

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie – directe belastingen



De rekening-courantmaatregel: Naar een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemers?

Naam student: Hidde Aarsen
Studentnummer: 388647

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars
Tweede beoordelaar:

Rotterdam, 28 april 2021

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
1. Inleiding	3
1.1. Probleemstelling en toetsingscriteria	6
1.2. Opzet.....	7
1.3. Afbakening	7
2. Belastingheffing over ondernemingswinst.....	8
2.1. Inleiding	8
2.2. Aanknopingspunt voor de belastingheffing over ondernemingswinst	8
2.3. Ondernemingswinstbepaling	9
2.3.1. De totaalwinst.....	9
2.3.2. Inbreuken op de totaalwinst	16
2.3.3. Jaarwinst.....	17
2.3.4. De wettelijke inbreuken op goed koopmansgebruik	18
2.4. De dga en de BV	19
2.4.1. De dga en de BV als afzonderlijke rechtssubjecten	19
2.4.2. De verschillende verhoudingen tussen de DGA en de BV	19
2.5. Tussenconclusie	23
3. De rc-maatregel: een oplossing voor de onevenwichtige fiscale behandeling van ondernemers?	25
3.1. Inleiding	25
3.2. Verschillen in de belastingheffing van de IB-ondernemer en de dga.....	25
3.2.1. De toerekening van vermogensbestanddelen	25
3.2.2. De componenten van de winst.....	26
3.2.3. De functies van de winst	27
3.2.4. De mogelijkheid belastingheffing uit te stellen.....	28
3.3. De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.....	30
3.3.1. Werking van de maatregel in hoofdlijnen	31
3.3.2. Doelstelling en toetsing van de maatregel.....	32
3.4. Tussenconclusie	38
4. Oplossingsrichtingen voor een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemers	41
4.1. Inleiding	41
4.2. Rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting	41
4.2.1. Doeltreffendheid.....	43
4.2.2. Doelmatigheid	44
4.2.3. Uitvoerbaarheid.....	44
4.2.4. Verdragsrechtelijke toepasbaarheid	45
4.2.5. Europeesrechtelijke toepasbaarheid	45
4.3. Duale inkomstenbelasting.....	45
4.3.1. Doeltreffendheid.....	46

4.3.2.	Doelmatigheid	47
4.3.3.	Uitvoerbaarheid	48
4.3.4.	Verdragsrechtelijke toepasbaarheid	48
4.3.5.	Europeesrechtelijke toepasbaarheid	49
4.4.	Specifieke oplossingsrichtingen	49
4.4.1.	Een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang	49
4.4.2.	Tariefdifferentiatie in box 2	50
4.4.3.	Het tegengaan van consumptieve schulden bij de eigen vennootschap	50
4.4.4.	Onderscheid tussen de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer	51
4.5.	Tussenconclusie	51
5.	Eindconclusie	53
Literatuurlijst		58
Jurisprudentie		58
Het Hof van Justitie van de Europese Unie/Gemeenschappen		58
De Hoge Raad		58
Literatuur		59
Parlementaire stukken		62
Brieven van de Staatssecretaris van Financiën		62
De Eerste Kamer der Staten-Generaal		62
De Tweede Kamer der Staten-Generaal		62

1. Inleiding

Sinds de overgang naar de Wet IB 2001 worden de inkomsten van natuurlijke personen belast volgens de boxenstructuur.¹ De boxenstructuur is een gesloten stelsel waarin onderscheid wordt gemaakt tussen drie afzonderlijke soorten belastbare inkomsten, te weten:

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

Een ondernemer heeft de keuze om zijn onderneming te drijven in de vorm van een eenmanszaak² of voor rekening van een BV³. Het inkomen uit een onderneming gedreven in de vorm een eenmanszaak wordt belast als winst uit onderneming (hierna: wuo) in box 1. Een in deze vorm gedreven onderneming wordt ook wel de IB-onderneming genoemd. De ondernemer die zijn onderneming drijft voor rekening van een BV wordt directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) van die vennootschap. De onderneming wordt gedreven voor rekening en risico van de BV en de winst wordt bij de BV belast met vennootschapsbelasting. De dga wordt over de voordelen op en uit zijn aandelen belast in box 2 van de inkomstenbelasting. Hoewel wordt gestreefd naar een gelijke belastingdruk voor de wuo en de gecombineerde vennootschapsbelasting en box 2 heffing, ook wel het 'globale evenwicht' genoemd,⁴ leidt het rechtsvormafhankelijke onderscheid in fiscale behandeling van ondernemers tot onevenwichtigheden.

De fiscale winstbepaling geschiedt aan de hand van de totaalwinst en de jaarwinst. De totaalwinst is, zoals de naam doet vermoeden, de winst die gedurende de totale levensduur van de onderneming wordt behaald. Onderdeel van de totaalwinst is de vermogensetikettering, aan de hand waarvan de toerekening van vermogensbestanddelen plaatsvindt. Een vermogensbestanddeel is ofwel privévermogen van de ondernemer en wordt in beginsel belast in box 3, ofwel ondernemingsvermogen waardoor het op de balans van de onderneming komt. Het is voor de IB-ondernemer in beginsel niet mogelijk om de vergoeding van rentekosten⁵ of huurkosten⁶ aan zichzelf in mindering te brengen op de ondernemingswinst.⁷ Daarnaast is het niet mogelijk om een beloning voor de door de IB-ondernemer verrichte arbeid bij zijn onderneming in mindering op de winst te brengen; een IB-ondernemer kan namelijk niet bij zichzelf in loondienst zijn.⁸ De jaarwinst bewerkstelligt de toerekening van de totaalwinst aan de jaren waarin de onderneming wordt gedreven, zodat de winst jaarlijks kan worden belast.⁹

Bij een voor rekening van een BV gedreven onderneming zijn op grond van art. 2:5 BW twee rechtssubjecten te onderscheiden, enerzijds de BV als rechtspersoon en anderzijds de dga als natuurlijk persoon. Dit houdt in dat de BV en de dga in beginsel zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk worden gezien als afzonderlijke subjecten. De BV is het aanknopingspunt voor de belastingheffing over de ondernemingswinst en wordt hierover belast met vennootschapsbelasting. De dga kan in verschillende hoedanigheden optreden jegens zijn BV:

¹ MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 5.

² Voor de volledigheid dient opgemerkt te worden dat naast de eenmanszaak ook een personenvennootschap tot de mogelijkheden behoort, zie hiervoor echter het hoofdstuk 'afbakening'.

³ In de regel wordt de onderneming ingebracht in een BV. Wanneer hierna wordt gesproken over een vennootschap zal een BV worden bedoeld.

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 026, nr. 3, p. 15-18.

⁵ Hierop is een enkele uitzondering volgens HR 7 maart 2003, nr. 36 835, ECLI:NL:HR:2003:AF5362, *BNB* 2003/206* waarin een rekening-courant bij de bank ter financiering van de onderneming tot het ondernemingsvermogen behoort maar ook rekening-courant opnamen worden gedaan voor reguliere privé-uitgaven.

⁶ Behoudens de gebruiksvergoeding geregeld in art. 3.17, lid 1, onderdeel c, sub 1, Wet inkomstenbelasting 2001. Dit geldt enkel voor keuzevermogen wat aangemerkt is als privévermogen.

⁷ P.H.J. Essers, 'Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht', *WFR* 2018/109.

⁸ Zie vorige voetnoot.

⁹ Zie MvT, *Kamerstukken II* 1958/59, 5 380, nr. 3, p. 34 over het doel van de voorloper van art. 3.25 Wet inkomstenbelasting 2001.

- 1) In de hoedanigheid van aandeelhouder, als eigenaar van de BV.
- 2) In de hoedanigheid van werknemer, door het verrichten van arbeid ten behoeve van de in de BV gedreven onderneming.
- 3) In de hoedanigheid van schuldenaar, door te lenen van de BV.

De dga wordt in de hoedanigheid van aandeelhouder belast in box 2 over de voordelen uit zijn aandelen alsmede het behaalde voordeel bij vervreemding van de aandelen. Als aandeelhouder heeft de dga een grote mate van zeggenschap met betrekking tot het moment waarop dividend wordt uitgekeerd. Gegeven het feit dat de aanmerkelijkbelangheffing op het moment van ontvangst van het dividend of vervreemding van de aandelen plaatsvindt, leidt de grote mate van zeggenschap tot de mogelijkheid de belastingheffing uit te stellen. Wanneer rekening wordt gehouden met de tijdswaarde van geld leidt uitstel van belastingbetaling tot verlaging van de belastingdruk op dat inkomen.¹⁰ In 2011 heeft Heithuis een mogelijke oplossing aangedragen om het langdurige uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing tegen te gaan, namelijk door een fictief rendement in box 2 te hanteren.¹¹ Later, in 2013, heeft ook de Commissie Van Dijkhuizen dit als oplossing voorgesteld.¹² De voorstellen hebben echter niet geleid tot aanpassing van het aanmerkelijkbelangregime.

Door de werkzaamheden die de dga verricht ten behoeve van de voor rekening van de BV gedreven onderneming is sprake van een arbeidsrelatie. De arbeidsbeloning wordt, bij aanwezigheid van een dienstbetrekking, belast als loon uit dienstbetrekking. De bepaling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking vindt in beginsel plaats door toetsing aan de volgende criteria: verplichting tot het verrichten van arbeid, verplichting loon te betalen en aanwezigheid van een gezagsverhouding. Voor toepassing van de loonbelasting wordt voor een dga altijd een dienstbetrekking aanwezig geacht, indien dit niet volgt uit de voorgenoemde criteria wordt de arbeidsverhouding van de dga namelijk bij wetsfictie als dienstbetrekking aangemerkt. De dga heeft volledige zeggenschap over de hoogte van de arbeidsbeloning, waardoor hij in beginsel zelf in de hand heeft welk bedrag als loon uit dienstbetrekking wordt belast. Ten aanzien van dga's geldt echter de gebruikelijkloonregeling, waarbij de dga¹³ bij fictie geacht wordt het loon te genieten wat voor een met zijn dienstbetrekking vergelijkbare dienstbetrekking gebruikelijk is. Het doel van de gebruikelijkloonregeling is een zakelijke verhouding tussen de dga en de vennootschap te creëren.¹⁴ De (fictieve) loonkosten worden bij de BV in mindering gebracht op de winst, waardoor over de arbeidsbeloning van de dga geen vennootschapsbelasting wordt geheven. De fictieve dienstbetrekking van de dga geldt niet voor de werknemersverzekeringen, waardoor de bepaling van de verzekeringsplicht in beginsel geschiedt aan de hand van voorgenoemde criteria. In afwijking van het vorenstaande geldt echter dat de arbeidsverhouding van de dga¹⁵ niet als dienstbetrekking wordt beschouwd voor toepassing van de werknemersverzekeringen.¹⁶

De dga die gelden uit de BV tot zijn beschikking wil hebben heeft (ook) de mogelijkheid de gelden te lenen van zijn vennootschap. Hierdoor ontstaat een schuldverhouding tussen de dga en de BV. Aan een dergelijke schuldverhouding zijn in beginsel geen fiscale gevolgen verbonden, immers staat bij de dga in box 3 tegenover de ontvangen gelden een verplichting aan de BV en bij de BV leidt de verstrekking van de lening slechts tot een verschuiving in de bezittingen op de balans van liquide middelen naar een vordering op de dga. De betaalde rentevergoedingen hebben veelal geen fiscale gevolgen bij de dga, omdat in box 3 geen rekening wordt gehouden met de werkelijk betaalde rente. Bij de BV wordt de rente als winst in aanmerking genomen, hierover is vennootschapsbelasting verschuldigd. Wanneer de

¹⁰ S. Cnossen, 'Belastinguitstel = belastingverlaging', *WFR* 1997/269.

¹¹ E.J.W. Heithuis, 'Art. 4.14 Wet IB 2001: De kip met de gouden eieren', *NTFR* 2011/1905.

¹² Commissie Van Dijkhuizen, Naar een activerender belastingstelsel (eindrapport), 2013, p. 53-56.

¹³ Niet enkel de dga, maar o.g.v. art. 12a, eerste lid, Wet op de loonbelasting 1964 ook (partners van) aanmerkelijkbelanghouders die in dienstbetrekking staan bij de vennootschap waarin zij een aanmerkelijk belang houden.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8 (Notitie Fiscale positie directeur-grotoaandeelhouder).

¹⁵ Voor de werknemersverzekeringen geldt een eigen definitie van het begrip dga, nader bepaald in de Regeling aanwijzing directeur-grotoaandeelhouder 2016.

¹⁶ Op grond van art. 6, eerste lid, onderdeel d ZW, art. 6, eerste lid, onderdeel d WAO, art. 6, eerste lid, onderdeel d WW en art. 3:17, eerste lid, onderdeel b, sub 5 WAZ.

fiscale gevolgen van het lenen bij de BV worden vergeleken met de uitkering van dividend, kan worden opgemerkt dat lenen een fiscaal voordelig alternatief is om als dga te beschikken over gelden uit de BV, immers blijft de belastingheffing hierbij (voorlopig) achterwege.

Geconcludeerd kan worden dat de dga een grote mate van zeggenschap heeft met betrekking tot de verhoudingen tussen hem en de BV, waardoor hij de vrijheid heeft om de transacties tussen hem en zijn BV fiscaal zo aantrekkelijk mogelijk te structureren. Dit wordt in zekere mate beperkt door ten eerste de gebruikelijkloonregeling voor de arbeidsbeloning van de dga en ten tweede door de onzakelijke transacties te corrigeren. Wanneer de dga wil beschikken over gelden van de BV kan hij onder andere kiezen om deze uit te keren als dividend, waardoor afrekening plaats vindt in box 2, of om deze te lenen van de BV, waardoor directe afrekening achterwege blijft. Hierdoor ontstaat de mogelijkheid om de aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen tot het moment van vervreemding van de aandelen in de BV. Om dit te voorkomen heeft Heithuis in 2016 geopperd om rekening-courantopnamen van aanmerkelijkbelanghouders te belasten als dividenduitkeringen.¹⁷ Dit standpunt heeft Heithuis later genuanceerd door te stellen dat hij bij dit eerdere voorstel enkel doelde op de consumptieve rekening-courantschulden.¹⁸ Dat uitstel van aanmerkelijkbelangheffing ook bij beleidsmakers de aandacht heeft getrokken kan worden afgeleid uit de recente ontwikkelingen omtrent het Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap.

In de brief van de Minister- en Staatssecretaris van Financiën van 18 september 2018 is de aankondiging gedaan voor een maatregel die het excessief lenen bij een eigen vennootschap ontmoedigt.¹⁹ De daarop volgende internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel heeft plaatsgevonden van 4 maart 2019 tot en met 1 april 2019.²⁰ Het definitieve wetsvoorstel is op 17 juni 2020 ingediend bij de Tweede Kamer; hierin is bepaald dat de wet met ingang van 1 januari 2023 in werking treedt.²¹ De kritiek op de aankondigingen van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, ook wel rekening-courantmaatregel of rc-maatregel genoemd, is talrijk en heeft niet lang op zich laten wachten. Slechts drie dagen na de eerste aankondiging werd een artikel van Heithuis gepubliceerd waarin het te brede toepassingsbereik aan de kaak werd gesteld.²² In verdere literatuur is met name kritiek op de mogelijke meervoudige belastingheffing.²³ Ook wordt de noodzaak en proportionaliteit van de wet veelvuldig in twijfel getrokken.²⁴ In het definitieve wetsvoorstel is, naar aanleiding van de kritiek, voorzien in de voorkoming van dubbele belastingheffing.²⁵ Desondanks heeft het definitieve wetsvoorstel in de literatuur nog steeds geleid tot kritiek.²⁶

De uiteenlopende meningen in de literatuur betreffende de noodzaak tot aanscherping of wijziging van het aanmerkelijkbelangregime, teneinde het uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing tegen te gaan, geven aanleiding tot een uitgebreide afweging van de mogelijke tekortkomingen van het huidige regime. Mijns inziens dient het huidige regime op twee niveaus te worden geëvalueerd. Ten eerste de verschillen in de fiscale behandeling ten aanzien van de mogelijke verhoudingen tussen de dga en 'zijn' BV, namelijk als werknemer, aandeelhouder en schuldenaar. Ten tweede de verschillen in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer enerzijds en de dga anderzijds. Indien de fiscale behandeling op onevenwichtige wijze plaats vindt zal aanscherping van de wet gerechtvaardigd zijn. Het is dan de vraag of de voorgestelde rc-maatregel de oplossing biedt, of dat enkel een andere maatregel, rigoureuze

¹⁷ E.J.W. Heithuis, 'Belast rekening-courantopnamen in box 2', *taxlive.nl* 22 januari 2016.

¹⁸ E.J.W. Heithuis, 'Kabinet zoekt echt ruzie met de dga', *taxlive.nl* 21 september 2018.

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

²⁰ Rijksoverheid.nl, Internetconsultatie wetsvoorstel ontmoedigen lenen eigen vennootschap van start.

²¹ Rijksoverheid.nl, Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap.

²² E.J.W. Heithuis, 'Kabinet zoekt echt ruzie met de dga', *taxlive.nl* 21 september 2018.

²³ Zie bijvoorbeeld R.P.C. Cornelisse, 'Concept Wet excessief lenen bij eigen vennootschap: driedubbele heffing?', *taxlive.nl* 14 maart 2019.

²⁴ Zie bijvoorbeeld M.F. van Brummen & M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59.

²⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 12.

²⁶ Zie bijvoorbeeld het uiterst kritische commentaar van de NOB in NOB-commentaar Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, *nob.net*.

wijziging van het aanmerkelijkbelangregime of zelfs aanpassing van de gehele systematiek van de belastingheffing over ondernemingswinsten deze oplossing kan bieden.

1.1. Probleemstelling en toetsingscriteria

De rechtsvormafhankelijke manier waarop de belastingheffing plaatsvindt heeft ten gevolg dat onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga bestaan. Eén van deze onevenwichtigheden is de mogelijkheid om (gedeeltelijk) belastingheffing uit te stellen als dga, terwijl de IB-ondernemer deze mogelijkheid niet of nauwelijks heeft. Met het Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap beoogt de wetgever de uitstelmogelijkheid van de dga in specifieke gevallen aan banden te leggen. Het is evenwel de vraag of deze voorgestelde Wet hierin zal slagen. Daarnaast kan worden afgevraagd of er wellicht alternatieve oplossingsrichtingen zijn waarmee een (meer) evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga kan worden bereikt. Teneinde dit te onderzoeken wordt in deze scriptie getracht tot een antwoord te komen op de volgende probleemstelling:

In hoeverre wordt de onevenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga verholpen door de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap en hoe verhoudt zich dit tot alternatieve oplossingsmethoden?

De toetsing van de probleemstelling geschiedt aan de hand van de volgende deelvragen:

- 1) Op welke wijze wordt een ondernemer, die zijn onderneming drijft in de vorm van een eenmanszaak respectievelijk voor rekening van een BV, onder het huidige fiscale regime in de belastingheffing betrokken?
- 2) In hoeverre bestaat onevenwichtigheid in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga en wordt dit verholpen door de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap?
- 3) Wat zijn mogelijke alternatieven om tot een evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga te komen.

Om te bepalen in hoeverre de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap uit- en afstel van aanmerkelijkbelangheffing tegen gaat en om mogelijke alternatieve oplossingsmethoden te evalueren wordt gebruik gemaakt van een vijftal toetsingscriteria, te weten:

- Doeltreffendheid: de mate waarin de beoogde doelstelling wordt behaald door de te onderzoeken regeling, ook wel effectiviteit genoemd.²⁷ Op grond van art. 3.1 van de Comptabiliteitswet 2016 is het verplicht dat bij indiening van een wetsvoorstel in wordt gegaan op de verwachte doeltreffendheid.
- Doelmatigheid: de mate waarin de beoogde doelstelling wordt behaald door de te onderzoeken regeling in verhouding tot de kosten, ook wel efficiëntie genoemd.²⁸ Ook op de verwachte doelmatigheid dient ingegaan te worden bij indiening van een wetsvoorstel op grond van art. 3.1 van de Comptabiliteitswet 2016.
- Uitvoerbaarheid: de mate van werkbaarheid van de regeling voor zowel de samenleving - de belastingplichtigen - als de uitvoeringsinstanties.²⁹
- Verdragsrechtelijke toepasbaarheid: in hoeverre is de regeling internationaal toepasbaar gelet op gesloten verdragen en verdragsrechtelijke verplichtingen.
- Europeesrechtelijke toepasbaarheid: in hoeverre is de regeling toepasbaar gelet op Europeesrechtelijke verplichtingen.

De doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid zijn criteria die voor het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken onderdeel uitmaken van het integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK).³⁰ Bij de verantwoording van beleid en regelgeving dienen deze criteria te worden

²⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1–2, p. 25-26.

²⁸ Zie vorige voetnoot.

²⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1–2, p. 27-28.

³⁰ Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken, 'Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving', kwcj.nl.

gebruikt.³¹ De internationale toepasbaarheid, waaronder zowel de verdragsrechtelijke toepasbaarheid als de Europeesrechtelijke toepasbaarheid vallen, volgt uit de andere criteria. Het is immers zo dat wanneer de internationale toepasbaarheid beperkt is, de andere criteria in mindere mate worden behaald.

1.2. Opzet

De eerste deelvraag wordt in hoofdstuk twee behandeld. De beantwoording van deze deelvraag omvat een beschrijving van de fiscale behandeling van inkomen uit een onderneming gedreven in de vorm van een eenmanszaak of in een BV onder het huidige regime. De beantwoording van de tweede deelvraag komt in het derde hoofdstuk aan bod. Hierbij zal de belastingheffing van een IB-ondernemer worden vergeleken met de belastingheffing van een dga. Verondersteld wordt dat het lenen bij de eigen vennootschap mogelijk tot gevolg heeft dat loonbelasting of aanmerkelijkbelangheffing wordt uit- of zelfs afgesteld en dat de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap dit bestrijdt. Door de verschillen in de belastingheffing over het inkomen uit onderneming tussen de IB-ondernemer en de dga te analyseren wordt getracht de onevenwichtigheden hieromtrent duidelijk te maken. Hierbij worden tevens de mogelijkheden tot uitstel van belastingheffing uiteengezet, waarna wordt onderzocht of deze worden bestreden door de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap. Bij de beantwoording van de derde deelvraag, opgenomen in hoofdstuk vier, worden enkele alternatieven aangedragen die mogelijk de onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van ondernemers tegengaan. Ten slotte wordt dit onderzoek in hoofdstuk vijf afgesloten met een eindconclusie.

1.3. Afbakening

In deze scriptie wordt onderzoek gedaan naar de belastingheffing over ondernemingswinsten bij het drijven van een onderneming in verschillende rechtsvormen en tevens de belastingheffing over de inkomsten verkregen uit verschillende verhoudingen tot de onderneming. Gelet op de omvang van deze scriptie is het niet mogelijk alle verschillende rechtsvormen waarin een onderneming gedreven kan worden en alle verschillende, veelal zeer specifieke bepalingen die hierop betrekking hebben te behandelen.

Bij de uitwerking van de belastingheffing over de ondernemingswinst in de Wet IB 2001 geldt als uitgangspunt een ondernemer die zijn onderneming drijft in de vorm van een eenmanszaak. Van dit uitgangspunt wordt in enkele onderdelen van het onderzoek afgeweken wanneer de vergelijking met een BV met meerdere aandeelhouders van belang is. Bij de uitwerking van een onderneming gedreven voor rekening van een rechtspersoon geldt als uitgangspunt de BV, andere lichamen met rechtspersoonlijkheid komen niet aan bod.

De uitwerking van de fiscale behandeling van winst, zowel in box 1 als in de vennootschapsbelasting, en de inkomsten van de dga wordt beperkt tot hetgeen nodig is om de verschillen in de heffingssystematiek te bepalen. Bijgevolg wordt met name aandacht besteed aan de totaalwinstbepaling en de verhouding tussen de ondernemer en zijn onderneming dan wel de dga en zijn BV.

De betekenis van het begrip dga is niet eenduidig.³² De uitwerking van de fiscale behandeling van verschillende inkomsten van de dga vereist allereerst een duidelijke definitie van het begrip dga. In deze scriptie geldt als uitgangspunt voor het begrip dga: een natuurlijk persoon die een onderneming drijft voor rekening van een BV, waarvan hij bestuurder en aanmerkelijkbelanghouder is.

³¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 515, nr. 330.

³² Zie bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, 'Eén uniforme dga-definitie heel goed mogelijk!', *WFR* 2009/599.

2. Belastingheffing over ondernemingswinst

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de huidige systematiek van belastingheffing over ondernemingswinsten alsmede daarmee samenhangende inkomsten van een ondernemer uiteengezet teneinde tot een antwoord te komen op de volgende deelvraag:

Op welke wijze wordt een ondernemer, die zijn onderneming drijft in de vorm van een eenmanszaak respectievelijk voor rekening van een BV, onder het huidige fiscale regime in de belastingheffing betrokken?

Alhoewel in dit hoofdstuk de belastingheffing van de IB-ondernemer en de dga afzonderlijk worden behandeld en in het volgende hoofdstuk wordt gezocht naar de onevenwichtigheden in de belastingheffing tussen beide, worden enkele specifieke verschillen reeds in dit hoofdstuk aangekaart. In hoofdstuk drie wordt voornamelijk gezocht naar verschillen in de systematiek van algemene aard welke leiden tot algehele onevenwichtigheden van het systeem van belastingheffing.

In paragraaf 2.2 wordt voor een goed begrip kort het aanknopingspunt voor de belastingheffing over ondernemingswinst uitgewerkt. Vervolgens komt in paragraaf 2.3 de winstbepaling aan bod, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de totaalwinst en de jaarwinst. Verschillende aspecten van de totaalwinstbepaling voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting worden in paragraaf 2.3.1 uiteengezet. In paragraaf 2.3.2 wordt aandacht besteed aan algemene, tussen de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting afwijkende inbreuken op de totaalwinstbepaling. De jaarwinstbepaling en wettelijke inbreuken op de jaarwinstbepaling komen in paragraaf 2.3.3 respectievelijk 2.3.4 aan bod. De verhouding tussen de dga en zijn BV wordt uitgewerkt in paragraaf 2.4, met in paragraaf 2.4.1 de civielrechtelijke aspecten van de verhouding tussen beide en in paragraaf 2.4.2 de fiscale behandeling van de verschillende verhoudingen. Ten slotte wordt dit hoofdstuk in paragraaf 2.5 afgesloten met een tussenconclusie.

2.2. Aanknopingspunt voor de belastingheffing over ondernemingswinst

Civielrechtelijk zijn de IB-ondernemer en zijn objectieve onderneming hetzelfde rechtssubject. Daarentegen bezit een BV op grond van art. 2:3 BW rechtspersoonlijkheid, hetgeen op grond van art. 2:5 BW voor het vermogensrecht in beginsel gelijk wordt gesteld met een natuurlijk persoon, dit wordt ook wel de zelfstandigheidsfictie genoemd. Voor de belastingheffing wordt deze civielrechtelijke benadering gevolgd.

De IB-ondernemer wordt over de voordelen uit zijn onderneming belast volgens de regels van afdeling 3.1 Wet IB 2001. Uit het bepaalde in art. 3.2 Wet IB 2001 blijkt een expliciet onderscheid tussen ondernemer en onderneming. Een ondernemer kan meerdere ondernemingen drijven en wordt in box 1 belast voor zijn aandeel in de winsten van die ondernemingen. De band van de ondernemer met een objectieve onderneming vormt de subjectieve onderneming. Het subjectieve ondernemingsbegrip is de basis van de objectieve belastingplicht voor wuo, de wuo wordt namelijk per afzonderlijke subjectieve onderneming bepaald.

Indien een onderneming wordt gedreven voor rekening van een BV, is het de BV die de ondernemingswinst behaalt en is er sprake van afgescheiden winst. De winst wordt bij de BV belast zonder rekening te houden met de individuele aandeelhouders. In de parlementaire geschiedenis is dit door de wetgever beargumenteerd door te stellen dat een vennootschap meer vanuit zakelijke motieven wordt geleid dan vanuit de belangen van haar aandeelhouders.³³ In mijn optiek valt het te betwijfelen of deze zienswijze, gelet op de verhouding tussen de dga en zijn BV, heden ten dage nog steeds in alle

³³ *Kamerstukken II 1958/59*, 5 380, nr. 3, p. 16.

gevallen de juiste is. Een en ander geeft wellicht aanleiding tot herziening van het huidige, op de zelfstandigheidsgedachte gestoelde, systeem. Alvorens hier verder op in te gaan wordt allereerst de huidige wijze van belastingheffing over ondernemingswinst in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting uiteengezet.

2.3. Ondernemingswinstbepaling

De bepaling van de ondernemingswinst geschiedt, zowel in de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting, aan de hand van twee winstbegrippen; de totaalwinst en de jaarwinst. Beide winstbegrippen komen in de volgende deelparagrafen aan bod, waarbij enkel aandacht wordt besteed aan aspecten die verschillen voor de IB-onderneming en de BV.

De uitwerking van de totaalwinstbepaling ten aanzien van de IB-ondernemer richt zich met name op de vermogensetikettering en enkele fiscale faciliteiten welke een inbreuk maken op de totaalwinst. Bij de uitwerking van de totaalwinstbepaling voor de vennootschapsbelasting wordt de nadruk gelegd op de verhouding tussen de BV en de dga.

Aangezien de jaarwinstbepaling veelal gelijk is voor de wuo en de vennootschapsbelasting, blijft de uitwerking van de jaarwinstbepaling beperkt tot enkele basisregels. Daarnaast komt een enkele, tussen de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting afwijkende, inbreuk op de jaarwinstbepaling aan bod.

2.3.1. De totaalwinst

In art. 3.8 Wet IB 2001 is bepaald dat de winst uit een onderneming de gezamenlijke voordelen zijn die, ongeacht de naam of vorm, uit een onderneming worden verkregen. Dit winstbegrip wordt doorgaans de totaalwinst genoemd. De totaalwinst geldt door de schakelbepaling van art. 8 Wet VpB 1969 eveneens voor de winstbepaling bij de BV. Blijkens de wettekst sluit de totaalwinst aan bij de voordelen uit *een* onderneming, waardoor de winstbepaling geldt per subjectieve onderneming. Mijns inziens kan het totaalwinstbegrip worden uitgelegd als de winst uit een onderneming, die wordt behaald over de gehele levensduur van die onderneming. Hiervoor wordt aangesloten bij het subjectieve ondernemingsbegrip, onder levensduur dient derhalve te worden verstaan: de periode waarin de relatie tussen de ondernemer en de objectieve onderneming aanwezig is.

In de vennootschapsbelasting geldt op grond van de in art. 2, lid 5 Wet VpB 1969 opgenomen ondernemingsfictie dat een BV wordt geacht een onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen. Uit het oordeel in HR 3 oktober 1990, nr. 25 897, *BNB* 1991/16c* kan worden afgeleid dat de ondernemingsfictie tevens inhoudt dat een BV fiscaalrechtelijk wordt geacht ten alle tijden één onderneming te drijven. Bijgevolg geschiedt de totaalwinstbepaling in de vennootschapsbelasting voor de BV als geheel.

Het totaalwinstbegrip heeft als doelstelling het onderscheiden van de ondernemings- en niet-ondernemingssfeer.³⁴ De totaalwinstregels leiden bij de IB-ondernemer als het ware tot een scheiding van het vermogen van één rechtssubject, teneinde de met de vermogensbestanddelen behaalde voordelen op de juiste wijze in de heffing te betrekken. De toerekening van vermogensbestanddelen aan de onderneming dan wel aan de belastingplichtige in privé wordt vermogensetikettering genoemd. In de vennootschapsbelasting is door toepassing van de ondernemingsfictie geen sprake van vermogensetikettering. De totaalwinstbepaling bij de BV heeft voornamelijk betrekking op de rechtshandelingen tussen gelieerde partijen, daarmee leidt het tot het onderscheid tussen transacties in de aandeelhouders- en winstsfeer.

³⁴ L.J.A. Pieterse, 'Het winstbegrip, een exegese in tweevoud', *WFR* 2015/1257.

Het belang van de vermogensetikettering is gelegen in het ruim geformuleerde totaalwinstbegrip. Indien een vermogensbestanddeel als ondernemingsvermogen is gekwalificeerd wordt de op dat bestanddeel behaalde boekwinst belast als wuo. Een tot het privévermogen gerekend vermogensbestanddeel maakt in beginsel deel uit van de heffingsgrondslag van box 3 en wordt derhalve op forfaitaire wijze belast.

Het onderscheid tussen rechtshandelingen in de aandeelhouders- dan wel winstsfeer bij de BV is van belang voor de bepaling of een vergoeding, transactie of afwaardering de winst raakt. Uit het totaalwinstbegrip volgt dat enkel voordelen uit een onderneming tot de winst worden gerekend; hiertoe behoren niet de voordelen uit de aandeelhouderssfeer. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat het begrip voordelen zowel positieve als negatieve voordelen omvat. Bij de uitwerking van de totaalwinstbepaling in de vennootschapsbelasting wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de invloed van dit winstbegrip op het niveau van een enkele uitgaaf of transactie en aan de fiscaalrechtelijke her kwalificatie van civielrechtelijke leningen, waarbij het totaalwinstbegrip betrekking heeft op de rechtshandeling als geheel en daarmee ook op de rentevergoedingen, aflossingen en eventuele afwaarderingen van de lening.

2.3.1.1. *Totaalwinst in de inkomstenbelasting – Het vermogen van de IB-ondernemer*

Teneinde tot een zuivere totaalwinstbepaling te komen wordt een vermogensbestanddeel bij inbreng in het ondernemingsvermogen te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer, zo blijkt uit HR 2 april 1947, B 8335. Indien een vermogensbestanddeel direct bij aanschaf tot het ondernemingsvermogen gaat behoren, is die waarde gelijk aan de (historische) kostprijs.³⁵

Op het moment dat het vermogensbestanddeel niet meer tot het ondernemingsvermogen van de desbetreffende onderneming behoort, wordt het op dat bestanddeel behaalde resultaat als wuo in aanmerking genomen. Indien het vermogensbestanddeel wordt vervreemd tegen een andere dan zakelijke prijs, vindt voor de winstbepaling een correctie plaats naar een zakelijke prijs.³⁶ Bij onttrekking van een vermogensbestanddeel uit het ondernemingsvermogen geldt de waarde in het economische verkeer als uitgangspunt³⁷ voor de winstbepaling.³⁸

Omdat uit de tekst van art. 3.2 Wet IB 2001 volgt dat de winst per subjectieve onderneming vastgesteld wordt, dient op het moment dat een vermogensbestanddeel over gaat naar het ondernemingsvermogen van een andere onderneming (van dezelfde belastingplichtige) in beginsel afgerekend te worden. Voor de winstbepaling wordt ter zake van voorgenoemde overbrenging van vermogensbestanddelen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de overbrenging in aanmerking genomen.³⁹

Samenvattend geldt als uitgangspunt voor de totaalwinstbepaling dat de winst op een vermogensbestanddeel wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer van het bestanddeel ten tijde van onttrekking⁴⁰ of vervreemding, verminderd met de waarde in het economische verkeer van het bestanddeel ten tijde van inbreng.

Vermogensetikettering - algemeen

In HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, *BNB* 1953/272* is beslist dat de wil van de belastingplichtige, mits binnen de grenzen der redelijkheid, het uitgangspunt is voor de vermogensetikettering. Uit voorgenoemd arrest kunnen drie categorieën vermogensbestanddelen worden afgeleid, te weten: verplicht ondernemingsvermogen, keuzevermogen en verplicht privévermogen. De verplichte toerekening van

³⁵ Zie L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001 (Fiscale Handboeken nr. 2)*, Deventer: Kluwer 2020, p. 505-513.

³⁶ HR 30 april 1947, B. 8396.

³⁷ Van dit uitgangspunt wordt blijkens HR 24 februari 1971, nr. 16 466, *ECLI:NL:HR:1971:AX5028*, *BNB* 1971/67 afgeweken bij de onttrekking van goederen van geringe waarde, maar enkel indien de onttrekking niet ten koste gaat van de omzet, alsdan wordt de onttrekking gewaardeerd op de inkoopprijs van de goederen.

³⁸ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuiver, *inkomstenbelasting*, 14^e druk, Deventer: Kluwer 2018, p. 109.

³⁹ HR 17 december 1975, nr. 17 764, *ECLI:NL:HR:1975:AX4122*, *BNB* 1976/31.

⁴⁰ Het overbrengen van vermogensbestanddelen van de ene onderneming naar de andere wordt blijkens het overwogene in HR 17 december 1975, nr. 17 764, *ECLI:NL:HR:1975:AX4122* aangemerkt als een onttrekking met een (direct) daaropvolgende inbreng.

vermogensbestanddelen geldt indien deze kwalificatie uit de aard of aanwending⁴¹ van het bestanddeel volgt.⁴² Daarnaast volgt uit het oordeel in HR 29 augustus 1997, nr. 32 301, *BNB* 1997/347* dat heretikettering geboden kan zijn in geval van de functiewijziging van een voorheen tot het verplichte privé- dan wel ondernemingsvermogen behorend vermogensbestanddeel.⁴³ Een vermogensbestanddeel wat niet als verplicht ondernemings- of privévermogen wordt aangemerkt, valt onder de categorie keuzevermogen.⁴⁴ De intentie van de belastingplichtige bij de verwerving van een vermogensbestanddeel kan eveneens een rol spelen in de kwalificatie van dat bestanddeel.⁴⁵

De vrijheid van de belastingplichtige met betrekking tot de toerekening van keuzevermogen zou kunnen leiden tot fiscaal ingegeven keuzes. Toerekening van een bestanddeel aan privé, waarna een gebruiksvergoeding ter zake van het zakelijke gebruik wordt betaald, leidt er in beginsel immers toe dat de werkelijk betaalde vergoeding aftrekbaar is van de winst, terwijl die vergoeding als gevolg van de systematiek van box 3 niet tot belastheffing leidt bij de ondernemer in privé. Hiertoe heeft de wetgever echter de kostenaftrekbeperking van art. 3.17, lid 1, onderdeel c, sub 1 Wet IB 2001 in het leven geroepen, waardoor de aftrekbare gebruiksvergoeding maximaal het in aanmerking genomen forfaitaire rendement van box 3 bedraagt.

Voor uitgaven geldt dat deze in beginsel als kosten in aanmerking worden genomen bij de winstbepaling indien deze zijn gedaan met het oog op de belangen van de onderneming.⁴⁶ Uitgaven die samenhangen met de voortbrenging van vermogensbestanddelen zijn derhalve aftrekbaar, mits de uitgaven op zakelijke gronden zijn gedaan.⁴⁷ Financieringskosten ter zake van de tot het ondernemingsvermogen behorende vermogensbestanddelen zijn eveneens aftrekbaar van de winst, hetgeen nader aan bod zal komen bij de uitwerking van de vermogensetiketteringsregels voor leningen.

Enkele specifieke vermogensetiketteringsregels alsmede enkele gevolgen van de toerekening van vermogensbestanddelen zullen in de volgende deelparagrafen aan bod komen,⁴⁸ teneinde een vergelijking met de fiscale behandeling van het vermogen van de dga mogelijk te maken.

Vermogensetikettering - onroerende zaken

De kwalificatie van onroerende zaken volgt in beginsel de gebruikelijke vermogensetiketteringsregels, echter lijkt de bij de verwerving bestaande intentie van de belastingplichtige het doorslaggevend criterium voor de kwalificatie van de onroerende zaak.⁴⁹

Uit het oordeel in HR 29 mei 1955, nr. 12 416, *BNB* 1955/310* volgt dat voor de toerekening van een pand in gesplitst gebruik, dat wil zeggen een pand wat zowel in privé als voor de bedrijfsuitoefening wordt gebruikt, tevens kan worden gekozen om het pand overeenkomstig het gebruik te splitsen. Deze keuzemogelijkheid bestaat evenwel niet indien het pand bouwkundig splitsbaar is, alsdan dient de vermogensetikettering blijkens het overwogene in HR 5 december 1979, nr. 19 599, *BNB* 1980/20 voor de verschillende onderdelen afzonderlijk te geschieden.

⁴¹ In beginsel geldt de verplichte toerekening in geval van nagenoeg gehele aanwending van het bestanddeel ten behoeve van de bedrijfsuitoefening respectievelijk voor privédoeleinden, dit wordt ook wel de 90%-regel genoemd.

⁴² J.A.G. van Es, 'Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting', *TFO* 2003/113.

⁴³ Heretikettering was in deze zaak overigens niet aan de orde.

⁴⁴ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuiver, *inkomstenbelasting*, 14^e druk, Deventer: Kluwer 2018, p. 96.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld HR 4 maart 1992, nr. 27 509, *ECLI:NL:HR:1992:ZC4904*, *BNB* 1992/156 waarin is beslist dat het woongedeelte van een boerderij tot het privévermogen mocht worden gerekend, omdat ten tijde van de verwerving de intentie bestond om het woongedeelte voor privédoeleinden te gebruiken.

⁴⁶ HR 10 juli 2015, nr. 13/04421, *ECLI:NL:HR:2015:17789*, *BNB* 2015/205c*, r.o. 2.3.1.

⁴⁷ HR 18 maart 1998, nr. 33 178, *ECLI:NL:HR:1998:AA2488*, *BNB* 1998/159, r.o. 3.3.

⁴⁸ Zie uitvoeriger J.A.G. van Es, 'Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting', *TFO* 2003/113.

⁴⁹ Zie hieromtrent HR 14 oktober 2011, nr. 11/01085, *ECLI:NL:HR:2011:BT7467*, *BNB* 2011/290* waarin is beslist dat een tweede woning, welke uitsluitend voor woondoeleinden wordt gebruikt, als keuzevermogen kan worden gekwalificeerd indien deze is aangekocht met de intentie enkel hierin te verblijven om de afstand tot de plaats waar de werkzaamheden worden verricht te verminderen.

Een ter belegging aangekocht pand zal volgens de gebruikelijke vermogensetiketteringsregels doorgaans tot het verplichte privévermogen behoren en wordt derhalve belast in box 3. Indien een beleggingspand verplicht wordt mee gekocht als voorwaarde voor de verwerving van een bedrijfspand, ook wel een koppelaankoop genoemd, is het mogelijk dat het beleggingspand tot het keuzevermogen - of zelfs het verplichte ondernemingsvermogen - behoort. Een als onderdeel van een koppelaankoop verworven beleggingspand waartoe de intentie bestaat deze door te verkopen behoort tot het verplichte ondernemingsvermogen. Indien het beleggingspand na de koppelaankoop zal worden verhuurd vormt dat pand keuzevermogen.⁵⁰ In HR 29 augustus 1984, nr. 22 329, *BNB* 1985/15* is beslist dat beleggingen, in casu een ter belegging aangekocht pand, tot het keuzevermogen kan behoren en daardoor tot het ondernemingsvermogen van een onderneming kan worden gerekend, indien de belegging dient ter versteviging van de onderneming.⁵¹

Voor privégebruik van de tot het ondernemingsvermogen gerekende woning geldt dat een op forfaitaire wijze bepaalde onttrekking in aanmerking wordt genomen, en wel op grond van art. 3.19 Wet IB 2001.

Vermogensetikettering - liquide middelen, leningen, aandelen en dergelijken

Ten aanzien van liquide middelen is in HR 8 april 1985, nr. 22 738, *BNB* 1985/230* beslist dat deze verplicht privévermogen vormen wanneer zij duurzaam overtollig zijn. In HR 1 maart 1978, nr. 18 534, *BNB* 1978/81c en in HR 15 september 1999, nr. 34 647, *BNB* 1999/406* is met betrekking tot leningen respectievelijk (opties op) aandelen beslist dat deze tot het ondernemingsvermogen behoren indien deze zijn verstrekt dan wel verworven binnen het kader van de normale uitoefening van de onderneming. Opgemerkt zij dat ten aanzien van een schuldverhouding tussen de ondernemer en zijn onderneming in HR 2 februari 1955, nr. 12 196, *BNB* 1955/86 is beslist dat deze onbestaanbaar zijn.

Vorderingen en aandelenopties welke niet uit de normale uitoefening van de onderneming voortvloeien behoren in beginsel tot het verplichte privévermogen. Op dit uitgangspunt bestaat evenwel een uitzondering in het geval dat de lening is verstrekt,⁵² of aandelenopties zijn verworven,⁵³ ter belegging van tijdelijk overtollige liquide middelen, mits de onderneming tijdig weer over de liquide middelen kan beschikken. Blijkens het oordeel van de Hoge Raad in HR 23 november 2012, nr. 12/00741, *BNB* 2013/65 behoren risicovolle beleggingen, in casu een verstrekte lening, niet tot het ondernemingsvermogen. Daarnaast volgt uit het oordeel in HR 5 februari 2010, nr. 08/02949, *BNB* 2010/147c* dat het behaalde resultaat op transacties, welke aan de uitoefening van de onderneming vreemd zijn, in de winst kan worden begrepen indien tussen dat resultaat en de uitoefening van de onderneming een nauw verband bestaat.

Vorenstaande geldt eveneens ten aanzien van als deelneming gehouden aandelen, welke bij een nauw verband tussen de onderneming en deelneming derhalve verplicht ondernemingsvermogen vormen. Aandelen en obligaties in een toeleverancier behoren doorgaans tot het keuzevermogen, zo is beslist in HR 12 maart 1980, nr. 19 651, *BNB* 1980/116, tenzij de hierop te behalen resultaten afhankelijk zijn van de uitoefening van de eigen onderneming, alsdan behoren deze volgens HR 16 augustus 1996, nr. 30 885, *BNB* 1996/340 tot het ondernemingsvermogen.

Een bijzonder geval, waarbij de vraag kan worden gesteld op welke wijze de vermogensetikettering plaats dient te vinden, is de onzakelijke lening. De onzakelijke lening kan worden gezien als een mengvorm van vreemd- en eigen vermogen, waarbij de lening als vreemd vermogen wordt behandeld tot het moment waarop het debiteurenrisico, de afwaardering, zich voordoet, alsdan wordt de lening

⁵⁰ Zie A.M.A. de Beer, 'etikettering van koppel(gedeelte van)panden', *WFR* 2013/923 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

⁵¹ Dit lijkt echter niet te gelden voor de ondernemer met een eenmanszaak, zie J.N. Bouwman, 'Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *TFO* 2016/144.1, par. 5.1 en J.A.G. van Es, 'Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting', *TFO* 2003/113, par. 8.

⁵² HR 3 april 1985, nr. 22 864, *ECLI:NL:HR:1985:AW8306*, *BNB* 1986/352.

⁵³ HR 15 september 1999, nr. 34 647, *ECLI:NL:HR:1999:AA2860*, *BNB* 1999/406*.

fiscaalrechtelijk behandeld als eigen vermogen.⁵⁴ In HR 8 december 1954, nr. 11 999, *BNB* 1955/46* is beslist dat een lening die zakelijke grondslag mist tot het bedrijfsvermogen kan worden gerekend, maar dat de afschrijvingen op- en afboeking van die lening als vermogensonttrekking worden aangemerkt. In het oordeel in voorgenoemd arrest wordt het begrip ‘onzakelijke lening’ niet expliciet genoemd, maar het betreft weldegelijk een lening waar in meer recente jurisprudentie de benaming onzakelijke lening aan wordt gegeven. Een met *BNB* 1955/46* vergelijkbaar, recenter arrest is HR 16 september 2016, nr. 15/03909, *BNB* 2017/21c*, waarin is beslist dat de kwijtschelding en afwaardering van een tot het ondernemingsvermogen behorende onzakelijke lening, verstrekt aan de zoon van de ondernemer, niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Bij de verstrekking van een onzakelijke lening aan een natuurlijk persoon wordt het onzakelijke debiteurenrisico namelijk op grond van persoonlijke betrekkingen aanvaard, waardoor het eventuele verlies wat hieruit voorkomt niet in de ondernemingssfeer in aanmerking kan worden genomen.

Voor de etikettering van schulden welke niet uit de normale uitoefening van de onderneming voortvloeien geldt als uitgangspunt de functie van desbetreffende schuld.⁵⁵ Veelal wordt een dergelijke schuld aangegaan ter financiering van een vermogensbestanddeel, waardoor voor de etikettering van de schuld wordt aangesloten bij de etikettering van het met de schuld gefinancierde vermogensbestanddeel.⁵⁶ Een bijzondere situatie is de tot het ondernemingsvermogen gerekende rekening-courantschuld aan de bank, waartoe in HR 7 maart 2003, nr. 36 835, *BNB* 2003/206* is beslist dat deze in beginsel als ondernemingsschuld blijft gelden, ongeacht het feit dat ook privéopnamen worden gedaan.

2.3.1.2. *Totaalwinst in de vennootschapsbelasting – storting en onttrekkingen*

Het totaalwinstbegrip in de vennootschapsbelasting kan volgens Peters worden gezien als een nationaal at arm's-lengthbeginsel.⁵⁷ De toepassing van de totaalwinstregels leidt ertoe dat transacties slechts de winst raken indien en voor zover deze niet uit aandeelhoudersoverwegingen voortvloeien. Dit wordt bewerkstelligd door (het) onzakelijke (gedeelte van) transacties te corrigeren en als storting respectievelijk onttrekking in aanmerking te nemen.

*Kapitaalstortingen*⁵⁸

In de vennootschapsbelasting wordt een materieel kapitaalebegrip gehanteerd. Een rechtshandeling wordt blijkens HR 18 oktober 1950, B 8843 gezien als een kapitaalstorting wanneer aandeelhouders vermogen af staan, dat onderdeel wordt van het risico delende vermogen van de vennootschap en de aandeelhouder door de rechtshandeling geen aanspraken krijgt die het karakter hebben van vorderingen.

Doorgaans worden twee vormen van kapitaalstortingen onderscheiden, de formele- en informele kapitaalstortingen. Met een formele kapitaalstorting wordt een storting conform de regels van het civiele recht bedoeld, hetgeen een storting op aandelen inhoudt. Dit omvat zowel de storting tot het nominale bedrag van de aandelen als de storting boven dat bedrag, de zogenoemde agiostortingen. Het begrip informele kapitaalstorting is in HR 3 april 1957, nr. 13 984, *BNB* 1957/165* geïntroduceerd, waarin is beslist dat het door de aandeelhouder als zodanig toekennen van een voordeel in geld of goederen aan een vennootschap waarin een aandelenbelang wordt gehouden, hetgeen niet onder gelijke omstandigheden aan een onafhankelijke onderneming zou zijn toegekend, voor de toepassing van het belastingrecht wordt gezien als een kapitaalstorting, ook al is van storting op aandelen geen sprake.

⁵⁴ P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening (Fiscaal Actueel nr. 23)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 7-8.

⁵⁵ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuwer, *inkomstenbelasting*, 14^e druk, Deventer: Kluwer 2018, p. 100.

⁵⁶ Zie vorige voetnoot.

⁵⁷ C.A.T. Peters, ‘Evaluatie van art. 8b Wet VPB 1969’, in: J.L. van de Streek & A.J.A. Stevens (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019, p. 249-250.

⁵⁸ Zie ook J.N. Bouwman, ‘Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting’, *TFO* 2016/144.1, par. 4.1.

Informele kapitaalstortingen in de vorm van inbreng van geld of goederen vinden plaats in de vermogenssfeer. Identiek aan de inbreng van vermogensbestanddelen door de IB-ondernemer in zijn onderneming blijkt uit HR 2 april 1947, B 8335 dat de door een aandeelhouder ingebrachte vermogensbestanddelen in een vennootschap op moment van inbreng worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.

In HR 9 januari 1946, B 8016 is beslist dat de overdracht van een vermogensbestanddeel door een natuurlijk persoon aan zijn vennootschap, tegen een lagere prijs dan de waarde in het economische verkeer, de verkrijgingsprijs van de aandelen verhoogt met het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het bestanddeel en die lagere prijs. De inbreng van vermogen in een BV vormt derhalve een informele kapitaalstorting indien en voor zover de door de BV betaalde vergoeding lager is dan de waarde in het economische verkeer van het ingebrachte vermogen. Op deze wijze wordt een zuivere totaalwinstbepaling bewerkstelligd. Bij de winstbepaling aan de hand van een vermogensvergelijking wordt immers gecorrigeerd voor stortingen. Evenals een formele kapitaalstorting, verhoogt een informele kapitaalstorting de verkrijgingsprijs van de aandelen, hetgeen leidt tot een sluitend systeem tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

In het Zweedsegrootmoederarrest⁵⁹ is beslist dat de bewuste bevoordeling van een gelieerde kleindochtervennootschap door het niet bedingen van een rentevergoeding op een geldlening als informele kapitaalstorting wordt aangemerkt. Betreffende bevoordeling heeft niet de vorm van inbreng van vermogen, maar betreft een bevoordeling in de vorm van kostenbesparing en vindt derhalve plaats in de kosten-batensfeer. De beslissing in het Zweedsegrootmoederarrest zag enkel op de bevoordeling door een gelieerde rechtspersoon en niet op de bevoordeling van een BV door haar aandeelhouder natuurlijk persoon, zo blijkt uit de beslissingen in HR 8 juli 1986, nrs. 23 440-23 441, *BNB* 1986/295-296c*. Inmiddels vormt de bevoordeling van een BV door haar aandeelhouder natuurlijk persoon in de kosten-batensfeer een informele kapitaalstorting,⁶⁰ behoudens onder omstandigheden bij het niet bedingen van loon.⁶¹

Voor het verdere onderzoek zij met name gewezen op de bevoordeling van de BV door haar dga in de kosten-batensfeer, bijvoorbeeld in de vorm van een onzakelijk hoge rentevergoeding over een geldlening van de eigen BV. Indien de dga een lening aan gaat bij zijn BV waarover een onzakelijk hoge rentevergoeding overeen wordt gekomen, is sprake van bevoordeling van de BV en vormt de rentevergoeding een informele kapitaalstorting voor zover deze meer bedraagt dan zakelijk is. Bijgevolg wordt bij de BV de zakelijke rentevergoeding als winst in aanmerking genomen en belast, terwijl het meerdere de winst niet raakt.

Uitdelingen van de winst⁶²

Het begrip winstuitdeling is niet opgenomen in de wet. Uit het oordeel in HR 18 februari 1959, nr. 13 763, *BNB* 1959/124* volgt dat de bevoordeling van een aandeelhouder in de vorm van een vermogensverschuiving vanuit de BV, gedekt door de winst in de BV, als winstuitdeling wordt gezien. Van een winstuitdeling is evenwel geen sprake indien de bevoordeling van de aandeelhouder niet bewust door de vennootschap is gedaan ofwel indien de aandeelhouder het voordeel niet bewust heeft willen aanvaarden, zo is beslist in HR 30 december 1953, nr. 11 555, *BNB* 1954/61*.

Uitdelingen van de winst zijn op grond van zowel het totaalwinstbegrip als art. 10, eerste lid, onderdeel a Wet VpB 1969 niet aftrekbaar van de winst van de BV. Uitdelingen raken, evenals stortingen, de winst niet.

Als verschillende vormen van winstuitdelingen kunnen worden onderscheiden:

⁵⁹ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252c* (*Zweedsegrootmoederarrest*).

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p 76-77.

⁶¹ Zie art. 10, eerste lid, onderdeel g Wet VpB 1969.

⁶² Zie ook J.N. Bouwman, 'Honderd jaar cassatierechtpraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *TFO* 2016/144.1, par. 4.2.

- Formele winst- en dividenduitkeringen. De aandeelhouders van een BV hebben op grond van art. 2:216, lid 1 BW in beginsel de bevoegdheid tot bepaling van de winstuitkeringen op aandelen. De formele dividenduitdelingen zijn open uitdelingen, waar voor de fiscale kwalificatie het civiele recht wordt gevolgd.
- Uitgaven van een BV welke niet voortvloeien uit de uitoefening van de onderneming, maar zijn gedaan ten behoeve van de aandeelhouder als zodanig. De BV kent geen privésfeer, waardoor een onderscheid dient te worden gemaakt tussen betalingen ten behoeve van de in de BV gedreven onderneming enerzijds en betalingen die met name gericht zijn op het bevoordelen van de aandeelhouder in de privésfeer anderzijds. Betalingen ten behoeve van de onderneming betreffen in beginsel aftrekbare kosten, terwijl de betalingen welke in wezen gedaan zijn voor de aandeelhouder verkapt dividend vormen.⁶³
- Vermomde- of verkapte dividenduitkeringen door bevoordeling van de aandeelhouder via een andere verhouding tot de BV. De aandeelhouder kan in verschillende hoedanigheden optreden jegens zijn BV, onder andere als crediteur en werknemer. Indien de aandeelhouder in die andere hoedanigheid wordt bevoordeeld door de hoogte van de vergoeding vormt die bevoordeling vermomde- of verkapt dividend. De zakelijke vergoeding wordt in aanmerking genomen voor de winstbepaling van de BV. De bevoordeling wordt geacht uit aandeelhoudersmotieven voort te vloeien en speelt zich derhalve af in de aandeelhouderssfeer.

2.3.1.3. *Totaalwinst in de vennootschapsbelasting - Herkwalificaties van civielrechtelijke leningen*

Bij de financiering van een vennootschap waarin wordt deelgenomen hebben aandeelhouders de keuze tussen financiering met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen. De verschillende vormen van financiering hebben afwijkende fiscale gevolgen. Daarnaast kan de dga gelden uit te BV tot zijn beschikking krijgen door uitkering van dividend dan wel door deze te lenen van de BV, de fiscale gevolgen van beide verschillen eveneens. Bijgevolg is de kwalificatie van een vermogensverstrekking van belang voor de fiscale gevolgen hiervan.

Uit het oordeel in het Unilever-arrest⁶⁴ blijkt dat voor de kwalificatie van de verstrekking van een geldlening aan een vennootschap waarin wordt deelgenomen de civielrechtelijke vorm als uitgangspunt geldt. Op dit uitgangspunt bestaan volgens de Hoge Raad evenwel drie uitzonderingen, de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening.

Een schijnlening is een geldverstrekking welke juridisch als lening kwalificeert, maar waarbij materieel bezien is beoogd eigen vermogen te verstrekken. Een voorbeeld hiervan is het arrest HR 24 februari 1971, nr. 16 460, *BNB 1971/74**, waarbij een door aandeelhouders verstrekte renteloze obligatielening aan hun NV als kapitaalverstrekking werd aangemerkt, omdat de aandeelhouders met deze lening enkel ten doel hadden de winst van de NV uit te keren zonder heffing van inkomstenbelasting.

Een deelnemerschapslening is een lening die is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de crediteur daarmee in feite deelneemt in de belastingplichtige. De voorwaarden zijn nader toegelicht in HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208c**, waaruit blijkt dat sprake is van een deelnemerschapslening indien de rentevergoeding winstafhankelijk is, de schuld achtergesteld is bij alle andere schuldeisers en dat aan de schuld geen vaste looptijd is verbonden. In HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB 2006/82c** is geoordeeld dat de vergoeding vrijwel geheel winstafhankelijk dient te zijn en dat bij een vaste looptijd van meer dan 50 jaar voldaan is aan de laatste eis. Omtrent vergoedingen en afwaarderingen van een deelnemerschapslening is in art. 10, eerste lid, onderdeel d Wet VpB 1969 expliciet opgenomen dat deze niet aftrekbaar zijn van de winst.

⁶³ Zie omtrent het onderscheid tussen kosten en uitdelingen in deze zin bijvoorbeeld HR 14 juni 2002, nr. 36 453, *BNB 2002/290c** (*Renpaardenarrest*).

⁶⁴ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB 1988/217c** (*Unilever-arrest*).

Een bodemlozeputlening is een lening van een aandeelhouder aan een deelneming, waarvan op voorhand duidelijk is dat die deelneming geheel of gedeeltelijk niet aan de terugbetalingsverplichting kan voldoen.

Indien sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening wordt de verstrekking van die lening fiscaalrechtelijk aangemerkt als verstrekking van eigen vermogen. Vergoedingen op een dergelijke geldverstrekking bij de schuldenaar alsmede afwaarderingen van de vordering bij de schuldeiser zijn derhalve niet aftrekbaar. De vergoedingen vormen bij de schuldeiser een vergoeding voor de verstrekking van eigen vermogen, waardoor deze vergoeding fiscaalrechtelijk een storting of onttrekking vormt. Afhankelijk van welke partij de schuldeiser is, de BV dan wel de dga, is de verkregen vergoeding onbelast respectievelijk belast in box 2.

Naast voorgenoemde herkwalficaties van leningen kan tevens worden gewezen op de onzakelijke lening. De onzakelijke lening kan niet worden gezien als een fiscaalrechtelijke herkwalficatie van een lening, maar als een hybride figuur van eigen- en vreemd vermogen.⁶⁵ Bij de verstrekking van- en rentevergoedingen op een onzakelijke lening wordt de civielrechtelijke vorm gevolgd, echter wordt de afwaardering van een onzakelijke lening geacht zich in de kapitaalsfeer af te spelen. Op het moment waarop zich een onzakelijk debiteurenrisico voordoet verandert de onzakelijke lening fiscaalrechtelijk als het ware in eigen vermogen, waardoor het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is. Van een onzakelijke lening door een BV aan een aandeelhouder is blijkens HR 9 mei 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191* sprake indien de verstrekking van de lening onder zodanige voorwaarden en omstandigheden plaatsvindt dat door de BV een debiteurenrisico wordt genomen welke een onafhankelijke derde niet zou nemen. Een zakelijke lening kan tijdens de looptijd een onzakelijke lening worden door het onzakelijke handelen van de crediteur, zo blijkt uit het oordeel in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37c*.

2.3.2. Inbreuken op de totaalwinst

In de Wet IB 2001 zijn tal van bepalingen opgenomen die inbreuk maken op de totaalwinst en die grotendeels via de schakelbepaling van art. 8 Wet VpB 1969 tevens van toepassing zijn voor de winstbepaling in de vennootschapsbelasting. Enkele van deze inbreuken gelden enkel voor de IB-ondernemer en leiden derhalve tot een afwijkende winstbepaling vergeleken met vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Evenzo gelden voor de winstbepaling in de Wet VpB 1969 enkele specifieke inbreuken op de totaalwinst, voornamelijk in de vorm van renteaftrekbeperkingen. De inbreuken op de totaalwinst zijn veelal van zeer specifieke aard, waardoor uitwerking hiervan grotendeels achterwege blijft. Daarnaast blijft de uitwerking van de inbreuken op de totaalwinst die zowel in de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting gelden eveneens achterwege.

Zoals in de inleiding kort is uitgewerkt kan de dga in verschillende hoedanigheden optreden jegens zijn BV, bijvoorbeeld als werknemer en als aandeelhouder-ondernemer. De door de dga ontvangen vergoedingen worden in de belastingheffing betrokken op een wijze die past bij de hoedanigheid waarin die vergoeding is verkregen. Daarentegen omvat de winst uit onderneming in de inkomstenbelasting alle voordelen welke uit een onderneming worden verkregen. Bijgevolg wordt de winst uit een onderneming als geheel betrokken in de belastingheffing, terwijl verschillende componenten van de winst kunnen worden onderscheiden, namelijk: de arbeidsbeloning, de kapitaalbeloning, de voor reservering dan wel investering bestemde winst en de restwinst.⁶⁶ Teneinde recht te doen aan de verschillende functies van de winst, zijn verschillende faciliteiten in het leven geroepen.⁶⁷ De faciliteiten dienen tevens andere doelstellingen, zoals het bevorderen van de economie of de instandhouding van het globale evenwicht.⁶⁸ De fiscale faciliteiten waarmee de wetgever heeft getracht recht te doen aan de

⁶⁵ P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening (Fiscaal Actueel nr. 23)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 7.

⁶⁶ Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, *Naar een activerender belastingstelsel*, interim-rapport, p. 83.

⁶⁷ P.H.J. Essers, 'Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht', *WFR* 2018/109.

⁶⁸ Zie voor de doelstellingen van een wijziging van de zelfstandigenaftrek bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1983/84, 18 262, nr. 3, p. 8.

verschillende onderdelen- en functies van de winst worden nader uitgewerkt in de komende deelparagrafen.

2.3.2.1. *Kosten ten behoeve van de ondernemer*

De in art. 3.14, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 opgenomen aftrekbeperking voor standsuitgaven bewerkstelligd dat kosten van aftrek worden uitgesloten indien deze zijn gedaan met het oog op de verbetering van het persoonlijke aanzicht van de ondernemer. Daarnaast zijn op grond van art. 3.16 Wet IB 2001 verschillende specifieke kosten ten behoeve van de belastingplichtige van aftrek uitgesloten. In mijn optiek kan ten aanzien van deze aftrekbeperkingen een parallel worden getrokken met de totaalwinstbepaling in de vennootschapsbelasting. In de vennootschapsbelasting worden dergelijke uitgaven door toepassing van de totaalwinstregels veelal als onttrekking aangemerkt, waardoor deze niet aftrekbaar zijn van de winst.

2.3.2.2. *Faciliteiten voor verschillende componenten van de winst*

Voor zowel IB-ondernemers als voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen gelden faciliteiten omtrent de investeringsaftrek en de vorming van fiscale reserves. Van deze faciliteiten gelden de oudedagsreserve (hierna: FOR) en de terugkeerreserve enkel voor de IB-ondernemer. De terugkeerreserve dient ter behoud van de belastingclaim na geruisloze terugkeer uit een BV naar een IB-onderneming en is derhalve niet van belang voor dit onderzoek.

Civielrechtelijk is het niet mogelijk dat de IB-ondernemer een arbeidsovereenkomst aangaat met zichzelf, immers is het op grond van art. 7:610 BW vereist dat een arbeidsovereenkomst tussen twee verschillende partijen wordt aangegaan. In HR 8 november 1978, nr. 18 804, *BNB* 1978/324c is beslist dat voor de beoordeling of sprake is van een dienstbetrekking voor de loonbelasting de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst bepalend is. Bijgevolg bouwt de IB-ondernemer over de genoten winst uit onderneming geen pensioen op, ook niet over de arbeidscomponent van de winst. De in afdeling 3.2.3 Wet IB 2001 opgenomen FOR biedt IB-ondernemers de mogelijkheid om op een soortgelijke manier voor de oude dag te sparen.

Teneinde de winst van de IB-ondernemer als het ware te splitsen en recht te doen aan het onderscheid tussen de arbeidsbeloning, kapitaalbeloning en de reserveringsfunctie van de winst is de zelfstandigenaftrek met ingang van 1984 gewijzigd.⁶⁹ Inmiddels is de systematiek van de zelfstandigenaftrek in belangrijke mate veranderd, echter blijft één van de achterliggende doelstellingen van deze aftrek de winst als het ware te splitsen in verschillende componenten. De zelfstandigenaftrek, opgenomen in art. 3.76 Wet IB 2001, is een aftrek van een vast bedrag en een eventuele verhoogde aftrek voor startende ondernemers.⁷⁰ Deze faciliteit doet recht aan de reserverings- en investeringsfunctie van de winst, waarbij geldt dat winst die geherinvesteerd wordt niet in de heffing betrokken moet worden.⁷¹ Waar deze reserverings- en investeringsfunctie voor de dga wordt bereikt door de box 2-heffing pas plaats te laten vinden bij uitkering van de winst, hetgeen mijns inziens als een uitermate ruime reserveringsmogelijkheid kan worden gezien, geldt voor de IB-ondernemer een vast bedrag aan aftrek ongeacht de daadwerkelijke investeringen, daarenboven gelden de investeringsaftrekfaciliteiten in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting.

2.3.3. Jaarwinst

De totaalwinst wordt verdeeld over de jaren aan de hand van de jaarwinstregels. De jaarwinstbepaling geschiedt blijkens art. 3.25 Wet IB 2001 volgens goed koopmansgebruik, hetgeen door de schakelbepaling van art. 8, lid 1 Wet VpB 1969 eveneens geldt voor de winstbepaling in de vennootschapsbelasting. Daarnaast dient de toerekening van de winst aan de verschillende jaren met

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 262, nr. 3, p. 8 alsmede *Kamerstukken II* 1982/83, 17 943, nr. 3.

⁷⁰ Volledigheidshalve zij gewezen op de in art. 3.78a Wet IB 2001 opgenomen, uiterst specifieke, startersaftrek bij arbeidsongeschiktheid, waarbij hogere aftrekbare bedragen gelden.

⁷¹ P. Vroonhof, W. Verhoeven & M. Folkerlinga, *Ondernemen makkelijker en leuker? Evaluatie zelfstandigenaftrek en enkele andere fiscale instrumenten gericht op ondernemerschap*, EIM, 2005, p. 49.

inachtneming van een bestendige gedragslijn te geschieden, welke onafhankelijk dient te zijn van de vermoedelijke uitkomst.

De betekenis van het begrip goed koopmansgebruik is niet opgenomen in de wet. Teneinde recht te doen aan het dynamische karakter van het jaarwinstbegrip heeft de wetgever de invulling van het begrip goed koopmansgebruik namelijk toegewezen aan de belastingrechter.⁷² Uit de talrijke jurisprudentie omtrent dit begrip kunnen enkele beginselen worden afgeleid, welke het uitgangspunt van de jaarwinstbepaling vormen.⁷³

In de literatuur worden doorgaans drie hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik afgeleid uit de jurisprudentie.⁷⁴ Deze beginselen, het realiteitsbeginsel, het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbegin­sel, vormen tezamen het begrip goed koopmansgebruik. De balans, het samenspel en de afweging tussen de verschillende beginselen leidt tot de toerekening van voordelen en kosten aan verschillende jaren.

Bij het realiteitsbeginsel wordt de nadruk gelegd op de toerekening van inkomsten en uitgaven aan het jaar waarop deze daadwerkelijk betrekking hebben. Onder toepassing van dit beginsel dient winst uiterlijk te worden genomen in het jaar waarin het gerealiseerd is en komt een last enkel in aftrek in het jaar waarin die veroorzaakt is.

Het voorzichtigheidsbeginsel wordt doorgaans uitgelegd met de stelling ‘een goede koopman rekent zich niet rijker dan hij is’. Verliezen mogen op grond van voorzichtigheid worden genomen op het moment dat zij voorzienbaar zijn.⁷⁵ Voorzichtigheid met betrekking tot winsten houdt in dat in beginsel geen winstneming plaats vindt zonder dat de winsten daadwerkelijk zijn gerealiseerd.

Het eenvoudsbegin­sel houdt in dat een systeem van winstbepaling hanteerbaar en controleerbaar dient te zijn.

2.3.4. De wettelijke inbreuken op goed koopmansgebruik

De wettelijke inbreuken op goed koopmansgebruik zijn talrijk, doorgaans zeer specifiek en gelden veelal in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting door de schakelbepaling in art. 8 Wet VpB 1969. Afgezien van enkele zeer specifieke inbreuken op goed koopmansgebruik leidt enkel de beperking van de afschrijving op gebouwen tot een afwijkende jaarwinstbepaling in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.⁷⁶

Art. 3.30a Wet IB 2001 bepaalt dat de afschrijving op gebouwen slechts mogelijk is tot de bodemwaarde. Voor de winstbepaling in de inkomstenbelasting geldt blijkens art. 3.30a, lid 3 Wet IB 2001 als bodemwaarde de WOZ-waarde van het gebouw indien het ter belegging wordt gehouden en 50% van de WOZ-waarde van het gebouw indien het in eigen gebruik is. Voor de winstbepaling in de vennootschapsbelasting is de bodemwaarde 100% van de WOZ-waarde van het gebouw, ongeacht het gebruik.

⁷² *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 106-107.

⁷³ Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de beginselen D. Brüll, J.W. Zwemmer & R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2016, p. 21-53.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *inkomstenbelasting*, 14^e druk, Deventer: Kluwer 2018, p. 144-150 en D. Brüll, J.W. Zwemmer & R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2016, p. 21-53.

⁷⁵ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *inkomstenbelasting*, 14^e druk, Deventer: Kluwer 2018, p. 147-149.

⁷⁶ Zie voor een uitgebreider overzicht van de inbreuken op goedkoopmansgebruik D. Brüll, J.W. Zwemmer & R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2016, p. 57-65.

2.4. De dga en de BV

In deze paragraaf wordt de fiscale positie van de dga uiteengezet. Allereerst wordt voor een goed begrip aandacht besteed aan de civielrechtelijke verhouding tussen de dga en zijn BV. Vervolgens worden de fiscale aspecten van de verschillende verhoudingen tussen de dga en zijn BV uitgewerkt.

2.4.1. De dga en de BV als afzonderlijke rechtssubjecten

Op grond van art. 2:3 BW bezit een BV rechtspersoonlijkheid, hetgeen op grond van art. 2:5 BW voor het vermogensrecht in beginsel gelijk wordt gesteld met een natuurlijk persoon, dit wordt ook wel de zelfstandigheidsfictie genoemd. Het begrip vermogensrecht dient voor de toepassing van voornoemd artikel ruim opgevat te worden, het staat in deze zin tegenover het familierecht.⁷⁷ Een BV kan in werkelijkheid geen onderneming drijven, het is slechts bij wetsfictie dat een BV als persoon wordt aangemerkt. De beslissingen ter zake van de in de BV gedreven onderneming worden genomen door de daartoe bevoegde organen.

Een BV heeft blijkens art. 2:175 BW een in overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal. Als aandeelhouder vormt de dga, tezamen met eventuele andere aandeelhouders en houders van vergaderrechten en stemrechten als bedoeld in art. 2:227 en 2:228 BW de algemene vergadering van de BV. De algemene vergadering heeft blijkens art. 2:242 BW doorgaans de bevoegdheid tot de benoeming en het ontslag van het bestuur en de raad van commissarissen.

De dagelijkse besluiten van de BV komen toe aan het bestuur van de BV op grond van art. 2:239 BW, al dan niet onder toezicht van de raad van commissarissen. De dga die voor rekening van een BV zijn onderneming drijft is in de regel (enig) bestuurder van die BV, het is immers de dga die de onderneming drijft. De dga verricht in de hoedanigheid van bestuurder arbeid ten behoeve van de in de BV gedreven onderneming. Het bestuur heeft op grond van art. 2:240 BW vertegenwoordigingsbevoegdheid en kan in beginsel namens de BV overeenkomsten sluiten. Blijkens art. 2:217 BW heeft de algemene vergadering, doorgaans bestaande uit de stemgerechtigde aandeelhouders, alle bevoegdheid over de besluitvorming van de BV die niet aan het bestuur is toegekend. Aangezien de dga zowel bestuurder als onderdeel van de algemene vergadering is, heeft de dga doorgaans de bevoegdheid om namens de BV overeenkomsten te sluiten, waaronder een overeenkomst van geldlening met zichzelf.

Op grond van art. 2:216 BW is de algemene vergadering bevoegd de uitkeringen van de winst van de BV vast te stellen, evenwel beperkt door twee omstandigheden geregeld in het eerste en tweede lid van voornoemd artikel. Ten eerste is winstuitkering slechts mogelijk voor zover het eigen vermogen van de BV groter is dan de reserves die aangehouden moeten worden. Daarnaast dient het bestuur de uitkering goed te keuren, hetgeen niet gebeurt indien na uitkering de betaling van opeisbare schulden niet mogelijk zal zijn.

Geconcludeerd kan worden dat de dga en zijn BV in materieel opzicht één zijn. Bij wetsfictie worden de dga en de BV echter als zelfstandige rechtssubjecten aangemerkt. Deze zelfstandigheidsfictie leidt ertoe dat de dga in verschillende hoedanigheden optreedt en op kan treden jegens zijn BV. De dga is als kapitaalverstrekker aandeelhouder in zijn BV en als bestuurder werknemer bij zijn BV, daarnaast kan de dga door een overeenkomst van geldlening te sluiten tussen hem en zijn BV als schuldenaar of schuldeiser optreden jegens zijn BV.

2.4.2. De verschillende verhoudingen tussen de DGA en de BV

De zelfstandigheidsfictie, waarbij rechtspersonen als afzonderlijke subjecten worden behandeld, wordt tevens bij de belastingheffing gehanteerd. Het aanmerken van de dga en de BV als twee afzonderlijke personen voor de toepassing van het vermogens- en belastingrecht leidt ertoe dat tussen de dga en de BV verschillende verhoudingen mogelijk zijn. De dga kan jegens zijn BV optreden in de hoedanigheid

⁷⁷ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/57.

van aandeelhouder, bestuurder en schuldeiser dan wel schuldenaar. In de volgende deelparagrafen komen de fiscale aspecten van voorgenoemde verhoudingen achtereenvolgens aan bod.

2.4.2.1. De dga als aandeelhouder

In de Wet IB 2001 wordt voor de belastingheffing van aandeelhouders onderscheid gemaakt tussen aanmerkelijkbelanghouders en beleggers. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit onderscheid wordt gemaakt teneinde tot een evenwichtige fiscale behandeling tussen de IB-ondernemer en de aandeelhouder-ondernemer te komen.⁷⁸ De wetgever stelt dat vanaf een bepaald subjectief belang kan worden aangenomen dat het houden van aandelen tenminste gedeeltelijk als ondernemen kan worden beschouwd.⁷⁹ De wetgever hanteert hiervoor een belang van 5% van het geplaatste aandelenkapitaal als grens.

Aannemende dat de dga kwalificeert als aanmerkelijkbelanghouder, wordt de dga in de hoedanigheid van aandeelhouder belast over het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang. Het inkomen uit aanmerkelijk belang bestaat blijkens art. 4.12 Wet IB 2001 uit twee onderdelen, de reguliere voordelen en de vervreemdingsvoordelen.

Het reguliere voordeel uit aandelen betreft veelal dividend, maar dit begrip omvat al hetgeen als voordeel uit aanmerkelijk belang wordt verkregen. In art. 4.13 Wet IB 2001 zijn een aantal specifieke reguliere voordelen expliciet genoemd. Het moment waarop reguliere voordelen worden geacht te zijn genoten is bepaald in art. 4.43 Wet IB 2001. De in voorgenoemd artikel opgenomen genietingstijdstippen zijn de momenten waarop de aanmerkelijkbelanghouder kan beschikken over de voordelen dan wel het economische eigendom van de voordelen verkrijgt.

Het vervreemdingsvoordeel uit aandelen is het voordeel dat wordt behaald bij vervreemding van aandelen, of rechten uit aandelen, die tot het aanmerkelijk belang behoren. Het begrip vervreemding is niet opgenomen in de wet. In HR 10 februari 1960, nr. 14 162, *BNB* 1960/123* is geoordeeld dat onder het begrip vervreemding in art. 19 van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 dient te worden verstaan: elke rechtshandeling waarbij aandelen of winstbewijzen uit het vermogen van de eigenaar overgaan naar het vermogen van een ander. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd af te wijken van de oude jurisprudentie omtrent het begrip vervreemding.⁸⁰

Het vervreemdingsvoordeel is blijkens art. 4.19 Wet IB 2001 het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs. Uitgangspunt voor de bepaling van de overdrachtprijs en verkrijgingsprijs is de tegenprestatie, gecorrigeerd met de ten laste van de vervreemder respectievelijk verkrijger gekomen kosten. Bij afwezigheid van een tegenprestatie of wanneer de tegenprestatie niet onder normale omstandigheden is bedongen wordt op grond van art. 4.22 Wet IB 2001 de waarde in het economische verkeer van de vervreemding dan wel verkrijging als tegenprestatie in aanmerking genomen. Behoudens enkele specifieke afwijkingen geldt op grond van art. 4.46 Wet IB 2001 het moment van vervreemding als genietingstijdstip van vervreemdingsvoordelen.

Een negatief inkomen uit aanmerkelijk belang in een jaar vormt blijkens art. 4.47 Wet IB 2001 verlies uit aanmerkelijk belang. Veelal is slechts sprake van een verlies uit aanmerkelijk belang als gevolg van negatieve vervreemdingsvoordelen, echter kan tevens sprake zijn van negatieve reguliere voordelen. In HR 20 januari 1988, nr. 24 304, *BNB* 1988/122c* is beslist dat een negatieve opbrengst uit aanmerkelijk belang, in casu de terugbetaling van dividend, enkel mogelijk is wanneer sprake is van een verplichting tot terugbetaling van het ontvangen dividend.

De dga heeft een grote mate van zeggenschap over de bestemming van de in de BV behaalde winst. Hij kan kiezen om de winst uit te keren middels een dividenduitkering of de winst te reserveren dan wel voor investeringen aan te wenden in zijn BV. Een dividenduitkering leidt ertoe dat vermogen van de

⁷⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 4-6.

⁷⁹ Zie vorige voetnoot.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 41 en *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 505.

BV over gaat naar de dga. De dga ontvangt derhalve gelden ten koste van de het vermogen van de BV en daarmee ten koste van de waarde van zijn aandelen in de BV. Bij de keuze voor het al dan niet uitkeren van de winst van de BV spelen fiscale aspecten veelal een rol. Uitkering van de winst leidt namelijk tot een regulier voordeel bij de dga en derhalve tot heffing van IB, terwijl deze heffing uitgesteld kan worden door de winst niet - of op een later moment - uit te keren. Het uiterste moment waar de dga de aanmerkelijkbelangheffing naar kan uitstellen is het moment van vervreemding van de aandelen, alsdan wordt het vervreemdingsvoordeel in de heffing betrokken.

2.4.2.2. De dga als bestuurder

De dga verricht als bestuurder arbeid ten behoeve van de voor rekening van de BV gedreven onderneming. Deze arbeidsverhouding leidt tot belastingplicht voor de loonbelasting bij aanwezigheid van een dienstbetrekking. Indien sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW volgt de belastingplicht voor de loonbelasting uit art. 2 Wet LB 1964, aangezien de civielrechtelijke dienstbetrekking hierbij wordt gevolgd. In art. 3 en 4 Wet LB 1964 wordt het begrip dienstbetrekking voor toepassing van de loonbelasting uitgebreid met enkele specifieke arbeidsverhoudingen. In afwezigheid van een civielrechtelijke dienstbetrekking wordt de arbeidsverhouding tussen de dga en zijn BV als fictieve dienstbetrekking aangemerkt op grond van art. 4, onderdeel d Wet LB 1964 juncto. art. 2h Uitv. Besl. LB 1965.

De heffingsgrondslag voor de loonbelasting is blijkens art. 9 Wet LB 1964 het loon, hetgeen bij de dga de vergoeding over verrichtte arbeid als bestuurder van de BV is. Zoals reeds is gebleken heeft de dga grote mate van – dan niet alle – zeggenschap met betrekking tot de besluiten van de BV. Bijgevolg zou de dga zonder verdere regelgeving vrij zijn in de bepaling van de door hem verkregen vergoeding over de verrichte arbeid, hetgeen leidt tot fiscaal ingegeven keuzes. De gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 heeft als doelstelling dit tegen te gaan.⁸¹ De regeling geldt niet enkel voor dga's, maar voor alle (partners van) aanmerkelijkbelanghouders die arbeid verrichten ten behoeve van het lichaam waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden. Op grond van het eerste lid wordt het van de BV genoten loon ten minste gesteld op het hoogste van 75% van het loon uit vergelijkbare dienstbetrekking, het loon van de werknemer die het meest verdient en 47.000 euro. Naast enkele specifieke afwijkingen in de andere leden van het artikel is in het tweede lid een algemene afwijking in de vorm van een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen. De tegenbewijsregeling leidt ertoe dat het loon, afhankelijk van de hoogte, wordt gesteld op een bedrag tussen de 75% en 100% van het loon uit een vergelijkbare dienstbetrekking indien aannemelijk wordt gemaakt dat het op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen loon meer bedraagt dan 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking. Kortgezegd leidt de toepassing van de gebruikelijkloonregeling bij de dga ertoe dat hij wordt geacht loon te genieten wat ongeveer overeenkomt met de gebruikelijke beloning voor zijn werkzaamheden.

Het genietingsstijdstip van loon is blijkens art. 13a Wet LB 1964 het tijdstip waarop de werknemer over het loon kan beschikken dan wel het economische eigendom verkrijgt. Voor zover het in aanmerking te nemen loon door toepassing van de gebruikelijkloonregeling meer bedraagt dan het werkelijk genoten loon geldt op grond van art. 13a, lid 2 Wet LB 1964 als genietingsstijdstip voor dat meerdere het einde van het kalenderjaar of het tijdstip waarop de dienstbetrekking tot een einde komt.

2.4.2.3. De dga als schuldeiser

Indien een dga geld uitleent aan zijn BV vormt de vordering van de dga op de BV een werkzaamheid als bedoeld in afdeling 3.4 Wet IB 2001 op grond van art. 3.92 Wet IB 2001. De rentebaten worden bij de dga belast als resultaat uit overige werkzaamheden. De systematiek van belastingheffing over het resultaat uit overige werkzaamheden is nagenoeg gelijk aan die over wuo door de schakelbepaling van art. 3.95 Wet IB 2001.

De voornaamste afwijking ten opzichte van de belastingheffing over wuo is de in art. 3.99b Wet IB 2001 opgenomen terbeschikkingstellingsvrijstelling, welke 12% bedraagt en derhalve 2% lager is dan de ter zake van de wuo geldende MKB-winstvrijstelling.

⁸¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8* (Notitie Fiscale positie directeur-grootaandeelhouder).

Een afwijking van specifiekere aard is het gevolg van kwijtschelding van een onzakelijke lening. In HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB 2012/78c** is beslist dat de kwijtschelding van een onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingssfeer leidt tot een informele kapitaalstorting van de dga in zijn BV. De kwijtschelding wordt niet genomen als resultaat uit overige werkzaamheden, maar verlaagd ten tijde van vervreemding van de aandelen door de dga de vervreemdingswinst. De kwijtschelding van een onzakelijke lening door de IB-ondernemer dan wel dga verlaagd niet de wuo respectievelijk het resultaat uit overige werkzaamheden, echter verhoogd de kwijtschelding bij de dga zijn verkrijgingsprijs in box 2, terwijl de IB-ondernemer het verlies nimmer kan nemen.

Geconcludeerd kan worden dat de belastingheffing over het ter beschikking stellen van vermogen door de dga aan zijn BV ongeveer gelijk is aan de belastingheffing over het vermogen bij de IB-ondernemer, waardoor verdere uitwerking achterwege blijft.

2.4.2.4. De dga als schuldenaar

Doordat de dga en zijn BV als afzonderlijke rechts- en belastingsubjecten worden behandeld, heeft de dga de mogelijkheid een lening aan te gaan bij zijn BV. Het aangaan van een dergelijke schuldverhouding heeft zowel bij de dga als de BV in beginsel geen fiscale gevolgen. Immers staat bij de dga in box 3 – of ingeval van een eigenwoninglening in box 1 - tegenover de schuld het geleende geld en bij de BV vormt de verstrekking van de lening enkel een verschuiving van de post liquide middelen naar de post vorderingen.

Reeds is gebleken dat uit de beslissing in het Unilever-arrest volgt dat voor de fiscale kwalificatie van een lening de civielrechtelijke vorm als uitgangspunt geldt en dat van dit uitgangspunt wordt afgeweken ingeval van een schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening. Een lening van de BV aan de dga wordt voor de belastingheffing als dividenduitkering gezien indien sprake is van één van voornoemde herkwalificaties. Overigens kan een door de BV aan de dga verstrekte lening geen deelnemerschapslening zijn wegens de onmogelijkheid deel te nemen in de dga. Vergoedingen op dergelijke leningen worden eveneens in de kapitaalsfeer in aanmerking genomen, waardoor de door de dga betaalde rente een kapitaalstorting vormt. De verdere uitwerking in deze paragraaf betreft een uitwerking ten aanzien van leningen die fiscaalrechtelijk vreemd vermogen vormen.

Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.2. wordt de in aanmerking te nemen rentevergoeding op zakelijke gronden bepaald. Indien de werkelijk betaalde rente hoger is dan hetgeen onafhankelijke derden overeen zouden zijn gekomen, wordt het meerdere als informele kapitaalstorting in aanmerking genomen. Indien de rentevergoeding lager is dan zakelijk, is sprake van een verkapte dividenduitkering.

In beginsel is de lening bij de dga onderdeel van de heffingsgrondslag van box 3. Door de in box 3 gehanteerde heffingssystematiek, namelijk een forfaitaire bepaling van het behaalde rendement, hebben de rentevergoedingen geen gevolgen voor de belastingheffing. In geval van een eigenwoningschuld, waarvoor de in art. 3.119a Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden gelden, wordt de lening bij de dga echter in box 1 in aanmerking genomen. De rentekosten op de eigenwoningschuld zijn, als onderdeel van de kosten van de eigen woning, in box 1 aftrekbaar voor zover zij meer bedragen dan de voordelen uit eigen woning.

Aflossingen op – of aflossing van - de schuld door de dga heeft, evenals de verstrekking van de lening door de BV, in beginsel geen fiscale gevolgen. In afwijking hiervan wordt de aflossing van een schijnlening gezien als een informele kapitaalstorting in de BV. De schijnlening is fiscaalrechtelijk immers nooit als lening aangemerkt, maar als dividenduitkering, waardoor de terugbetaling wordt gezien als een kapitaalstorting. Aflossing van een bodemlozeputlening is daarentegen theoretisch onmogelijk, aangezien voor de kwalificatie als bodemlozeputlening van tevoren vast moet staan dat de lening niet kan worden afgelost.

Afwaardering van een lening door de crediteur heeft in beginsel geen gevolgen voor de debiteur, de debiteur dient immers - indien mogelijk - de schuld volledig af te lossen ongeacht de afwaardering van

de lening door de crediteur. Indien echter sprake is van een onzakelijke lening, door de voorwaarden en omstandigheden bij de verstrekking dan wel door het onzakelijk handelen van de crediteur (de BV) gedurende de looptijd, wordt de afwaardering van die lening door de BV gezien als een onttrekking door de dga.⁸² In geval van kwijtschelding van de vordering door de BV op zakelijke gronden verdwijnt de schuld (deels) bij de dga zonder fiscale gevolgen.

2.5. Tussenconclusie

De ondernemer die zijn onderneming drijft in de vorm van een eenmanszaak wordt in box 1 van de inkomstenbelasting belast over de behaalde wuo, het subject van heffing voor de wuo is de ondernemer. De basis van de objectieve belastingplicht voor wuo wordt gevormd door het subjectieve ondernemersbegrip, dit houdt in dat de ondernemer belastingplichtig is over zijn aandeel in de winst van de gedreven objectieve ondernemingen, waarbij de wuo in beginsel per afzonderlijke subjectieve onderneming bepaald. Voor de bepaling van de wuo zijn twee winstbegrippen te onderscheiden, de totaalwinst en de jaarwinst. De totaalwinst omvat alle voordelen welke worden verkregen uit een onderneming. Het jaarwinstbegrip dient ter verdeling van de totaalwinst over de jaren, teneinde de winst jaarlijks in de belastingheffing te kunnen betrekken.

Ten aanzien van de IB-ondernemer heeft het totaalwinstbegrip voornamelijk betrekking op de toerekening van vermogensbestanddelen aan de ondernemer in privé dan wel aan de onderneming, de zogenoemde vermogensetikettering. Voordelen behaald met- en op ondernemingsvermogen worden als wuo in aanmerking genomen. Als uitgangspunt voor de vermogensetikettering geldt dat de ondernemer vrij is in de toerekening van vermogensbestanddelen aan het privé- of ondernemingsvermogen, voor zover de toerekeningskeuze de grenzen der redelijkheid niet overschrijdt. Doorgaans geldt dat verplichte toerekening van een vermogensbestanddeel aan het privé- dan wel ondernemingsvermogen geboden is bij nagenoeg gehele aanwending van dat bestanddeel voor privé- respectievelijk ondernemingsactiviteiten.

In de Wet IB 2001 is een groot aantal bepalingen opgenomen die inbreuk maken op de totaalwinst. De inbreuken dienen verscheidene doelstellingen, waaronder de instandhouding van het globale evenwicht en het recht doen aan de verschillende functies van de winst. Het globale evenwicht houdt in dat het uiteindelijke belastingtarief over het inkomen uit onderneming in evenwicht moet zijn, ongeacht de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Met betrekking tot de verschillende onderdelen van de winst kunnen worden onderscheiden: de arbeidsbeloning, de kapitaalbeloning, de voor reservering- en investering bestemde winst en de restwinst. Omdat de door de IB-ondernemer behaalde voordelen jaarlijks als het ware op een hoop worden gegooid en integraal worden belast als wuo, gelden verscheidene bepalingen teneinde recht te doen aan de verschillende onderdelen van de winst.

Ten aanzien van de ondernemer die zijn onderneming drijft voor rekening van de BV kunnen twee zelfstandige rechtssubjecten worden onderscheiden. De onderneming wordt gedreven door de BV en deze behaalt dan ook de winst en wordt hiervoor belast. De dga kan in verschillende hoedanigheden optreden jegens zijn BV met elk eigen fiscale gevolgen.

De BV wordt over de behaalde winst belast in de vennootschapsbelasting. Voor de winstbepaling in de vennootschapsbelasting gelden dezelfde winstbegrippen als in de inkomstenbelasting, namelijk de totaalwinst en de jaarwinst. Omdat de BV bij wetsfictie wordt geacht haar onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen is van vermogensetikettering in de vennootschapsbelasting geen sprake. De totaalwinstbepaling in de vennootschapsbelasting heeft voornamelijk betrekking op het zakelijk handelen van de BV met verbonden partijen, waaronder de dga. Kortgezegd worden verhoudingen, vergoedingen en rechtshandelingen tussen de BV en de dga dan wel tussen de BV en andere vennootschappen naar zakelijke voorwaarden in de winstsfeer in aanmerking genomen, het meerdere/mindere wordt in de aandeelhouderssfeer in aanmerking genomen en raakt derhalve niet te

⁸² Zie P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening (Fiscaal Actueel nr. 23)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 20.

winst. Ten aanzien van de totaalwinstbepaling omtrent de verstrekking van leningen kan worden gewezen op de fiscaalrechtelijke her kwalificaties van civielrechtelijke leningen. In het Unilever-arrest is beslist dat voor toepassing van het fiscale recht wordt afgeweken van de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking indien sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening. Een schijnlening is een geldverstrekking welke juridisch als lening kwalificeert, maar waarbij materieel gezien is beoogd eigen vermogen te verstrekken. Een deelnemerschapslening is een lening die is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de verstrekking vergelijkbaar is met de verstrekking van eigen vermogen. Een bodemlozeputlening is een lening waarvan op voorhand duidelijk is dat deze niet (geheel) terugbetaald kan worden. Naast voorgenoemde her kwalificaties kan tevens worden gewezen op de onzakelijke lening. Bij de verstrekking van- en rentevergoedingen op een onzakelijke lening wordt voor de fiscaalrechtelijke gevolgen de civielrechtelijke vorm gevolgd, echter wordt de afwaardering van een onzakelijke lening geacht zich in de kapitaalsfeer af te spelen.

De totaalwinst wordt verdeeld over de jaren aan de hand van de jaarwinstregels volgens het goed koopmansgebruik. Doorgaans worden drie hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik onderscheiden, het realiteitsbeginsel, het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbegin sel. Bij het realiteitsbeginsel wordt de nadruk gelegd op de toerekening van inkomsten en uitgaven aan het jaar waarop deze daadwerkelijk betrekking hebben. Onder het voorzichtigheidsbeginsel worden winsten genomen wanneer deze gerealiseerd zijn en komen kosten in aftrek op het moment dat zij voorzienbaar zijn. Het eenvoudsbegin sel houdt in dat een systeem van winstbepaling hanteerbaar en controleerbaar dient te zijn.

De dga kan in de hoedanigheid van aandeelhouder, werknemer, debiteur en crediteur optreden jegens zijn BV. Als aandeelhouder wordt de dga in box 2 van de inkomstenbelasting belast over de uit zijn aandelen verkregen voordelen alsmede het behaalde voordeel bij vervreemding van de aandelen. Als bestuurder/werknemer wordt de dga in de loonbelasting belast voor het loon uit arbeid. Bij wetsfictie wordt een arbeidsbeloning in aanmerking genomen welke de gebruikelijke beloning voor de door de dga verrichte werkzaamheden benadert. Indien de dga geld uitleent aan zijn BV vormt dit een werkzaamheid voor de inkomstenbelasting, waardoor de rentevergoedingen bij de dga worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden. De heffingssystematiek over het resultaat uit overige werkzaamheden is nagenoeg gelijk aan heffingssystematiek over wuo. Aan geld lenen van de BV door de dga zijn in beginsel geen fiscale gevolgen verbonden, behoudens de heffing van vennootschapsbelasting over de rente-inkomsten bij de BV.

3. De rc-maatregel: een oplossing voor de onevenwichtige fiscale behandeling van ondernemers?

3.1. Inleiding

Na de afzonderlijke behandeling van de belastingheffing over ondernemingswinsten en inkomsten uit onderneming voor de IB-ondernemer en de dga in het vorige hoofdstuk, wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de onevenwichtigheden tussen beide. Tevens wordt onderzocht op welke wijze deze onevenwichtigheden in het systeem van de belastingheffing zijn geslopen, door uit te werken welke bepalingen de onevenwichtigheden veroorzaken en welke doelstelling deze bepalingen dienen. Ten slotte wordt onderzocht of, en in welke mate de onevenwichtigheden worden verholpen door de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Door de uitwerking van voorgenoemde onderdelen wordt getracht tot een antwoord te komen op de volgende deelvraag:

In hoeverre bestaat onevenwichtigheid in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga en wordt dit verholpen door de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap?

3.2. Verschillen in de belastingheffing van de IB-ondernemer en de dga

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga op vele vlakken verschillend is. In deze paragraaf worden de verschillen uitgewerkt, waarbij wordt getracht deze in categorieën te verdelen. De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap dient volgens de wetgever bijvoorbeeld ter bestrijding van uitstel van aanmerkelijkbelangheffing, hetgeen duidt op een timingsverschil. Teneinde de rc-maatregel - en eventuele alternatieve oplossingsmethoden in het volgende hoofdstuk - te toetsen wordt in deze paragraaf tevens aandacht besteed aan de achtergrond van de afwijkende fiscale behandeling. Het is immers van belang om te weten waarom de verschillen bestaan, alvorens hiervoor oplossingen aan te dragen.

3.2.1. De toerekening van vermogensbestanddelen

Een vermogensbestanddeel vormt ondernemingsvermogen van een IB-onderneming indien het door de ondernemer, aan de hand van de vermogensetiketteringsregels, wordt toegerekend aan de onderneming. Toepassing van de ondernemingsfictie van art. 2, lid 5 Wet VpB 1969 leidt ertoe dat al het vermogen van de BV ondernemingsvermogen vormt, waardoor bij de BV geen sprake is van vermogensetikettering. De dga heeft derhalve volledige vrijheid met betrekking tot de kwalificatie van een vermogensbestanddeel als privévermogen, door het bestanddeel in privé te houden, dan wel ondernemingsvermogen, door het bestanddeel aan te laten schaffen door de BV. Bijgevolg leiden de vermogensbestanddelen die onder de vermogensetiketteringsregels een verplichte kwalificatie als ondernemings- dan wel privévermogen kennen tot een afwijkende behandeling tussen de IB-onderneming en de BV.⁸³

Indien een voor privédoeleinden van de dga aangewend vermogensbestanddeel door de BV wordt gehouden, dient de dga volgens de totaalwinstregels een zakelijke vergoeding aan de BV te betalen ter zake van het privégebruik. Dit is vergelijkbaar met de situatie waarbij het bestanddeel eigendom is van een derde, alsdan zou de dga immers eenzelfde vergoeding moeten betalen. Hiermee wordt mijns inziens recht gedaan aan de zelfstandigheidsgedachte, waarbij de dga en de BV als afzonderlijke, zelfstandige subjecten worden behandeld.

Beleggingsvermogen van de IB-ondernemer vormt op grond van de vermogensetiketteringsregels doorgaans verplicht privévermogen. De dga heeft de ten aanzien van beleggingsvermogen de keuze om vermogensbestanddelen in privé dan wel in de BV te houden. De systematiek van belastingheffing over

⁸³ Opgemerkt zij dat de beperkte herzieningsmogelijkheid ter zake van de gekozen toerekening van keuzevermogen tevens leidt tot een verschil, aangezien de dga vrijstaat elk moment vermogen te onttrekken dan wel in te brengen in de BV.

in privé gehouden vermogen in box 3, een forfaitaire rendementsheffing, en de systematiek van belastingheffing over in de BV gehouden vermogensbestanddelen, vergelijkbaar met een vermogenswinstbelasting, verschilt. Vanwege deze discrepantie in de fiscale behandeling van beleggingsvermogen bestaat er een mogelijk verschil in de fiscale behandeling van dergelijke vermogensbestanddelen tussen de dga en de IB-ondernemer.

Daarnaast heeft de dga de mogelijkheid de financiering van privébeleggingen fiscaal te optimaliseren. In plaats van de beleggingen te financieren uit privégeden dan wel door uitkering van winstreserves uit de BV, kan de dga de beleggingen financieren door een lening af te sluiten bij zijn BV.⁸⁴ De IB-ondernemer heeft deze mogelijkheid niet, aangezien een schuldverhouding tussen de IB-ondernemer en zijn onderneming onbestaanbaar is.

Indien een voor de ondernemingsuitoefening in de BV aangewend vermogensbestanddeel door de dga in privé wordt gehouden, vormt het ter beschikking stellen van het vermogensbestanddeel een werkzaamheid in de zin van art. 3.92, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001. Zoals is besproken in het vorige hoofdstuk is de fiscale behandeling van het resultaat uit overige werkzaamheden nagenoeg gelijk aan de fiscale behandeling van de wuo, waardoor dergelijke vermogensbestanddelen niet leiden tot een afwijkende fiscale behandeling van de dga ten opzichte van de IB-ondernemer.

De in deze paragraaf besproken verschillen met betrekking tot de toerekening van vermogensbestanddelen zijn het gevolg van de ondernemingsfictie van art. 2, lid 5 Wet VpB 1969. Deze fictie leidt er immers toe dat bij de BV geen sprake is van vermogensetikettering. Uit de beslissingen in HR 17 december 1980, nr. 20 137, *BNB* 1981/29 en HR 7 juli 1982, nr. 20 655, *BNB* 1982/268c* blijkt dat uit de ondernemingsfictie voortvloeit dat lichamen waarop de fictie van toepassing is geen privévermogen kunnen hebben. Nooteboom meent dat dit ten doel heeft alle vermogensinkomsten van dergelijke lichamen te kunnen belasten met vennootschapsbelasting.⁸⁵ Mijns inziens wordt hiermee aangesloten bij de zelfstandigheidsgedachte, omdat de BV zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken voor zijn totale vermogen.

3.2.2. De componenten van de winst

Een onderneming is een organisatie van kapitaal en arbeid, waardoor de ondernemingswinst opgedeeld kan worden in een arbeids- en kapitaalcomponent. Vanuit een economisch standpunt geldt dat kapitaalinkomen lager belast dient te worden dan arbeidsinkomen, met name vanwege de grotere mate van kapitaalmobiliteit.⁸⁶

Het arbeidsinkomen van een werknemer-aanmerkelijkbelanghouder wordt ten minste gesteld op het gebruikelijke loon. Dit inkomen is aftrekbaar van de winst van de BV, waardoor dat onderdeel van de winst enkel bij de dga wordt belast. Over het door de dga genoten (gebruikelijke) loon wordt loonbelasting geheven. Het arbeidsinkomen van de IB-ondernemer wordt belast als wuo in box 1 van de inkomstenbelasting. De statutaire tarieven in box 1 en de loonbelasting zijn gelijk, echter wordt door toepassing van de voor de wuo geldende MKB-winstvrijstelling het arbeidsinkomen van de IB-ondernemer tegen een lager effectief tarief belast dan het arbeidsinkomen van de dga.⁸⁷ Bijgevolg wordt de IB-ondernemer ter zake van de arbeidscomponent van de winst op een fiscaal voordeligere manier behandeld dan de dga.⁸⁸

⁸⁴ Zie voor een enigszins gedateerde uitwerking van het mogelijke arbitragevoordeel T. Pistorius, 'Beleggen in BV of privé', *BB* 2003/02-02.

⁸⁵ Zie de noot van A. Nooteboom bij HR 26 mei 1982, nr. 21 143, *BNB* 1982/229*.

⁸⁶ Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 140, nr. 4 (Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel), p. 93.

⁸⁷ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de toepassing van de MKB-winstvrijstelling niet is beperkt tot het arbeidsinkomen van de IB-ondernemer, maar de totale belastbare winst uit onderneming verlaagt.

⁸⁸ Voor een gelijklopende conclusie zie E.J.W. Heithuis, 'Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting ...', *NTFR* 2010/1843.

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de MKB-winstvrijstelling ten doel heeft winstgevende ondernemingen te stimuleren.⁸⁹ In de literatuur wordt echter gesteld dat de MKB-winstvrijstelling is geïntroduceerd als tegenhanger van de verlaging van het vennootschapsbelastingtarief, teneinde het globale evenwicht in stand te houden.⁹⁰ De gelijktijdige introductie van de MKB-winstvrijstelling en de verlaging van het vennootschapsbelastingtarief alsmede de vorm van de MKB-winstvrijstelling, hetgeen in wezen gelijk is aan een tariefsverlaging, duidt er mijns inziens op dat de instandhouding van het globale evenwicht als voornaamste doelstelling van de MKB-winstvrijstelling kan worden gezien. De MKB-winstvrijstelling leidt echter, voor wat betreft de arbeidscomponent van de winst, tot verstoring van het evenwicht tussen de IB-ondernemer en de dga

De kapitaalcomponent van de winst wordt bij de BV belast met vennootschapsbelasting. Daarnaast wordt op het moment van uitkering van de winst door de BV, of bij vervreemding van de aandelen door de dga, inkomstenbelasting geheven bij de dga. Door inkomstenbelasting te heffen op het moment waarop het inkomen wordt gerealiseerd, wordt rekening gehouden met de kapitaalcomponent van de winst.⁹¹ De gecombineerde inkomsten- en vennootschapsbelastingdruk is lager dan de belastingdruk over het loon van de dga, hetgeen recht doet aan het uitgangspunt dat kapitaalinkomen lager belast dient te worden dan arbeidsinkomen. Bij de IB-ondernemer wordt geen rekening gehouden met de verschillende componenten van de winst, maar wordt de gehele winst direct belast met inkomstenbelasting. In het verleden is met de wijziging van de zelfstandigenaftrek getracht de winst van de IB-ondernemer als het ware te splitsen en daarmee recht te doen aan de verschillende componenten- en functies van de winst.⁹² De zelfstandigenaftrek, opgenomen in art. 3.76 Wet IB 2001, is een aftrek van een vast bedrag en een eventuele verhoogde aftrek voor startende ondernemers.⁹³ De zelfstandigenaftrek is dus een ongerichte faciliteit, waarvan de toepassing geenszins afhankelijk is van de verschillende componenten- of functies van het winstinkomen.

3.2.3. De functies van de winst

In de literatuur worden verschillende functies van het winstinkomen onderscheiden, te weten de consumptie-, investerings- en reserveringsfunctie.⁹⁴ Bij de belastingheffing over winstinkomen wordt rekening gehouden met de verschillende functies van de winst. Zo gelden in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting diverse investeringsaftrekfaciliteiten en reserveringsmogelijkheden, waardoor het voor investering of reservering bestemde deel van de winst fiscaal gunstig wordt behandeld. Het gedeelte van de winst wat wordt ingezet voor de investerings- of reserveringsfunctie blijft in de onderneming voor de financiering en continuïteit van de ondernemingsactiviteiten. Omdat de winst niet toekomt aan de ondernemer, maar wordt gebruikt voor ondernemingsactiviteiten, is directe inkomstenbelastingheffing hierover in mijn optiek niet op zijn plaats.

Essers meent dat directe inkomstenbelastingheffing slechts plaats dient te vinden over het inkomen dat voor consumptie wordt aangewend, omdat enkel dan sprake is van draagkrachtstijging.⁹⁵ Mijns inziens geldt de zienswijze van Essers slechts voor de kapitaalcomponent van het winstinkomen, over de beloning voor arbeid wordt immers altijd direct inkomstenbelasting geheven. Daarnaast kan worden gevraagd op welke wijze de overwinst in de belastingheffing moet worden betrokken. De overwinst is het gedeelte van de winst wat overblijft na consumptie, investering en reservering. Zowel in de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting bestaat het begrip overwinst niet in die zin dat de

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 9-10.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, 'Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting ...', *NtFR* 2010/1843.

⁹¹ Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 140, nr. 4 (Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel), p. 40.

⁹² *Kamerstukken II* 1983/84, 18 262, nr. 3, p. 8 alsmede *Kamerstukken II* 1982/83, 17 943, nr. 3.

⁹³ Volledigheidshalve zij gewezen op de in art. 3.78a Wet IB 2001 opgenomen, uiterst specifieke, startersaftrek bij arbeidsongeschiktheid, waarbij hogere aftrekbare bedragen gelden.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.

⁹⁵ P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', *WFR* 2019/187.

overwinst niet afzonderlijk wordt bepaald en belast. Onder de zienswijze van Essers blijft directe inkomstenbelastingheffing over de overwinst achterwege, aangezien de overwinst niet wordt aangewend voor consumptie. In mijn optiek is het, vanuit het draagkrachtbeginsel beredeneerd, niet van belang welke gedeelte van de winst daadwerkelijk wordt geconsumeerd, maar of de winst beschikbaar is voor consumptie. Directe inkomstenbelastingheffing dient naar mijn mening over zowel de overwinst als de voor consumptie aangewende winst plaats te vinden.

Over het winstinkomen van de dga wordt in beginsel inkomstenbelasting geheven op het moment van uitdeling van de winst door de BV of bij vervreemding van de aandelen in de BV. Het gedeelte van de winst wat wordt ingezet voor de investerings- en reserveringsfunctie wordt niet uitgekeerd, waardoor hierover enkel vennootschapsbelasting wordt geheven. De overwinst blijft buiten de heffing van inkomstenbelasting indien en voor zover het niet wordt uitgekeerd. Een dga heeft hierdoor de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen over winst die niet nodig is voor ondernemingsdoeleinden, hetgeen in mijn optiek niet wenselijk is. Daarnaast heeft de dga de mogelijkheid om winst zonder directe heffing van inkomstenbelasting te gebruiken voor consumptie, door te lenen van zijn BV. Dergelijke schulden bij de eigen BV passen niet in de visie dat het voor consumptieve doeleinden aangewende deel van de winst direct in de inkomstenbelastingheffing moet worden betrokken.

Bij de IB-ondernemer wordt de winst integraal belast in box 1 van de inkomstenbelasting. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat met de zelfstandigenaftrek wordt getracht recht te doen aan de verschillende functies van de winst.⁹⁶ De zelfstandigenaftrek is echter een ongerichte faciliteit, waarvan de toepassing geenszins afhankelijk is van de verschillende functies van het winstinkomen. Bijgevolg wordt bij de IB-ondernemer enkel met de wettelijke investerings- en reserveringsfaciliteiten rekening gehouden met de verschillende functies van de winst.

3.2.4. De mogelijkheid belastingheffing uit te stellen

De jaarwinstbepaling in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is nagenoeg gelijk, waardoor de timing van belastingheffing over de ondernemingswinst bij de BV en de IB-ondernemer in beginsel in evenwicht is. De vennootschapsbelasting is echter slechts een gematigde heffing over de ondernemingswinst, welke in combinatie met de aanmerkelijkbelangheffing ongeveer een gelijke belastingdruk oplevert als de belastingdruk op ondernemingswinst van de IB-ondernemer. De aanmerkelijkbelangheffing vindt plaats op het moment van uitkering van de winst door de BV, waardoor de dga de mogelijkheid heeft de belastingheffing over het inkomen uit onderneming gedeeltelijk uit te stellen.

Wanneer de dga de in de BV aanwezige, voor uitkering beschikbare gelden niet nodig heeft in privé zal hij doorgaans niet overgaan tot uitkering hiervan. Daardoor blijft de aanmerkelijkbelangheffing immers (voorlopig) achterwege. Vergeleken met de IB-ondernemer leidt deze winstoppotting in de BV tot twee voordelen, namelijk uitstel van heffing over ondernemingsinkomen en een lagere heffingsgrondslag in box 3. Vanuit de zelfstandigheidsgedachte kan worden beredeneerd dat aansluiting bij het tijdstip van uitkering van de winst voor het moment van heffing bij de dga en het niet opnemen van de in de BV opgepotte gelden in de heffingsgrondslag van box 3 op zijn plaats is. Indien gelden niet worden uitgekeerd maken deze immers onderdeel uit van het risicodragende kapitaal van de BV, waardoor geen sprake is van inkomen en vermogen van de dga.

Het behandelen van de dga en de BV als zelfstandige subjecten houdt tevens in dat de dga gelden kan lenen van de BV. Behoudens in geval van fiscale herkwalficatie van de lening, leidt dit niet tot aanmerkelijkbelangheffing.

De dga kan op verschillende manieren in privé beschikken over het geld uit zijn BV, onder andere door uitkering van dividend, verkoop van de aandelen, terugbetaling van op aandelen gestort kapitaal en door een lening af te sluiten bij de BV. Slechts de laatste twee leiden in beginsel niet tot

⁹⁶ *Kamerstukken II 1983/84, 18 262, nr. 3, p. 8 alsmede Kamerstukken II 1982/83, 17 943, nr. 3, p. 1.*

aanmerkelijkbelangheffing, waarbij de terugbetaling van op aandelen gestort kapitaal fiscaal veelal niet mogelijk is omdat dit slechts kan tot een bedrag gelijk aan de verkrijgingsprijs. Het vorenstaande in overweging nemende kan mijns inziens worden geconcludeerd dat het lenen bij de eigen BV leidt tot uitstel van aanmerkelijkbelangheffing.

Naast voorgenoemde mogelijkheden voor de dga om te beschikken over gelden uit zijn BV, kan tevens worden gekozen om het benodigde geld te lenen van een derde partij. In geval van financiering van beleggingen kan ten slotte worden gekozen om niet in privé te beleggen, maar de beleggingen in de BV te doen. Naar mijn mening is enkel sprake van uitstel van aanmerkelijkbelangheffing meer dan door winstoppotting in de BV, wanneer gelden worden geleend van de BV in plaats van deze uit te keren dan wel aandelen te verkopen. De wijze waarop financiering plaatsvindt indien lenen van de eigen BV niet mogelijk is, is mijns inziens met name afhankelijk van de aanwending van de geleende gelden. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën leningen bij de eigen BV: de eigenwoningleningen, de leningen voor privébeleggingen en de consumptieve leningen.⁹⁷

3.2.4.1. Consumptieve leningen

Met name de consumptieve leningen bij de eigen BV leiden tot een risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing. Over consumptieve leningen bij de bank wordt een relatief hoog rentepercentage berekend, terwijl over de voor consumptie aangewende gelden geen rendement wordt behaald. Hierdoor is het doorgaans niet aantrekkelijk consumptie te financieren met een dergelijke lening. Bijgevolg zou, zonder de mogelijkheid een lening af te sluiten bij de eigen BV, de consumptie veelal worden gefinancierd door gelden te onttrekken aan de BV. Het risico dat aan consumptieve schulden bij de eigen BV uitstel van aanmerkelijkbelangheffing ten grondslag ligt is derhalve groot.

3.2.4.2. Leningen voor privébeleggingen

Bij leningen voor privébeleggingen alsook eigenwoningleningen ligt mijns inziens met name een rendementsvraagstuk aan de financieringskeuze ten grondslag. Teneinde het risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing bij leningen voor privébeleggingen te beoordelen moet worden onderzocht op welke wijze zou zijn belegd wanneer lenen van de eigen vennootschap niet mogelijk zou zijn. In mijn optiek kan de belegging in dat geval op drie manieren worden gedaan, in de BV, in privé gefinancierd door middel van uitkering van dividend dan wel met de verkoop van aandelen of in privé gefinancierd met een lening bij de bank.

Wanneer vanuit de BV wordt belegd, wordt het werkelijke op de beleggingen behaalde rendement belast, hetgeen nadelig is bij beleggingen waarop een hoog rendement wordt behaald. Belegging in privé gefinancierd door middel van uitkering van dividend leidt ertoe dat als gevolg van de aanmerkelijkbelangheffing minder kan worden belegd en jaarlijks tevens box 3 heffing is verschuldigd over de beleggingen. Voor beleggingen met een hoog rendement is financiering door middel van een dividenduitkering nadelig vanwege het gemiste rendement over de betaalde belasting, terwijl voor beleggingen met een laag rendement de box 3 heffing nadelig is. Bij belegging in privé gefinancierd met een lening bij de bank dient rente over de lening te worden betaald. De rentekosten van de lening leiden bij beleggingen waarop een laag rendement wordt behaald tot een nadelig effect, omdat dit een relatief grote impact heeft op het nettorendement. Een en ander in aanmerking nemende kan worden geconcludeerd dat financiering van beleggingen door middel van een dividenduitkering veelal niet de meest voordelige wijze van belegging is, waardoor het risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing bij leningen van de eigen BV voor privébeleggingen beperkt is.

3.2.4.3. Eigenwoningleningen

De fiscale behandeling van de eigen woning en eigenwoningleningen leidt ertoe dat voor eigenwoningleningen bij de eigen BV het risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing afwijkt van dat voor leningen bij de eigen BV voor privébeleggingen. Allereerst zij opgemerkt dat onder de huidige wetgeving een eigenwoninglening bij de eigen BV op zichzelf reeds een fiscaal voordeel met zich

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld M.F. van Brummen & M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', *WFR* 2019/59.

brengt. De rentevergoeding is bij de dga namelijk aftrekbaar in box 1 tegen een hoger tarief dan de gecombineerde vennootschapsbelasting en box 2 druk.⁹⁸ Het feit dat een IB-ondernemer niet de mogelijkheid heeft een eigenwoninglening af te sluiten bij zijn onderneming, in tegenstelling tot de dga bij zijn BV, leidt op zichzelf tot een onevenwichtige behandeling tussen beide. Het voordeel van de hypotheekrenteaftrek wordt momenteel afgebouwd, vanaf 2023 is het tarief waartegen de rente kan worden afgetrokken lager dan de gecombineerde vennootschapsbelasting en box 2 druk.⁹⁹

Voor de vaststelling van het risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing bij eigenwoningleningen van de eigen BV zal worden uitgegaan van de situatie vanaf 2023, wanneer de eigenwoninglening bij de eigen BV op zichzelf geen fiscaal voordeel meer oplevert. Allereerst zij opgemerkt dat een dga nimmer vanuit de BV een eigen woning zal aankopen, aangezien de waardeaan groei van de eigen woning in de BV wordt belast en in privé nagenoeg onbelast blijft.¹⁰⁰ De keuze tussen financiering van de eigen woning met een lening bij de eigen BV dan wel financiering door middel van een dividenduitkering is, naast het uitstelvoordeel, afhankelijk van het nettorendement van beide financieringskeuzes. Bij financiering door middel van een dividenduitkering zijn de in aanmerking te nemen positieve inkomsten uit eigen woning verwaarloosbaar.¹⁰¹ Bij financiering met een lening bij de eigen BV is de rente op een eigenwoninglening, voor zover dit de inkomsten uit eigen woning overschrijdt, tegen nagenoeg hetzelfde tarief aftrekbaar in box 1 als waarmee de renteopbrengsten worden belast. Bijgevolg wordt keuze tussen financiering met een lening of door middel van een dividenduitkering enkel beïnvloed door de aanmerkelijkbelangheffing. Het voordeel van het achterwege blijven van de aanmerkelijkbelangheffing bij financiering van de woning met een lening in plaats van een dividenduitkering is tweeledig. Ten eerste het voordeel van latere heffing, hetgeen in mijn optiek als puur uitstelvoordeel kan worden gezien, en ten tweede het voordeel dat meer kan worden geïnvesteerd in de eigen woning, waardoor tevens meer rendement kan worden behaald. Dit tweede voordeel kan naar mijn mening niet worden bestempeld als uitstelvoordeel, maar als voordeel van financiering met een lening in plaats van met een dividenduitkering. Met een lening bij de bank zou immers hetzelfde voordeel kunnen worden behaald, zij het dat in dat geval de rentebetalingen volledig ‘verloren gaan’. In afwezigheid van het pure uitstelvoordeel zou financiering van de eigen woning nog steeds plaatsvinden door middel van een lening bij de eigen BV, omdat hiermee een hoger nettorendement kan worden behaald. Bijgevolg kan mijns inziens worden gesteld dat aan eigenwoningleningen bij de eigen BV geen, of ten minste niet enkel uitstel van belastingheffing ten grondslag ligt.

De verschillende mogelijkheden tot uitstel van aanmerkelijkbelangheffing zijn het gevolg van de aansluiting bij de civielrechtelijke zelfstandigheidsgedachte en worden veroorzaakt door de ondernemingsfictie in de vennootschapsbelasting. Onder de vermogensetiketteringsregels vormen zowel overvloedige liquide middelen als niet uit de ondernemingsuitoefening voortvloeiende vorderingen namelijk verplicht privévermogen.

3.3. De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap is geïntroduceerd teneinde het uitstellen van belastingheffing als gevolg van het lenen bij de eigen vennootschap aan banden te leggen.¹⁰² Met de voorgestelde Wet wordt derhalve beoogd een enkel voor de dga geldend specifiek fiscaal voordeel weg

⁹⁸ Aangenomen dat de dga de hypotheekrente aftrekt in de hoogste tariefschijf van box 1 en de rentebaten bij de BV worden belast tegen het 15% tarief.

⁹⁹ De gecombineerde vennootschapsbelasting en box 2 druk bedraagt $1 - 0,85 * 0,731 = 37,865\%$ en vanaf 2023 bedraagt het tarief waartegen de rente kan worden afgetrokken 36,95% blijkens *Kamerstukken I* 2017/18, 34 785, nr. D, p. 34.

¹⁰⁰ Slechts het uitzonderlijk lage eigenwoningforfait wordt in box 1 als inkomsten uit eigen woning in aanmerking genomen.

¹⁰¹ Door toepassing van art. 3.123a Wet IB 2001 bedragen de positieve inkomsten uit eigen woning maximaal 90% van het al lage eigenwoningforfait.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 2.

te nemen. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan verschillende aspecten van de voorgestelde wet. Allereerst komt de werking van de voorgestelde wetswijziging aan bod. Vervolgens wordt de doelstelling hiervan beschouwd en aan de hand van de toetsingscriteria wordt ten slotte getoetst in hoeverre de wetswijziging aansluit bij de beoogde doelstelling.

3.3.1. Werking van de maatregel in hoofdlijnen¹⁰³

De hoofdregel van de maatregel wordt opgenomen in art. 4.13, eerste lid, onderdeel f Wet IB 2001, waarin wordt bepaald dat over het bovenmatige deel van de schulden van een aanmerkelijkbelanghouder, zijn partner of beiden tezamen aan vennootschappen waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden een fictief regulier voordeel wordt genomen. Het bovenmatige deel van de schulden is gedefinieerd in het voorgestelde art. 4.14a Wet IB 2001. Op grond van het eerste lid van art. 4.14a Wet IB 2001 wordt een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen over de totale som van schulden voor zover deze het maximumbedrag overschrijden en een negatief fictief regulier voordeel voor zover de totale som van schulden lager is dan dit maximumbedrag met als voorwaarde dat dit bedrag eerder als fictief regulier voordeel of vergelijkbare buitenlandse regeling in de heffing is betrokken en over dit bedrag niet eerder een negatief regulier voordeel in aanmerking is genomen. Het maximumbedrag is gedefinieerd in het tweede lid van art. 4.14a Wet IB 2001 en bedraagt initieel € 500.000, welk bedrag wordt opgehoogd met eerder in aanmerking genomen fictieve reguliere voordelen of bedragen die in aanmerking zijn genomen op grond van een vergelijkbare buitenlandse regeling en verlaagd met de in aanmerking genomen negatieve fictieve reguliere voordelen.

Een fictief regulier voordeel wordt op grond van het voorgestelde art. 4.14b, lid 1 Wet IB 2001 tevens in aanmerking genomen indien de som van de schulden van een met de aanmerkelijkbelanghouder verbonden persoon aan vennootschappen waarin de verbonden persoon geen aanmerkelijk belang houdt het maximumbedrag van € 500.000 te boven gaat. De ‘drempel’ van € 500.000 geldt voor elk verbonden persoon afzonderlijk en het meerdere wordt bij de aanmerkelijkbelanghouder als fictief regulier voordeel in aanmerking genomen.¹⁰⁴

De som van schulden wordt op grond van het voorgestelde art. 4.14a, lid 4 Wet IB 2001 aan het einde van het kalenderjaar vastgesteld op de nominale waarde van de schulden. Het begrip schulden betreft de civielrechtelijke schulden.¹⁰⁵ Onder het begrip schulden vallen niet de fiscaalrechtelijke herkwalficaties van civielrechtelijke schulden, deze worden immers voor toepassing van de fiscale wetgeving als eigen vermogen gezien, en eigenwoningleningen welke op grond van het voorgestelde art. 4.14a, lid 1 Wet IB 2001 worden uitgesloten voor zover ter zake van die schuld een recht van hypotheek is verstrekt. De voorgestelde Wet sluit aan bij de schulden die de aanmerkelijkbelanghouder en de verbonden personen *rechtens dan wel in feite direct of indirect* hebben bij de vennootschappen, waarmee wordt voorkomen dat door leningen te structureren toepassing van de maatregel wordt ontweken. In de parlementaire behandeling worden als voorbeelden ‘back-to-back’-situaties, het lenen van een bank terwijl de BV op alle punten garant staat en de situatie dat de BV een bankdeposito heeft en de bank het geld onder min of meer dezelfde voorwaarden doorleent aan de aanmerkelijkbelanghouder genoemd.¹⁰⁶

De toepassing van de voorgestelde wet heeft enkel betrekking op het inkomen uit aanmerkelijk belang en werkt niet door naar andere fiscale wet- en regelgeving.¹⁰⁷

Bij immigratie wordt op grond van art. 4.14c Wet IB 2001 het maximumbedrag gesteld op € 500.000 of het hogere saldo aan relevante schulden op moment van immigratie. Bij emigratie wordt op grond van art. 4.14d Wet IB 2001 het eerder in aanmerking genomen fictieve regulier voordeel in mindering

¹⁰³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 2.

¹⁰⁴ Dit is nogmaals bevestigd in *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 7, p. 33.

¹⁰⁵ Dit begrip is heel ruim geformuleerd blijktens *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, p. 8-9.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, p. 19-20 en *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 7, p. 25-26.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, p. 7.

gebracht op het vervreemdingsvoordeel in de conserverende aanslag voor zover dit niet leidt tot een negatief vervreemdingsvoordeel, waardoor het door emigratie ontstane, negatieve reguliere voordeel niet leidt tot directe teruggaaf van belasting, maar slechts tot vermindering van de conserverende aanslag.

Het voorgestelde art. 25c IW 1990 regelt de invorderingsproblematiek met betrekking tot het fictieve reguliere voordeel bij geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouders. In het eerste lid is geregeld dat invordering van de conserverende aanslag plaatsvindt over het bedrag dat in een zuiver binnenlandse situatie als fictief regulier voordeel in aanmerking zou zijn genomen, verminderd met de eventueel in Nederland verschuldigde belasting over betreffend fictief regulier voordeel en de eventueel in het buitenland geheven vergelijkbare belasting. In het tweede lid is een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtigen opgenomen, zodat een buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder de schuld aan de vennootschap kan aflossen door middel van een dividenduitkering, zonder dat deze rechtshandeling leidt tot invordering van de conserverende aanslag. Deze tegenbewijsmogelijkheid geldt alleen voor zover over de af te lossen schulden een negatief fictief regulier voordeel bij emigratie is genomen.

3.3.2. Doelstelling en toetsing van de maatregel

Uit de memorie van toelichting van het wetsvoorstel kunnen twee doelstellingen worden afgeleid, namelijk het ontmoedigen van excessief lenen en het tegengaan van belastingontwijking, door uit- en afstel van de belastingheffing. Evenals Wijtvlit ben ik van mening dat het tegengaan van belastingontwijking als primaire doelstelling moet worden gezien,¹⁰⁸ mijns inziens is het ontmoedigen van excessief lenen namelijk het middel waarmee wordt getracht dit doel te bereiken.

Blijkens de memorie van toelichting wordt met uit- en afstel van belastingheffing gedoeld op het lenen van de eigen vennootschap in plaats van het uit keren van dividend of genieten van meer loon.¹⁰⁹ De lening leidt in beginsel, in tegenstelling tot het uitkeren van dividend of het genieten van loon, niet tot directe belastingheffing. Het feit dat de aanmerkelijkbelanghouder beschikt over gelden uit zijn BV, zonder dat daarover belasting is geheven, ziet het kabinet als uitstellen van belastingheffing. Belastingafstel doet zich volgens het kabinet voor wanneer de BV failliet gaat en de aanmerkelijkbelanghouder onvoldoende middelen heeft om de belasting over de als liquidatie-uitkering verkregen vordering te betalen.

Een argument van het kabinet voor de rc-maatregel welke in de memorie van toelichting wordt genoemd is dat de invoering hiervan ertoe leidt dat arbeidsintensieve discussies omtrent de zakelijkheid van een lening bij de eigen vennootschap en de mogelijke fiscaalrechtelijke her kwalificatie van deze lening over schuldverhoudingen van meer dan € 500.000 niet meer hoeven worden gevoerd.¹¹⁰

In de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap blijkt dat de doelstelling, het tegengaan van belastingontwijking, breder is dan enkel uit- en afstel van belastingheffing.¹¹¹ De situatie waarbij een aanmerkelijkbelanghouder box 3 heffing ontgaat door privévermogen in te brengen in de BV en deze gelden vervolgens van de BV leent wordt tevens door de rc-maatregel bestreden, zo meent het kabinet.

De doelstelling van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap is het tegengaan van zowel uitstel als afstel van belastingheffing over dividend en loon. Daarnaast gelden de vermindering van arbeidsintensieve discussies voor schuldverhoudingen van meer dan € 500.000 en het voorkomen van het ontgaan van box 3 heffing als argumenten voor de gekozen systematiek. In de komende

¹⁰⁸ L.W.D. Wijtvlit, ‘‘Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet.’ Gedachten over de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap’, *FED* 2019/80.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 5-6.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 6-7.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 7, p. 2-4.

deelparagrafen vindt toetsing van het wetsvoorstel op het gebied van doeltreffendheid, doelmatigheid, uitvoerbaarheid, verdragsrechtelijke toepasbaarheid en Europeesrechtelijke toepasbaarheid plaats.

3.3.2.1. Doeltreffendheid

De doeltreffendheid of effectiviteit is de mate waarin het beoogde doel wordt behaald. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel gaat het kabinet niet in op de doeltreffendheid van de maatregel, maar wordt slechts een schatting gemaakt van het aantal aanmerkelijkbelanghuishoudens die door de maatregel worden geraakt en de omvang van de schulden waarop de maatregel van toepassing is.¹¹² In de nota naar aanleiding van het verslag stelt het kabinet slechts dat het beoogde doel bij excessief lenen bij de eigen vennootschap direct met de maatregel wordt behaald, echter wordt deze stelling niet verder onderbouwd.¹¹³

Uitstel van aanmerkelijkbelangheffing door het lenen van de eigen vennootschap doet zich voor wanneer een aanmerkelijkbelanghouder gelden van de BV leent in plaats van deze uit te keren. Zoals reeds in paragraaf 3.2.4. is beargumenteerd, leiden doorgaans enkel consumptieve leningen bij de eigen vennootschap tot uitstel van aanmerkelijkbelangheffing, de andere leningen bij de eigen vennootschap brengen slechts een beperkt risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing met zich. Door het toepassingsbereik van de voorgestelde Wet te beperken tot consumptieve schulden kan mijns inziens de uitstelproblematiek gerichter worden bestreden. Voor het begrip consumptieve schulden kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij ongedekte- dan wel in onvoldoende mate gedekte schulden,¹¹⁴ zodat uitvoeringstechnische problemen worden geminimaliseerd.

Toepassing van het wetsvoorstel leidt ertoe dat uitstel van aanmerkelijkbelangheffing voor het bovenmatige deel van schulden wordt bestreden, eigenwoningsschulden uitgezonderd. Voor het niet-bovenmatige deel van de schulden blijft de uitstelmogelijkheid bestaan. Hierdoor is de maatregel slechts beperkt doeltreffend. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt geschat dat ca. 13% van de aanmerkelijkbelanghuishoudens met schulden bij de eigen vennootschap andere dan eigenwoningsschulden door het wetsvoorstel worden geraakt.¹¹⁵ De overige 87% kunnen met leningen bij de eigen vennootschap evengoed aanmerkelijkbelangheffing uitstellen, maar worden niet geraakt door de maatregel omdat zij geen ‘excessieve’ schulden hebben.

Het maximumbedrag aan schulden van € 500.000 geldt voor de aanmerkelijkbelanghouder (tezamen met diens partner) en alle verbonden personen afzonderlijk. Het verstrekken van leningen aan verbonden personen kan een stapeling van maximumbedragen inhouden,¹¹⁶ waardoor over een groter bedrag uitstel van aanmerkelijkbelangheffing kan plaatsvinden. Om dit duidelijk te maken neemt Wijtvlit een aanmerkelijkbelanghouder met drie kinderen als voorbeeld, de BV kan in dat geval aan de aanmerkelijkbelanghouder en aan elk kind € 500.000 uitlenen, een totaalbedrag van € 2.000.000, zonder dat de maatregel van toepassing is.¹¹⁷ Onder de verbonden personen vallen blijkens het voorgestelde art. 4.14b, lid 1 Wet IB 2001 tevens de schoonkinderen van de aanmerkelijkbelanghouder en van zijn partner. In tegenstelling tot de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder en zijn partner worden de schulden van de (stief)kinderen van de aanmerkelijkbelanghouder en de schulden van de partners van die (stief)kinderen niet samengeteld voor toepassing van de maatregel.¹¹⁸ Zowel de (stief)kinderen van de aanmerkelijkbelanghouder als hun partners kunnen derhalve allen € 500.000 lenen van de BV zonder door de maatregel te worden geraakt. Om op het voorbeeld van Wijtvlit door te gaan: wanneer alle kinderen van de aanmerkelijkbelanghouder een partner hebben kan € 3.500.000 uitgeleend worden zonder dat de maatregel van toepassing is. In het geval dat de partner van de aanmerkelijkbelanghouder

¹¹² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 4-5.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 7, p. 15-16.

¹¹⁴ Door bijvoorbeeld een bepaalde loan-to-value eis te stellen.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 4-5.

¹¹⁶ L.W.D. Wijtvlit, ‘‘Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet.’ Gedachten over de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap’, *FED* 2019/80, par. 2.3.6.

¹¹⁷ Zie vorige voetnoot.

¹¹⁸ NOB-commentaar Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, *nob.net*, p. 22.

reeds uit een eerder huwelijk kinderen heeft, en ook zij partners hebben, kan zelfs nog meer worden uitgeleend zonder door de maatregel te worden geraakt! De mogelijkheid maximumbedragen te stapelen tast de doeltreffendheid van de maatregel aanzienlijk aan. Hierdoor kan immers een groter bedrag worden geleend van de BV zonder dat de maatregel van toepassing is, waardoor over een groter bedrag belastinguitstel mogelijk is. Teneinde de doeltreffendheid van de voorgestelde Wet te verbeteren kan worden gekozen het maximumbedrag van € 500.000 te verlagen, immers is het uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing niet gebonden aan een bepaald excessief bedrag alsmede om het maximumbedrag voor de aanmerkelijkbelanghouder en alle verbonden personen tezamen te laten gelden.

Alhoewel de doelstelling van de maatregel het tegengaan van belastinguitstel door het lenen van de eigen vennootschap is, is deze van toepassing op alle schulden, behoudens eigenwoningschulden, van aanmerkelijkbelanghouders aan eigen vennootschappen, ongeacht of aan de schulden daadwerkelijk belastinguitstel ten grondslag ligt. In mijn optiek is het toepassingsbereik van de voorgestelde maatregel op verschillende onderdelen te breed, waardoor de maatregel zijn doel voorbijgaat.

Ten eerste wordt aangesloten bij het aanmerkelijkbelangcriterium, hetgeen kortgezegd een aandelenbelang van 5% of meer betreft. Aanmerkelijkbelanghouders met een relatief klein aandelenbelang hebben zeer beperkte zeggenschap over de besluitvorming van de BV. Hierdoor hebben deze aanmerkelijkbelanghouders geen beschikkingsmacht over het vermogen van de BV en hebben zij niet de mogelijkheid om aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen door het structureren van transacties tussen hen en de BV.¹¹⁹ Door de toepassing van de maatregel te beperken tot aandeelhouders met overheersende zeggenschap in de BV worden enkel de aandeelhouders geraakt die daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om belastingheffing uit te stellen door te lenen van de BV, terwijl de uitvoeringskosten hierdoor niet of nauwelijks toenemen. Het criterium van overheersende zeggenschap wordt immers reeds in verschillende bepalingen gehanteerd en is vrij gemakkelijk te bepalen.

Ten tweede wordt voor de toepassing van de maatregel, afgezien van de eigenwoningschulden, geen onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten schulden en voorziet de maatregel niet in een tegenbewijsmogelijkheid voor ‘zakelijke’ schulden. Bijgevolg is de maatregel tevens van toepassing op leningen waaraan doorgaans geen belastinguitstel ten grondslag ligt, zoals leningen voor privébeleggingen, alsook leningen die onmogelijk tot belastinguitstel kunnen leiden, hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij het terug lenen van gestort kapitaal.

Doordat ook ‘zakelijke’ schulden onder de reikwijdte van de maatregel vallen, wordt externe financiering in de hand gewerkt. Dit effect wordt versterkt doordat de toepassing van de maatregel strikter is voor schulden bij de eigen BV dan voor schulden bij een derde. Alle schulden bij de eigen BV, met uitzondering van eigenwoningschulden, vallen namelijk onder de reikwijdte van de maatregel, terwijl bijvoorbeeld een garantstelling door de BV voor een lening van de aanmerkelijkbelanghouder bij de bank niet onder het toepassingsbereik van de maatregel valt indien de garantstelling enkel leidt tot gunstigere leningsvoorwaarden en de aanmerkelijkbelanghouder ook zonder garantstelling kon lenen bij de bank.¹²⁰ Een benadering zoals die voor garantstellingen kan in mijn optiek eveneens gehanteerd worden voor leningen bij de eigen BV, namelijk een lening bij de eigen BV valt niet onder de maatregel wanneer de dga op eigen kracht had kunnen lenen bij een bank. Toezichthouden op leningen bij de eigen BV is voor de belastinginspecteur makkelijker dan toezichthouden op garantstellingen van de BV voor een lening van de dga bij de bank, een garantstelling staat namelijk, in tegenstelling tot een vordering, niet op de balans van de BV.¹²¹

¹¹⁹ Zie in gelijke zin M.F. van Brummen & M. Tydeman-Yousef, ‘Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel’, *WFR* 2019/59 en A.J.M. Arends, ‘Dwingt excessief lenen bij de BV tot excessieve wetgeving?’, *WPNR* 2019/7249.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 14.

¹²¹ J.J.C. Peters & X.G.R. Auerbach, ‘De rekening-courantmaatregel? Noodweerecces? Excessief!’, *FTV* 2019/3-10.

Afstel van aanmerkelijkbelangheffing door het lenen van de eigen vennootschap doet zich blijkens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor indien de vennootschap failliet gaat en de aanmerkelijkbelanghouder onvoldoende middelen heeft om de schuld af te lossen.¹²² Boer en Heithuis stellen, in mijn optiek terecht, dat in de geschetste situatie niet kan worden gesproken over afstel van belastingheffing.¹²³ Indien de aanmerkelijkbelanghouder persoonlijk failliet is en de schuld niet kan aflossen, is de vordering van de BV reeds op een eerder moment afgewaardeerd. De afwaardering van de vordering door de BV leidt enkel tot een onbelaste vermogensverschuiving naar de debiteur wanneer zich een normaal debiteurenrisico voordoet. Alhoewel in dat geval sprake is van een onbelaste vermogensverschuiving kan niet worden gesproken over afstel van heffing, omdat een belastbaar feit ontbreekt. Daarnaast is de aanmerkelijkbelanghouder in de geschetste situatie failliet, waardoor het bestrijden hiervan in mijn optiek overbodig is aangezien van misbruik of belastingontwijking geen sprake kan zijn. Een aanmerkelijkbelanghouder zal immers nimmer moedwillig failliet gaan om aanmerkelijkbelangheffing te voorkomen.

Uitstel en afstel van loonbelasting door het lenen van de eigen vennootschap is mijns inziens niet aan de orde. Een dga wordt door de gebruikelijkloonregeling geacht minimaal het loon te genieten wat voor zijn dienstbetrekking gebruikelijk is. Het in aanmerking nemen van een hoger loon dan het gebruikelijke loon is fiscaal minder voordelig dan het uitkeren van dividend. Daarnaast benadert het in aanmerking te nemen gebruikelijke loon de zakelijke vergoeding voor de verrichtte arbeid en wordt op grond van de totaalwinstregels slechts een zakelijke vergoeding in aanmerking genomen. Bijgevolg is uit- en afstel van loonbelasting onaannemelijk.

Wat betreft het tegengaan van arbeidsintensieve discussies kan worden gewezen op de opmerking in de Memorie van Toelichting dat de bestaande jurisprudentie op alle schulden van toepassing blijft.¹²⁴ In theorie zullen de discussies slechts afnemen indien de maatregel daadwerkelijk de door het kabinet beoogde ‘preventieve werking’ zal hebben.¹²⁵ In dat geval neemt het aantal schulden aan de eigen BV af, waardoor minder schulden aan de jurisprudentie hoeven te worden getoetst. Het is echter de vraag in hoeverre de maatregel een preventieve werking heeft. Mijns inziens geldt deze preventieve werking enkel voor aanmerkelijkbelanghouders die voldoende privémiddelen bezitten om de schulden af te lossen, aangezien de box 2 heffing over het fictieve reguliere voordeel in dat geval wordt voorkomen, en aanmerkelijkbelanghouders met ongedekte schulden, aangezien het enige voordeel van ongedekte schulden bij de eigen BV - uitstel van aanmerkelijkbelangheffing - door de maatregel verloren gaat en de nadelige rentekosten door aflossing worden voorkomen. Voor de andere aanmerkelijkbelanghouders geldt dat zowel de aflossing door middel van een dividenduitkering als het niet aflossen waardoor een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen leiden tot aanmerkelijkbelangheffing, maar bij latere aflossing kan een negatief regulier voordeel in aanmerking worden genomen, hetgeen een fiscaal voordeel inhoudt.

In de praktijk zal door de maatregel het belang van de discussies omtrent fiscaalrechtelijke herkwalificatie van excessieve schulden afnemen, omdat ongeacht de uitkomst van de discussie aanmerkelijkbelangheffing plaatsvindt, over een regulier voordeel respectievelijk een fictief regulier voordeel. In mijn optiek gaat de stelling van het kabinet dat discussies over de excessieve schulden niet meer gevoerd hoeven te worden te ver,¹²⁶ wel is het aannemelijk dat deze discussies in mindere mate voor zullen komen. Vanuit de uitvoeringskant bezien is het belang bij de discussies voor de schulden niet door de maatregel worden geraakt vrij klein, het betreft immers – om in de woorden van de minister te spreken - ‘niet-excessieve’ schulden. Hierover schrijft Heithuis het volgende: “De praktijk zal natuurlijk worden dat tot € 500.000 er geen haan (lees: belastinginspecteur) meer naar zal kraaien (en uiteraard zal en kan het kabinet dit niet toegeven).”¹²⁷ Deze stelling gaat in mijn optiek vrij ver, maar

¹²² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 5-6.

¹²³ J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, ‘De nationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen van de eigen vennootschap’, *WFR* 2020/170, par. 2.2.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 5-7.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 2.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 7.

¹²⁷ E.J.W. Heithuis, ‘Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen bv’, *NTFR* 2019/1020.

het relatief kleine belang bij het al dan niet herkwalficeren van deze schulden kan mogelijk leiden tot minder arbeidsintensieve discussies.

Samenvattend is de maatregel puur theoretisch gezien slechts beperkt doeltreffend ten aanzien van het doel arbeidsintensieve discussies tegen te gaan. Doordat de belangen bij de uitkomst van de discussie minder groot zijn, is de maatregel in de praktijk op dit punt wellicht wel doeltreffend. Ten aanzien van deze doelstelling kan met een verlaging van het maximumbedrag aan schulden overigens aan doeltreffendheid worden gewonnen, aangezien daarmee tevens de belangen bij de uitkomst van de discussie worden verminderd.

De doelstelling om het ontgaan van box 3 heffing, door het storten van vermogen in een BV en dit vervolgens terug te lenen van de BV, tegen te gaan wordt niet direct behaald met de maatregel. Het excessieve gedeelte van de schuld wordt door de maatregel belast als fictief regulier voordeel, maar de lening blijft voor box 3 bestaan.¹²⁸ De maatregel leidt derhalve niet tot een hogere box 3 grondslag. Het is evenwel de vraag de constructie in de praktijk nog toegepast zal worden, vanwege de relatief hoge heffing over excessieve schulden. Desalniettemin is naar mijn mening het belasten van het excessieve gedeelte van de schulden als fictief regulier voordeel geen juist uitgangspunt om dergelijke constructies te bestrijden, immers rust op het vermogen geen latente box 2 claim. Alhoewel met de constructie box 3 heffing wordt voorkomen, dient de dga onder de huidige fiscale wet- en regelgeving een zakelijke rentevergoeding aan de BV te betalen. De rente wordt belast met vennootschapsbelasting en bij uitkering met aanmerkelijkbelangheffing. De gecombineerde belastingdruk op de rentevergoedingen is zelfs hoger dan het box 3 tarief.¹²⁹ In mijn optiek is geen sprake van dusdanig schadelijke belastingontwijking – voor zover daar al sprake van is – dat dergelijke constructies bestreden dienen te worden. Indien de wetgever daar anders over denkt dan is deze maatregel naar mijn mening geen passende oplossing.

3.3.2.2. Doelmatigheid

De doelmatigheid of efficiëntie is de mate waarin de kosten van de maatregel in verhouding staan tot de opbrengsten van de met de maatregel behaalde doelstellingen. In de parlementaire behandeling van de voorgestelde Wet is niet ingegaan op de verwachte doelmatigheid.

Omdat de voorgestelde Wet nauwelijks open normen heeft is deze uiterst doelmatig. Het stellen van harde grenzen voor het maximumbedrag aan schulden en aansluiting bij het aanmerkelijkbelangcriterium dragen hieraan bij. Opgemerkt kan worden dat de voorgestelde Wet met de rechtens dan wel in feite direct of indirect benadering ten aanzien van schulden wel enige open norm bevat. Wellicht wordt de doelmatigheid van de voorgestelde Wet hierdoor enigszins aangetast. Aangezien kan worden aangenomen dat toetsing aan rechtens dan wel in feite direct of indirect sporadisch voor zal komen, kan desalniettemin worden gesteld dat de voorgestelde Wet uiterst doelmatig is. Voor de vormgeving van het Wetsvoorstel dient naar mijn mening de afweging tussen doeltreffendheid en doelmatigheid echter meer evenwichtig terug te komen. Immers gaat bij de huidige vormgeving en invulling van het Wetsvoorstel de hoge mate van doelmatigheid ten koste van de doeltreffendheid.

3.3.2.3. Uitvoerbaarheid

De uitvoerbaarheid is de mate van werkbaarheid van de maatregel voor zowel de belastingplichtigen als de uitvoeringsinstanties. De uitvoerbaarheid ziet met name op de aan de toepassing van de regeling verbonden administratieve lasten.

De maatregel is van objectieve aard en de toepassing hiervan is weinig complex, waardoor deze voor de belastingplichtigen en de belastingdienst technisch uitvoerbaar is. Ten aanzien van de uitvoerbaarheid voor belastingplichtigen kan worden gewezen op de eis dat eigenwoningleningen afgesloten op of na 1 januari 2023 enkel worden uitgesloten van de maatregel indien hierover hypothecaire zekerheid is

¹²⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, p. 8.

¹²⁹ 37,865% in plaats van 31%

verstrekt, hetgeen tot extra administratieve lasten leidt. Deze extra eis is in mijn optiek overigens begrijpelijk, omdat bij hypothecaire leningen van een derde dit doorgaans eveneens is vereist.

Het vaststellen van het maximumbedrag voor in het verleden geïmmigreerde aanmerkelijkbelanghouders kan tot complexe uitvoeringsvraagstukken leiden. Het maximumbedrag wordt voor geïmmigreerde aanmerkelijkbelanghouders wordt namelijk gesteld op de som van schulden die de aanmerkelijkbelanghouder had ten tijde van de immigratie indien dit meer bedroeg dan € 500.000. De bewijslast hiervoor ligt bij de aanmerkelijkbelanghouder en dit zal in zekere situaties, met name wanneer de immigratie ver in het verleden heeft plaatsgevonden, voor praktische problemen kunnen zorgen.¹³⁰

Ten aanzien van de uitvoerbaarheid voor de belastingdienst kan worden gewezen op de handhaving ter zake van doorleensituaties en garantstellingen van de BV bij de bank. Dit vereist toezichtcapaciteit en leidt tot een toename in de uitvoeringskosten. Afgezien van deze specifieke situaties neemt de bewijslastproblematiek omtrent de zakelijkheid van schulden en eventuele fiscaalrechtelijke herkwalificatie hiervan voor de belastingdienst aanzienlijk af. Dit ziet evenwel niet direct op de uitvoerbaarheid van de regeling, maar op de uitvoerbaarheid van het fiscale stelsel als geheel.

3.3.2.4. *Verdragsrechtelijke toepasbaarheid*

Ten aanzien van de verdragsrechtelijke toepasbaarheid van de maatregel kunnen twee situaties worden onderscheiden. Ten eerste de situatie dat een in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder excessieve schulden heeft aan een in het buitenland gevestigd lichaam en ten tweede de situatie dat een in het buitenland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder excessieve schulden heeft aan een in Nederland gevestigd lichaam.

Onder inkomsten uit aanmerkelijk belang vallen zowel de reguliere inkomsten als de vermogenswinsten. Het Nederlandse verdragsbeleid ter zake van dividendinkomsten is een bronstaatheffing van 15% en ter zake van vermogenswinsten een exclusieve woonstaatheffing.¹³¹ Daarnaast is tevens van belang dat bij emigratie van in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouders een exit heffing over de waardeaanwinst van de aandelen gedurende de periode dat de aanmerkelijkbelanghouder in de vorm van een conserverende aanslag wordt opgelegd.

Uitgaande van een verdrag conform het Nederlandse verdragsbeleid is het effectueren van de heffing over het fictieve reguliere voordeel voor Nederlandse aanmerkelijkbelanghouders met een belang in een buitenlands lichaam mijns inziens mogelijk. De heffing over het fictieve reguliere voordeel heeft namelijk slechts invloed op de heffing over de vermogenswinst bij latere vervreemding, waarvoor de heffingsbevoegdheid geheel aan Nederland – als woonstaat – is toegewezen. Omdat op grond van het dividendartikel van verdragen de bronstaatheffing wordt verrekend, en geen enkel ander land een dergelijke heffing over een fictief regulier voordeel kent, kan Nederland de volledige heffing over het fictieve reguliere voordeel effectueren.

Uitgaande van een verdrag conform het Nederlandse verdragsbeleid is het effectueren van de heffing over het fictieve reguliere voordeel voor buitenlandse aanmerkelijkbelanghouders met een belang in een Nederlands lichaam mijns inziens in strijd met de goede verdragstrouw. In HR 18 november 2016, nr. 15/04977, *BNB 2017/34c** is voor de gebruikelijkloonregeling beslist dat het door middel van een fictie naar zich toetrekken van heffingsbevoegdheid door een land in strijd is met de goede verdragstrouw. Door het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel door Nederland heeft Nederland op grond van het verdrag heffingsbevoegdheid van 15%, terwijl dit voordeel thans onderdeel uitmaakt van de vermogenswinst bij vervreemding van de aandelen, waarover Nederland geen heffingsbevoegdheid heeft. Overigens volgt uit het voorgestelde art. 25c, lid 1 IW 1990 dat de heffing over het fictieve reguliere voordeel wel kan worden ingevorderd op de conserverende aanslag. Dit betreft de

¹³⁰ J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De nationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen van de eigen vennootschap', *WFR* 2020/170, par. 2.3.

¹³¹ *Kamerstukken I* 2019/20, 25 087, nr. N, p. 20-23.

conserverende aanslag van een geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouder voor de waarde aangroei van de aanmerkelijkbelangaandelen gedurende de periode dat de aanmerkelijkbelanghouder in Nederland woonachtig was.

3.3.2.5. *Europeesrechtelijke toepasbaarheid*

Op grond van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalsverkeer mogen niet-ingezetenen aanmerkelijkbelanghouders niet nadeliger worden behandeld dan ingezetenen aanmerkelijkbelanghouders.

Wanneer een geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouder excessieve schulden aangaat bij zijn BV vindt invordering plaats van de ter zake van emigratie opgelegde conserverende aanslag op grond van art. 25c, lid 1 IW 1990. Boer en Heithuis merken in mijn optiek terecht op dat uit het voorgestelde art. 4.14a, lid 2 Wet IB 2001 niet volgt dat de invordering van de conserverende aanslag leidt tot een verhoging van het maximumbedrag aan schulden.¹³² Bijgevolg zal bij naar een verdragsland geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouders jaarlijks invordering van de conserverende aanslag plaatsvinden over het bedrag aan schulden voor zover dit het bij emigratie geldende maximumbedrag overschrijdt. Bij niet-geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouders in dezelfde situatie wordt het maximumbedrag wel verhoogd. Dit verschil in behandeling staat in mijn optiek op gespannen voet met het EU-recht, waardoor een aanpassing van art. 4.14a, lid 2 Wet IB 2001 mijns inziens noodzakelijk is.

Bij de aflossing van excessieve schulden wordt op grond van het voorgestelde art. 4.14a, eerste lid, onderdeel b Wet IB 2001 in binnenlandse situaties een negatief regulier voordeel in aanmerking genomen. De excessieve schulden die zijn aangegaan na emigratie leiden tot invordering van de aanmerkelijkbelanghouder opgelegde conserverende aanslag, terwijl bij aflossing van die schulden geen teruggaaf van het eerder ingevorderde bedrag plaats vindt. Deze nadelige behandeling van geëmigreerde aanmerkelijkbelanghouders kan strijdigheid met het EU-recht opleveren.¹³³

3.4. Tussenconclusie

Onder het huidige fiscale stelsel bestaan onevenwichtigheden in de behandeling van de IB-ondernemer en de dga met betrekking tot de toerekening van vermogensbestanddelen, de verschillende componenten van de winst, de verschillende functies van de winst en de mogelijkheid om belastingheffing uit te stellen.

Bij een IB-ondernemer geschiedt de toerekening van vermogensbestanddelen aan de hand van de vermogensetiketteringsregels, terwijl een dga in beginsel volledige vrijheid heeft ten aanzien van de toerekening van vermogensbestanddelen tot zijn privévermogen dan wel tot het vermogen van de BV. Als gevolg van de grotere mate van vrijheid van de dga met betrekking tot de toerekening van vermogensbestanddelen ten opzichte van de IB-ondernemer, kan de dga door fiscale optimalisatie een mogelijk voordeel behalen ten opzichte van de IB-ondernemer. Het verschil tussen de dga en de IB-ondernemer met betrekking tot de toerekening van vermogensbestanddelen is het gevolg van de in de vennootschapsbelasting geldende ondernemingsfictie.

De ondernemingswinst kan worden gesplitst in een arbeidscomponent en kapitaalcomponent. De door de IB-ondernemer behaalde ondernemingswinst wordt integraal belast in box 1 van de inkomstenbelasting, zonder daarbij rekening te houden met de verschillende componenten van de winst. Het arbeidsinkomen van de dga is bij de BV aftrekbaar van de winst en wordt bij de dga belast met loonbelasting. Als gevolg van de voor de IB-ondernemer geldende MKB-winstvrijstelling, welke tevens van toepassing is op de arbeidscomponent van de winst, wordt de IB-ondernemer ten aanzien van de arbeidscomponent voordeliger behandeld dan de dga. De dga wordt ten aanzien van de

¹³² J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De internationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap', *WFR* 2020/175, par. 5.2

¹³³ Zie vorige voetnoot.

kapitaalcomponent van de winst daarentegen fiscaal voordeliger behandeld dan de IB-ondernemer. De dga heeft namelijk de mogelijkheid om inkomstenbelastingheffing over de kapitaalcomponent uit te stellen, terwijl de IB-ondernemer deze mogelijkheid niet heeft.

Het winstinkomen kan verschillende functies bekleden, namelijk een consumptie-, investerings- en reserveringsfunctie. Het gedeelte van de winst dat overblijft na consumptie, investering en reservering kan worden gezien als overwinst. Vanuit het draagkrachtbeginsel beredeneert is directe heffing van inkomstenbelasting slechts op zijn plaats over het voor consumptie aangewende deel van de winst alsmede de overwinst. Bij de belastingheffing van de IB-ondernemer wordt niet of nauwelijks rekening gehouden met de verschillende functies van de winst, omdat de wuo in zijn geheel direct in de inkomstenbelasting wordt betrokken. Bij de dga is dit evenwel anders, omdat voor de aanmerkelijkbelangheffing wordt aangesloten bij het moment waarop de winst door de BV wordt uitgekeerd. Het voor investering en reservering bestemde deel van de winst - en veelal ook de overwinst - zal niet worden uitgekeerd, waardoor directe inkomstenbelasting hierover achterwege blijft.

De dga heeft de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen door oppotting van de winst in de BV. Vergeleken met de IB-ondernemer leidt deze winstoppotting tot twee voordelen, namelijk uitstel van heffing over ondernemingsinkomen en een lagere heffingsgrondslag in box 3. Daarnaast heeft de dga de mogelijkheid gelden te lenen van zijn BV, waardoor hij kan beschikken over gelden uit zijn BV zonder directe heffing van inkomstenbelasting. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën leningen bij de eigen BV: consumptieve leningen, leningen voor privébeleggingen en eigenwoningleningen. Zonder de mogelijkheid gelden te lenen van de eigen BV is het waarschijnlijk dat consumptie wordt gefinancierd door middel van een dividenduitkering, waardoor consumptieve leningen leiden tot uitstel van belastingheffing. Het risico dat aan leningen voor privébeleggingen alsmede eigenwoningleningen belastinguitstel ten grondslag ligt is relatief klein, omdat de privébelegging dan wel eigen woning zonder de mogelijkheid te lenen van de eigen BV doorgaans niet zal worden gefinancierd door middel van een dividenduitkering.

Teneinde het uitstel van belastingheffing door het lenen van de eigen BV aan banden te leggen is de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap aangekondigd. Toepassing van deze maatregel leidt ertoe dat het bovenmatige deel van de schulden aan de eigen BV wordt belast als regulier voordeel in box 2. Het bovenmatige deel van de schulden is het bedrag waarmee de som van de schulden het maximumbedrag van initieel € 500.000 overschrijden. Dit maximumbedrag wordt verhoogd met het bedrag waarover een fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen. Aflossing van bovenmatige schulden leidt tot een negatief regulier voordeel en verlaging van het maximumbedrag. De voorgestelde Wet ziet tevens op de schulden van met de aanmerkelijkbelanghouder verbonden personen aan zijn vennootschappen, waarbij het maximumbedrag voor elke verbonden persoon afzonderlijk geldt.

De voorgestelde Wet heeft verschillende doelstellingen, namelijk het tegengaan van uit- en afstel van aanmerkelijkbelangheffing, het tegengaan van uitstel van loonbelasting, het verminderen van arbeidsintensieve discussies en het voorkomen van grondslaguitholling in box 3. Mijns inziens is afstel van aanmerkelijkbelangheffing, uitstel van loonbelasting en grondslaguitholling in box 3 door middel van lenen van de eigen BV niet aan de orde. Wat betreft het tegengaan van arbeidsintensieve discussies is de voorgestelde Wet in theorie niet doeltreffend, echter zal dit naar alle waarschijnlijkheid in de praktijk wel het geval zijn omdat de belangen bij de discussies minder groot zijn. Het tegengaan van uitstel van aanmerkelijkbelangheffing is mijns inziens de primaire doelstelling, maar op dit punt is de voorgestelde Wet slechts beperkt doeltreffend. Door een maximumbedrag van € 500.000 euro te hanteren blijft de mogelijkheid om tot dat – vrij aanzienlijke – bedrag te lenen van de eigen BV en daarmee aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen. Het stapelen van deze maximumbedragen in geval van leningen aan verbonden personen tast de doeltreffendheid verder aan. Daarnaast gaat de maatregel op verschillende onderdelen zijn doel voorbij. Zo wordt aangesloten bij het aanmerkelijkbelangcriterium, terwijl het risico op belastinguitstel slechts aanwezig is indien de dga een zekere mate van zeggenschap en beschikkingsmacht over het vermogen in de vennootschap heeft. Tevens wordt geen onderscheid gemaakt in verschillende soorten schulden, terwijl slechts consumptieve schulden een hoge mate van risico op uitstel van aanmerkelijkbelangheffing met zich meebrengen.

De maatregel is zeer doelmatig, vanwege de harde grenzen en de afwezigheid van open normen en een tegenbewijsregeling. Naar mijn mening dient evenwel de balans tussen doeltreffendheid en doelmatigheid meer in evenwicht te zijn. De hoge mate van doelmatigheid gaat mijns inziens ten koste van de doeltreffendheid.

Ten slotte zijn er enkele kleine aanmerkingen op de uitvoerbaarheid, verdragsrechtelijke toepasbaarheid en Europeesrechtelijke toepasbaarheid van de voorgestelde maatregel, deze zijn evenwel niet onoverkomelijk.

4. Oplossingsrichtingen voor een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemers

4.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de systematische onevenwichtigheden in de belastingheffing van de IB-ondernemer en de dga uitgewerkt en is uiteengezet in hoeverre de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap leidt tot een meer evenwichtige fiscale behandeling. Gebleken is dat de voorgestelde wet slechts in beperkte mate leidt tot een meer evenwichtige fiscale behandeling. In dit hoofdstuk worden verschillende oplossingen aangedragen en geëvalueerd, teneinde tot een antwoord te komen op de volgende deelvraag:

Wat zijn mogelijke alternatieven om tot een evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga te komen?

In paragraaf 4.2 komt de rechtsvormneutrale winstbelasting aan bod en in paragraaf 4.3 het duale inkomstenbelastingstelsel. Deze twee oplossingsrichtingen voor een evenwichtige belastingheffing van ondernemingswinsten wijken in grote mate af van het huidige stelsel van belastingheffing, waardoor beide uitgebreid worden uitgewerkt en getoetst aan de toetsingscriteria. In paragraaf 4.4 worden enkele alternatieve oplossingsrichtingen van meer specifieke aard aangedragen, te weten: een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang, tariefdifferentiatie in box 2, het tegengaan van consumptieve schulden bij de eigen vennootschap en een onderscheid tussen de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer. Voor deze specifieke oplossingsrichtingen wordt uitgewerkt wat de voor- en nadelen van het betreffende alternatief zijn, maar zal niet afzonderlijk worden getoetst aan de toetsingscriteria. In paragraaf 4.5 wordt het hoofdstuk afgesloten met een korte tussenconclusie.

4.2. Rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting

Bij een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting is de fiscale behandeling van de ondernemingswinst niet afhankelijk van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Een zuivere rechtsvormneutrale winstbelasting heeft twee varianten, namelijk de zelfstandige belastingplicht voor IB-ondernemingen ofwel de fiscale transparantie van vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Een beperktere variant is een optionele regeling voor de fiscale transparantie van vennootschapsbelastingplichtige lichamen.¹³⁴

Het aanmerken van vennootschapsbelastingplichtige lichamen als fiscaal transparant lijkt op vele praktische problemen te stuiten, zo meent ook de Studiecommissie belastingstelsel.¹³⁵ Met name in internationaal verband is deze variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in mijn optiek nauwelijks te realiseren. Tevens zijn er diverse complicaties met betrekking tot onder meer de vermogensetikettering en beursgenoteerde lichamen.

De zelfstandige belastingplicht voor IB-ondernemingen lijkt de enige reële variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting, zo meent ook Heithuis.¹³⁶ De Studiecommissie belastingstelsel meent dat het aanmerken van IB-ondernemingen als zelfstandig belastingplichtige entiteiten tot problemen leidt als gevolg van het afwijken van de civiel-juridische werkelijkheid.¹³⁷ Heithuis, een uitgesproken voorstander van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting,

¹³⁴ Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 140, nr. 4 (Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel), p. 96.

¹³⁵ Zie vorige voetnoot.

¹³⁶ E.J.W. Heithuis, 'Zonder aanzien des (rechts)persoons', Deventer: Kluwer 2005, par. 4.6.

¹³⁷ Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 140, nr. 4 (Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel), p. 96.

onderschrijft deze problemen niet en is van mening dat deze variant goed mogelijk is,¹³⁸ immers: “In het belastingrecht gaat de maatschappelijke werkelijkheid altijd boven de schijn en het wezen [...]”.¹³⁹

Tal van auteurs en onderzoekscommissies hebben onderzoek gedaan naar een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting en hun eigen vormgeving van een dergelijk stelsel uitgewerkt. Mol heeft in haar proefschrift de eerder voorgestelde stelsels uiteengezet en vergeleken.¹⁴⁰ Aan de hand van de uiteenzetting van Mol wordt in deze paragraaf één variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting besproken en beoordeeld.

De eerste voorstellen voor een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zijn die van de belastingstudiegroep van het Katholieke Verbond van Werkgeversvakverenigingen en van Van Dijk. Beiden gaan uit van een stelsel waar de ondernemingswinstbelasting wordt geheven bij de ondernemer als voorheffing voor de inkomstenbelasting. Bij onttrekking van de winst uit de onderneming wordt de ondernemingswinstbelasting verrekend met de inkomstenbelasting. Van Soest sluit zich aan bij de eerdere voorstellen, met als toevoeging dat de introductie van een ondernemingswinstbelasting kan worden gerealiseerd door het toepassingsbereik van de vennootschapsbelasting uit te breiden naar ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid. De benadering van Van Soest houdt tevens in dat de onderneming als subject van heffing wordt aangemerkt.

Essers baseert zijn ontwerp voor een ondernemingswinstbelasting met name op de verlengstukgedachte. Het voorstel is op hoofdlijnen vergelijkbaar met de eerdergenoemde voorstellen, namelijk een directe heffing van ondernemingswinstbelasting die verrekenbaar is met de inkomstenbelasting bij uitdeling van de winst. Tevens oppert hij de mogelijkheid om directe verrekening van de ondernemingswinstbelasting bij uitkering van de winst los te laten, door een gematigde inkomstenbelasting over winstuitkeringen te hanteren, een systeem vergelijkbaar met de huidige box 2 heffing. Essers pleit daarmee voor de heffing van een ondernemingswinstbelasting op het niveau van de onderneming. Onderdelen van meer specifieke aard in het voorstel van Essers zijn onder andere het behouden van de deelnemingsvrijstelling en het hanteren van een hoger inkomstenbelastingtarief voor personen met een klein belang in de onderneming.

Koudijs pleit in haar proefschrift voor een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting als voorheffing voor de inkomstenbelasting, met als heffingssubject de onderneming. Hierin gaat zij verder dan de eerdere voorstellen, door ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid als zelfstandige entiteiten te behandelen. Hierdoor heeft elke ondernemer de mogelijkheid een arbeidsovereenkomst te sluiten met zijn onderneming en daarnaast zijn leningen tussen ondernemer en onderneming mogelijk.

Rijkers en Lubbers stellen voor om IB-ondernemingen onder de reikwijdte van de vennootschapsbelasting te brengen. Voor de IB-ondernemingen blijft de vermogensetikettering van toepassing. De achterliggende ondernemers worden belast met een gematigde inkomstenbelastingheffing, vergelijkbaar met box 2.

Heithuis heeft getracht een variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting vorm te geven en uitvoerig geanalyseerd in zijn rede ter aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.¹⁴¹ Heithuis stelt voor om alle IB-ondernemingen over te brengen naar de vennootschapsbelasting, waarbij eenmanszaken slechts belastingplichtig worden voor zover zij een materiële onderneming drijven en personenvennootschappen onbeperkt belastingplichtig worden. De objectieve belastingplicht van eenmanszaken wordt bepaald aan de hand van de vermogensetiketteringsregels, waarbij het keuzevermogen en buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen komen te vervallen. De huidige winstbepalingsregels, de totaal- en

¹³⁸ E.J.W. Heithuis, ‘Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting ...’, *NTFR* 2010/1843.

¹³⁹ E.J.W. Heithuis, ‘Zonder aanzien des (rechts)persoons’, Deventer: Kluwer 2005, p. 6.

¹⁴⁰ Zie voor een overzicht van verschillende voorstellen: S.J. Verver, ‘De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting’, *dare.uva.nl*, p. 21-35.

¹⁴¹ E.J.W. Heithuis, ‘Zonder aanzien des (rechts)persoons’, Deventer: Kluwer 2005.

jaarwinstregels, blijven onveranderd van toepassing. De ondernemingswinst is exclusief de arbeidsvergoeding, welke wordt bepaald door middel van een met de gebruikelijkloonregeling vergelijkbare bepaling.

De voorgestelde fiscale behandeling van eenmansondernemingen komt in wezen overeen met de huidige fiscale behandeling van stichtingen en verenigingen, terwijl de voorgestelde fiscale behandeling van personenvennootschappen overeenkomt met de huidige fiscale behandeling van BV's en NV's. Geldleningen tussen de ondernemer en eenmansonderneming blijven onbestaanbaar, terwijl geldleningen tussen ondernemer en personenvennootschap mogelijk zijn.

De afdeling winst uit onderneming in box 1 van de inkomstenbelasting komt te vervallen en de bepalingen waar art. 8 Wet VpB 1969 naar verwijst worden overgebracht naar de vennootschapsbelasting. De aanmerkelijkbelangregeling wordt overeenkomstig van toepassing op de huidige IB-ondernemers. De terbeschikkingstellingregeling wordt overgebracht naar box 2.

De manier waarop Heithuis zijn variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting heeft vormgegeven, zodat deze grotendeels binnen het huidige fiscale stelsel past, valt te prijzen. Omdat de uitwerking van Heithuis het meest concreet is, zal zijn voorstel als basis voor de toetsing aan de toetsingscriteria worden genomen.

4.2.1. Doeltreffendheid

Allereerst leidt de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting tot een evenwichtige fiscale behandeling van de arbeidsbeloning van de IB-ondernemer en de dga. Tevens komt de fiscale behandeling van het arbeidsinkomen van ondernemers in grote mate overeen met dat van werknemers, weliswaar enigszins afwijkend door de forfaitaire bepaling van het arbeidsinkomen van ondernemers. Bij ondernemers met een eenmanszaak is de fiscale behandeling van kapitaalcomponent van de winst anders dan bij de ondernemers die hun onderneming drijven in een onbeperkt belastingplichtige entiteit. Alhoewel toerekening van de winst van een eenmanszaak aan de achterliggende ondernemen, met directe inkomstenbelastingheffing als gevolg, niet meer aan de orde is, dient anders dan bij onbeperkt belastingplichtige entiteiten bij eenmanszaken te worden beoordeeld of de winst in de onderneming nodig is. Wanneer de winst van een eenmanszaak niet in de onderneming - of voor ondernemingsdoeleinden - wordt gebruikt, zal deze worden toegerekend aan de ondernemer, met inkomstenbelastingheffing als gevolg.

Met betrekking tot de verschillende functies van de winst kan worden geconcludeerd dat de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting recht doet aan de investerings- en reserveringsfunctie van de winst. Het voor investering en reservering bestemde gedeelte van de winst wordt belast met een gematigde vennootschapsbelasting en ongeacht de rechtsvorm van de onderneming blijft de heffing van inkomstenbelasting achterwege. Het voor consumptie bestemde deel van de winst wordt bij eenmanszaken direct belast met inkomstenbelasting door de vermogensetiketteringsregels, de onbeperkt belastingplichtige entiteiten hebben de mogelijkheid de inkomstenbelastingheffing hierover uit te stellen door consumptieve leningen af te sluiten. Voor de overwinst geldt een gelijklopende conclusie.

De toerekening van vermogensbestanddelen blijft onevenwichtig. Bij eenmansondernemingen blijven de vermogensetiketteringsregels bepalend, terwijl de toerekening van vermogensbestanddelen bij onbeperkt belastingplichtige entiteiten niet is gebonden aan deze regels.

De mogelijkheid aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen door winstoppotting dan wel het afsluiten van leningen bij de eigen vennootschap blijft bij de onbeperkt belastingplichtige entiteiten aanwezig, terwijl eenmanszaken deze mogelijkheid niet hebben.

Geconcludeerd kan worden dat deze vorm van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting beperkt doeltreffend is. Met name het verschil in bepaling van de objectieve belastingplicht en het verschil in uitstelmogelijkheden leidt tot deze conclusie. Overigens leidt dit stelsel op zekere onderdelen

weldegelijk tot een meer evenwichtige behandeling en wellicht biedt het in combinatie met andere maatregelen een oplossing.

Overigens kan de onevenwichtigheid met betrekking tot de uitstelmogelijkheden vrij eenvoudig worden verkleind door de vermogensetikettering van overmatig liquide middelen los te laten en voor ondernemers met een eenmansonderneming aan te sluiten bij een vorm van onttrekking.¹⁴² Enkel de onevenwichtigheid van belastinguitstel door middel van het afsluiten van leningen bij de eigen onderneming blijft dan aanwezig.

4.2.2. Doelmatigheid

Heithuis heeft zijn voorstel voor een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting op dusdanige wijze vormgegeven dat deze grotendeels binnen de huidige fiscale regelgeving past. De belastingheffing van IB-ondernemers zal op een geheel andere wijze plaatsvinden, maar onder meer de winstbepalingsregels en vermogensetiketteringsregels blijven al dan niet gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing. Bijgevolg zijn de kosten van de introductie van een dergelijke rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting relatief laag, voor zowel de uitvoeringsinstanties als de belastingplichtigen. Daarentegen kan het vormgeven en daadwerkelijk realiseren van een dergelijke wijziging in de systematiek van belastingheffing van IB-ondernemers betrekkelijk lastig zijn voor de wetgever.

Voor de IB-ondernemers leidt de introductie van een dergelijke rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting tot een nadelig effect door de afschaffing van de ondernemersaftrek. Hiertoe stelt Heithuis voor de aftrek te verdisconteren in het vennootschapsbelastingtarief.¹⁴³ Mijns inziens leidt de afschaffing van de ondernemersaftrek tot een relatief nadeel voor ondernemers die de onderneming drijven in een eenmanszaak ten opzichte van de andere ondernemers, ongeacht of de aftrek wordt verdisconteerd in het vennootschapsbelastingtarief. Het voordeel van de ondernemersaftrek komt hierdoor immers niet (enkel) meer toe aan de IB-ondernemers.

De voordelen van de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zijn een meer evenwichtige fiscale behandeling van inkomsten uit onderneming alsmede eenvoudigere fiscale wetgeving. Hoewel verschillen in toerekening van vermogensbestanddelen en uitstelmogelijkheden blijven bestaan, leidt een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting tot een meer evenwichtige behandeling ten aanzien van de verschillende componenten- en functies van de winst. Als gevolg van onder meer het vervallen van keuzevermogen en buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen, de onbeperkte belastingplicht van personenvennootschappen en de vennootschapsbelastingplicht voor alle ondernemingsvormen wordt het fiscale stelsel aanzienlijk eenvoudiger.

In mijn optiek is de door Heithuis voorgestelde variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in redelijke mate doelmatig. Het probleem van uitstel van aanmerkelijkbelangheffing wordt groter, aangezien ook personenvennootschappen de mogelijkheid krijgen de aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen. Daarnaast leidt de afschaffing van de ondernemersaftrek tot een meer onevenwichtige fiscale behandeling van eenmansondernemingen ten opzichte van in andere rechtsvormen gedreven ondernemingen. Afgezien van de hiervoor genoemde nadelen leidt een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting tot een meer evenwichtige fiscale behandeling van ondernemers.

4.2.3. Uitvoerbaarheid

De door Heithuis voorgestelde rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting is technisch goed uitvoerbaar. Deze variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting sluit immers

¹⁴² Zoals voorgesteld in J.E.A.M. van Dijck, Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm, Belastingconsulentendag 1984, nr. 29, Deventer: Kluwer 1984.

¹⁴³ E.J.W. Heithuis, 'Zonder aanzien des (rechts)persoons', Deventer: Kluwer 2005, par. 6.2.3.

grotendeels aan bij de huidige fiscale regels en de afwijkingen ten opzichte van het huidige stelsel leiden tot een eenvoudiger uitvoerbaar stelsel. Met name de verminderde vermogensetiketteringsproblematiek, door het loslaten van het keuzevermogen en de onbeperkte belastingplicht van personenvennootschappen, draagt mijns inziens bij aan de uitvoerbaarheid van het stelsel.

4.2.4. Verdragsrechtelijke toepasbaarheid

De belastingheffing van de dga en de BV blijft onder de voorgestelde rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting onveranderd, voor zover is verdragsrechtelijke en Europeesrechtelijke toetsing overbodig.

Heithuis constateert met name een verdragsrechtelijke complicatie bij een in Nederland woonachtige ondernemer die een onderneming drijft in het buitenland in de vorm van een eenmanszaak dan wel personenvennootschap.¹⁴⁴ Het buitenland zal de rechtsvorm doorgaans als fiscaal transparant beschouwen en de belasting rechtstreeks bij de ondernemer heffen, hetgeen tot meervoudige heffing leidt door de aanvullende aanmerkelijkbelangheffing in Nederland bij 'uitdeling' van de winst aan de ondernemer. Dit zal moeten worden opgelost in belastingverdragen, door overeen te komen dat Nederland in zo'n geval niet overgaat tot heffing dan wel de buitenlandse belasting verrekent.

4.2.5. Europeesrechtelijke toepasbaarheid

De voorgestelde rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zal niet snel tot schending van het EU-recht leiden,¹⁴⁵ dit is evenwel afhankelijk van de uiteindelijke implementatie van het stelsel en verschillende specifieke bepalingen.

Heithuis stelt voor om de fiscale eenheid onder voorwaarden open te stellen voor IB-ondernemingen, gezien de ontwikkelingen omtrent de fiscale eenheid in relatie met het EU-recht en met name de uitspraak in de zaak *X*¹⁴⁶ en de implementatie van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid brengt het openstellen van de fiscale eenheid voor de huidige IB-ondernemingen een aanzienlijk risico met zich.

4.3. Duale inkomstenbelasting

In een duaal inkomstenbelastingstelsel, ook wel een analytisch inkomstenbelastingstelsel genoemd, wordt voor de belastingheffing onderscheid gemaakt in kapitaalinkomen en arbeidsinkomen. Enkel het onderscheid tussen deze twee inkomenssoorten is van belang, aan een inkomenssoort toegerekend inkomen wordt op gelijke wijze in de belastingheffing betrokken, ongeacht de vorm waarin het inkomen is genoten.¹⁴⁷

De splitsing van de ondernemingswinst in de twee inkomenssoorten kan lastig zijn, getuige het bestaan van de voor de dga geldende gebruikelijkloonregeling. Splitsing van de ondernemingswinst in een arbeids- en kapitaalcomponent met behulp van een forfait kan op twee manieren worden gedaan.¹⁴⁸ Ten eerste het op forfaitaire wijze bepalen van het arbeidsinkomen en het restant als kapitaalinkomen aanmerken, zoals thans het geval is bij de dga met de gebruikelijkloonregeling. Ten tweede kan het kapitaalinkomen op forfaitaire wijze worden bepaald, door het hanteren van een normrendement, waarbij het restant van de ondernemingswinst arbeidsinkomen vormt. Een methodiek die wordt gehanteerd in een aantal Scandinavische landen welke een duaal inkomstenbelastingstelsel kennen.¹⁴⁹ Tevens kan een combinatie van beiden worden gehanteerd, waarbij na het normrendement en het

¹⁴⁴ E.J.W. Heithuis, 'Zonder aanzien des (rechts)persoons', Deventer: Kluwer 2005, par. 7.2.2.

¹⁴⁵ Vgl. S.J. Verver, 'De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting', *dare.uva.nl*, p. 218-220.

¹⁴⁶ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, *BNB* 2018/92c* (X).

¹⁴⁷ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 mei 2019, nr. 2019-0000079265.

¹⁴⁸ R.P. van den Dool, 'Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijk personen', Deventer: Kluwer 2009, par. 5.3.4.

¹⁴⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 mei 2019, nr. 2019-0000079265.

gebruikelijk loon eventueel overwinst resteert, deze overwinst wordt als arbeidsinkomen aan de ondernemers dan wel aandeelhouders toegerekend.

Een duaal systeem sluit aan bij de communis opinio – of beter gezegd consensus - dat arbeidsinkomen zwaarder dient te worden belast dan kapitaalinkomen. In de Scandinavische landen wordt het kapitaalinkomen belast tegen een proportioneel tarief zonder vrijstellingen.¹⁵⁰ Het arbeidsinkomen kan volgens de huidige progressieve tariefstructuur worden belast. Om arbitrage tussen de componenten van de winst te beperken kan worden gekozen het tarief op kapitaalinkomen gelijk te stellen aan het tarief van de eerste tariefschijf van de belasting op arbeidsinkomen, zoals in Zweden, Noorwegen en Finland is gedaan.¹⁵¹ Tevens wordt aangesloten bij de civielrechtelijke werkelijkheid door rechtspersonen te belasten met vennootschapsbelasting. De vennootschapsbelasting is in dat geval een voorheffing voor de inkomstenbelasting en kan bij uitkering worden verrekend. Indien het vennootschapsbelastingtarief gelijk is aan het proportionele tarief op kapitaal kan worden gekozen om in binnenlandse situaties de uitkering van dividend vrij te stellen van belastingheffing.¹⁵²

Ten aanzien van de arbeidscomponent van de winst van een rechtspersoon zijn verschillende benaderingen mogelijk. Allereerst kan worden gekozen deze component direct in de loonbelasting te betrekken. Een tweede mogelijkheid is dat deze component wordt belast met vennootschapsbelasting en bij uitkering een aanvullende heffing plaatsvindt.

Het overstappen naar een duaal inkomstenbelastingstelsel kan vele doelstellingen hebben. Allereerst een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemingswinsten voor ondernemingen gedreven in verschillende rechtsvormen, welke doelstelling nader wordt onderzocht in dit onderzoek. Andere doelstellingen omvatten bijvoorbeeld het economisch meer optimaal vormgeven van de belastingheffing over verschillende inkomenssoorten of vereenvoudiging van het fiscale systeem.

4.3.1. Doeltreffendheid

In een duaal inkomstenbelastingstelsel blijft een onevenwichtigheid bestaan in de toerekening van vermogensbestanddelen, omdat van vermogensetikettering bij een BV geen sprake is. Wanneer eenzelfde normrendement bij de forfaitaire bepaling van het kapitaalinkomen van de BV wordt gehanteerd als het voor in privé gehouden vermogensbestanddelen geldende forfaitaire rendement leidt dit toerekeningverschil niet tot onevenwichtigheid indien het tarief van de vennootschapsbelasting gelijk is aan het proportionele tarief op kapitaalinkomen. Alsdan wordt zowel bij de BV als in privé over de vermogensbestanddelen hetzelfde forfaitaire rendement in aanmerking genomen en belast tegen een gelijk tarief.

In de Scandinavische modellen van de duale inkomstenbelasting wordt de kapitaalcomponent van de ondernemingswinst forfaitair bepaald, bij in privé gehouden vermogensbestanddelen wordt het werkelijk genoten kapitaalinkomen belast. Indien een dergelijk stelsel wordt gehanteerd zijn onevenwichtigheden tussen de IB-ondernemer en de dga enkel te voorkomen wanneer de toerekeningregels ten aanzien van vermogensbestanddelen voor beide hetzelfde zijn. Een verschil in toerekening leidt er immers toe dat voor de belastingheffing bij de ene het reële rendement wordt belast en bij de andere een forfaitair rendement.

Wanneer de arbeidscomponent van de winst van rechtspersonen niet direct wordt belast met loonbelasting, blijft het mogelijk de belastingheffing uit te stellen tot het moment van uitkering hiervan. IB-ondernemers hebben deze uitstelmogelijkheid niet, hetgeen een onevenwichtigheid inhoudt.

¹⁵⁰ R.P. van den Dool, 'Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijk personen', Deventer: Kluwer 2009, par. 2.5.5.

¹⁵¹ S. Cnossen, 'WERKEN AAN DE WIG (Dies-rede Erasmus Universiteit Rotterdam, 8 november 1994.)', *WFR* 1994/1669, par. 3.1.

¹⁵² R.P. van den Dool, 'Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijk personen', Deventer: Kluwer 2009, par. 2.5.5.

De introductie van een duaal inkomstenbelastingstelsel is uitermate doeltreffend. Afgezien van specifieke onevenwichtigheden welke kunnen voortkomen uit verschillen in de toerekening van vermogensbestanddelen en verschillen in de methodiek waarmee de omvang verschillende inkomens en de verdeling van gemengde inkomsten tussen de inkomenssoorten wordt bepaald, leidt een dergelijk stelsel tot volledig evenwicht in de fiscale behandeling van niet enkel ondernemersinkomen, maar al het inkomen. Opgemerkt zij dat dit enkel het geval is voor een duaal inkomstenbelastingstelsel waarbij de arbeidscomponent van de winst van rechtspersonen direct bij de aandeelhouder wordt belast met loonbelasting.

4.3.2. Doelmatigheid

Een duaal inkomstenbelastingstelsel waarbij aan de hand van een normrendement op forfaitaire wijze de kapitaalcomponent van de ondernemingswinst wordt bepaald en het restant direct in de loonbelasting wordt betrokken is naar mijn mening geen reële optie. Door vermogen in te brengen in de onderneming kan de kapitaalcomponent van de winst worden vergroot, waardoor de belastingdruk op de ondernemingswinst wordt verlaagd. Daarnaast is het behandelen van de volledige overwinst als loon in mijn optiek ongewenst, aangezien het niet aansluit bij de economische werkelijkheid. De omvang van het loon is namelijk nauwelijks afhankelijk van de verrichtte arbeid. Dit is eenvoudig te illustreren aan de hand van een voorbeeld, neem een BV met twee aandeelhouders, welke beiden 50% van de aandelen houden, terwijl slechts één aandeelhouder arbeid verricht in de onderneming. Onder het duale inkomstenbelastingstelsel is het arbeidsinkomen van beide aandeelhouders gelijk, namelijk de helft van de ondernemingswinst na aftrek van het normrendement, hetgeen uiteraard niet aansluit bij de economische werkelijkheid.

Vorenstaande mankementen gelden ook voor een duaal inkomstenbelastingstelsel waarbij de arbeidscomponent van de winst pas bij uitkering wordt belast met inkomstenbelasting. Daarenboven lost deze variant van een duaal inkomstenbelastingstelsel tevens het probleem van uitstel van belastingheffing niet op, waardoor geen sprake is van een evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga. Ten slotte levert een dergelijk systeem problemen op met de heffing van sociale premies, één van de achterliggende redenen voor invoering van de gebruikelijkloonregeling.

De vele tekortkomingen van de twee hiervoor besproken varianten van een duaal inkomstenbelastingstelsel hebben ertoe geleid dat de Commissie Van Dijkhuizen in het eindrapport naar een activerender belastingstelsel een derde variant heeft voorgesteld, welke beter in het Nederlandse fiscale stelsel zou passen.¹⁵³ In de voorgestelde variant wordt allereerst aan de hand van een normrendement en een gebruikelijkloonregeling de directe kapitaal- en arbeidscomponent van de winst vastgesteld, de resterende overwinst na aftrek van deze componenten wordt aan de achterliggende ondernemers dan wel aandeelhouders toegerekend naar rato van het belang in de onderneming en vervolgens als arbeidsinkomen belast. Na onderzoek is de Commissie tot de conclusie gekomen dat vanwege de complexiteit en de budgettaire gevolgen een dergelijk stelsel geen oplossing biedt.¹⁵⁴ Het systeem is met name complex in situaties waarbij de werkelijk behaalde winst kleiner is dan de forfaitair bepaalde kapitaalbeloning. Daarnaast ontstaat de mogelijkheid de grondslag van de bepaling van de kapitaalbeloning te vergroten, door bijvoorbeeld vermogen in te brengen in de onderneming, waardoor de belastingdruk op ondernemingswinst kan worden verlaagd. Bepaling of de voordelen van onder meer een evenwichtig fiscaal systeem voor ondernemingswinsten alsmede het tegengaan van het eindeloze uitstel van aanmerkelijkbelangheffing opwegen tegen de budgettaire nadelen voor de overheid vereist nader onderzoek en past niet binnen het bereik van deze scriptie.

¹⁵³ Commissie Van Dijkhuizen, Naar een activerender belastingstelsel (eindrapport), 2013, p. 41.

¹⁵⁴ Commissie Van Dijkhuizen, Naar een activerender belastingstelsel (eindrapport), 2013, p. 52-53.

4.3.3. Uitvoerbaarheid

Een duaal inkomstenbelastingstelsel is in mijn optiek makkelijk uitvoerbaar, omdat aan de hand van vrij eenvoudige rekenregels – een gebruikelijkloonregeling en normrendement – de winst wordt gesplitst in verschillende componenten.

4.3.4. Verdragsrechtelijke toepasbaarheid

Ten aanzien van de IB-ondernemers levert de invoering van een duale inkomstenbelasting in mijn optiek mogelijk verdragsrechtelijke problemen op. Het heffingsrecht over de ondernemingswinst wordt in beginsel aan de woonstaat toegewezen, tenzij in de bronstaat sprake is van een vaste inrichting. Door splitsing van de ondernemingswinst in componenten wordt mogelijk afgeweken van de huidige bilaterale verdeling van heffingsrecht. Indien geen sprake is van een vaste inrichting wordt onder het duale stelsel het heffingsrecht over de arbeidsbeloning (inclusief overwinst) immers aan de werkstaat toegewezen, terwijl onder het huidige stelsel de woonstaat volledig heffingsrecht over de ondernemingswinst heeft. In HR 18 november 2016, nr. 15/04977, *BNB 2017/34c** is voor de gebruikelijkloonregeling beslist dat het door middel van een fictie naar zich toetrekken van heffingsbevoegdheid door een land in strijd is met de goede verdragstrouw. Wanneer een in het buitenland woonachtige ondernemer in Nederland een onderneming drijft zonder dat sprake is van een vaste inrichting, trekt Nederland, door invoering van een duaal inkomstenbelastingstelsel, op grond van een met de gebruikelijkloonregeling vergelijkbare regeling eenzijdig heffingsbevoegdheid naar zich toe, hetgeen in strijd is met de goede verdragstrouw.

In mijn optiek leidt de invoering van het duale inkomstenbelastingstelsel voor wat betreft de rechtspersonen tevens tot verdragsrechtelijke complicaties. Dit is het gevolg van de splitsing van de winst in verschillende componenten. De arbeidsbeloning wordt bepaald aan de hand van de gebruikelijkloonregeling, voor zover wordt niet afgeweken van de huidige systematiek en dit heeft verdragsrechtelijk derhalve geen gevolgen. De kapitaalbeloning wordt aan de hand van een normrendement bepaald en vervolgens belast met vennootschapsbelasting. De heffingsbevoegdheid over de ondernemingswinst, hetgeen in het huidige fiscale stelsel zowel de kapitaalbeloning als de overwinst betreft, wordt toegerekend aan de staat waar de rechtspersoon feitelijk is gevestigd. Het hanteren van een forfaitaire kapitaalbeloning kan leiden tot heffing over winst die in werkelijkheid niet is gemaakt. Dit levert verdragsrechtelijk een probleem op indien aandeelhouder van een in Nederland gevestigde rechtspersoon in het buitenland woonachtig is. Nederland trekt namelijk heffingsbevoegdheid naar zich toe, aangezien de toename van de verschuldigde belasting in Nederland ten koste gaat van ofwel de omvang van het uitgekeerd dividend, ofwel de vervreemdingswinst van de aandelen, waarvoor doorgaans een andere verdeling van heffingsbevoegdheid wordt gehanteerd. De overwinst maakt in het huidige fiscale stelsel onderdeel uit van de kapitaalcomponent van de winst, daarentegen wordt in het duale stelsel de overwinst als arbeidsbeloning aangemerkt en belast. De heffingsbevoegdheid over het arbeidsinkomen wordt doorgaans toegewezen aan de werkstaat, dit in tegenstelling tot de heffingsbevoegdheid over dividenden en vermogenswinsten. In mijn optiek kan een parallel worden getrokken met de gebruikelijkloonregeling, in die zin dat Nederland door de overwinst als arbeidsbeloning aan te merken in strijd met de goede verdragstrouw handelt. Daarnaast kan worden afgevraagd wat de verdragsrechtelijke gevolgen zijn van het belasten van overwinst als arbeidsbeloning indien een in het buitenland woonachtige aandeelhouder geen arbeid verricht ten behoeve van de onderneming van een feitelijk in Nederland gevestigde rechtspersoon.

Een wijziging in het fiscale stelsel van dergelijke omvang leidt in mijn optiek tot diverse verdragsrechtelijke knelpunten. Tal van verdragen bevatten diverse, zeer specifieke bepalingen en verscheidene verdragen zullen moeten worden aangepast door middel van heronderhandeling. Dit kan in mijn optiek een struikelblok vormen voor de introductie van het duale inkomstenbelastingstelsel, aangezien dit veelal een lang en arbeidsintensief proces is.

4.3.5. Europeesrechtelijke toepasbaarheid

Verscheidende Scandinavische landen hanteren een duaal inkomstenbelastingstelsel, waardoor aangenomen kan worden dat de introductie van een dergelijk stelsel in Nederland in beginsel geen strijdigheid zal opleveren met het EU-recht.

Opgemerkt zij dat op grond van het EU-recht bij de verrekening van vennootschapsbelasting voor de heffing van inkomstenbelasting geen onderscheid mag worden gemaakt tussen binnenlandse dividenduitkeringen en dividenduitkeringen uit het buitenland.¹⁵⁵ Hieromtrent kan worden bepaald dat de verrekening van buitenlandse vennootschapsbelasting wordt gemaximeerd op het Nederlandse tarief over kapitaalinkomsten, zodat de verrekening niet leidt tot een teruggaaf van belasting.

Wanneer het vennootschapsbelastingtarief lager is dan het tarief op kapitaalinkomen, kan een bronheffing over dividenden worden geheven teneinde de belastingdruk over binnenlands kapitaalinkomen en kapitaalinkomen bij uitgaande dividenduitkeringen gelijk te houden. Kavelaars merkt op dat de heffing van bronbelasting over dividenden mogelijk een strijdigheid met het EU-recht oplevert.¹⁵⁶ In binnenlandse situaties kan de dividendbelasting namelijk (gedeeltelijk) worden verrekend, terwijl dit in grensoverschrijdende uitgaande situaties veelal niet het geval is.

4.4. **Specifieke oplossingsrichtingen**

De overgang naar een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting dan wel een duaal inkomstenbelastingstelsel zijn tamelijk ingrijpende wijzigingen in het fiscale systeem. In plaats van dergelijke ingrijpende wijzigingen is het wellicht mogelijk om specifieke onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van ondernemingsinkomsten gericht tegen te gaan. In deze paragraaf komen de alternatieve oplossingsrichtingen van meer specifieke aard aan bod.

4.4.1. Een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang

Teneinde onder meer het uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing tegen te gaan heeft de Commissie Van Dijkhuizen voorgesteld om jaarlijks een minimaal forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking te nemen.¹⁵⁷ De grondslag voor de bepaling van het forfaitaire voordeel is het belang van de aanmerkelijkbelanghouder in het fiscaal eigen vermogen van de BV, vervolgens wordt over deze grondslag een forfaitair rendement berekend gelijk aan het forfaitaire rendement van box 3. De aanmerkelijkbelanghouder wordt geacht jaarlijks ten minste het forfaitaire voordeel te genieten, indien het werkelijk genoten reguliere voordeel minder bedraagt dan het forfaitaire voordeel wordt het verschil bij de verkrijgingsprijs opgeteld.

Volgens Stevens heeft het jaarlijks belasten van een forfaitair rendement uit aanmerkelijk belang een aantal nadelen.¹⁵⁸ Ten eerste kan het leiden tot een onrechtvaardig hoge belastingdruk op box 2 inkomen door de beperkte verliesverrekeningstermijn wanneer het werkelijke rendement lager is dan het forfaitaire rendement. Ten tweede wordt een inbreuk gemaakt op het systeem van box 2 door inkomstenbelasting te heffen terwijl geen sprake is van een onttrekking en derhalve geen sprake is van inkomen. Daarenboven leidt de maatregel in mijn optiek tot een toename van het lenen bij de eigen BV, aangezien de effectieve belastingdruk in box 3 hoger is dan de effectieve belastingdruk over vermogen in de BV. Ten slotte merkt Stevens in mijn optiek terecht op dat de gevolgen van de maatregel in internationaal verband vergelijkbaar zijn met de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Het op

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2004, C-319/02 (Manninen).

¹⁵⁶ P. Kavelaars, 'Zicht op een duale inkomstenbelasting?', Rijkersbundel, Tilburg: Universiteit van Tilburg: 2013, p. 238.

¹⁵⁷ Commissie Van Dijkhuizen, Naar een activerender belastingstelsel (eindrapport), 2013, p. 53-55.

¹⁵⁸ S.A. Stevens, 'Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven', WFR 2019/71, par. 6.2.

grond van een fictie in aanmerking nemen van een regulier voordeel, terwijl dit in afwezigheid van de fictie wellicht vervreemdingswinst zou vormen, is mijns inziens in strijd met de goede verdragstrouw.

Zowel Stevens¹⁵⁹ als Essers¹⁶⁰ stellen voor om het forfaitaire voordeel uit aanmerkelijk belang te beperken tot het beleggingsvermogen van de vennootschap, waardoor meer evenwicht ontstaat in de fiscale behandeling van beleggingsvermogen. Tevens wordt hiermee meer recht gedaan aan verschillende functies van de ondernemingswinst, aangezien geen inkomstenbelasting wordt geheven over de voor reservering- en investering bestemde winst. Het nadeel van de voorgestelde maatregel is dat onderscheid moet worden gemaakt tussen beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen. Hieromtrent stelt Essers voor om bepaalde beleggingsactiva als beleggingsvermogen aan te merken voor de bepaling van het forfaitaire voordeel.

4.4.2. Tariefdifferentiatie in box 2

Een mogelijke oplossing voor uitstel van aanmerkelijkbelangheffing is het invoeren van een progressief tarief op inkomen uit aanmerkelijk belang, waarbij vervreemdingswinsten worden belast tegen het hoogste tarief. Hierdoor wordt het regelmatig uitkeren van dividend aantrekkelijker, waardoor uitstel van aanmerkelijkbelangheffing in mindere mate aan de orde zal zijn.

De voordelen van een dergelijke tariefstelling zijn onder meer dat het binnen de systematiek van box 2 past en dat het verdragsrechtelijk geen gevolgen heeft. Een mogelijk nadeel is dat het leidt tot een ‘lock-in’ effect, waarbij aanmerkelijkbelanghouders de aandelen gedurende een langere periode in bezit houden als gevolg van de relatief hoge belastingdruk op vervreemdingswinsten. Een tweede nadeel is dat een dergelijke tariefstelling kan leiden tot een toename van schulden bij de eigen vennootschap door de hoge belastingdruk op het ineens uitkeren van grote bedragen, terwijl bij het afsluiten van een lening bij de eigen vennootschap gevolgd door jaarlijkse aflossing door middel van dividenduitkeringen de belastingdruk lager is.

4.4.3. Het tegengaan van consumptieve schulden bij de eigen vennootschap

De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap maakt geen onderscheid tussen verschillende soorten schulden, behoudens de eigenwoningschulden, terwijl doorgaans slechts aan consumptieve schulden belastinguitstel ten grondslag ligt. Een alternatieve oplossingsrichting voor het bestrijden van uitstel van belastingheffing door het lenen van de eigen vennootschap kan derhalve worden gevonden in een aan de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap vergelijkbare maatregel welke enkel van toepassing is op consumptieve schulden. Anders dan bij de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap is het hanteren van een maximumbedrag van € 500.000 voor consumptieve schulden overbodig. Vanwege het gericht bestrijden van ‘schadelijke’ schulden en de afwezigheid van een maximumbedrag is de maatregel voor consumptieve schulden in vergelijking met de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap meer doeltreffend.

Het nadeel van een maatregel welke slechts op consumptieve schulden ziet is dat moet worden bepaald of een schuld al dan niet als consumptieve schuld kan worden aangemerkt. Stevens stelt onder meer voor om voor de bepaling of sprake is van een consumptieve schuld een loan-to-value-maatregel te hanteren.¹⁶¹ Een schuld wordt gekwalificeerd als consumptieve schuld wanneer deze hoger is dan een bepaald percentage van de met de schuld gefinancierde vermogensbestanddelen. Stevens constateert als mogelijke nadelen de toename van administratieve lasten als gevolg van het periodiek moeten waarderen van vermogensbestanddelen alsmede de invloed van schokeffecten. Bijgevolg is een maatregel voor

¹⁵⁹ Zie vorige voetnoot.

¹⁶⁰ P.H.J. Essers, ‘De foute voorstellen van de commissie Van Dijkhuizen ten aanzien van de IB-ondernemer en de DGA’, *WFR* 2013/1035, par. 2.2.

¹⁶¹ S.A. Stevens, ‘Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico’s en mogelijke beleidsalternatieven’, *WFR* 2019/71, par. 6.5.3.

consumptieve schulden in vergelijking met de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap minder doelmatig.

4.4.4. Onderscheid tussen de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer

De door de IB-ondernemer behaalde winst uit onderneming wordt integraal belast in box 1. Door de verschillende ondernemersfaciliteiten en de MKB-winstvrijstelling is de belastingdruk op de arbeidsbeloning van de IB-ondernemer lager dan de belastingdruk op het loon van zowel de dga als reguliere werknemers. De kapitaalbeloning van de IB-ondernemer wordt daarentegen fiscaal veelal minder voordelig behandeld dan de kapitaalbeloning van de dga, omdat de kapitaalbeloning bij de IB-ondernemer in beginsel direct wordt belast met inkomstenbelasting terwijl de dga de heffing van inkomstenbelasting kan uitstellen.

Het afzonderlijk in de belastingheffing betrekken van de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer kan tot een evenwichtiger fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga leiden. Door de arbeidsbeloning te belasten als loon uit dienstbetrekking, of als minder verregaande oplossing het toepassingsbereik van de MKB-winstvrijstelling te verkleinen zodat deze niet van toepassing is op de arbeidsbeloning, kan de onevenwichtige fiscale behandeling ter zake van het arbeidsinkomen worden verminderd. Teneinde een meer evenwichtige belastingheffing over het kapitaalinkomen te realiseren kan onder meer worden gekozen om de MKB-winstvrijstelling te verhogen, hetgeen een eenvoudige doch ongerichte oplossing is, of de IB-ondernemer meer reserveringsmogelijkheden te bieden, waardoor ook de IB-ondernemer de (beperkte) mogelijkheid krijgt belastingheffing uit te stellen.

Het nadeel van de hiervoor geschetste oplossingsrichting is dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de arbeids- en kapitaalbeloning, hetgeen leidt tot een toename in de uitvoeringskosten. In mijn optiek kan voor het bepalen van de arbeidsbeloning een met de gebruikelijkloonregeling vergelijkbare regeling worden ingevoerd, waardoor de uitvoeringskosten beperkt blijven. Indien de uitvoeringskosten van een gebruikelijkloonregeling voor IB-ondernemers een struikelblok vormen, kan worden gekozen om toepassing van de MKB-winstvrijstelling te beperken tot de winst uit onderneming die wordt belast in de tweede- en derde tariefschijf van de inkomstenbelasting.¹⁶²

Bijkomende voordelen van de voorgestelde oplossingsrichting zijn dat hiermee recht wordt gedaan aan de economische gedachtegang dat arbeidsinkomen zwaarder moet worden belast dan de kapitaalinkomen en dat het budgetneutraal kan worden ingevoerd, het is immers een verschuiving van de belastingdruk op kapitaalinkomen naar arbeidsinkomen.

4.5. Tussenconclusie

In de door Heithuis voorgestelde variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting worden IB-ondernemingen belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Voor eenmanszaken geldt een beperkte vennootschapsbelastingplicht en voor personenvennootschappen een onbeperkte vennootschapsbelastingplicht. Vanwege dit verschil in de objectieve belastingplicht blijft de onevenwichtige fiscale behandeling met betrekking tot de toerekening van vermogensbestanddelen bestaan. Daarnaast is het voor de ondernemer die zijn onderneming drijft in de vorm van een eenmanszaak, in tegenstelling tot ondernemers die de onderneming drijven in een andere rechtspersoon dan een eenmanszaak, onmogelijk een schuldverhouding aan te gaan met zijn eigen onderneming, hetgeen een verschil in de mogelijkheid om inkomstenbelasting uit te stellen inhoudt. Onder een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting blijven derhalve onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van ondernemers bestaan, maar van een meer evenwichtige fiscale behandeling van ondernemingswinsten is weldegelijk sprake. Afgevraagd kan worden of de toename van het fiscale evenwicht in verhouding staat tot een dermate ingrijpende wijziging in het fiscale stelsel.

¹⁶² Vgl. E.J.W. Heithuis, 'OverBelastingen 2.0', WFR 2013/1062, par. 6.1.

In het onderzochte duale inkomstenbelastingstelsel wordt de ondernemingswinst gesplitst in een arbeids- en kapitaalcomponent aan de hand van een gebruikelijkloonregeling respectievelijk normrendement. De resterende winst wordt als arbeidsbeloning aan de achterliggende participanten, ondernemers of aandeelhouders toegerekend naar rato van het belang in de onderneming. Het duale inkomstenbelastingstelsel leidt tot een volledig evenwicht in de fiscale behandeling van ondernemingswinsten. Gezien onder meer de budgettaire effecten, verdragsrechtelijke complicaties en de mogelijke onvoorzienbare effecten van een dergelijk stelsel kan evenwel worden afgevraagd of een dual inkomstenbelastingstelsel de gewenste oplossing is voor een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemingswinsten.

De aangedragen oplossingsrichtingen van meer specifieke aard betreffen een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang, tariefdifferentiatie in box 2, het tegengaan van consumptieve leningen bij de eigen vennootschap en onderscheid tussen de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer.

Het nemen van een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang houdt in dat een aanmerkelijkbelanghouder jaarlijks wordt geacht ten minste een bepaald percentage over zijn belang in het fiscale eigen vermogen van de vennootschap te genieten. Bijgevolg vindt jaarlijks een minimumheffing in box 2 plaats, waardoor de problematiek omtrent het uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing wordt verminderd. De bezwaren tegen een dergelijke maatregel zijn onder meer dat het kan leiden tot een onrechtvaardig hoge belastingdruk wanneer het werkelijke rendement lager is dan het forfaitaire rendement, dat inbreuk wordt gemaakt op het systeem van box 2 en dat in internationale context mogelijk sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw. Diverse auteurs hebben voorgesteld om de forfaitaire regeling te beperken tot het beleggingsvermogen van de vennootschap. Dit heeft als bijkomend voordeel dat daarmee een meer evenwichtige behandeling ten aanzien van beleggingsvermogen wordt bereikt.

Het hanteren van een progressief tarief op reguliere voordelen in box 2, waarbij vervreemdingswinsten tegen het hoogste tarief worden belast leidt tot minder uitstel van aanmerkelijkbelangheffing, aangezien door middel van jaarlijkse winstuitkeringen de belastingdruk kan worden verlaagd. Mogelijke nadelen van een dergelijke tariefstelling zijn dat het leidt tot een 'lock-in' effect en dat het kan leiden tot een toename van schulden bij de eigen vennootschap.

In plaats van een maatregel die van toepassing is op nagenoeg alle schulden bij de eigen vennootschap, zoals de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, kan worden gekozen een vergelijkbare maatregel in te voeren die slechts consumptieve schulden raakt. Bepaling welke schulden als consumptieve schulden worden gekwalificeerd kan aan de hand van een loan-to-value-ratio, waardoor uitvoeringskosten worden beperkt. Het nadeel van het hanteren van een dergelijke ratio is dat vermogensbestanddelen regelmatig moeten worden gewaardeerd.

Ten slotte de afzonderlijke belastingheffing van de arbeidsbeloning en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer. Gedacht kan worden aan het belasten van de arbeidsbeloning van de IB-ondernemer in de loonbelasting of het beperken van het toepassingsbereik van de MKB-winstvrijstelling tot de kapitaalbeloning gecombineerd met een verhoging van het percentage MKB-winstvrijstelling. De belastingdruk op het arbeidsinkomen, bepaald aan de hand van een gebruikelijkloonregeling, neemt toe, waardoor meer gelijkheid met andere loontrekkenden wordt bereikt. De belastingdruk op de kapitaalbeloning neemt af, waarmee de IB-ondernemer wordt gecompenseerd voor het feit dat hij, in tegenstelling tot de dga, niet de mogelijkheid heeft de belastingheffing uit te stellen.

5. Eindconclusie

De keuze van een ondernemer om zijn onderneming te drijven in een rechtsvorm met- respectievelijk zonder rechtspersoonlijkheid is onder het huidige fiscale stelsel bepalend voor onder andere de fiscale behandeling van het inkomen uit onderneming. Wordt gekozen voor een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid dan wordt de wuo integraal belast in box 1 van de inkomstenbelasting. Wanneer de onderneming wordt gedreven voor rekening van een rechtspersoon dan vindt, als gevolg van de zelfstandigheidsfictie, de belastingheffing plaats op twee niveaus. De ondernemingswinst wordt bij de rechtspersoon belast met vennootschapsbelasting en het inkomen van de dga wordt, afhankelijk van de hoedanigheid waarin het inkomen wordt verkregen, belast in box 2 van de inkomstenbelasting, de loonbelasting of in box 1 van de inkomstenbelasting.

De rechtsvormafhankelijke manier waarop de belastingheffing plaatsvindt heeft ten gevolg dat onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga bestaan. Eén van deze onevenwichtigheden is de mogelijkheid om (gedeeltelijk) belastingheffing uit te stellen als dga, terwijl de IB-ondernemer deze mogelijkheid niet of nauwelijks heeft. Met het Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap beoogt de wetgever de uitstelmogelijkheid van de dga in specifieke gevallen aan banden te leggen. Het is evenwel de vraag of deze voorgestelde Wet hierin zal slagen. Daarnaast kan worden afgevraagd of er wellicht alternatieve oplossingsrichtingen zijn waarmee een (meer) evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga kan worden bereikt. Teneinde vorenstaande te onderzoeken stond in deze scriptie de volgende probleemstelling centraal:

In hoeverre wordt de onevenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga verholpen door de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap en hoe verhoudt zich dit tot alternatieve oplossingsmethoden?

Om tot een antwoord op deze vraag te komen is met de uitwerking van het huidige fiscale stelsel ten aanzien van de IB-ondernemer, de BV en de dga in hoofdstuk 2 allereerst de basis uiteengezet. De bepaling van de ondernemingswinst van de IB-ondernemer en de BV geschiedt aan de hand van de totaalwinst en de jaarwinst. De totaalwinst wordt gevormd door de gezamenlijke voordelen die uit een onderneming worden verkregen, het betreft derhalve de winst die gedurende de gehele levensduur van de onderneming is behaald. Het totaalwinstbegrip heeft als doelstelling het onderscheiden van de ondernemings- en niet-ondernemingsfeer. Aan de hand van de jaarwinstregels wordt de totaalwinst verdeeld over de jaren, zodat de winst jaarlijks kan worden belast.

Bij de IB-ondernemer ziet de totaalwinstbepaling met name op de toerekening van vermogensbestanddelen aan het privévermogen respectievelijk ondernemingsvermogen, de zogenoemde vermogensetikettering. Toerekening van een vermogensbestanddeel aan het ondernemingsvermogen leidt ertoe dat de met- en op dat bestanddeel behaalde voordelen als winst in aanmerking worden genomen. De wil van de belastingplichtige, mits binnen de grenzen der redelijkheid, vormt het uitgangspunt voor de vermogensetikettering. Verplichte toerekening van vermogensbestanddelen aan het privévermogen of ondernemingsvermogen kan geboden zijn indien deze kwalificatie uit de aard of aanwending van het bestanddeel volgt. Indien verplichte toerekening niet aan de orde is, is sprake van keuzevermogen.

De totaalwinstbepaling bij de BV heeft voornamelijk betrekking op de rechtshandelingen tussen gelieerde partijen en leidt tot het onderscheid tussen transacties in de aandeelhouders- respectievelijk winstfeer. Kortgezegd worden verhoudingen, vergoedingen en rechtshandelingen tussen de BV en de dga dan wel tussen de BV en andere vennootschappen naar zakelijke voorwaarden in de winstfeer in aanmerking genomen, het meerdere/mindere wordt in de aandeelhoudersfeer in aanmerking genomen en raakt derhalve niet te winst. Ten aanzien van de verstrekking van leningen kan worden gewezen op de fiscaalrechtelijke herkwalificaties van civielrechtelijke leningen. In het Unilever-arrest is beslist dat voor toepassing van het fiscale recht wordt afgeweken van de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking indien sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening. Naast de herkwalificaties kan tevens worden gewezen op de onzakelijke lening. Bij de verstrekking van-

en rentevergoedingen op een onzakelijke lening wordt voor de fiscaalrechtelijke gevolgen de civielrechtelijke vorm gevolgd, echter wordt de afwaardering van een onzakelijke lening geacht zich in de kapitaalsfeer af te spelen.

De totaalwinst wordt verdeeld over de jaren aan de hand van de jaarwinstregels volgens het goed koopmansgebruik. Doorgaans worden drie hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik onderscheiden, het realiteitsbeginsel, het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbeginsel.

De dga kan in de hoedanigheid van aandeelhouder, werknemer, debiteur en crediteur optreden jegens zijn BV. Als aandeelhouder wordt de dga in box 2 van de inkomstenbelasting belast over de uit zijn aandelen verkregen voordelen alsmede het behaalde voordeel bij vervreemding van de aandelen. Als bestuurder/werknemer wordt de dga in de loonbelasting belast voor het loon uit arbeid. Indien de dga geld uitleent aan zijn BV vormt dit een werkzaamheid voor de inkomstenbelasting, waardoor de rentevergoedingen bij de dga worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden. Aan geld lenen van de BV door de dga zijn in beginsel geen fiscale gevolgen verbonden, met uitzondering van de heffing van vennootschapsbelasting over de rente-inkomsten bij de BV.

In het derde hoofdstuk zijn de systematische verschillen in de belastingheffing van de IB-ondernemer enerzijds en de dga anderzijds nader uitgewerkt, om de onevenwichtigheden in de fiscale behandeling tussen beide duidelijk te maken. Hierbij is achtereenvolgens aandacht besteed aan de onevenwichtigheden in de toerekening van vermogensbestanddelen, de fiscale behandeling van de verschillende componenten van de winst en functies van de winst en de mogelijkheid om de belastingheffing uit te stellen.

Bij een IB-ondernemer geschiedt de toerekening van vermogensbestanddelen aan de hand van de vermogensetiketteringsregels, terwijl een dga in beginsel volledige vrijheid heeft ten aanzien van de toerekening van vermogensbestanddelen tot zijn privévermogen dan wel tot het vermogen van de BV.

De ondernemingswinst kan worden gesplitst in een arbeidscomponent en kapitaalcomponent. De door de IB-ondernemer behaalde ondernemingswinst wordt integraal belast in box 1 van de inkomstenbelasting, zonder daarbij rekening te houden met de verschillende componenten van de winst. Het arbeidsinkomen van de dga is bij de BV aftrekbaar van de winst en wordt bij de dga belast met loonbelasting. De kapitaalcomponent van de winst wordt bij de BV belast met vennootschapsbelasting, op het moment van uitkering van de winst dan wel vervreemding van de aandelen wordt de dga belast met inkomstenbelasting.

Het winstinkomen kan verschillende functies bekleden, namelijk een consumptie-, investerings- en reserveringsfunctie. Het gedeelte van de winst dat overblijft na consumptie, investering en reservering kan worden gezien als overwinst. Bij de belastingheffing van de IB-ondernemer wordt niet of nauwelijks rekening gehouden met de verschillende functies van de winst, omdat de wuo direct in de inkomstenbelasting wordt betrokken. Bij de dga is dit evenwel anders, omdat voor de aanmerkelijkbelangheffing wordt aangesloten bij het moment waarop de winst door de BV wordt uitgekeerd. Het voor investering en reservering bestemde deel van de winst - en veelal ook de overwinst - zal niet worden uitgekeerd, waardoor directe inkomstenbelasting hierover achterwege blijft.

De dga heeft de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen door oppotting van de winst in de BV. Vergeleken met de IB-ondernemer leidt deze winstoppotting tot twee voordelen, namelijk uitstel van heffing over ondernemingsinkomen en een lagere heffingsgrondslag in box 3. Daarnaast heeft de dga de mogelijkheid gelden te lenen van zijn BV, waardoor hij kan beschikken over gelden uit zijn BV zonder directe heffing van inkomstenbelasting.

In het tweede onderdeel van hoofdstuk drie is uitgewerkt op welke onevenwichtigheid de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap ziet, waarna is getoetst in hoeverre met de voorgestelde Wet deze onevenwichtigheid wordt weggenomen. Deze toetsing heeft plaatsgevonden aan de hand van de criteria doeltreffendheid, doelmatigheid, uitvoerbaarheid, verdragsrechtelijke toepasbaarheid en

Europeesrechtelijke toepasbaarheid. In het vierde hoofdstuk is getracht met alternatieve oplossingsrichtingen te komen voor een (meer) evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga. Twee alternatieve stelsels van belastingheffing over de ondernemingswinst, de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting en het duale inkomstenbelastingstelsel, zijn uitvoerig uitgewerkt en getoetst aan dezelfde criteria als waaraan de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap is getoetst in het derde hoofdstuk. Als oplossingsrichtingen van meer specifieke aard zijn een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang, tariefdifferentiatie in box 2, het tegengaan van consumptieve leningen bij de eigen vennootschap en onderscheid tussen de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer aangedragen.

Onder de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap wordt kortgezegd de som van schulden van een aanmerkelijkbelanghouder bij zijn eigen vennootschappen belast in box 2 indien en voor zover de som van de schulden de € 500.000 te boven gaat. De voorgestelde Wet is beperkt doeltreffend met betrekking tot het tegengaan van belastinguitstel door het lenen van de eigen BV. Dit vanwege het maximumbedrag van € 500.000 en de mogelijkheid maximumbedragen te stapelen in geval van leningen aan verbonden personen. Daarnaast gaat de maatregel op verschillende onderdelen zijn doel voorbij doordat wordt aangesloten bij het aanmerkelijkbelangcriterium en geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten schulden. De maatregel is zeer doelmatig, vanwege de harde grenzen en de afwezigheid van open normen en een tegenbewijsregeling. Ten slotte zijn er enkele kleine aanmerkingen op de uitvoerbaarheid, verdragsrechtelijke toepasbaarheid en Europeesrechtelijke toepasbaarheid van de voorgestelde maatregel, deze zijn evenwel niet onoverkomelijk.

In de uitgewerkte variant van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting worden IB-ondernemingen overgebracht naar de vennootschapsbelasting, waarbij voor eenmanszaken een beperkte vennootschapsbelastingplicht geldt en voor personenvennootschappen een onbeperkte vennootschapsbelastingplicht. De onevenwichtigheden in de toerekening van vermogensbestanddelen en de mogelijkheid belasting uit te stellen blijven – al dan niet beperkter dan onder het huidige stelsel – aanwezig, maar van een meer evenwichtige fiscale behandeling van ondernemingswinsten is weldegelijk sprake. Mede vanwege een verminderde vermogensetiketteringsproblematiek is de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting doelmatig en goed uitvoerbaar. De rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting stuit niet of nauwelijks op verdrags- of Europeesrechtelijke complicaties.

In het onderzochte duale inkomstenbelastingstelsel wordt de ondernemingswinst gesplitst in een arbeids- en kapitaalcomponent aan de hand van een gebruikelijkloonregeling respectievelijk normrendement. De resterende winst wordt als arbeidsbeloning aan de achterliggende participanten, ondernemers of aandeelhouders toegerekend naar rato van het belang in de onderneming. Het duale inkomstenbelastingstelsel leidt tot een nagenoeg volledig evenwicht in de fiscale behandeling van ondernemingswinsten en is daarmee uitermate doeltreffend. Gezien onder meer de budgettaire effecten, verdragsrechtelijke complicaties en de mogelijke onvoorzienbare gevolgen van een dergelijk stelsel kan evenwel worden afgevraagd of een duaal inkomstenbelastingstelsel de gewenste oplossing is voor een evenwichtige fiscale behandeling van ondernemingswinsten.

Het nemen van een forfaitair voordeel uit aanmerkelijk belang houdt in dat een aanmerkelijkbelanghouder jaarlijks wordt geacht ten minste een bepaald forfaitair percentage over zijn belang is het fiscale eigen vermogen van de vennootschap te genieten. Bijgevolg vindt jaarlijks een minimumheffing in box 2 plaats, waardoor de problematiek omtrent het uitstellen van aanmerkelijkbelangheffing wordt verminderd. De bezwaren tegen een dergelijke maatregel zijn onder meer dat het kan leiden tot een onrechtvaardig hoge belastingdruk wanneer het werkelijke rendement lager is dan het forfaitaire rendement, dat inbreuk wordt gemaakt op het systeem van box 2 en dat in internationale context mogelijk sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw. Diverse auteurs hebben voorgesteld om de forfaitaire regeling te beperken tot het beleggingsvermogen van de vennootschap. Dit heeft als bijkomend voordeel dat daarmee een meer evenwichtige behandeling ten aanzien van beleggingsvermogen wordt bereikt.

Het hanteren van een progressief tarief op reguliere voordelen in box 2, waarbij vervreemdingswinsten tegen het hoogste tarief worden belast leidt tot minder uitstel van aanmerkelijkbelangheffing, aangezien door middel van jaarlijkse winstuitkeringen de belastingdruk kan worden verlaagd. Mogelijke nadelen van een dergelijke tariefstelling zijn dat het leidt tot een 'lock-in' effect en dat het kan leiden tot een toename van schulden bij de eigen vennootschap.

In plaats van een maatregel die van toepassing is op nagenoeg alle schulden bij de eigen vennootschap, zoals de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, kan worden gekozen een vergelijkbare maatregel in te voeren die slechts consumptieve schulden raakt. Bepaling welke schulden als consumptieve schulden worden gekwalificeerd kan aan de hand van een loan-to-value-ratio, waardoor uitvoeringskosten worden beperkt. Het nadeel van het hanteren van een dergelijke ratio is dat vermogensbestanddelen regelmatig moeten worden gewaardeerd.

Ten slotte de afzonderlijke belastingheffing van de arbeidsbeloning en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer. Gedacht kan worden aan het belasten van de arbeidsbeloning van de IB-ondernemer in de loonbelasting of het beperken van het toepassingsbereik van de MKB-winstvrijstelling tot de kapitaalbeloning gecombineerd met een verhoging van het percentage MKB-winstvrijstelling. De belastingdruk op het arbeidsinkomen, bepaald aan de hand van een gebruikelijkloonregeling, neemt toe, waardoor meer gelijkheid met andere loontrekkenden wordt bereikt. De belastingdruk op de kapitaalbeloning neemt af, waarmee de IB-ondernemer wordt gecompenseerd voor het feit dat hij, in tegenstelling tot de dga, niet de mogelijkheid heeft de belastingheffing uit te stellen.

In mijn optiek kan worden geconcludeerd dat geen van de aangedragen oplossingsrichtingen als de onbetwist beste oplossing kan worden gezien. De alternatieven lossen verschillende onevenwichtigheden in verschillende mate op. Aan de hand van onderstaande toetsingsmatrix wordt getracht tot een afweging tussen de verschillende alternatieven te komen.

Tabel 1: Toetsingsmatrix

		Criterium				
		Doeltreffend	Doelmatig	Uitvoerbaar	Verdrag	Europees
Alternatief	Wet excessief lenen	-	++	++	+	+
	Rechtsvorm-neutrale OWB	+	+	+	++	++
	Duale IB	++	--	++	--	-
	Forfaitair voordeel uit AB	++	+	+	+	++
	Tarief-differentiatie box 2	+	++	++	++	++
	Maatregel consumptieve schulden	+	+	++	+	+
	Onderscheid beloningen IB-ondernemer	+	++	++	++	++

Uit bovenstaande matrix in combinatie met de uitwerking en toetsing van de verschillende oplossingsmogelijkheden kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- 1) Met betrekking tot een oplossing voor het uitstellen van belastingheffing als gevolg van het lenen van de eigen vennootschap verdient de maatregel voor consumptieve schulden in mijn optiek de voorkeur boven de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Alhoewel de maatregel voor consumptieve schulden minder doelmatig is, wordt dit naar mijn mening ruimschoots gecompenseerd door de hoge mate van doeltreffendheid.
- 2) Enkel de invoering van een dual inkomstenbelastingstelsel leidt ertoe dat nagenoeg alle onevenwichtigheden in de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga worden verholpen. De introductie van een dual inkomstenbelastingstelsel lijkt evenwel geen reële optie, gezien de lage mate van doeltreffendheid, verdragsrechtelijke toepasbaarheid en Europeesrechtelijke toepasbaarheid.
- 3) Als stelsel voor de belastingheffing over ondernemingswinsten vormt de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting een geschikt alternatief. Opgemerkt zij dat de onevenwichtigheid met betrekking tot de uitstelmogelijkheid als gevolg van het lenen van de eigen vennootschap/onderneming onder de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting blijft bestaan. Hiertoe kan worden overwogen om de rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in combinatie met de maatregel voor consumptieve schulden in te voeren.
- 4) Wanneer handhaving van het huidige fiscale stelsel de voorkeur verdient, bieden de oplossingsrichtingen van meer specifieke aard een oplossing voor een meer evenwichtige fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de dga. Mijns inziens leiden twee combinaties van deze oplossingsrichtingen tot een zo optimaal mogelijk evenwicht, namelijk:
 - i. Het forfaitaire voordeel uit aanmerkelijk belang in combinatie met het onderscheid in de belastingheffing over de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer. Deze combinatie leidt tot een meer evenwichtige behandeling van de IB-ondernemer en de dga met betrekking tot beleggingsvermogen, de verschillende componenten- en functies van de winst en de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen.
 - ii. De combinatie van tariefdifferentiatie in box 2, de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap (al dan niet beperkt tot consumptieve schulden) en het onderscheid in de belastingheffing over de arbeids- en kapitaalbeloning van de IB-ondernemer. Gebleken is dat een gedifferentieerd box 2 tarief kan leiden tot een toename in het belastinguitstel door middel lenen van de eigen vennootschap. Door de combinatie met een maatregel voor schulden bij de eigen vennootschap wordt dit voorkomen. Deze combinatie leidt tot een meer evenwichtige behandeling van de IB-ondernemer en de dga met betrekking tot de verschillende componenten- en functies van de winst en de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

Het Hof van Justitie van de Europese Unie/Gemeenschappen

HvJ EG 7 september 2004, C-319/02, ECLI:EU:C:2004:484, *BNB* 2004/401c* (*Manninen*).
HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, *BNB* 2018/92c* (X).

De Hoge Raad

HR 9 januari 1946, B. 8016.
HR 2 april 1947, B. 8335.
HR 30 april 1947, B. 8396.
HR 18 oktober 1950, B. 8843.
HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, *BNB* 1953/272*.
HR 30 december 1953, nr. 11 555, *BNB* 1954/61*.
HR 8 december 1954, nr. 11 999, *BNB* 1955/46*.
HR 2 februari 1955, nr. 12 196, *BNB* 1955/86.
HR 29 mei 1955, nr. 12 416, *BNB* 1955/310*.
HR 3 april 1957, nr. 13 984, *BNB* 1957/165*.
HR 18 februari 1959, nr. 13 763, *BNB* 1959/124*.
HR 10 februari 1960, nr. 14 162, *BNB* 1960/123*.
HR 24 februari 1971, nr. 16 460, *BNB* 1971/74*.
HR 24 februari 1971, nr. 16 466, *BNB* 1971/67.
HR 17 december 1975, nr. 17 764, *BNB* 1976/31.
HR 1 maart 1978, nr. 18 534, *BNB* 1978/81c.
HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252c*.
HR 8 november 1978, nr. 18 804, *BNB* 1978/324c.
HR 5 december 1979, nr. 19 599, *BNB* 1980/20.
HR 12 maart 1980, nr. 19 651, *BNB* 1980/116.
HR 17 december 1980, nr. 20 137, *BNB* 1981/29.
HR 26 mei 1982, nr. 21 143, *BNB* 1982/229*.
HR 7 juli 1982, nr. 20 655, *BNB* 1982/268c*.
HR 29 augustus 1984, nr. 22 329, *BNB* 1985/15*.
HR 3 april 1985, nr. 22 864, *BNB* 1986/352.
HR 8 april 1985, nr. 22 738, *BNB* 1985/230*.
HR 8 juli 1986, nrs. 23 440-23 441, *BNB* 1986/295-296c*.
HR 20 januari 1988, nr. 24 304, *BNB* 1988/122c*.
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217c*.
HR 3 oktober 1990, nr. 25 897, *BNB* 1991/16c*.
HR 4 maart 1992, nr. 27 509, *BNB* 1992/156.
HR 16 augustus 1996, nr. 30 885, *BNB* 1996/340.
HR 29 augustus 1997, nr. 32 301, *BNB* 1997/347*.
HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208c*.
HR 18 maart 1998, nr. 33 178, *BNB* 1998/159.
HR 15 september 1999, nr. 34 647, *BNB* 1999/406*.
HR 14 juni 2002, nr. 36 453, *BNB* 2002/290c*.
HR 7 maart 2003, nr. 36 835, *BNB* 2003/206*.
HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82c*.
HR 9 mei 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191*.
HR 5 februari 2010, nr. 08/02949, *BNB* 2010/147c*.
HR 14 oktober 2011, nr. 11/01085, *BNB* 2011/290*.
HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37c*.
HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB* 2012/78c*.

HR 23 november 2012, nr. 12/00741, *BNB* 2013/65.
HR 10 juli 2015, nr. 13/04421, *BNB* 2015/205c*.
HR 16 september 2016, nr. 15/03909, *BNB* 2017/21c*.
HR 18 november 2016, nr. 15/04977, *BNB* 2017/34c*.

Literatuur

Albert 2017

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

Arends, WPNR 2019/7249

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

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

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

De Beer, WFR 2013/923

A.M.A. de Beer, 'etikettering van koppel(gedeelte van)panden', *WFR* 2013/923.

Boer & Heithuis, WFR 2020/170

J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De nationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen van de eigen vennootschap', *WFR* 2020/170.

Boer & Heithuis, WFR 2020/175

J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De internationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap', *WFR* 2020/175.

Brüll, Zwemmer & Cornelisse 2016

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

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.

Bouwman, TFO 2016/144.1

J.N. Bouwman, 'Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *TFO* 2016/144.1.

Cnossen, WFR 1994/1669

S. Cnossen, 'WERKEN AAN DE WIG (Dies-rede Erasmus Universiteit Rotterdam, 8 november 1994.)', *WFR* 1994/1669.

Cnossen, WFR 1997/269

S. Cnossen, 'Belastinguitstel = belastingverlaging', *WFR* 1997/269.

Cornelisse, Taxlive.nl 14 maart 2019

R.P.C. Cornelisse, 'Concept Wet excessief lenen bij eigen vennootschap: driedubbele heffing?', *taxlive.nl* 14 maart 2019.

Van Dijck 1984

J.E.A.M. van Dijck, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm* (Belastingconsulentendag 1984, nr. 29), Deventer: Kluwer 1984.

Van den Dool 2009

R.P. van den Dool, *Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijk personen*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Es, TFO 2003/113

J.A.G. van Es, 'Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting', *TFO* 2003/113.

Essers, TFO 2011/3

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

Essers, WFR 2013/1035

P.H.J. Essers, 'De foute voorstellen van de commissie Van Dijkhuizen ten aanzien van de IB-ondernemer en de DGA', *WFR* 2013/1035.

Essers, WFR 2018/109

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

Essers, WFR 2019/187

P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', *WFR* 2019/187.

Heithuis 2005

E.J.W. Heithuis, *Zonder aanzien des (rechts)persoons, de Wet Vpb 2007: De ondernemingswinstbelasting van de 21e eeuw* (inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Heithuis, WFR 2009/559

E.J.W. Heithuis, 'Eén uniforme dga-definitie heel goed mogelijk!', *WFR* 2009/599.

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, WFR 2013/1062

E.J.W. Heithuis, 'OverBelastingen 2.0', *WFR* 2013/1062.

Heithuis, Taxlive.nl 22 januari 2016

E.J.W. Heithuis, 'Belast rekening-courantopnamen in box 2', *taxlive.nl* 22 januari 2016.

Heithuis, Taxlive.nl 21 september 2018

E.J.W. Heithuis, 'Kabinet zoekt echt ruzie met de dga', *taxlive.nl* 21 september 2018.

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2018

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *inkomstenbelasting* (14^e druk) Deventer: Kluwer 2018.

Heithuis, NTFR 2019/1020

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

Internetconsultatie wetsvoorstel ontmoedigen lenen eigen vennootschap van start 2019

'Internetconsultatie wetsvoorstel ontmoedigen lenen eigen vennootschap van start', Rijksoverheid.nl.

Kavelaars 2013

P. Kavelaars, 'Zicht op een duale inkomstenbelasting?', in: J.A.G. van der Geld en I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Rijkersbundel*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2013.

Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken

Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken, 'Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving', kewj.nl (online, bijgewerkt 9 april 2021).

Naar een activerender belastingstelsel interimrapport 2013

Naar een activerender belastingstelsel (Rapport van de Commissie inkomstenbelasting en toeslagen), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 447, nr. 1.

Naar een activerender belastingstelsel eindrapport 2013

Naar een activerender belastingstelsel (Rapport van de Commissie inkomstenbelasting en toeslagen), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 447, nr. 2.

NOB-commentaar Wet excessief lenen bij eigen vennootschap 2020

'NOB-commentaar Wet excessief lenen bij eigen vennootschap', nob.net.

Peters 2019

C.A.T. Peters, 'Evaluatie van art. 8b Wet VPB 1969', in: J.L. van de Streek & A.J.A. Stevens (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019.

Peters & Auerbach, FTV 2019/3-10

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

Pieterse, WFR 2015/1257

L.J.A. Pieterse, 'Het winstbegrip, een exegese in tweevoud', *WFR* 2015/1257.

Pistorius, BB 2003/02-02

T. Pistorius, 'Beleggen in BV of privé', *BB* 2003/02-02.

Stevens 2020

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2), Deventer: Kluwer 2020.

Stevens, WFR 2019/71

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

Verver, 2008

S.J. Verver, *De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2008.

Vroonhof, Verhoeven & Folkeringa 2005

P. Vroonhof, W. Verhoeven & M. Folkeringa, *Ondernemen makkelijker en leuker? Evaluatie zelfstandigenaftrek en enkele andere fiscale instrumenten gericht op ondernemerschap*, Zoetermeer: EIM 2005.

Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap 2020

'Wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap', [Rijksoverheid.nl](http://rijksoverheid.nl).

Wijtvliet, FED 2019/80

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

Parlementaire stukken

Brieven van de Staatssecretaris van Financiën

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 mei 2019, nr. 2019-0000079265.

De Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 2017/18, 34 785, nr. D.

Kamerstukken I 2019/20, 25 087, nr. N.

De Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II 1958/59, 5 380, nr. 3.

Kamerstukken II 1982/83, 17 943, nr. 3.

Kamerstukken II 1983/84, 18 262, nr. 3.

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

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 7.

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19.

Kamerstukken II 2009/10, 32 140, nr. 4.

Kamerstukken II 2010/11, 29 515, nr. 330.

Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 3.

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

Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 2.

Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 3.

Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 7.