet een probleem is dient dit breder aangepakt te worden dan door slechts lenen van de eigen vennootschap te beperken. Mijns inziens is het belang groter om slechts het ontrechte uitstel en afstel van belastingheffing door middel van lenen tegen te gaan. Het opnemen van een documentatieverplichting of een effectieve onbeperkte navorderingstermijn voor onttrekkingen zou hiermee al volstaan. Bij invoering van één van deze regelingen kan invoering van het wetsvoorstel achterwege gelaten worden.

Literatuuroverzicht

Artikelen

Albert 2016

P.G.H. Albert, 'Wegstrepen van rekening-courantschuld', 2016.

Arends WPNR 7249

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

Auerbach & Peters FTV 2019/3-10

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

Bavinck WFR 2017/9

C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2017/9.

Beckers 2006 PA 2006/06-01

E.K. Beckers, 'Dga's zijn hermafrodit', *PA* 2006/06-01.

Boer WFR 2019/70

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

Van Brummen & Tydeman-Yousef WFR 2019/59

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

Elsweier De onzakelijke lening

F. Elsevier, *De onzakelijke lening* (Navigator thema's).

Essers, TFO 2011/3

P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.

Foesenek, WFR 2020/14

Foesenek, 'De dga-tax in grensoverschrijdend perspectief', *WFR* 2020/14.

Heithuis NTFR 2010/1843

E.J.W. Heithuis, 'Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting ...', *NTFR* 2010/1843.

Heithuis NTFR 2011/1905

E.J.W. Heithuis, 'Art. 4.14 Wet IB 2001: De kip met de gouden eieren', *NTFR* 2011/1905.

Heithuis NTFR 2013/1395

E.J.W. Heithuis, 'Van Dijkhuizen en de dga', *NTFR* 2013/1395.

Heithuis NTFR 2019/1020

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

Heithuis WFR 2018/184

E.J.W. Heithuis, 'Belastingpakket 2019: maatregelen voor het mkb c.a.', *WFR* 2018/184.

Heithuis TaxLive 2018

E.J.W. Heithuis, 'Kabinet zoekt echt ruzie met de dga', *TaxLive*, 2018.

Hofman & de Vries *WFR* 2019/107

Hofman & de Vries, 'Rekening-courantmaatregel zet box 2 op z'n kop. Doe het zoals Down-Under', *WFR* 2019/107.

Hofstra *NDFR* 2019

J.P. Hofstra, 'Commentaar bij art 4.13 – Wet inkomstenbelasting 2001 – Reguliere voordelen', *NDFR*, 28-05-2019.

Jacobs, De Mooij & Folmer *CESifo* 2007 No. 1890

B. Jacobs, R.A. de Mooij & K. Folmer, 'Analyzing a flat income tax in the Netherlands', *CESifo* 1890, 2007.

Ligthart *TFO* 2003/174

Ligthart, 'De renteaftrekkbeperking van art. 10a Wet VPB 1969', *TFO* 2003/174.

Ligthart & Nijkamp *TFO* 2018/160.3

N.M. Ligthart & H.K. Nijkamp, 'Knelpunten in de terbeschikkingstellingregeling voor de dga', *TFO* 2018/160.3.

Meijer, *WFR* 2015/918

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

Mol-Verver *WPNR* 2016/7114

S.J. Mol-Verver, 'Rechtsvormkeuze en fiscale problematiek', *WPNR* 2016/7114.

Peppelenbosch *NLFO* 2019/17

F.A. Peppelenbosch, 'Wet excessief lenen bij eigen vennootschap; van dik hout zaagt Men (no Snel) planken', *NLFO* 2019/17.

Rijkers *FTV* 2019/5-20

A.C. Rijkers, 'Lenen van de eigen BV', *FTV* 2019/5-20.

Schonis *FTV* 2018/10-36

H.M.N. Schonis, 'Dwangbelasting voor de DGA', *FTV* 2018/10-36.

Stevens *WFR* 2019/71

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

Strik *CB* 2019 Vpb.0.0.1.e2

S.A.W.J. Strik, 'Leer van het globale evenwicht', *Cursus Belastingrecht Vpb.0.0.1.e2*, 2019.

Vermeulen *CB* 2019 Vpb.2.2.2.B.e3

H. Vermeulen, 'De reële lening met niet-bedongen of te lage rente', *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.2.B.e3*, 2019.

Wijtvliet *FED* 2019/80

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

Witpeerd *FTV* 2019/10

F.M. Witpeerd, 'De excessieve reactie op het wetsvoorstel excessief lenen van de eigen bv', *FTV* 2019/10.

Boeken

De Langen 1954

W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel 1)*, Alphen aan den Rijn: Samson, 1954.

Schuver-Bravenboer 2009

M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009.

Smith 1776

Smith, *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*, A. Spottiswoode, Londen, 1776.

Stevens & de Smit 2015

Stevens & de Smit, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2015.

Mediabronnen

Division 7A - Income Tax Assessment

Division 7A - Income Tax Assessment - Payments and other benefits affected - Loans and other form of credit, opgehaald via <https://www.ato.gov.au/Business/Private-company-benefits---Division-7A-dividends/Payments-and-other-benefits-affected/Loans-and-other-forms-of-credit/>

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Nadere NOB-reactie maatregel 2018

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Nadere NOB-reactie inzake 'rekening-courant maatregel voor directeur-groootaandeelhouders'*, 19-10-2018.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Nadere NOB-reactie Wet 2019

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Nadere NOB-reactie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap: anticumulatieregeling*, 16-04-2019.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Nadere NOB-reactie Wet 2019

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *NOB-reactie op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap*, 29-03-2019.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Reactie op rekeningcourant-maatregel 2018

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Reactie op de door het kabinet aangekondigde rekeningcourantmaatregel (ontmoedigen van excessief lenen van de eigen vennootschap)*, 21-09-2018.

SRA 2019

SRA, *Reactie internetconsultatie wet excessief lenen bij eigen vennootschap*, 2019.

V-N 2019/16.5

Vakstudie Nieuws, *Conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap in consultatie*, 2019/16.5

Kamerstukken en beleid

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.
Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1.
Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19.
Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 1.
Kamerstukken II 2013/14, 33 447, nr. 6.
Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 3.
Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 10.
Kamerstukken II 2018/19, 32 140, nr. 50.
Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6.
Kamerstukken II 2018/19, 35000, nr. 72.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751)

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

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (Commissie Van Dijkhuizen) 2013

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (Commissie Van Dijkhuizen), *Naar een activerender belastingstelsel*, 2013.

Concept Memorie van toelichting excessief lenen bij eigen vennootschap 2019

Opgehaald via <https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen> (versie 2).

Concept Wettekst excessief lenen bij eigen vennootschap 2019

Opgehaald via <https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen> (versie 1).

CPB 2017

CPB, *Eens gekozen, blijft gekozen/Winst in de bv vaak niet uitgekeerd*, policybrief 2017/12.

Notitie fiscaal bevorderen ondernemerschap 2008

Notitie fiscaal bevorderen ondernemerschap, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 31704, nr. 3.

Studiecommissie belastingstelsel 2010

Studiecommissie belastingstelsel, *Rapport Continuïteit en vernieuwing*, 2010.

Jurisprudentie

HR 27-01-1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744
HR 05-02-1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3236
HR 29-10-2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761
HR 09-05-2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108
HR 25-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442
HR 01-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735
HR 28-02-2014, ECLI:NL:HR:2014:417
HR 20-03-2015, ECLI:NL:HR:2015:645
HR 14-06-2019, ECLI:NL:HR:2019:816

HvJ EG 11-06-2009, ECLI:EU:C:2009:368

Rb. Gelderland 22-03-2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1304

Bijlagen

Bijlage 1: Wijziging van de Wet IB 2001 (wet excessief lenen bij eigen vennootschap)

A. **Artikel 4.13** wordt als volgt gewijzigd:

1. In de aanhef van het eerste lid wordt “behoren” vervangen door “behoren mede”.
2. In het eerste lid, onderdeel e, wordt “plaatsvinden. Bijschrijving op die aandelen wordt met uitreiking van aandelen gelijkgesteld.” vervangen door “plaatsvinden;”.
3. Aan het eerste lid wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
 - f. 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 (het fictief reguliere voordeel).
4. Onder vernummering van het tweede lid tot derde lid wordt een lid ingevoegd, luidende:
 2. Voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel e, wordt bijschrijving op aandelen met uitreiking van aandelen gelijkgesteld.

B. Na **artikel 4.14** worden drie artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 4.14a Fictief reguliere voordelen

1. Onder het bovenmatige deel van schulden, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt verstaan de totale som van die schulden voor zover deze het maximumbedrag van € 500.000 overschrijdt.
2. Schulden van de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner worden in een kalenderjaar eenmaal in aanmerking genomen bij de belastingplichtige en zijn partner tezamen. Het maximumbedrag, bedoeld in het eerste lid, geldt voor de belastingplichtige en zijn partner gezamenlijk.
3. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder schulden verstaan alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen aan het einde van het kalenderjaar op basis van de nominale waarde.
4. Bij de toepassing van het eerste lid blijft een eigenwoningschuld als bedoeld in artikel 3.119a buiten aanmerking voor zover een recht van hypotheek tot zekerheid van de eigenwoningschuld is verstrekt aan de vennootschap.

Artikel 4.14b Flankerende maatregelen ter zake van fictief reguliere voordelen

1. Het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, wordt vermeerderd met de bedragen die in voorafgaande jaren op grond van artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, of op grond van een naar aard en strekking daarmee vergelijkbare buitenlandse regeling, in de heffing zijn betrokken.
2. Een schuld van een met de belastingplichtige verbonden persoon aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, maar waarin de verbonden persoon geen aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, wordt als bovenmatig deel als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, in aanmerking genomen bij de belastingplichtige voor zover de schuld van de verbonden persoon meer bedraagt dan € 500.000 en geen schuld is als bedoeld in artikel 4.14a, vierde lid. Voor de toepassing van de eerste zin wordt onder een met de belastingplichtige verbonden persoon verstaan: een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner.

3. Indien een schuld op grond van het tweede lid bij meerdere belastingplichtigen als bovenmatig deel in aanmerking is genomen, wordt het bovenmatige deel, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, in gelijke delen bij ieder van hen in aanmerking genomen.

4. Een schuld ter zake waarvan een regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel a, niet zijnde een fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in aanmerking is genomen, wordt niet in aanmerking genomen als schuld als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid.

Artikel 4.14c Maximumbedrag bij het ontstaan van binnenlandse belastingplicht

1. Indien een belastingplichtige in Nederland gaat wonen en hij op dat tijdstip schulden heeft aan een vennootschap als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, gesteld op het bedrag van die schulden, doch ten minste op € 500.000.

2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de belastingplichtige voordien is opgehouden in Nederland te wonen. In dat geval wordt het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, gesteld op het maximumbedrag dat gold voor de belastingplichtige op het tijdstip dat hij ophield in Nederland te wonen.

3. Het eerste lid is mede niet van toepassing indien de belastingplichtige voordien ten aanzien van een aanmerkelijk belang buitenlands belastingplichtige is geweest. In dat geval wordt het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, gesteld op het maximumbedrag dat gold bij de beëindiging van de toepassing van afdeling 7.3.

4. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld inzake de vaststelling van het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, voor de gevallen, bedoeld in het tweede en derde lid.

C. Aan **artikel 4.43** wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Een fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt geacht te zijn genoten bij het einde van het kalenderjaar.

D. Na **artikel 10a.20** worden twee artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 10a.21 Overgangsbepaling vereisten hypotheekrecht bij het fictief reguliere voordeel

Bij de toepassing van artikel 4.14a, eerste lid, blijft mede buiten aanmerking een op 31 december 2021 bestaande eigenwoningschuld als bedoeld in artikel 3.119a waarvoor geen recht van hypotheek tot zekerheid van de eigenwoningschuld is verstrekt aan de vennootschap.

Artikel 10a.22 Overgangsbepaling vervreemdingskorting bij vervreemding aanmerkelijk belang

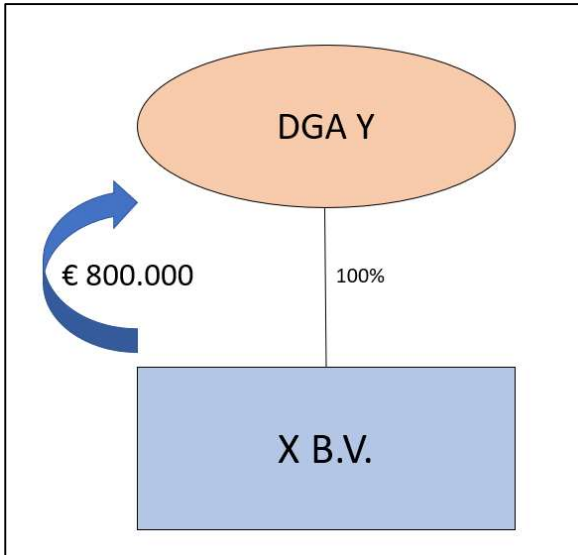
1. Ingeval artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in het jaar 2022 toepassing heeft gevonden en de belastingplichtige na een vervreemding als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel b, niet zijnde een vervreemding als bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h, niet langer een aanmerkelijk belang heeft als bedoeld in afdeling 4.3, wordt het vervreemdingsvoordeel, bedoeld in artikel 4.19, eerste lid, verminderd, doch niet verder dan tot nihil, met de vervreemdingskorting. De vervreemdingskorting bedraagt het in 2022 in aanmerking genomen fictief reguliere voordeel, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f.

2. Ingeval het vervreemdingsvoordeel bedoeld in artikel 4.19, eerste lid, wordt verminderd met de vervreemdingskorting, bedoeld in het eerste lid, wordt het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, voor de toepassing van artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in de daaropvolgende jaren verlaagd met de verleende vervreemdingskorting.

Bijlage 2: Voorbeelden

Voorbeeld 1a

Standaarduitwerking



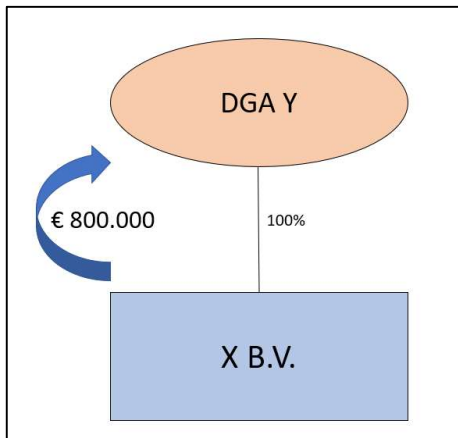
Inkomstenbelasting van Y in jaar 1

Schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

DGA Y heeft per 31 december 2022 (jaar 1) een schuld aan de eigen vennootschap X B.V. van € 800.000. Voor de inkomstenbelasting van DGA Y is er nu sprake van een bovenmatig deel van schulden in de zin van art. 4.14a wet IB 2001. De € 800.000 overschrijdt namelijk het maximum bedrag van € 500.000. Het bovenmatige deel van de schuld (€ 300.000) wordt vervolgens aangemerkt als een fictief regulier voordeel op grond van art. 4.13 lid 1 onderdeel f. Dit zal belast worden tegen het dan geldende box 2 tarief van 26,9%. De belasting die in jaar 1 betaald moet worden is € 80.700.

Voorbeeld 1b

Verhoging maximumbedrag

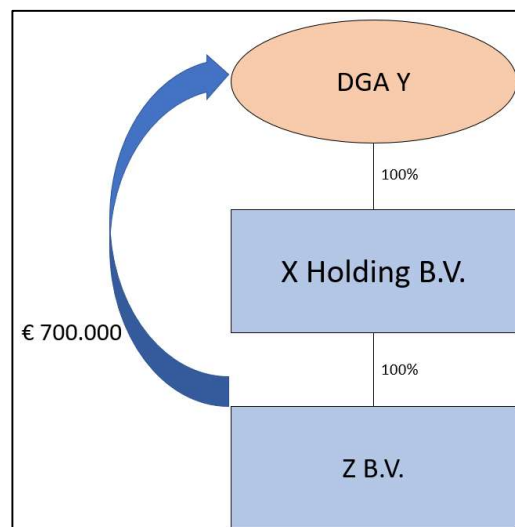


Inkomstenbelasting van Y in jaar 2

Schuld	€ 800.000
Af: Nieuwe drempel	<u>€ 800.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 0
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 0

Het maximumbedrag zal vermeerderd worden met het fictief reguliere voordeel op grond van art. 4.14b lid 1. In jaar 2 is de situatie ongewijzigd, de schuld is nog steeds precies € 800.000. De schuld komt echter niet boven het nieuwe maximum bedrag en dus is er geen sprake van een bovenmatig deel. Er is dus geen fictief regulier voordeel en er volgt geen belastingheffing aan de hand van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Voorbeeld 2a Direct of indirect

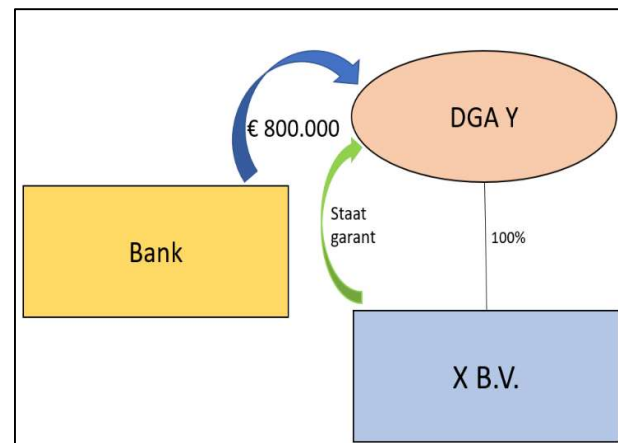


Inkomstenbelasting van Y

Schuld	€ 700.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 200.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 53.800

De heffing van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap vindt plaats bij de aandeelhouder. De wet is van toepassing bij zowel een direct als indirect aanmerkelijk belang. In deze situatie heeft DGA Y geen direct aanmerkelijk belang in Z B.V., de vennootschap waar hij het geld van geleend heeft. Via X Holding B.V. heeft Y echter wel een indirect aanmerkelijk belang in de vennootschap waar hij het geld van geleend heeft. In deze situatie is de uitwerking van de wettekst dus niet anders dan de situatie van voorbeeld 1a.

Voorbeeld 2b Garantstelling

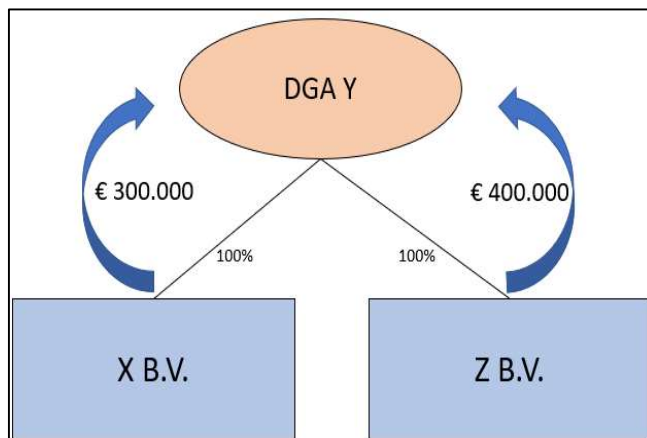


Inkomstenbelasting van Y

Totale schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

In deze situatie heeft DGA Y in principe geen schuld aan zijn eigen vennootschap. Hij heeft echter wel een schuld aan de bank waar zijn vennootschap garant voor staat. Wanneer de DGA zonder deze garantstelling de lening niet aan had kunnen gaan bij de bank is hij materieel schuldenaar bij zijn eigen vennootschap. In dit geval is er dan alsnog sprake van fictief regulier voordeel.

Voorbeeld 2c Schuld bij meer vennootschappen

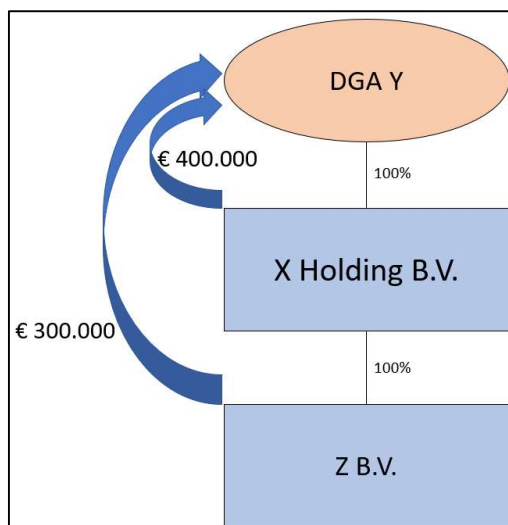


Inkomstenbelasting van Y

Totale schuld	€ 700.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 200.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 53.800

Voor de heffing wordt gekeken naar de totale som van de schulden die de aandeelhouder heeft bij vennootschappen waar hij een aanmerkelijk belang in heeft. In bovenstaande situatie heeft Y twee schulden welke beide niet boven € 500.000 uit komen. Er wordt echter gekeken vanuit het perspectief van de aandeelhouder Y. Hij is in totaal € 700.000 schuldig aan vennootschappen waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Ook de drempel wordt niet bekeken per vennootschap en dus ook niet opgeteld. Zijn totale schuld komt voor € 200.000 uit boven de drempel en zal dus worden aangemerkt als fictief regulier voordeel.

Voorbeeld 2d Schuld bij meer vennootschappen (alternatief)

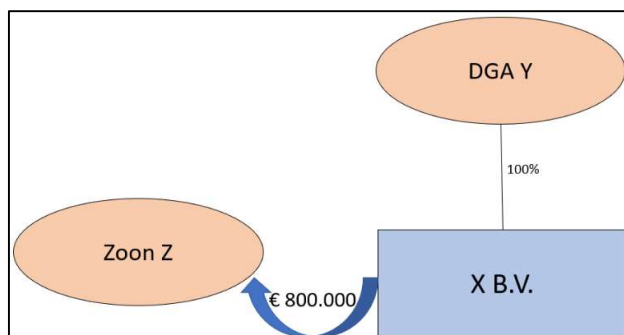


Inkomstenbelasting van Y

Totale schuld	€ 700.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 200.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 53.800

In deze situatie heeft Y een direct aanmerkelijk belang in X Holding B.V. en een indirect belang in Z B.V. Voor de heffing wordt er vanuit de aandeelhouder gekeken naar alle schulden die hij aan vennootschappen heeft waar bij een aanmerkelijk belang in heeft, zowel direct als indirect. Dit voorbeeld werkt dus hetzelfde uit als Voorbeeld 2c.

Voorbeeld 3a Verbonden persoon (art. 4.14b lid 2)

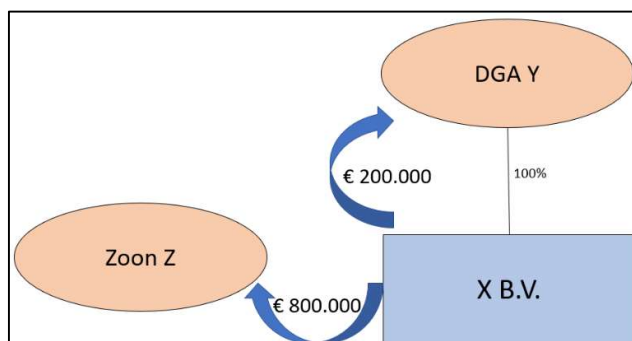


Inkomstenbelasting van Y

Schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

Er kan ook sprake zijn van heffing op grond van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap terwijl de ab-houder zelf geen geld heeft geleend van de vennootschap. Op grond van art. 4.14b lid 2 is een schuld van een verbonden persoon namelijk ook in de heffing te betrekken. In deze situatie is zoon Z een persoon in de zin van art. 4.14b lid 2. Z is zelf geen ab-houder in de vennootschap maar als zoon van Y wel een bloedverwant in de rechte lijn. Dit betekent dat het bovenmatige deel bij DGA Y belast is voor de inkomstenbelasting. De heffing is niet anders dan bij de situatie waarbij Y het geld zelf zou hebben geleend. Voor zoon Z zelf vindt geen heffing plaats op grond van de wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Voorbeeld 3b Meer schuldenaars

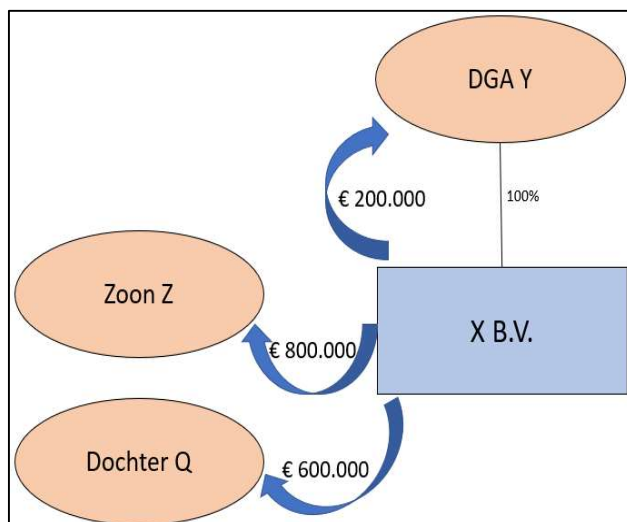


Inkomstenbelasting van Y

Schuld van Z	€ 800.000
Af: Drempel Z	<u>€ 500.000</u>
	€ 300.000
+	
Schuld van Y	€ 200.000
Af: Drempel Y	<u>€ 500.000</u>
	€ 0
Totaal fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

Om te kijken of er sprake is van een excessieve schuld wordt er naar de schuld gekeken vanuit het perspectief van de schuldenaar. Ook al vindt de heffing van de schuld van zoon Z plaats bij Y, wordt er wel onderscheid gemaakt tussen de schuld van de aanmerkelijk belanghouder zelf en de schuld van een verbonden persoon. In deze situaties zijn er dus ook twee drempels, een drempel voor de schuld van Y en een drempel voor de schuld van Z. De schuld van Y komt in dit geval niet boven de drempel van € 500.000 uit, er is voor die schuld dus geen sprake van een fictief regulier voordeel. Voor de schuld van zoon Z is er wel sprake van een excessieve lening. De belastingheffing is in dit geval dus niet anders dan in voorbeeld 3a.

Voorbeeld 3c Meer schuldenaars (II)

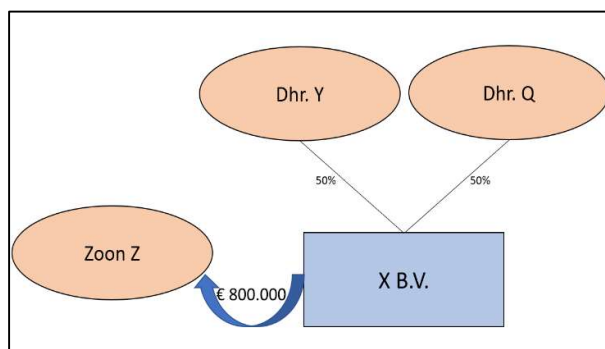


Inkomstenbelasting van Y

Schuld van Z	€ 800.000
Af: Drempel Z	<u>€ 500.000</u>
	€ 300.000
+	
Schuld van Y	€ 200.000
Af: Drempel Y	<u>€ 500.000</u>
	€ 0
+	
Schuld van Q	€ 600.000
Af: Drempel Q	<u>€ 500.000</u>
	€ 100.000
Totaal fictief regulier voordeel	€ 400.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 107.600

Dit voorbeeld is vergelijkbaar met voorbeeld 3b waarbij meer partijen een schuld hebben bij X B.V. Ook in het geval van verschillende verbonden personen wordt er per verbonden persoon gekeken naar de schuld en de drempel. Zoon Z en Dochter Q hebben dus beiden een drempel, net als DGA Y. De schuld van zoon Z ligt € 300.000 boven het maximumbedrag, de schuld van dochter Q ligt € 100.000 boven het maximumbedrag. Het totale fictief reguliere voordeel van DGA Y is € 400.000.

Voorbeeld 3d Meer ab-houders

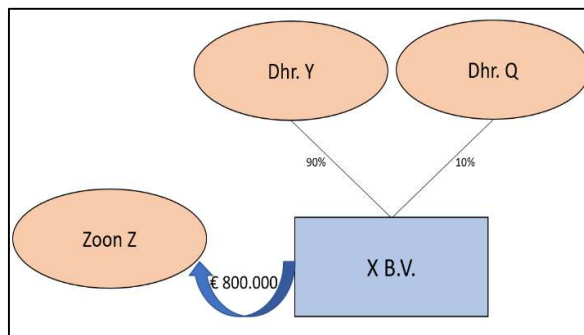


Inkomstenbelasting van Y

Schuld van Z	€ 800.000
Af: Drempel Z	<u>€ 500.000</u>
Totaal fictief regulier voordeel	€ 300.000
Toerekening aan Y	€ 150.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 40.350

Stel Z is een verbonden persoon van zowel Y als Q. De schuld wordt in dit geval bij meer belastingplichtigen in aanmerking genomen. Het voordeel wordt dan in gelijke delen over beide belastingplichtigen verdeeld. Zowel Y als Q heeft hier dus een fictief regulier voordeel van € 150.000.

Voorbeeld 3e Meer ab-houders (II)

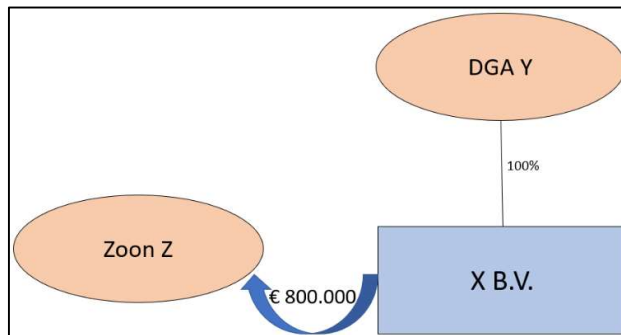


Inkomstenbelasting van Y

Schuld van Z	€ 800.000
Af: Drempel Z	<u>€ 500.000</u>
Totaal fictief regulier voordeel	€ 300.000
Toerekening aan Y	€ 150.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 40.350

Stel Z is nog steeds een verbonden persoon van zowel Y als Q. Y is nu echter 90% aandeelhouder en Q is 10% aandeelhouder; Beiden hebben nog steeds een aanmerkelijk belang. Het voordeel wordt dan nog steeds in gelijke delen over beide belastingplichtigen verdeeld. Zowel Y als Q heeft hier dus een fictief regulier voordeel van € 150.000. Het belang in de vennootschap maakt dus niet uit, het fictief regulier voordeel wordt in gelijke delen verdeeld.

Voorbeeld 3f Verbonden persoon en maximumbedrag



Inkomstenbelasting van Y (jaar 1)

Schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

Net als in voorbeeld 3a zal Y een fictief regulier voordeel hebben vanwege de schuld van een verbonden persoon aan zijn vennootschap. In het eerste jaar is dit fictief regulier voordeel € 300.000. In het tweede jaar is de schuld nu nog steeds € 800.000.

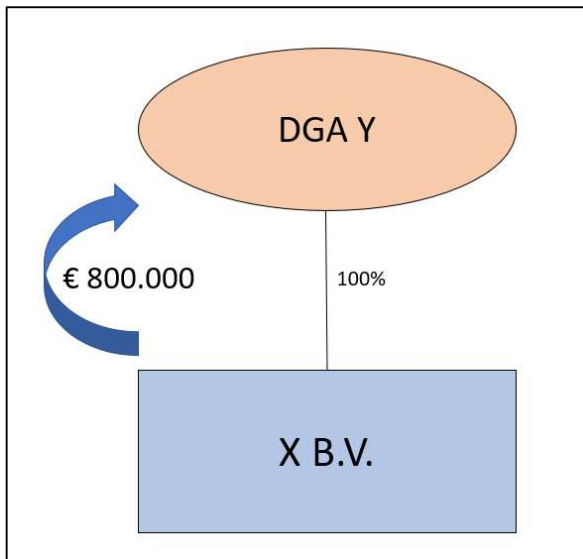
Inkomstenbelasting van Y (jaar 2)

Geen verhoging van de drempel! Deze blijft € 500.000 o.g.v. artikel 4.14b lid 2.

Schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000

De belastingplichtige krijgt nu in jaar 2 opnieuw een fictief regulier voordeel. Dit terwijl de schuld niet hoger is geworden. Was de schuld aan hemzelf verstrekt zou zijn maximumbedrag wel verhoogd zijn en zou hij in jaar 2 geen fictief regulier voordeel hebben.

Voorbeeld 4 Vervreemdingskorting



Inkomstenbelasting van Y in 2022

Schuld	€ 800.000
Af: Drempel	<u>€ 500.000</u>
Fictief regulier voordeel	€ 300.000
Box 2 tarief	x 26,9%
Te betalen belasting	€ 80.700

DHA Y is 100% aandeelhouder van X B.V., hij heeft deze aandelen ooit verkregen voor € 100.000. DGA Y heeft per 31 december 2022 een schuld aan eigen vennootschap X B.V. van € 800.000. Het reguliere voordeel is dan € 300.000.

In 2023 verkoopt Y zijn aanmerkelijk belang in X B.V. voor € 1.100.000. Zijn vervreemdingsvoordeel zou dan normaliter € 1.000.000 zijn, de overdrachtsprijs minus de verkrijgingsprijs (€ 1.100.000-€ 100.000). Omdat in 2022 echter een fictief regulier voordeel is genomen mag hij dit nog als vervreemdingskorting in aanmerking nemen. Het vervreemdingsvoordeel voor DGA Y bedraagt dus slechts € 700.000 (€ 1.000.000 - € 300.000).