

Wet Excessief lenen bij de eigen vennootschap

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie: FEB43100

Titel scriptie: Wet Excessief lenen bij de eigen vennootschap

Naam student: Alison Lau

Studentnummer: 426448

Begeleider: dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Tweede beoordelaar: drs. M.H.M. Smeets

Datum definitieve versie: 30 augustus 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

<i>Hoofdstuk 1: Inleiding</i>	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Onderzoeksvraag	5
1.3 Methodologie & structuur	5
1.4 Het toetsingskader	5
1.4.1 Het draagkrachtbeginsel	6
1.4.2 Neutraliteitsbeginsel	6
1.4.3 Doeltreffendheidsbeginsel	6
1.4.4 Doelmatigheidsbeginsel	6
1.5 Afbakening	7
<i>Hoofdstuk 2: De ab-houder als schuldenaar</i>	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Civielrechtelijke kenmerken van een geldlening	8
2.3 Fiscale kenmerken van een geldlening	9
2.3.1 Schijnlening	9
2.3.2 Bodemlozeputlening	9
2.3.3 Deelnemerschapslening	9
2.3.4 Gevolgen van de herkwalificatie van een geldlening	10
2.4 Onzakelijke lening	10
2.5 Rekening-courant	11
2.6 Tussenconclusie/ Samenvatting	12
<i>Hoofdstuk 3: Inkomensbronnen van de ab-houder</i>	13
3.1 Inleiding	13
3.2 Aanmerkelijk belang	13
3.3 Inkomen: Loon van de DGA	14
3.3.1 Dienstbetrekking	14
3.3.2 Fictieve dienstbetrekking	14
3.3.3 Loon in de loonbelasting	15
3.3.4 Loon in de inkomstenbelasting	15
3.4 Inkomen: Voordelen uit aanmerkelijk belang	16
3.4.1 Regulier voordeel in de vorm van dividend	16
3.4.2 Verkapte winstuitdelingen algemeen	16
3.4.3 (Verkapte) winstuitdelingen in relatie tot lenen bij eigen vennootschap	17
3.5 Tussenconclusie/ samenvatting	18

<i>Hoofdstuk 4: Wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’</i>	20
4.1 Inleiding	20
4.2 Aanleiding wetsvoorstel	20
4.3 Het fictief regulier voordeel	21
4.3.1 Positief en negatief regulier voordeel	21
4.3.2 Voorkomen dubbele heffing	22
4.4 De groep belastingplichtigen	23
4.4.1 Partner	23
4.4.2 Verbonden personen	23
4.5 Schulden	24
4.6 Toetsing van het wetsvoorstel	25
4.6.1 Het draagkrachtbeginsel	25
4.6.2 Het neutraliteitsbeginsel	26
4.6.3 Het doeltreffendheidsbeginsel	28
4.6.4 Het doelmatigheidsbeginsel	30
4.7 Tussenconclusie /samenvatting	32
<i>Hoofdstuk 5: Alternatieven</i>	33
5.1 Inleiding	33
5.2 Het huidige systeem behouden	33
5.3 Loan- to-value ratio	34
5.4 Tussenconclusie/ samenvatting	36
<i>Hoofdstuk 6: Conclusie/samenvatting en aanbevelingen</i>	38
6.1 Inleiding	38
6.2 Samenvatting	38
6.3 Beantwoording onderzoeksvraag	39
<i>Literatuurlijst</i>	41

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

De wetgever heeft in de aanbiedingsbrief van het pakket Belastingplan 2019 met dagtekening 18 september 2018 aangekondigd dat er een wetsvoorstel¹ komt om het excessief lenen bij de eigen vennootschap te ontmoedigen (rekening-courantmaatregel).² Deze bekendmaking heeft voor commotie gezorgd binnen de fiscaliteit. Ter illustratie, de Nederlandse Orde Belastingadviseurs (NOB) heeft aangegeven dat dit wetsvoorstel '(...) *disproportioneel en fundamenteel in strijd is met het systeem van box 2*'.³ De NOB is van mening dat dit voorstel voor een complexere wetgeving zorgt en een systematische inbreuk maakt op de wetgeving/jurisprudentie en een toename veroorzaakt van het aantal ficties.⁴ Daarnaast vindt Stevens dat de noodzaak van dit wetsvoorstel onvoldoende is aangetoond en dat er diverse tekortkomingen zijn.⁵ De wetgever heeft uiteindelijk wat aanpassingen doorgevoerd in het conceptwetsvoorstel en is vervolgens op 17 juni 2020 ingediend bij de Tweede Kamer. Ondanks de aanpassingen zijn er sinds de indiening van het wetsvoorstel nog steeds vragen en opmerkingen vanuit de literatuur. Dit voorstel is momenteel nog in behandeling en nog niet aangenomen door de Tweede Kamer. De beoogde inwerkingtreding van dit wetsvoorstel is op 1 januari 2023.⁶

Een belangrijke reden om het excessief lenen tegen te gaan, was de omvang van het leenbedrag van de aanmerkelijkbelanghouders⁷, hierna: ab-houders.⁸ In 2016 had 10% van de 355.000 ab-houders meer dan €500.000 geleend, waarbij het totale leenbedrag van deze groep rond de €17 miljard was.⁹ Het wetsvoorstel houdt in dat als de ab-houder samen met zijn of haar partner meer dan €500.000 heeft geleend bij de eigen BV, dan zal het bovenmatige deel als fictief regulier voordeel aangemerkt worden. Dit excessieve deel wordt belast tegen een tarief van 26,9%.¹⁰ Met het wetsvoorstel wil de wetgever het excessief lenen ontmoedigen en belastinguitstel en afstel tegengaan. De wetgever maakt in beginsel geen onderscheid in typen schulden; zowel geldleningen als rekening-courantschulden worden in aanmerking genomen. Alleen de eigenwoningschuld als in de zin van artikel 3.119a lid 1 Wet IB wordt uitgezonderd. Hierbij is het van belang dat er een recht van hypotheek op de eigen woning aan de eigen vennootschap wordt verstrekt.¹¹ Volgens de wetgever is er sprake van belastinguitstel op het moment er geleend wordt bij de eigen vennootschap. In plaats van een dividenduitkering te ontvangen of meer loon te genieten, zou de ab-houder met de lening de consumptieve uitgaven en privé investeringen kunnen doen zonder dat er belastingheffing plaatsvindt.¹² Daarnaast kan er sprake zijn van een eventueel belastingafstel wanneer de vennootschap failliet gaat en de ab-houder de box 2-claim niet kan betalen.¹³

¹ Wetsvoorstel 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap'.

² Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 september 2018 (Kamerstukken II 2018/19, 35026, nr. 6, onderdeel 2.2).

³ Zie ook De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p.7.

⁴ Zie ook De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p.3.

⁵ Stevens, WFR 2019/71.

⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 2 juli 2021 (Kamerstukken II 2020/21, 35026, nr. 11.)

⁷ Art 4.6 Wet IB 2001, De belastingplichtige is een aanmerkelijkbelanghouder indien hij minstens 5% van de aandelen in bezit heeft.

⁸ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹⁰ Art 2.12 Wet IB 2001.

¹¹ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹² Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 6 (MvT).

1.2 Onderzoeksvraag

De geldleningen en rekening-courantschulden staan centraal bij het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’. De wetgever wil met dit wetsvoorstel de bovenmatige schuld¹⁴ door middel van een fictief voordeel in de heffing betrekken. Uit het leerstuk van de (verkapte) winstuitdelingen zijn er nu al omstandigheden waarbij geldleningen en rekening-courantschulden tot een (verkapte) winstuitdeling kunnen leiden. Hierover wordt namelijk al belasting geheven. Het is van belang om na te gaan waarom een bovenmatige schuld tot het in aanmerking nemen van een fictief voordeel zou moeten leiden. Het voorgaande leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Voldoet het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen van wetgeving? Zo nee, welke alternatieven en aanbevelingen zijn mogelijk?

De onderzoeksvraag wordt beantwoord op basis van de volgende deelvragen:

Deelvraag 1: Wat wordt civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk verstaan onder een lening en een rekening-courant?

Deelvraag 2: Hoe wordt de ab-houder belast voor het arbeidsinkomen en de uit de vennootschap genoten (verkapte) winstuitdelingen?

Deelvraag 3: Wat houdt het wetsvoorstel wet excessief lenen in?

Deelvraag 4: Welke alternatieven zijn mogelijk met betrekking tot het wetsvoorstel?

1.3 Methodologie & structuur

Om de deelvragen te kunnen beantwoorden wordt elke deelvraag per hoofdstuk beantwoord. Bij de beantwoording van de deelvragen worden de relevante literatuur, jurisprudentie, Parlementairestukken en Kamerstukken geraadpleegd. In hoofdstuk twee wordt de eerste deelvraag beantwoord. Hier worden de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke kenmerken van de lening en rekening-courant toegelicht. Vervolgens worden in hoofdstuk drie de mogelijke inkomensbronnen van de ab-houder in kaart gebracht en hoe deze in de heffing worden betrokken. In hoofdstuk vier wordt bij de derde deelvraag ingegaan op het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ en vindt hier de toetsing plaats of het voorstel aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen voldoet. In hoofdstuk vijf zal de laatste deelvraag beantwoord worden waarbij alternatieven voor dit wetsvoorstel uiteengezet zullen worden. Tot slot wordt in hoofdstuk zes een korte samenvatting gegeven en wordt de onderzoeksvraag in de conclusie beantwoord.

1.4 Het toetsingskader

Het wetsvoorstel wordt getoetst aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen. Hieronder wordt verstaan:

1. het draagkrachtbeginsel;
2. het neutraliteitsbeginsel;
3. doeltreffendheidsbeginsel;
4. doelmatigheidsbeginsel.

¹⁴ Bovenmatige schuld is een schuld die meer dan €500.000 bedraagt.

1.4.1 Het draagkrachtbeginsel

Bij de totstandkoming van de Wet inkomstenbelasting 2001 is de draagkrachtgedachte altijd het uitgangspunt geweest.¹⁵ Het draagkrachtbeginsel vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel waarbij gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden.¹⁶ De belastingdruk wordt in beginsel niet verdeeld over de belastingplichtigen, maar naar rato van ieders draagkracht.¹⁷ In de literatuur wordt de draagkracht bepaald door verschillende grootheden, namelijk: consumptie, inkomen en vermogen. Voor de inkomstenbelasting is het inkomen een belangrijke component om de draagkracht te bepalen.¹⁸ Daarnaast wordt er rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden, maatschappelijke voorzieningen en economische instituties.¹⁹

1.4.2 Neutraliteitsbeginsel

Het neutraliteitsbeginsel houdt in dat wetgeving idealiter niet tot gedragsverandering leidt. Wetgeving zou een zo min mogelijke versturende werking moeten hebben op het gedrag van belastingplichtigen.²⁰ Bij de toetsing van dit beginsel wordt nagegaan of het wetsvoorstel het economisch leven verstoort en of het voorstel tot belastingvlucht leidt.

1.4.3 Doeltreffendheidsbeginsel

Bij doeltreffendheid is het van belang dat het beoogde doel van de wetgever in belangrijke mate wordt gerealiseerd door de voorgestelde maatregel.²¹ De doeltreffendheid overlapt met de eisen van het proportionaliteitsbeginsel. Bij het proportionaliteitsbeginsel is het van belang dat de voorgestelde maatregel in verhouding is met het beoogde doel van de wetgever. Bij de toetsing van de doeltreffendheid zal het uitgangspunt van het proportionaliteitsbeginsel in acht worden genomen.²²

1.4.4 Doelmatigheidsbeginsel

Bij de doelmatigheid moeten de wettelijke bepalingen geschikt zijn om het doel van de wet te bereiken zonder dat de kosten, inspanningen en (onbedoelde) negatieve neveneffecten²³ te groot zijn.²⁴ De uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de voorgestelde maatregel is belangrijk bij het doelmatigheidsbeginsel. De voorgestelde regel moet voor de belastingplichtige en de overheid goed uitvoerbaar zijn. De belastingplichtige moet de regeling goed kunnen naleven en de overheid moet de regeling goed kunnen uitvoeren.²⁵ Bij de handhaving moet de overheid de overtredingen kunnen constateren en sanctioneren indien dat nodig is.

Verder zijn ook de volgende punten bij doelmatigheid van belang:²⁶

- de wetgeving mag niet te complex zijn voor zowel de belastingplichtige als overheid;

¹⁵ *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. A, p. 7.

¹⁶ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 1.

¹⁷ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 1.

¹⁸ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 2.

¹⁹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 2.

²⁰ Zie ook Stiglitz (2000) blz. 458-460.

²¹ Zie ook *Kamerstukken II 1990/91*, 22008, nrs. 1-2, p. 25.

²² Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht*, FBR.5.3.1.E.

²³ Zie ook *Kamerstukken II 1990/91*, 22008, nrs. 1-2, p. 25.

²⁴ Niessen & Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht (Fiscale Handboeken nr. 1)* 2010/4.3.3

²⁵ Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven (HSB)* 2012/12.2

²⁶ Niessen & Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht (Fiscale Handboeken nr. 1)* 2010/4.3.3

- de uitvoeringskosten mogen niet te hoog zijn. Bij de belastingplichtige gaat het om administratieve lasten en bij de overheid gaat het om de perceptiekosten;
- de wetgeving mag niet makkelijk te omzeilen zijn;
- de wetgeving mag het economisch leven niet verstoren²⁷;
- de wetgeving mag niet tot belastingvlucht resulteren.

1.5 Afbakening

In dit onderzoek worden de internationale aspecten van het wetsvoorstel excessief lenen, vanwege de specifieke problematiek, buiten beschouwing gelaten.

²⁷ Ik schaar dit punt onder het neutraliteitsbeginsel.

Hoofdstuk 2: De ab-houder als schuldenaar

2.1 Inleiding

Een belastingplichtige wordt op grond van de hoofdregel als een aanmerkelijkbelanghouder²⁸ aangemerkt indien hij ten minste 5% van de aandelen van de vennootschap in bezit heeft.²⁹ Een ab-houder heeft de mogelijkheid om een lening bij de eigen vennootschap af te sluiten of een rekening-courant verhouding (rekening-courantschuld) aan te gaan. De lening en de rekening-courantschuld staan centraal bij het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’. In dit wetsvoorstel wordt de bovenmatige schuld als fictief regulier voordeel aangemerkt en in de heffing betrokken.³⁰ Een bovenmatige schuld is een schuld die meer dan €500.000 bedraagt, zowel geldleningen als rekening-courantschulden vallen hieronder.³¹ Civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk blijft de schuld bestaan en is de bijbehorende jurisprudentie nog steeds van toepassing.³² In het wetsvoorstel wordt een uitzondering gemaakt voor wat betreft de eigenwoningenschuld als in de zin van art 3.119a Wet IB 2001.³³

Het is van belang om te weten wat onder leningen en rekeningcourantschulden wordt verstaan, omdat deze centraal staan in het wetsvoorstel. In dit hoofdstuk worden derhalve de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke kenmerken van een lening en rekening-courant toegelicht waardoor de eerste deelvraag beantwoord kan worden. De eerste deelvraag luidt als volgt: *Wat wordt civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk verstaan onder een lening en een rekening-courant?*

2.2 Civielrechtelijke kenmerken van een geldlening

Het is van belang om de civielrechtelijke kenmerken van een geldlening te definiëren. In beginsel zijn de civielrechtelijke kenmerken van de geldlening leidend voor de fiscale gevolgen van de lening.³⁴ De wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de geldlening zijn terug te vinden in Titel 2c art 7:129 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Op grond van art 7:129 lid 1 BW wordt onder een geldlening verstaan: ‘(...) *De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.*’ Dienovereenkomstig heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de terugbetalingsverplichting een kenmerk is van een geldlening.³⁵ Deze gedachtegang deelt de Staatssecretaris van Financiën ook. Volgens het *Besluit van 21 februari 2014*, nr. *BLKB2014/286M, Strct. 2014, 6643*, onderdeel 13.2.1, gaat de Staatssecretaris ervan uit dat er hoogstwaarschijnlijk sprake is van een geldlening indien er in de overeenkomst een terugbetalingsverplichting is opgenomen.

De rente vindt zijn wettelijke grondslag in art 7:129c BW. Op grond van het tweede lid van het desbetreffende artikel is het van belang dat de geldlener rente betaalt over de leensom, tenzij dit anders is bepaald in de overeenkomst. De rente wordt op basis van de wettelijk vastgestelde rentevoet bepaald.³⁶

²⁸ Op grond van art 4.6 Wet IB 2001.

²⁹ Zie ook [paragraaf 3.2](#).

³⁰ Voorgestelde art 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001.

³¹ Voorgestelde art 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001.

³² *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 7 (MvT).

³³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 26 (MvT).

³⁴ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. Slot, p. 4.

³⁵ HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, r.o. 3.4.

³⁶ Art 7:129d BW.

In beginsel zal de geldlening op grond van art 7:129e BW, binnen zes weken terugbetaald moeten worden vanaf het moment dat de geldverstrekker heeft meegedeeld dat hij tot opeising overgaat. Indien dit in de overeenkomst anders is bepaald, kan er een ander tijdstip overeengekomen zijn. De mogelijkheid bestaat dat partijen overeenkomen dat de geldlening pas terugbetaald wordt indien de lener daartoe in staat is. Wanneer dit gebeurt, wordt op grond van art 7:129f BW de opeisbaarheid van de geldlening door de rechter nader bepaald.

2.3 Fiscale kenmerken van een geldlening

In [paragraaf 2.2](#) is toegelicht wat de civielrechtelijke kenmerken zijn van een geldlening. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de civielrechtelijke kenmerken van een geldlening leidend zijn voor de fiscale gevolgen.³⁷ Indien de geldlening tot het vreemd vermogen behoort, wordt de vergoeding op de lening als rente behandeld. De geldlening kan ook worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Hierbij wordt de vergoeding als dividend aangemerkt.³⁸ De lening kan tot eigen vermogen worden geherkwalificeerd indien er sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening.³⁹ Voor de belastingheffing is alsdan sprake van informeel kapitaal of een verkapte winstuitdeling.⁴⁰

2.3.1 Schijnlening

De schijnlening vloeit voort uit het civiele leerstuk schijnhandeling. Een lening kan als een schijnlening aangemerkt worden wanneer een geldlening wordt verstrekt waarbij partijen een verstrekking van kapitaal beogen.⁴¹

2.3.2 Bodemlozeputlening

Er is sprake van een bodemlozeputlening indien de crediteur een lening verstrekt waarbij het vrij duidelijk is dat de debiteur de geldlening niet terug kan betalen.⁴²

2.3.3 Deelnemerschapslening

De deelnemerschapslening wordt tot eigen vermogen geherkwalificeerd indien de geldlening de volgende kenmerken heeft:⁴³

- de rente is winstafhankelijk; en
- de schuld is bij alle concurrente schuldeisers achtergesteld; en
- de schuld is eerder opeisbaar bij surseance van betaling, liquidatie of faillissement en heeft een looptijd van langer dan 50 jaar ^{44,45}.

Op grond van art 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 kan de rente die bij de deelnemerschapslening is verschuldigd niet ten laste van de winst worden gebracht. Deze wetsbepaling is alleen van toepassing wanneer de transactie tussen rechtspersonen plaatsvindt. De deelnemerschapslening speelt dan ook geen rol bij leningen tussen de ab-houder en diens vennootschap.

³⁷ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. Slot.

³⁸ Arts 2018, p. 1.

³⁹ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. Slot.

⁴⁰ Zie ook [paragraaf 2.3.4](#).

⁴¹ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. Slot.

⁴² HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. Slot.

⁴³ Van den Dool e.a. 2018, p. 118.

⁴⁴ HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5958, *BNB* 2006/82, m.nt. Juch.

⁴⁵ HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5968, *BNB* 2006/83, m.nt. Juch.

2.3.4 Gevolgen van de herkwalificatie van een geldlening

Het is van belang om goed na te gaan hoe de verstrekking van de lening loopt. Indien de ab-houder een lening verstrekt aan de eigen vennootschap wordt dit gezien als een lening omlaag.⁴⁶ Wanneer de ab-houder een geherkwalificeerde lening verstrekt aan de vennootschap, wordt dit als een informele kapitaalstorting gezien. Door deze storting verhoogt de ab-houder de verkrijgingsprijs⁴⁷ van de aandelen.⁴⁸

Daarentegen kan de vennootschap een geldlening aan de ab-houder verstrekken. Hier gaat het om een lening omhoog.⁴⁹ Wanneer een geldlening als een schijnlening of bodemlozeputlening wordt aangemerkt, wordt de geldlening tot eigen vermogen geherkwalificeerd. Bij de herkwalificatie vindt er een vermogensverschuiving plaats van de schuldeiser aan de schuldenaar, omdat de lening geen waarde meer heeft.⁵⁰ Fiscaal gezien is er sprake van een verkapte winstuitdeling. Dit wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 3.

Onder het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’, wordt een bovenmatige schuld voor zover deze meer dan €500.000 bedraagt als fictief regulier voordeel aangemerkt. De geherkwalificeerde geldlening wordt evenwel op grond van het voorgestelde art 4.14b lid 4 Wet IB 2001 uitgezonderd. Hierdoor behoort deze geldlening niet tot het totaalbedrag aan schulden.⁵¹ De gevolgen van de herkwalificatie van de geldlening zijn derhalve niet van belang voor het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’.

2.4 Onzakelijke lening

De leer van de onzakelijke lening vloeit voort uit het leerstuk van de verrekenprijzen.⁵² Als een geldlening niet geherkwalificeerd wordt tot eigen vermogen, wordt de lening fiscaal als vreemd vermogen behandeld. Vervolgens is het van belang om na te gaan of de lening zakelijk genoeg is.⁵³ Om te toetsen of een lening zakelijk genoeg is, moet nagegaan worden of een willekeurige derde de lening zou aangaan onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Hierbij wordt getoetst of een zakelijke rente is gehanteerd. Indien de willekeurige derde de geldlening niet zou aangaan, komt kwalificatie als onzakelijke lening in beeld. Wanneer dit aan de orde is, dient de rente gecorrigeerd te worden naar een rente die een onafhankelijke derde wel zou aanvaarden (at arm’s length⁵⁴). Hierdoor wordt de onzakelijke lening zakelijk gemaakt. Indien het niet mogelijk is om een rente vast te stellen die een onafhankelijke derde zou aanvaarden, zonder dat de rente winstdelend wordt, is de lening onzakelijk.⁵⁵

Wanneer een onzakelijke geldlening is vastgesteld, moet er alsnog rente bedongen worden. Volgens het *Besluit van 21 maart 2018*, nr. *BLKB 2018/ 101M, Strct. 2018, 15751*, onderdeel 3.2, dient de borgstellingsanaloge rente gehanteerd te worden bij de onzakelijke lening. Wanneer de verschuldigde rente lager is dan de borgstellinganaloge rente, wordt het verschil als winstuitdeling aangemerkt. Indien de verschuldigde rente hoger is dan de

⁴⁶ Zie ook Van den Dool e.a. 2018, p. 115.

⁴⁷ Art 4.21 Wet IB 2001.

⁴⁸ HR 19 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5356, *BNB* 1993/231, m.nt. Van Dijk.

⁴⁹ Zie ook Van den Dool e.a. 2018, p. 116.

⁵⁰ Zie ook Van den Dool e.a. 2018, p. 116.

⁵¹ Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 28-29 (MvT).

⁵² Arts 2018, p. 97.

⁵³ Arts 2018, p. 75.

⁵⁴ Art 8b Wet VpB 1969.

⁵⁵ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert.

borgstellingsanaloge rente, wordt dit als een kapitaalstorting aangemerkt.⁵⁶ Voor de toepassing van het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ blijft de onzakelijke lening als vreemd vermogen kwalificeren. Een onzakelijke lening telt derhalve mee bij de vraag of sprake is van bovenmatige schulden in de zin van het wetsvoorstel.

2.5 Rekening-courant

De ab-houder en de eigen vennootschap kunnen ook een rekening-courant (verhouding) met elkaar aangaan. De rekening-courant wordt als een boekhoudkundige staat gezien waarbij de schulden en vorderingen, over en weer, van partijen worden opgenomen.⁵⁷ De schulden worden met de vorderingen verrekend waardoor alleen het saldo is verschuldigd. Met de rekening-courant kan de ab-houder op rekening van de eigen vennootschap consumptieve transacties verrichten of privé investeringen doen.

De wettelijke bepaling is in art 6:140 BW opgenomen. Onder de rekening-courant wordt verstaan: ‘(...) *Moeten tussen twee partijen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldvorderingen en geldschulden in één rekening worden opgenomen, dan worden zij in de volgorde waarin partijen volgens de voorgaande artikelen van deze afdeling of krachtens hun onderlinge rechtsverhouding tot verrekening bevoegd worden, dadelijk van rechtswege verrekend en is op ieder tijdstip alleen het saldo verschuldigd*’. Niet alle geldvorderingen en -schulden tussen twee partijen vallen onder de rekening-courant. Dit hangt af van de afspraken die zijn gemaakt en zijn opgenomen in de overeenkomst. Bij de rekening-courant is het van belang dat één van de partijen de administratie bijhoudt.⁵⁸ Hij is degene die het saldo mededeelt aan de wederpartij. In het kader van een rekening-courantverhouding tussen de directeur groot aandeelhouder (DGA) en de eigen vennootschap, zal de eigen vennootschap de administratie bijhouden.

De eigen vennootschap zal de rekening-courant jaarlijks moeten afsluiten en het saldo medelen aan de ab-houder. Het is van belang dat er een opgave bij de wederpartij wordt gedaan van de nog niet meegedeelde posten en hieruit wordt het saldo samengesteld.⁵⁹ Het saldo kan geboekt worden in de aansluitende rekening, of partijen kunnen andere afspraken maken voor wat betreft de looptijd en mededeling van het saldo. De mededeling kan zowel in specifieke vorm als mondeling gedaan worden. De mondelinge mededeling wordt in de praktijk niet aanvaard, omdat de wederpartij niet de mogelijkheid krijgt om het saldo te controleren.⁶⁰ Een elektronische mededeling is voldoende en moet aan de voorwaarden voldoen in de zin van art 3:15a BW. De staatssecretaris van Financiën heeft in het *Besluit van 21 februari 2014, nr. 2014/286, V-N 2014/ 15.13 onderdeel 13.4* goedgekeurd dat er geen rente in aanmerking genomen hoeft te worden bij kleine rekening-courantschulden, als het om een totale schuld gaat die minder dan €17.500 is binnen het gehele kalenderjaar. Deze goedkeuring is alleen van toepassing als de BV de rentekosten niet ten laste van het resultaat in aftrek brengt.

⁵⁶ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018- 27139, *BNB* 2018/133, onderdeel 3.2, m.nt. E.J.W. Heithuis.

⁵⁷ Mijnsen & van Mierlo 2019, p. 4.

⁵⁸ O.g.v. art 6:140 lid 2 BW.

⁵⁹ Mijnsen & van Mierlo 2019, p. 35.

⁶⁰ Mijnsen & van Mierlo 2019, p. 35.

2.6 Tussenconclusie/ Samenvatting

In dit hoofdstuk zijn zowel de civielrechtelijke als fiscaalrechtelijke kenmerken van de geldlening toegelicht. Voor de geldlening is het van belang dat de civielrechtelijke kwalificatie van de geldlening leidend is voor de fiscale kwalificatie. De geldlening kan geherkwalificeerd worden tot eigen vermogen indien er sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of deelnemerschapslening. Op het moment dat de geldlening niet geherkwalificeerd wordt, is het van belang om na te gaan of de lening zakelijk genoeg is. Er is sprake van een zakelijke geldlening als een willekeurige derde de lening zou aangaan, gegeven de feiten en omstandigheden. Bij de rekening-courant worden er tussen de ab-houder en de eigen vennootschap transacties verricht waarbij het uiteindelijke saldo verschuldigd is. De ab-houder heeft de mogelijkheid om rekening van de eigen vennootschap transacties te verrichten.

De rekening-courantschulden, zakelijke – en onzakelijke geldleningen zijn van belang bij het wetsvoorstel en tellen mee voor de vaststelling of er sprake is van een bovenmatige schuld. Indien het totaalbedrag aan schulden meer dan €500.000 bedraagt, wordt dit in de heffing betrokken. De wetgever maakt op grond van het voorgestelde art 4.14b lid 4 Wet IB 2001 een uitzondering voor de schijn- en bodemlozeputlening. Deze geldleningen worden niet tot het totaalbedrag aan schulden gerekend. Een herkwalificatie van een aan de ab-houder verstrekte geldlening heeft voor de ab-houder tot gevolg dat er een verkapte winstuitdeling wordt geconstateerd. Hierbij is het van belang om na te gaan wat onder een verkapte winstuitdeling wordt verstaan. Dit wordt nader toegelicht in hoofdstuk 3.

Hoofdstuk 3: Inkomensbronnen van de ab-houder

3.1 Inleiding

Een ab-houder kan als aandeelhouder diverse voordelen uit zijn aandelenbelang genieten. Deze voordelen zijn de reguliere- en vervreemdingsvoordelen in de zin van art 4.12 Wet IB 2001, wat samen het inkomen uit aanmerkelijk belang vormt en in box 2 wordt belast. Hieronder vallen ook de zogenoemde verkapte dividenduitkeringen. Daarnaast kan de ab-houder werkzaam zijn bij de eigen vennootschap waardoor hij loon kan genieten. In dit hoofdstuk worden de inkomensbronnen van de ab-houder toegelicht, met name hoe deze inkomsten in de heffing worden betrokken. De tweede deelvraag luidt als volgt: *Hoe wordt de ab-houder belast voor het arbeidsinkomen en de uit de vennootschap genoten (verkapte) winstuitdelingen?*

3.2 Aanmerkelijk belang

Indien de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft, wordt hij voor de voordelen uit zijn aandelen en/of dergelijke vermogensbestanddelen in box 2 belast.⁶¹ Of de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft, wordt bepaald op grond van art 4.6 Wet IB 2001. Om aan het aanmerkelijk belangcriterium te voldoen, moet de belastingplichtige al dan niet tezamen met zijn partner⁶² (direct of indirect):

- voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn;
- rechten hebben om ten minste 5% van de aandelen te kunnen verwerven;
- in bezit zijn van winstbewijzen die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst of op ten minste 5% van wat er bij de liquidatie wordt uitgekeerd; of
- rechten hebben om ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie of vereniging.⁶³

De ab-houder kan als DGA aangemerkt worden, indien hij een zodanig aandeel in de vennootschap heeft dat hij, al dan niet tezamen met zijn partner of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, minstens twee derde van de stemmen vertegenwoordigt en daardoor over zijn eigen ontslag kan besluiten.⁶⁴ De DGA definitie in de zin van art II van de regeling van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015 (*Strcrt 2015, 19073*)⁶⁵ is overigens niet van belang voor de Wet IB 2001. Deze bepaling geeft alleen aan dat de DGA niet verplicht verzekerd is voor de werknemersverzekeringen. Het begrip ‘DGA’ wordt fiscaalrechtelijk wel vaak gebruikt, maar daarbij wordt niet zonder meer de bovenstaande definitie bedoeld. In het vervolg van deze scriptie zal ik de begrippen ab-houder en DGA door elkaar gebruiken.

De belastingplichtige kan aldus op basis van de hoofdregel een aanmerkelijk belang hebben (art 4.6 Wet IB 2001). Indien de belastingplichtige niet aan het 5%-criterium voldoet, zijn er situaties waarbij de belastingplichtige alsnog een aanmerkelijk belang kan hebben. Zo kan de belastingplichtige een aanmerkelijk belang hebben op basis van de meetrekregeling (art 4.10 Wet IB 2001). De meetrekregeling houdt in dat indien de belastingplichtige in beginsel niet aan het ab-criterium voldoet, hij alsnog een aanmerkelijk belang kan hebben indien zijn partner

⁶¹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 559.

⁶² Partner in de zin van art 5a AWR dan wel art 1.2 Wet IB 2001.

⁶³ Art 4.6 Wet IB 2001.

⁶⁴ Artikel II van de regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015 tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 (*Strcrt. 2015, 19073*).

⁶⁵ Artikel II van de regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015 tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 (*Strcrt. 2015, 19073*).

of bloed- en aanverwanten in rechte lijn wel aan het ab-criterium voldoen. De belastingplichtige kan verder op grond van art 4.11 Wet IB 2001 een fictief aanmerkelijk belang hebben. In deze situaties gaat het om een vervreemdingen waarop een doorschuifregeling is toegepast. Om te voorkomen dat het belang zonder heffing naar box 3 gaat ontstaat er verplicht een fictief aanmerkelijk belang.

3.3 Inkomen: Loon van de DGA

Zoals eerder is aangegeven, kan een ab-houder werkzaam zijn bij de eigen vennootschap. De DGA heeft in beginsel de zeggenschap binnen zijn eigen BV.⁶⁶ Loonbelasting is alleen aan de orde als sprake is van een dienstbetrekking. De dienstbetrekking bij de DGA kan ontbreken wanneer de DGA wel werkzaam is bij de vennootschap maar geen loon geniet. Hiervoor heeft de wetgever een fictie in de wet opgenomen waardoor er alsnog sprake is van een dienstbetrekking. Vervolgens kan de DGA ook de hoogte van zijn loon bepalen. Om te voorkomen dat de DGA een niet al te hoge of te lage loon aan zichzelf toekent, heeft de wetgever de gebruikelijkloonregeling in de wet opgenomen. Deze regelingen worden nader toegelicht in de volgende paragrafen.

3.3.1 Dienstbetrekking

Voor de inhouding van de loonheffingen en werknemersverzekeringen is het van belang dat er sprake is van een dienstbetrekking. De privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn in beginsel leidend voor de fiscale dienstbetrekking.⁶⁷ Het privaatrechtelijke dienstbetrekking begrip vindt zijn grondslag in art 7:610 lid 1 BW. Hierbij gaat het om de definitie van de arbeidsovereenkomst, '(...) *De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*'.⁶⁸

De drie belangrijke begrippen die bepalend zijn of sprake is van een dienstbetrekking zijn:⁶⁹

1. er moet sprake zijn van een gezagsverhouding tussen de werkgever en werknemer;
2. de betalingsverplichting van het loon; en
3. het is verplicht dat voor een zekere tijd arbeid verricht moet worden.

3.3.2 Fictieve dienstbetrekking

Wanneer arbeidskrachten niet onder het begrip 'dienstbetrekking' vallen kan nog sprake zijn van een fictieve dienstbetrekking. De fictieve dienstbetrekking vindt zijn wettelijke grondslag in art 3 en 4 Wet LB 1964. De wetgever heeft hier de arbeidskrachten gespecificeerd die onder deze regeling kunnen komen te vallen.

De DGA kan ervoor kiezen om geen loon te genieten. Hierdoor wordt niet aan de eisen van een dienstbetrekking voldaan.⁷⁰ De DGA zou op deze manier de fictief loonregeling oftewel de gebruikelijkloonregeling als in de zin van art 12 a Wet LB 1964 kunnen omzeilen.⁷¹ Om dit te voorkomen heeft de wetgever een fictie in de wet opgenomen voor wat betreft de

⁶⁶ Artikel II van de regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015 tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 (*Stcrt.* 2015, 19073).

⁶⁷ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 283.

⁶⁸ Art 7:610 lid 1 BW.

⁶⁹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 283.

⁷⁰ Zie paragraaf 3.3.1.

⁷¹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 289.

dienstbetrekking van de DGA. De Hoge Raad gebruikt het formeel criterium om over de gezagsverhouding te beoordelen van de DGA en zijn partner. Er wordt vanuit gegaan dat de DGA onder gezag is van de aandeelhoudersvergadering en hij voor fiscale doeleinden in dienstbetrekking is.⁷² Op grond van art 4 onderdeel d Wet LB 1964 is sprake van een fictieve dienstbetrekking indien de belastingplichtige arbeid verricht voor een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft als in de zin van art 4.6 Wet IB 2001.

3.3.3 Loon in de loonbelasting

In art 10 lid 1 Wet LB 1964 wordt het loonbegrip gedefinieerd. Het loon is al hetgeen wat vanuit een (vroegere) dienstbetrekking wordt genoten. De Hoge Raad gaat uit van het voordeelcriterium.⁷³ Hierbij is het van belang dat de werknemer een voordeel geniet, waarna er sprake kan zijn van loon. Het begrip ‘al hetgeen’ dat in het loonbegrip is opgenomen, is een ruim begrip. Het maakt niet uit in welke vorm het voordeel wordt verkregen. Dit kan in geld of natura.⁷⁴

De DGA heeft de mogelijkheid om zijn eigen loon vast te stellen bij de eigen vennootschap. Voor de DGA kan het aantrekkelijk zijn om een hoger loon aan zichzelf toe te kennen waardoor hij meer kan verdienen. Daarentegen kan een relatief laag loon voordeliger zijn voor de DGA. Hierdoor zou hij premie volksverzekeringen kunnen besparen en in aanmerking kunnen komen voor de diverse inkomensafhankelijke regelingen. De wetgever heeft hier een stokje voor gestoken door de gebruikelijkloonregeling in te voeren.⁷⁵ Het loon van de ab-houder wordt op grond van deze regeling gesteld op minstens:

- 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking;
- het hoogste loon van de werknemers die in dienst zijn van de BV of met haar verbonden lichaam; of
- €47.000 (minimumbedrag 2021).⁷⁶

3.3.4 Loon in de inkomstenbelasting

Door de koppelbepaling in de inkomstenbelasting wordt aangesloten bij het loonbegrip van de Wet op de Loonbelasting 1964. Deze bepaling is terug te vinden in art 3.81 Wet IB 2001 en art 3.82 Wet IB 2001. Het loonbegrip heeft in de inkomstenbelasting een ruimer begrip, omdat de vereiste van de dienstbetrekking in de inkomstenbelasting ontbreekt.⁷⁷ Hierdoor kunnen de arbeidsinkomsten waarop geen loonbelasting wordt ingehouden, ook onder het loonbegrip vallen van de inkomstenbelasting.⁷⁸ De loonbelasting is een voorheffing van de inkomstenbelasting op grond van art 9.2 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

⁷² HR 8 december 1943, B7745.

⁷³ HR 11 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2440.

⁷⁴ Heithuis Kavelaars & Schuver 2016, p. 297.

⁷⁵ Heithuis Kavelaars & Schuver 2016, p. 303.

⁷⁶ Art 12 a Wet LB 1964.

⁷⁷ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 313.

⁷⁸ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 314.

3.4 Inkomen: Voordelen uit aanmerkelijk belang

De ab-houder kan diverse voordelen uit zijn aanmerkelijk belang genieten. De ab-houder kan reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen genieten op grond van art 4.12 Wet IB 2001, wat samen het inkomen uit aanmerkelijk belang vormt. Een opmerkelijk verschil tussen de twee voordelen is dat de verkrijgingsprijs⁷⁹ (een deel daarvan) in aanmerking genomen wordt bij het vervreemdingsvoordeel^{80, 81}. De vervreemdingsvoordelen maken geen onderdeel uit van het wetsvoorstel en worden niet verder toegelicht.

3.4.1 Regulier voordeel in de vorm van dividend

Het regulier voordeel maakt onderdeel uit van het inkomen van aanmerkelijk belang op grond van art 4.12 onderdeel a Wet IB 2001. In art 4.13 Wet IB 2001 wordt een uitbreiding gegeven aan wat onder het begrip ‘regulier voordeel’ wordt verstaan. Dividenden oftewel winstuitdelingen worden niet expliciet in art 4.13 Wet IB 2001 opgenomen. Het dividend wordt tot het regulier voordeel op grond van art 4.12 onderdeel a Wet IB 2001 gerekend.⁸² Bij het voordeel dat uit aandelen wordt genoten, aldus dividend, vindt een vermogensverschuiving plaats vanuit de BV naar de aandeelhouders dat door de winst wordt gedekt.⁸³ Onder dividend wordt ook verkapt of vermomd dividend verstaan, hetgeen ik hier uitwerk.⁸⁴

De civielrechtelijke definitie van dividend is terug te vinden in het BW. Art 2:105 lid 1 BW heeft betrekking op de dividenden die door de NV worden uitgekeerd. De dividenden die door de BV worden uitgekeerd, zijn terug te vinden in art 2:216 lid 1 BW. Bij de BV is het van belang dat de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) een besluit neemt over de winstbestemming, tenzij dit anders is bepaald in de statuten.⁸⁵ Op grond van art 2:216 lid 2 BW moet het bestuur een goedkeuring geven aan de winstuitkering die aan de aandeelhouders toekomt. Voor de goedkeuring is het van belang dat de BV na de dividenduitkering de financiële capaciteit heeft om aan de opeisbare schulden te voldoen.⁸⁶ Op grond van art 2:105 lid 3 is het van belang dat de winstuitkering van de NV pas plaats kan vinden indien de jaarrekening is vastgesteld en goedgekeurd.

3.4.2 Verkapte winstuitdelingen algemeen

Zoals in paragraaf 3.4.1 is weergegeven, worden verkapte winstuitdelingen oftewel verkapte dividenden ook tot het regulier voordeel⁸⁷ toegerekend. De verkapte winstuitdelingen kunnen verschillende vormen hebben. Een te hoge rekening-courantschuld die de aandeelhouder bij zijn eigen vennootschap heeft, kan als verkapt dividend worden aangemerkt.⁸⁸ Daarnaast wordt een te hoge of te lage rente van een lening die de ab-houder is aangegaan, ook als verkapt dividend aangemerkt. Het voordeel hoeft niet altijd in geld uitgedrukt te worden, maar kan ook in natura voorkomen.⁸⁹ Huuropbrengsten die ten koste komen van de BV om de aandeelhouder te bevoordelen, worden bijvoorbeeld ook als een verkapte winstuitdeling (in natura)

⁷⁹ Art 4.21 Wet IB 2001.

⁸⁰ Art 4.19 Wet IB 2001.

⁸¹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 582.

⁸² Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 583.

⁸³ HR 18 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124, m.nt. Den Boer.

⁸⁴ Rijkers, in: *Cursus belastingrecht IB*, IB 4.4.1.B.

⁸⁵ Brandsma, in: *Cursus belastingrecht DB*, Div.bel.2.0.2.B.b1.

⁸⁶ Dit wordt ook gezien als het uitkeringsverbod.

⁸⁷ Art 4.12 onderdeel a Wet IB 2001.

⁸⁸ Rijkers, in: *Cursus belastingrecht IB*, IB 4.4.1.B.

⁸⁹ Rijkers, in: *Cursus belastingrecht IB*, IB 4.4.1.B.

aangemerkt.⁹⁰ Indien de kinderen en/of de partner van de ab-houder worden bevoordeeld door uitgaven via de BV te doen, wordt dit ook als een verkapte winstuitdeling gezien.⁹¹

Bij een verkapte winstuitdeling vindt een vermogensverschuiving plaats van de eigen vennootschap aan de aandeelhouder. Hierbij geldt een dubbel bewust vereiste waarbij zowel de vennootschap als de aandeelhouder bewust moeten zijn van deze vermogensverschuiving.⁹² Het is ook van belang dat deze vermogensverschuiving daadwerkelijk plaatsvindt. Er kan geen sprake zijn van een verkapte winstuitdeling indien de vermogensverschuiving zich mogelijksterwijs voordoet.^{93,94} Ook in het geval dat de ab-houder schulden heeft bij de eigen vennootschap kan sprake zijn van een verkapte dividenduitkering. Dit wordt in de volgende paragraaf uitgewerkt.

3.4.3 (Verkapte) winstuitdelingen in relatie tot lenen bij eigen vennootschap

Wanneer de ab-houder geld bij de vennootschap leent en er sprake is van een schijnlening of een bodemlozeputlening, wordt er voor de inkomstenbelasting een verkapte winstuitdeling geconstateerd.⁹⁵ Hierbij vindt een definitieve vermogensverschuiving plaats. De ab-houder die in dit geval de debiteur is, geniet derhalve een regulier voordeel uit aanmerkelijk belang. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat er sprake is van een onttrekking wanneer een geldlening niet terugbetaald kan of zal worden. Dit verandert niet als de lening later met een dividenduitkering wordt verrekend.⁹⁶

Indien de ab-houder een onzakelijke lening bij de eigen vennootschap heeft afgesloten, zal deze zakelijk gemaakt moeten worden.⁹⁷ Deze correctie vindt plaats doordat een zakelijke rente gehanteerd wordt. Indien er geen zakelijke rente bepaald kan worden, zal de rente gesteld worden op basis van de borgstellingsanalogie.⁹⁸ Wanneer de rente lager is dan de zakelijke of de borgstellingsanaloge rente, wordt de ab-houder bevoordeeld en is er sprake van een winstuitdeling. Wanneer de ab-houder de schuld niet meer terug kan betalen, waardoor de schuld door de eigen vennootschap wordt kwijtgescholden, kan dit ook tot een winstuitdeling leiden.⁹⁹

Een geldlening kan in de volgende gevallen ook tot een uitdeling leiden indien:

- er geen leenovereenkomst is afgesloten;¹⁰⁰
- de ab-houder een negatief eigen vermogen heeft;¹⁰¹
- de toekomstige winstuitdelingen, terugbetaling van kapitaal en vervreemdingsvoordelen onderdeel vormen van het aflossingsplan.¹⁰²

⁹⁰ Rijkers, in: *Cursus belastingrecht IB*, IB 4.4.1.B.

⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7498.

⁹² Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016, p. 583.

⁹³ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3689, *BNB* 2012/15, m.nt. Albert.

⁹⁴ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3685, *BNB* 2012/16, m.nt. Albert.

⁹⁵ Vermeulen, in: *Cursus belastingrecht VPB*, VPB.2.2.2.B.e3.IV.

⁹⁶ HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2006/64, m.nt. Essers.

⁹⁷ Zie ook [paragraaf 2.4.](#)

⁹⁸ Zie ook [paragraaf 2.4.](#)

⁹⁹ Besluit van 9 maart 2018, nr.2018-27319, *BNB* 2018/133, onderdeel 3.2.

¹⁰⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1504, *V-N* 2014/26.20.5.

¹⁰¹ Stevens, *WFR* 2019/71.

¹⁰² HR 9 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64.

De ab-houder kan ook een rekening-courantschuld aangaan bij de eigen vennootschap. Van een verkapte winstuitdeling is sprake:

- indien de rekening-courant schuld te hoog is;¹⁰³
- indien geen rente wordt bijgeschreven in de rekening-courantschuld of wordt betaald;
- indien er geen aflossingsplan is en/of zekerheden zijn vastgesteld.¹⁰⁴

De bewijslast voor een verkapte winstuitdeling ligt in beginsel bij de inspecteur.¹⁰⁵ De inspecteur zal moeten motiveren waarom een geldlening niet zakelijk is, waarna de bewijslast wordt verschoven naar de ab-houder (omkering van de bewijslast). De ab-houder zal in dit geval moeten bewijzen dat de geldlening wel zakelijk genoeg is, waardoor er geen sprake is van een verkapte winstuitdeling.¹⁰⁶

Wanneer schulden, die tot een verkapte winstuitdeling leiden, niet op tijd door de inspecteur worden gedetecteerd, kan belastingheffing misgelopen worden.¹⁰⁷ De inspecteur heeft namelijk een navorderingstermijn van 5 jaar op grond van art 16 lid 3 Wet AWR. Belastingheffing kan ook misgelopen worden indien er geen sprake is van een nieuw feit op basis van art 16 lid 2 Wet AWR. Hierdoor heeft de inspecteur geen mogelijkheid om over de geconstateerde uitdeling na te vorderen.

De ab-houder en de belastingdienst kunnen overigens een vaststellingsovereenkomst (vso) aangaan. Hierbij worden afspraken gemaakt betreffende de aflossing van een te hoge rekening-courantschuld die de ab-houder heeft bij de eigen vennootschap. De afspraken zijn op maat en hebben betrekking op het aflossingschema en de vaststelling van de zakelijke rente die bedongen wordt. De Belastingdienst en de ab-houder kunnen bijvoorbeeld afspreken dat er een winstuitdeling plaatsvindt, wanneer de schuld niet op tijd wordt afgelost.¹⁰⁸ In [paragraaf 5.2](#) wordt nog nader ingegaan op de vso.

3.5 Tussenconclusie/ samenvatting

In dit hoofdstuk is toegelicht hoe het loon en de (verkapte) winstuitdelingen van de ab-houder in de heffing worden betrokken. Het is van belang om dit goed in kaart te brengen omdat de ab-houder verschillende hoedanigheden kan hebben. Hij kan zich als (directeur groot) aandeelhouder en schuldenaar voordoen. De wetgever geeft aan dat belastinguitstel kan plaatsvinden wanneer een schuld bij de eigen vennootschap wordt aangegaan. Hierdoor zou de ab-houder minder loon of winstuitdelingen kunnen genieten.

Het loon wordt in beginsel belast met loonbelasting, wat een voorheffing is op de inkomstenbelasting. De ab-houder kan ook werkzaam zijn in de eigen vennootschap. Indien de ab-houder geen loon geniet, voldoet hij niet aan de voorwaarden van een dienstbetrekking en zou er in beginsel geen sprake zijn van loon in de zin van de loonbelasting. Door de fictie, die de wetgever in art 4 onderdeel d Wet LB 1964 heeft opgenomen, is er bij de DGA wel sprake van een dienstbetrekking. Hierbij geldt de gebruikelijkloonregeling. Deze regeling zorgt ervoor dat de ab-houder niet een te laag salaris geniet.

¹⁰³ Rijkers, in: Cursus belastingrecht IB, IB 4.4.1.B.

¹⁰⁴ Rb. Haarlem 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV2533, r.o. 4.8 en 4.9, *V-N* 2012/19.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

¹⁰⁵ *Vakstudie Inkomstenbelasting (incl. TBTBU)*, art 4.12 Wet IB 2001, aant 2.3.2 (online, bijgewerkt 21 juli 2021).

¹⁰⁶ Stevens WFR 2019/71.

¹⁰⁷ Stevens WFR 2019/71.

¹⁰⁸ Hof Amsterdam 16 september 1997, ECLI: NL: GHAMS:1997:AV9352, *V-N* 1998/2.23.

De ab-houder kan naast het loon ook (verkapte) winstuitdelingen genieten. Hierbij vindt een definitieve vermogensverschuiving plaats van de eigen vennootschap naar de ab-houder. Wanneer een schuld niet meer terugbetaald kan of zal worden, is er in feite sprake van een onttrekking door de ab-houder, wat tot een uitdeling leidt. Wanneer er een vermoeden is dat een schuld tot een verkapte winstuitdeling leidt, zal de inspecteur dat moeten bewijzen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om afspraken met de Belastingdienst te maken bij een te hoge schuld aan de eigen vennootschap. Om te voorkomen dat in ieder individueel geval een verkapte winstuitdeling moet worden vastgesteld is het wetsvoorstel 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap' ingediend. In het volgende hoofdstuk wordt dit wetsvoorstel kritisch onderzocht.

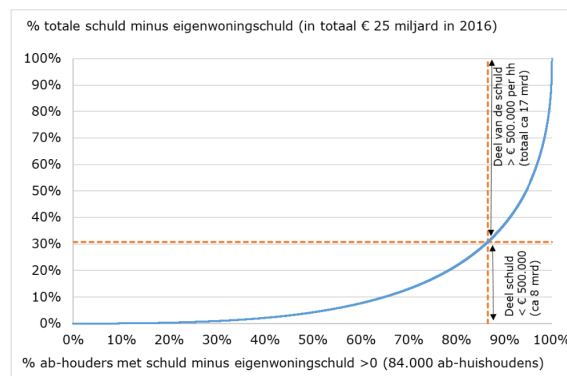
Hoofdstuk 4: Wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’

4.1 Inleiding

De wetgever wil met het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ het excessief lenen ontmoedigen om belastinguitstel en -afstel tegen te gaan bij de ab-houders. Sinds het wetsvoorstel bekend is gemaakt, heeft dit tot veel discussies geleid, zijn aanpassingen gemaakt en is de invoering ervan vertraagd.¹⁰⁹ De beoogde inwerkingtreding van het voorstel is nu 1 januari 2023. In dit hoofdstuk wordt het wetsvoorstel toegelicht. Er wordt ingegaan op: wat de aanleiding is om het excessief lenen tegen te gaan, de werking van de voorgestelde maatregel, wat precies onder een bovenmatige schuld wordt verstaan, welke schulden in aanmerking worden genomen en wie allemaal bij dit wetsvoorstel worden betrokken. Vervolgens vindt ook de toetsing plaats of het wetsvoorstel aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen voldoet. Met de bovengenoemde analyses zal de derde deelvraag worden beantwoord, welke luidt: *Wat houdt het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ in?*

4.2 Aanleiding wetsvoorstel

Het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ is in de aanbiedingsbrief van het Belastingplan 2019 geïntroduceerd.¹¹⁰ Met dit wetsvoorstel wil de wetgever het excessief lenen ontmoedigen om (langdurig) belastinguitstel en -afstel tegengaan. De aanleiding om de voorgestelde maatregel te implementeren was het gemiddelde leenbedrag van de ab-houders. In 2016 hadden circa 216.000¹¹¹ van de 355.000 ab-houders een totale schuld van circa €55 miljard bij de eigen vennootschap. Dit bedrag is schuin verdeeld over de ab-houders (zie figuur 4.1). Rekening houdend met de eigenwoningsschulden, hadden circa 11.000 ab-houders in 2016 een bovenmatige schuld van meer dan €500.000. Het totale leenbedrag van deze groep was rond de €17 miljard.¹¹²



*Figuur 4.1*¹¹³

De wetgever vindt dat de ab-houder belasting kan uitstellen als hij een geldlening bij de eigen BV aangaat, wat niet belast wordt. De ab-houder kan hierdoor minder loon of winstuitdelingen

¹⁰⁹ De voorgestelde inwerkingtreding was op 1 januari 2022.

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 1.

¹¹¹ Rond de 61% van de totale ab-houders.

¹¹² *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 4-5(MvT).

¹¹³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, Figuur A, p. 5 (MvT).

genieten, maar wel over de gelden van de lening beschikken.¹¹⁴ De wetgever wil met dit wetsvoorstel bij het feitelijke onttrekkingsmoment aansluiten.¹¹⁵ Wanneer het belastinguitstel langdurig is, kan dit tot belastingafstel leiden. Daarnaast vindt de wetgever dat er sprake is van belastingafstel op het moment dat de ab-houder insolvabel is en de vennootschap failliet gaat. Op het moment dat de schuld van de ab-houder niet terugbetaald kan worden, heeft de vordering geen waarde meer. Deze komt weer tot uiting in de liquidatie-uitkering van de ab-houder, die dan nihil is. De liquidatie-uitkering wordt belast op grond van art 4.16 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001. Hierbij vindt er geen vermogensverschuiving plaats waardoor deze nauwelijks belast wordt.¹¹⁶

4.3 Het fictief regulier voordeel

Op grond van art 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 wordt de bovenmatige schuld van de ab-houder, die meer dan €500.000 bedraagt, als fictief regulier voordeel aangemerkt. De voorgestelde maatregel is alleen in box 2 van toepassing en werkt niet door naar box 1 en/of box 3, de dividend -en vennootschapsbelasting. De schuld en de bijbehorende rente blijven civielrechtelijk bestaan, waardoor de rente alsnog verschuldigd is aan de vennootschap. Door de voorgestelde maatregel vindt er geen wijziging plaats op de fiscale balans betreffende de waardering van de vordering. Vervolgens zal de rente die betrekking heeft op de bovenmatige schuld in de resultatenrekening van de vennootschap worden verantwoord.¹¹⁷ Het fictief regulier voordeel kan zowel negatief als positief zijn. Hierdoor kan economische dubbele heffing¹¹⁸ voorkomen worden. Dit wordt in de volgende paragrafen uitgewerkt.

4.3.1 Positief en negatief regulier voordeel

In het voorgestelde art 4.14a Wet IB 2001 wordt de omvang van het regulier voordeel bepaald. Op grond van het voorgestelde lid 1 van het desbetreffende artikel wordt de bovenmatige schuld bepaald door alle relevante schulden¹¹⁹ bij elkaar op te tellen. In lid 2 van het voorgestelde artikel bedraagt het maximumbedrag van de schuld €500.000. Wanneer het regulier voordeel positief is, wordt het maximumbedrag verhoogd met het eerder in aanmerking genomen fictief regulier voordeel. Daarentegen zorgt een negatief regulier voordeel ervoor dat het maximumbedrag verlaagd wordt tot minstens €500.000.¹²⁰ Door deze correcties wordt voorkomen dat jaarlijks dezelfde bovenmatige schulden in de heffing worden betrokken.¹²¹

Als de ab-houder een jaar later een deel van zijn schuld aflost en deze een lager saldo heeft dan €500.000, dan kan de ab-houder een negatief voordeel in aanmerking nemen in het jaar dat hij de schuld aflost (voor zover er eerder een positief voordeel in aanmerking is genomen). Wanneer het negatief voordeel niet volledig benut kan worden, geldt de (beperkte) verliesverrekening van box 2.¹²² Hier geldt een verrekeningstermijn van een jaar achteruit en zes jaar vooruit.¹²³ Hier volgen enkele voorbeelden ter illustratie van de werking van de voorgestelde maatregel.

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 6 (MvT).

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 6 (MvT).

¹¹⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 8 (MvT).

¹¹⁸ Zie paragraaf [4.3.2](#).

¹¹⁹ Zie paragraaf [4.5](#).

¹²⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 22-23 (MvT).

¹²¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 11 (MvT).

¹²² *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹²³ Art 4.47 Wet IB 2001 en art 4.49 Wet IB 2001.

Voorbeeld 1: verhogen maximumbedrag¹²⁴

Belastingjaar 1:

De belastingplichtige (ab-houder) heeft in belastingjaar 1 een schuld van €700.000 bij de eigen vennootschap. De bovenmatige schuld: €700.000 -/- €500.000 = €200.000. De €200.000 wordt als fictief regulier voordeel aangemerkt en belast tegen het box 2 tarief.

Belastingjaar 2:

In belastingjaar 2 bedraagt het maximumbedrag €700.000 (€500.000 + €200.000).

Voorbeeld 2: Verlagen van het maximumbedrag¹²⁵

Belastingjaar 1:

De belastingplichtige (ab-houder) heeft in belastingjaar 1 een schuld van €700.000 bij de eigen vennootschap. De bovenmatige schuld: €700.000 -/- €500.000 = €200.000. De €200.000 wordt als fictief regulier voordeel aangemerkt en belast tegen het box 2 tarief.

Belastingjaar 2:

In belastingjaar 2 lost de ab-houder €300.000 af, rekening houdend met het maximumbedrag dat in jaar 2 verhoogd is naar €700.000. Daarnaast wordt een negatief voordeel van €300.000 (€400.000 -/- €700.000) gerealiseerd. Dit kan niet volledig in aanmerking worden genomen omdat een maximumbedrag geldt van €500.000. In dit geval kan maximaal €200.000 (€500.000 -/- €700.000) als negatief voordeel in aanmerking worden genomen. Als het negatief voordeel niet volledig benut kan worden, wordt dit voordeel een jaar achteruit en zes jaar vooruit verrekend met het inkomen uit aanmerkelijk belang.

4.3.2 Voorkomen dubbele heffing

Bij de indiening van het wetsvoorstel kon het fictief regulier voordeel alleen positief zijn. Vanuit de literatuur werd kritiek geuit omdat de voorgestelde maatregel tot economische dubbele heffing kon leiden.¹²⁶ Economische dubbele heffing kan zich voordoen wanneer het inkomen bij dezelfde belastingplichtige meer dan één keer wordt belast.¹²⁷ In het kader van het excessief lenen kan dubbele heffing ontstaan, indien:¹²⁸

- een dividenduitkering op een later tijdstip gebruikt wordt om de schuld bij de BV af te lossen;
- de aandelen worden vervreemd. Hierbij gaat het ook om de fictieve vervreemdingen in de zin van art 4.16 Wet IB 2001.

Het kabinet verwacht niet dat de economische dubbele heffing zal plaatsvinden¹²⁹, maar wil dit ook niet uitsluiten. Daarom is de voorgestelde maatregel aangepast waarbij het fictief regulier voordeel zowel negatief als positief kan zijn. Hiermee wordt de dubbele belastingproblematiek deels opgelost.

¹²⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 23 (MvT), voorbeeld 1.

¹²⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 23-24 (MvT), voorbeeld 2.

¹²⁶ Zie ook Wijtvliet, FED 2019/80.

¹²⁷ Van den Dool e.a. 2018, p. 414.

¹²⁸ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 12.

¹²⁹ Het wetsvoorstel heeft een preventieve werking en het kabinet verwacht dat de ab-houders al op de maatregel zullen anticiperen.

De dubbele heffingsproblematiek kan zich alsnog voordoen wanneer het negatief voordeel niet tijdig kan worden verrekend¹³⁰, wat resulteert in een materieel dubbele heffing. Om dit te voorkomen zou de wetgever een langere achterwaartse verliesverrekeningstermijn kunnen implementeren waardoor het negatief regulier voordeel alsnog benut kan worden.¹³¹ Echter, de wetgever ziet geen reden om de verliesverrekeningstermijn aan te passen voor de ab-houders met een excessieve schuld. Hij wil juist met het wetsvoorstel excessieve leningen voorkomen.¹³²

4.4 De groep belastingplichtigen

4.4.1 Partner

De ab-houder en zijn partner worden gezamenlijk voor hun schulden bij de eigen vennootschap in de heffing betrokken, voor zover de schuld meer dan € 500.000 bedraagt.¹³³ Indien de schuld van de partner en ab-houder meer dan €500.000 is, wordt het bovenmatige gedeelte als (fictief) inkomensbestanddeel aangemerkt.¹³⁴ Dit inkomensbestanddeel wordt toegerekend aan degene die dit inkomen daadwerkelijk geniet. Indien de partner voor het gehele jaar als fiscale partner¹³⁵ wordt aangemerkt, is het inkomensbestanddeel vrij toerekenbaar. Hierbij is het van belang dat uiteindelijk 100% van de bovenmatige schuld in aanmerking wordt genomen. Voor de wetgever maakt het niet uit wie de lening is aangegaan bij de eigen vennootschap. Daarom is het uiteindelijk ook niet van belang of de partner als ab-houder aangemerkt wordt of dat de schuld tot het individueel vermogen behoort.¹³⁶ Ter illustratie wordt een voorbeeld gegeven hoe een bovenmatige schuld bij de ab-houder en zijn partner in de heffing wordt betrokken.

Voorbeeld 3:¹³⁷

De belastingplichtige X en Y¹³⁸ zijn met elkaar gehuwd en bezitten alle aandelen¹³⁹ van BV Z. X heeft in beginsel €600.000 geleend bij BV Z. Daarnaast heeft Y een schuld van €700.000 bij BV Z. Op grond van de voorgestelde art 4.14a lid 3 Wet IB 2001 wordt het totaalbedrag aan schulden €1.300.000 (€600.000 + €700.000). De bovenmatige schuld bedraagt in dit geval €800.000 (€1.300.000 -/- €500.000). Deze bovenmatige schuld wordt als fictief regulier voordeel aangemerkt en in de heffing betrokken. Aangezien X en Y fiscale partners van elkaar zijn en dit voordeel tot het gemeenschappelijke inkomen wordt gerekend, hebben zij op grond van art 2.17 Wet IB 2001 de mogelijkheid om zelf aan te geven hoe het voordeel onderling wordt verdeeld.

4.4.2 Verbonden personen

De bovenmatige schulden die rechtens dan wel in feite direct of indirect¹⁴⁰ via de verbonden persoon en zijn partner zijn aangegaan bij de vennootschap van de ab-houder (belastingplichtige), worden gezamenlijk aan de totale schuld van de ab-houder toegerekend. Indien de totale schuld meer dan €500.000 bedraagt, dan wordt het excessieve gedeelte in de

¹³⁰ Zie ook [paragraaf 4.3.1](#), hierbij geldt de (beperkte) verliesverrekening van box 2.

¹³¹ Zie ook aantekening onderdeel 6, V-N 2021/29.5, p. 7.

¹³² *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 16.

¹³³ Voorgestelde art 4.14a lid 3 Wet IB 2001.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹³⁵ Fiscale partner in de zin van art 5a Wet AWR dan wel art 1.2 Wet IB 2001.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, voorbeeld 3, p. 24 (MvT).

¹³⁸ Aangenomen wordt dat X en Y fiscale partners van elkaar zijn in de zin van art 5a AWR dan wel art 1.2 Wet IB 2001.

¹³⁹ Aangenomen wordt dat zij ab-houders zijn.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p.19-20 (MvT). Hiermee wordt aangesloten bij art 3.92 onderdeel a Wet IB 2001 en art 10a lid 1 Wet VPB 1964.

heffing betrokken bij de ab-houder.¹⁴¹ Onder verbonden personen wordt verstaan: ‘(...) *De bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de ab-houder of zijn partner*’. Hiermee wil de wetgever aansluiten bij de groep die ook onder de meetregel¹⁴² valt in de zin van art 4.10 Wet IB 2001.¹⁴³ Het voorgaande wordt in een voorbeeld toegelicht.

Voorbeeld 4:¹⁴⁴

- de schuld van de ab-houder: €400.000;
- de schuld van de verbonden persoon: €700.000;
- de relevante schuld van de ab-houder: €400.000 + (€700.000 -/ €500.000) = €600.000;
- de bovenmatige schuld: €100.000 (€600.000 -/ €500.000).

De bovenmatige schuld van de verbonden persoon wordt toegerekend aan het totaalbedrag aan schulden van de ab-houder. Daarom wordt de schuld van €200.000 toegerekend aan het totaalbedrag aan schulden van de ab-houder. De totale schuld van de ab-houder bedraagt €600.000, waarbij de bovenmatige schuld €100.000 is. In dit geval wordt het maximumbedrag gesteld op €600.000.

4.5 Schulden

In de voorgestelde maatregel wordt geen onderscheid gemaakt tussen de typen schulden die de ab-houder (samen met zijn partner) bij de eigen BV heeft. Indien de belastingplichtige in meerdere vennootschappen een aanmerkelijk belang heeft, worden deze schulden samengevoegd. De wetgever vindt het belangrijk om belastinguitstel en eventuele -afstel tegen te gaan. Hierbij ziet hij geen reden om onderscheid te maken in de typen schulden. De wetgever vindt het irrelevant of de ab-houder wel of niet het vermogen heeft om de schulden terug te betalen en of de schulden al dan niet gecureerd zijn met zekerheidsrechten. Vervolgens worden de schulden die geen letterlijke¹⁴⁵ maar een feitelijke samenhang hebben, ook in de heffing te betrokken. Dit kan zich voordoen wanneer partijen (die geen ab-houders zijn) geldleningen bij de vennootschap aangaan en deze doorlenen aan de belastingplichtige die wel een aanmerkelijk belang heeft in die vennootschap. De garantstellingen worden ook tot het totaalbedrag aan schulden toegerekend. Deze hebben betrekking op het aantrekken van externe financieringen voor de ab-houder. Hierdoor wordt voorkomen dat de maatregel omzeild wordt. Aangezien de wetgever het onnodig acht om onderscheid te maken in de typen schulden, is het leveren van tegenbewijs niet nodig.¹⁴⁶

Door de werking van de voorgestelde maatregel, die als goed en eenvoudig uitvoerbaar wordt verondersteld, kunnen de vorderingen op de vennootschap niet met de schulden aan de vennootschap gesaldeerd worden. Het is derhalve niet van belang of de ab-houder naast schulden ook vorderingen heeft op de vennootschap.¹⁴⁷

De eigenwoningschuld

De eigenwoningschuld, in de zin van art 3.119a Wet IB 2001, wordt op grond van het voorgestelde art 4.14a lid 5 Wet IB 2001 uitgezonderd van het totaalbedrag aan schulden. Voor

¹⁴¹ Voorgestelde art 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 en art 4.14b lid 1 Wet IB 2001.

¹⁴² Zie ook [paragraaf 3.2](#).

¹⁴³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, voorbeeld 5, p. 27 (MvT).

¹⁴⁵ Verondersteld wordt dat de wetgever het civielrechtelijke uitgangspunt bedoelt van de geldlening.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35496, nr. 3, p. 10 (MvT).

nieuwe eigenwoningschulden¹⁴⁸ geldt een extra voorwaarde, waarbij de ab-houder een recht van hypotheek op de eigen woning aan de vennootschap moet verstrekken. De wetgever vindt dat het risico hierdoor wordt verminderd in het geval de ab-houder niet genoeg middelen heeft om de schuld van de eigenwoning af te lossen.¹⁴⁹

4.6 Toetsing van het wetsvoorstel

In de vorige paragrafen zijn de diverse aspecten van het wetsvoorstel toegelicht. Vervolgens is het van belang om voor dit onderzoek, het wetsvoorstel te toetsen aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen. In de volgende paragrafen wordt de toetsing gedaan.

4.6.1 Het draagkrachtbeginsel

De wetgever maakt bij de voorgestelde maatregel geen onderscheid in de typen schulden. Rekening-courantschulden en alle niet tot eigen vermogen geherkwalificeerde geldleningen vallen onder het wetsvoorstel (met uitzondering van de in [paragraaf 4.5](#) genoemde eigenwoningschuld). Wanneer het totaalbedrag aan schulden meer dan € 500.000 bedraagt, wordt het bovenmatige deel als fictief regulier voordeel aangemerkt en in de heffing betrokken.

De wetgever stelt bij een bovenmatige schuld een winstuitdeling vast.¹⁵⁰ In het huidige stelsel is er sprake van een winstuitdeling wanneer een voordeel uit aandelen wordt genoten. Bij een winstuitdeling vindt een vermogensverschuiving plaats van de eigen vennootschap aan de ab-houder.¹⁵¹ Het is van belang om na te gaan of er sprake is van een vermogensverschuiving waar het betreft schulden aan de vennootschap van de ab-houder. Boer geeft aan dat hiervan geen sprake is wanneer er geleend wordt, omdat de geldlening uiteindelijk terugbetaald moet worden.¹⁵² Daarnaast geeft hij aan dat de rechtsregels actueel blijven en dat er wordt aangesloten bij het inkomensconcept en genietingsleerstuk.¹⁵³

In de praktijk worden de meeste leningen als een reële lening afgesloten. Hierbij geldt een reële looptijd en een terugbetalingsintentie die in voldoende mate aanwezig is. Deze geldleningen zijn van belang onder het wetsvoorstel omdat deze tot het totaalbedrag aan schulden worden gerekend. In tegenstelling tot de schulden die geherkwalificeerd worden tot eigen vermogen en op die grond tot een onttrekking leiden¹⁵⁴, vallen deze niet onder het onderhavige voorstel omdat een dergelijke lening op basis van de huidige systematiek al in een verkapte winstuitdeling resulteert.¹⁵⁵

Van Brummen en Tydeman-Yousef definiëren drie typen leningen die in de praktijk voorkomen, namelijk:¹⁵⁶

1. eigenwoningleningen; en
2. leningen die gebruikt worden voor privé investeringen en beleggingen; en
3. consumptieve leningen¹⁵⁷.

¹⁴⁸ Eigenwoningschulden die vanaf 2023 worden afgesloten bij de eigen vennootschap.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 11 (MvT).

¹⁵⁰ Voorgestelde art 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001, maakt onderdeel uit het regulier voordeel in de zin van art 4.12 onderdeel a Wet IB 2001

¹⁵¹ Zie ook [paragraaf 3.4.1](#)

¹⁵² Boer, WFR 2019/70.

¹⁵³ Boer 2021, taxlive.nl.

¹⁵⁴ Zie ook [paragraaf 3.4.3](#).

¹⁵⁵ Aantekening 1, V-N 2021/29.5, p. 3.

¹⁵⁶ Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

¹⁵⁷ Zie ook [paragraaf 2.5](#).

Zowel de eigenwoningleningen en de leningen die gebruikt worden voor de privé investeringen, worden in de praktijk terugbetaald. Daarentegen worden de consumptieve leningen¹⁵⁸ in de praktijk niet altijd vanuit privé afgelost. Meestal vindt de aflossing plaats door een dividenduitkering. Hierdoor kan belastinguitstel plaatsvinden, hetgeen de wetgever wil tegengaan.¹⁵⁹ Gezien het bovenstaande ligt het probleem bij de consumptieve leningen.

Volgens de wetgever kan er geen onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende typen geldleningen, omdat dit niet mogelijk is. De gegevens betreffende de geldlening zijn niet van belang voor de belastingheffing en worden daarom niet als zodanig bijgehouden door de Belastingdienst.¹⁶⁰ Daarentegen vindt Molenaar dat de Belastingdienst wel de middelen heeft om de hoogte van de rekening-courantschuld te bepalen. Dit kan gerealiseerd worden door de VPB-aangifte in samenhang met de IB-aangifte te beoordelen waardoor de rekening-courantschuld beter in beeld wordt gebracht.¹⁶¹

Met de voorgestelde maatregel beoogt de wetgever de belastingdruk tussen IB-ondernemer en DGA gelijkjer te trekken. Uit de Bouwstenennotitie is af te leiden dat de beslissing om wel of geen winst uit te keren cruciaal is omdat dit fiscaal gefaciliteerd wordt. ‘(...) *Zo geniet de DGA verhoogde maar onbelaste draagkracht door enerzijds winst in te houden maar anderzijds wel middelen vanuit de vennootschap te lenen*’.¹⁶² Door bovenmatige schulden als dividenden te belasten, wordt beoogd om de belastingdruk tussen de IB-ondernemers en DGA meer op één lijn te brengen.¹⁶³ Daarnaast vindt de wetgever het belangrijk dat de keuze van de ondernemingsvorm minder wordt gedreven door fiscale motieven.¹⁶⁴

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever met dit wetsvoorstel de belastingdruk tussen de IB-ondernemer en de DGA gelijkjer wenst te trekken. Vanuit de draagkrachtgedachte is dit te billijken. Echter, de wetgever mist enigszins de essentie, omdat een geldlening niet tot een winstuitdeling zou moeten leiden, wanneer deze terugbetaald wordt. De wetgever maakt in het wetsvoorstel geen onderscheid in typen schulden, terwijl dit wel cruciaal is. Hierdoor lopen de ab-houders het risico een fictief regulier voordeel te genieten, terwijl dit niet tot een draagkrachtverhoging leidt. Naar mijn mening ligt het probleem bij de consumptieve leningen, aangezien deze leningen in de praktijk worden afgelost door middel van een dividenduitkering, wat in belastinguitstel kan resulteren. Ik pleit er derhalve voor om de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken tot consumptieve schulden.

4.6.2 Het neutraliteitsbeginsel

De wetgever vindt het belangrijk dat de rechtsvormkeuze zo weinig mogelijk wordt gedreven door fiscale motieven. IB-ondernemers hebben in tegenstelling tot de ab-houders geen mogelijkheid om bij de onderneming te lenen. Ab-houders hebben vanwege fiscale motieven de keuze om minder loon en winstuitdelingen te genieten door te lenen bij de eigen vennootschap, wat ook af te leiden is uit de Bouwstenennotitie.¹⁶⁵ Derhalve wordt het neutraliteitsbeginsel geschonden. Echter, ik ben van mening dat de keuze om gelden te

¹⁵⁸ onder andere, de rekening-courantschuld.

¹⁵⁹ Zie ook Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 4.

¹⁶¹ Molenaar, NTFR 2020/142.

¹⁶² *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang* 2020, p. 37.

¹⁶³ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang* 2020, p. 37-38.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 6 (MvT).

¹⁶⁵ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang* 2020, p. 37.

onttrekken aan de vennootschap genuanceerd moet worden en afhankelijk is van de zeggenschap binnen de vennootschap.

De ab-houders die een 5% belang hebben in de vennootschap kunnen niet zelf bepalen hoe de gelden uit de vennootschap worden gehaald. Hiervoor is toestemming nodig van de resterende aandeelhouders. Wanneer de ab-houder een 100% belang heeft in de vennootschap, wordt deze als zijn verlengstuk gezien.¹⁶⁶ Daarom zou hij enigszins makkelijker dividenden kunnen uitkeren en bij de vennootschap kunnen lenen. Hierdoor wordt gesteld dat de neutraliteit wordt geschonden wanneer ab-houders de volledige keuze hebben om te beschikken over de gelden van de vennootschap. Derhalve ben ik van mening dat de wetgever beter de focus kan leggen op de ab-houders die een groter belang hebben, omdat zij meer zeggenschap hebben over de financiële middelen van de vennootschap. Een voorstel van de NOB is om de groep te beperken tot meerderheidsaandeelhouders.¹⁶⁷ Echter, de wetgever vindt dit onwenselijk omdat hij met dit wetsvoorstel zoveel mogelijk wil aansluiten bij de box-2 systematiek. Bij een belang van minstens 5% wordt aangenomen dat de ab-houder zodanig is betrokken bij de vennootschap dat het belang beschouwd kan worden als mengvorm van beleggen en ondernemen.¹⁶⁸

De ab-houder kent zelf enkele beperkingen betreffend een winstuitdeling en loon. Wanneer de ab-houder een winstuitdeling wil genieten, zal deze eerst vastgesteld en goedgekeurd moeten worden door de AVA. Om deze winstuitdeling te kunnen doen, is het van belang dat de vennootschap na de dividenduitkering voldoende financiële capaciteit heeft om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen.¹⁶⁹ Als de ab-houder werkzaam is bij de eigen vennootschap, kan hij het loon zelf bepalen. Zoals in [paragraaf 3.3.3](#) is weergegeven, is het voor de Belastingdienst van belang dat het salaris van de ab-houder niet te laag wordt vastgesteld. Om dit te voorkomen kan het loon vastgesteld worden middels de gebruikelijkloonregeling in de zin van art 12a Wet LB 1964.¹⁷⁰ Uit de Bouwstenennotitie is af te leiden, dat de Belastingdienst elk jaar ongeveer 6.000 vooroverlegverzoeken behandelt, wat relatief vrij weinig is. Terwijl 250.000 ab-houders aan de gebruikelijkloonregeling toekomen.¹⁷¹

De wetgever verwacht dat de ab-houders hun schuldpositie zodanig zullen wijzigen dat zij uiteindelijk niet in de heffing worden betrokken voor hun bovenmatige schuld. Daarnaast wordt verwacht dat de schulden terugbetaald zullen worden met box 3 vermogen. De wetgever gaat ervan uit dat tegenover schulden bezittingen staan. Daarnaast wordt aangenomen dat circa 80% van de ab-houders in 2019 hebben geanticipeerd op het wetsvoorstel door hun schulden af te lossen met een dividenduitkering.¹⁷² Destijds gold het box-2 tarief van 25%¹⁷³ en kwam de ab-houder voordeliger uit om dividend uit te keren tegen het desbetreffende tarief.

De aflossing van de schulden kan op verschillende manieren voltooid worden:

- dividend kan uitgekeerd worden; of
- de schuld kan geherfinancierd worden bij een bank; of
- activa kunnen overgedragen worden aan de eigen vennootschap.

¹⁶⁶ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 31.

¹⁶⁷ Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p. 7.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 35496, nr. 9, p. 18.

¹⁶⁹ Zie ook [paragraaf 3.4.1](#).

¹⁷⁰ Zie ook [paragraaf 3.3.3](#).

¹⁷¹ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 21.

¹⁷² *Kamerstukken II 2020/21*, 35496, nr. 9, p. 6.

¹⁷³ Box 2 tarief van 2019.

Wanneer dividend wordt uitgekeerd, zal dit tegen een (verhoogde) tarief¹⁷⁴ van 26,9% worden belast. Dit is echter onwenselijk.¹⁷⁵ Daarnaast ligt de voorkeur niet om de schuld bij een bank te herfinancieren omdat het privévermogen¹⁷⁶ betreft. Een uitzondering hierop is de herfinanciering van een vastgoedportefeuille. Het is evident dat de ab-houder zijn vermogensbestanddelen wil overdragen aan de vennootschap. Dit kan tot discussies leiden met de Belastingdienst zoals of het zakelijk is dat de vermogensbestanddelen worden overgedragen aan de vennootschap, wat de waarde hiervan is en wat de zakelijke gebruiksvergoeding is indien deze bestanddelen in privé gebruikt worden.¹⁷⁷

Onroerende goederen behoren meestal tot het privébezit van de ab-houder. Wanneer de onroerende goederen worden overgedragen aan de vennootschap, is 8% overdrachtsbelasting¹⁷⁸ verschuldigd. In de literatuur wordt gepleit voor een (tijdelijke) vrijstelling van de overdrachtsbelasting.¹⁷⁹ De wetgever vindt dit onwenselijk omdat hij ervan overtuigd is dat er andere manieren zijn om op het wetsvoorstel te anticiperen. Of het onroerend goed deels wordt geherfinancierd of wordt overgedragen aan de vennootschap hangt af van de feiten en omstandigheden.¹⁸⁰ De NOB stelt dat de heffing van de overdrachtsbelasting als een strafheffing ervaren zal worden. In tijden van crisis zullen de mogelijkheden beperkt zijn om het onroerend goed extern te kunnen financieren.¹⁸¹

Uit de bovenstaande analyse kan geconcludeerd worden dat het neutraliteitsbeginsel wordt geschonden wanneer ab-houders ervoor kiezen om geld bij de vennootschap te lenen om zo minder winstuitdelingen en loon te genieten. Echter, dit ligt genuanceerd omdat dit afhangt of de ab-houder een zodanig belang heeft, waardoor hij over de gelden van de vennootschap kan beslissen. Derhalve wordt gepleit om de groep te beperken tot de meerderheidsaandeelhouders. Vervolgens worden de ab-houders door dit voorstel in een positie geplaatst, waarbij zij de overweging moeten maken om hun vermogen wel of niet over te dragen aan de vennootschap of een fictief regulier voordeel te genieten wat tot een schadelijke gedragsreactie en verstoring van het economisch evenwicht kan leiden.

4.6.3 Het doeltreffendheidsbeginsel

De wetgever wil met het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ het excessief lenen ontmoedigen om zo belastinguitstel en eventuele -afstel tegen te gaan.¹⁸² In de Bouwstenennotitie wordt toegelicht dat de DGA de vrijheid heeft om belastingheffing uit te stellen in tegenstelling tot de werknemer of de IB-ondernemer. De ab-houder heeft de mogelijkheid om schulden aan te gaan bij de eigen vennootschap. Hierdoor kan hij het “inkomen” over de tijd verschuiven.¹⁸³

Excessief lenen bij de eigen vennootschap ontmoedigen

Het is van belang om na te gaan of er daadwerkelijk sprake is van een excessieve schuld indien deze meer dan € 500.000 bedraagt. Boer en Heithuis geven aan dat de wetgever geen relatie legt tussen de grootte van de schuld, de aanwending hiervan en gestelde zekerheden die bij de

¹⁷⁴ In 2019 was het box 2-tarief 25%.

¹⁷⁵ Stevens, WFR 2019/71, ond. 5.7.

¹⁷⁶ Schulden die bij de vennootschap zijn aangegaan, worden meestal gebruikt om privé vermogen te financieren.

¹⁷⁷ Stevens, WFR 2019/71, ond. 5.7.

¹⁷⁸ Art 14 lid 1 Wet WBR 1970.

¹⁷⁹ Zie ook De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p. 30.

¹⁸⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 18 (MvT).

¹⁸¹ Zie ook De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p. 30-31.

¹⁸² Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

¹⁸³ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 31.

geldlening horen.¹⁸⁴ In termen van ‘excessief’ is een consumptieve lening¹⁸⁵ van € 750.000 van een andere orde dan wanneer het gaat om een hypothecaire lening of privé investering van € 750.000. Het begrip ‘excessief’ is relatief en wordt bepaald ten opzichte van wat als ‘normaal’ wordt beschouwd.¹⁸⁶ Hierdoor ben ik van mening dat de bovenmatige schuld afzonderlijk bepaald zal moeten worden. Een schuld van € 700.000 kan voor de ene ab-houder excessief zijn en voor de ander niet (deze gedachte ligt ten grondslag aan de loan-to-value ratio (LTV-ratio); zie uitgebreider paragraaf 5.3). De wetgever heeft aangegeven dat het een politieke keuze is geweest om de schuld, die meer dan € 500.000 bedraagt, als excessief te beschouwen.¹⁸⁷ Bij een maximumbedrag van € 500.000 wordt een balans gevonden waarbij 3% van de totale ab-houders te maken zal krijgen met de voorgestelde maatregel, indien zij hun schuldposities niet veranderen. Zij hebben relatief grote schulden bij de eigen vennootschap en de wetgever wil deze schulden terugbrengen.¹⁸⁸

Belastinguitstel

De bovenmatige schuld wordt als fictief regulier voordeel aangemerkt, wat onderdeel uitmaakt van het inkomen uit aanmerkelijk belang. Fiscaal gezien kan er geen belastinguitstel bij een geldlening plaatsvinden indien de geldlening door de ab-houder terugbetaald wordt. Het is van belang dat de ab-houder met zijn privégeden de schuld terugbetaalt en niet door middel van een dividenduitkering.¹⁸⁹

In de praktijk komt het vaker voor dat consumptieve leningen worden afgelost met dividenduitkeringen, wat een duidelijke vorm van belastinguitstel is.¹⁹⁰ De NOB geeft ook aan dat de voorgestelde maatregel disproportioneel is, omdat zowel consumptieve als zakelijke leningen in de heffing worden betrokken. Daarnaast is er geen tegenbewijs mogelijk om aan te kunnen tonen dat de geldlening zakelijk genoeg is.¹⁹¹ De Raad van State (RvS) maakt vervolgens de opmerking dat belastinguitstel niet alleen plaatsvindt op het moment dat er geleend wordt, maar ook wanneer er geen dividenden worden uitgekeerd.¹⁹² De RvS is van mening dat het van belang is om inzicht te krijgen in de schulden waarbij (verkapte) winstuitdeling ontspoort.¹⁹³ Hierbij wordt geconcludeerd dat de wetgever de afweging maakt om belastinguitstel tegen te gaan door alle schulden in de heffing te betrekken, terwijl niet alle schulden in belastinguitstel resulteren.

Belastingafstel

De wetgever motiveert in de Memorie van Toelichting dat (langdurige) belastinguitstel kan leiden tot belastingafstel. Dit kan zich voordoen wanneer de eigen vennootschap failliet wordt verklaard en de ab-houder de schuld en de belastingclaim niet kan voldoen.¹⁹⁴ De wetgever heeft aangegeven dat met dit wetsvoorstel € 200 miljoen aan belastingafstel wordt voorkomen. Daarnaast wordt in de structurele situatie € 10 miljoen aan belastingafstel voorkomen.¹⁹⁵

¹⁸⁴ Boer & Heithuis, WFR 2020/170, ond 2.3.

¹⁸⁵ In [paragraaf 4.6.1](#), is vastgesteld dat de consumptieve schulden een probleem vormen, sinds deze schulden niet altijd in privé worden afgelost maar door winstuitdelingen.

¹⁸⁶ Boer & Heithuis, WFR 2020/170, ond 2.3.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 11.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2020/21, 35496, nr. 9, p. 11.

¹⁸⁹ Zie ook Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

¹⁹⁰ Zie ook Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁹² *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 4, p. 3-4.

¹⁹³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 4, p. 3-4.

¹⁹⁴ Zie [paragraaf 4.2](#).

¹⁹⁵ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang* 2020, p. 6.

Boer en Heithuis, vinden de bovenstaande motivering van de wetgever onjuist. Wanneer de ab-houder insolvent is en de eigen vennootschap failliet wordt verklaard, kan het geschetste voorbeeld van de wetgever zich voordoen. Echter, het is onjuist om ervan uit te gaan dat er sprake is van belastingafstel. De vennootschap zal in dit geval de schuld niet bij de ab-houder kunnen opeisen en is er geen sprake van een uitdeling.¹⁹⁶ Daarentegen heeft de wetgever hiervoor een andere benadering; wanneer de ab-houder de ab-claim niet meer kan betalen, maakt de vordering van de vennootschap op de ab-houder onderdeel uit van de belaste liquidatie-uitkering. Hierover is inkomstenbelasting verschuldigd. Sinds de ab-houder insolvent is, is de vordering van de vennootschap in principe waardeloos en kan er sprake zijn van een belastinguitstel.¹⁹⁷ Geconcludeerd wordt dat de solvabiliteit van de ab-houder van belang is. In het geval dat de ab-houder solvent is en de vennootschap failliet gaat, maakt de vordering ook onderdeel uit van de belaste liquidatie-uitkering en is er geen belastingafstel.¹⁹⁸ De situatie waarbij de ab-houder insolvent is, is een uitzonderlijk geval.¹⁹⁹

Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) is in 2020 het laagste aantal faillissementen in de afgelopen 20 jaar gemeten.²⁰⁰ Helaas zijn er geen cijfers bekend hoeveel van de ab-houders daadwerkelijk de ab-claim niet kunnen voldoen. Desalniettemin, als er relatief minder vennootschappen failliet gaan, kan aangenomen worden dat ook de liquidatie-uitkeringen, in verhouding tot faillissementen van vennootschappen, zich minder zullen voordoen. Geconcludeerd kan worden dat het wetsvoorstel in het kader van de belastingafstel disproportioneel is.

Er kan geconcludeerd worden dat de wetgever zijn doel voorbijschiet door geen onderscheid te maken in de typen schulden.²⁰¹ In beginsel wordt het beoogde doel van de wetgever met deze voorgestelde maatregel wel gerealiseerd. Echter, het is disproportioneel dat alle schulden in de heffing worden betrokken die feitelijk niet tot belastinguitstel leiden. Daarnaast is ‘excessief’ een relatief begrip. De wetgever zal met dit wetsvoorstel zijn doel niet bereiken als het maximumbedrag standaard op € 500.000 wordt gesteld. Derhalve voldoet het wetsvoorstel niet aan het doeltreffendheidsbeginsel.

4.6.4 Het doelmatigheidsbeginsel

De wetgever gaat ervan uit dat de administratieve lasten die bij dit wetsvoorstel horen, beperkt zijn.²⁰² De voorgestelde maatregel heeft een preventieve werking, waardoor de wetgever verwacht dat de ab-houders²⁰³ die een bovenmatige schuld hebben bij de eigen vennootschap hierop zullen anticiperen en hun schuldpositie zullen wijzigen. De inwerkingtreding van de voorgestelde maatregel is op 1 januari 2023.²⁰⁴ Uit de uitvoeringstoets is gebleken dat de systemen worden aangepast om bovenmatige schulden te detecteren in de aangifte. Daarnaast heeft het wetsvoorstel ‘(...) *op termijn per saldo een beperkte complexiteitsreductie*’ een klein risico op procesverstoringen.²⁰⁵ De wetgever verwacht dat de handhavingsinspanningen tot 1 januari 2023 beperkt zullen toenemen, doordat de voorgestelde maatregel in beperkte mate

¹⁹⁶ Zie ook Boer & Heithuis, WFR 2020/170, ond 2.2.

¹⁹⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 6 (MvT).

¹⁹⁸ Boer & Heithuis, WFR 2020/170, ond 2.2.

¹⁹⁹ Zie ook Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59, ond 3.

²⁰⁰ CBS 2020, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/02/minder-faillissementen-in-2020>.

²⁰¹ De NOB heeft eerder aangegeven dat de wetgever zijn doel voorbijschiet.

²⁰² Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 15 (MvT).

²⁰³ 3% van de totale ab-houders.

²⁰⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p. 13 (MvT).

²⁰⁵ Uitvoeringstoets - Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

vooroverleg vereist. Na 1 januari 2023 wordt verwacht dat er beperkt bovenmatige schuld discussies zullen ontstaan en dat nieuwe discussies, betreffend de verrekening van het positief en negatief fictief regulier voordeel, zullen worden gevoerd.²⁰⁶

Het totaalbedrag aan schulden moet aan het einde van het kalenderjaar, aldus op 31 december om 23:59:59²⁰⁷, vastgesteld worden.²⁰⁸ In de meeste gevallen zijn de jaarverslagen tegen het einde van het kalenderjaar nog niet vastgesteld. Dit gebeurt vijf maanden na afloop van het boekjaar van de vennootschap.²⁰⁹ Een mogelijkheid is om middels de interne jaarrekening het totaalbedrag aan schulden af te leiden. Omdat deze nog niet door de externe accountant is geverifieerd, is de vaststelling van het totaalbedrag aan schulden vatbaar voor afwijkingen. Derhalve zal de ab-houder deze goed moeten monitoren zodat hij niet boven het maximaal bedrag komt.²¹⁰ Vervolgens moet er rekening gehouden worden met de aanmerkelijkbelangposities, de verwachte aanpassingen voor de aangifte en de doorwerking van (latere) correcties van de schuldposities. Dit kan negatieve gevolgen hebben voor de al bestaande belastingaanslagen uit oudere jaren.²¹¹ Vervolgens heeft de RvS aangegeven dat de voorgestelde maatregel technisch complex is en niet zorgt voor de vereenvoudiging van de fiscale wetgeving.²¹²

De wetgever heeft aangegeven dat in de huidige situatie bij de beoordeling of een geldlening een (verkapte) winstuitdeling vormt, veel toezicht van de Belastingdienst vereist is.²¹³ In de Bouwstenennotitie is hierover het volgende te lezen: ‘(...) *Het toetsen van de voorwaarden en de feitelijke uitvoering van die voorwaarden pleegt echter een grote aanslag op de capaciteit van de Belastingdienst. Het risico van fiscaal grens verkennend gedrag en misbruik ligt daarmee op de loer.*’²¹⁴ Met de voorgestelde maatregel verwacht de wetgever dat de druk bij de Belastingdienst wordt verminderd. De inspecteur hoeft niet meer na te gaan of een bovenmatige schuld tot een (verkapte) winstuitdeling leidt.²¹⁵ Echter, de inspecteur zal nog steeds zijn fiscale instrumenten moeten gebruiken om (verkapte) winstuitdelingen te detecteren bij schulden die niet excessief zijn. De NOB constateert dat het een trend van de wetgever is om handhavingsproblemen op te lossen met complexe (anti-misbruik) wetgeving op basis van ficties. Zij vinden de maatregel ongeschikt als de wetgever het wetsvoorstel wil implementeren om de uitvoeringslasten te verminderen.²¹⁶

Aldus kan geconcludeerd worden dat de inspecteur een zorg minder heeft, omdat hij voor een bovenmatige schuld niet meer hoeft na te gaan of deze tot een winstuitdeling moet leiden. Een dergelijke schuld wordt door de voorgestelde maatregel in de heffing betrokken. Daarnaast verwacht de wetgever dat de ab-houders al anticiperen op het wetsvoorstel. Hierdoor kan de voorgestelde maatregel wel doelmatig zijn voor de Belastingdienst. Echter, als een ab-houder wel onder de maatregel komt te vallen, zijn er punten die nog niet op orde zijn. Daarom ben ik van mening dat de wetgever de uitvoer- en handhaafbaarheid van de voorgestelde maatregel onderschat. Voor zowel de Belastingdienst als de ab-houder zullen de uitvoeringslasten toenemen, omdat beide partijen goed de schulden moeten monitoren. De inspecteur zal nog

²⁰⁶ Uitvoeringstoets- Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 9, p. 32.

²⁰⁸ Voorgestelde art 4.14 a lid 1 Wet IB 2001.

²⁰⁹ Voor de BV art 2:210 lid 1 BW en de NV o.g.v. art 2:101 lid 1 BW.

²¹⁰ Zie ook Stevens, WFR 2019/71.

²¹¹ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p. 4.

²¹² *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 4, p. 5.

²¹³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p.7 (MvT).

²¹⁴ *Bouwstenenrapport, Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang* 2020, p. 31.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2019/2020, 35486, nr. 3, p. 7 (MvT).

²¹⁶ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020, www.nob.nl, p.8-9.

steeds moeten handhaven waar het betreft schulden die minder dan € 500.000 bedragen. De ab-houder moet aan de andere kant zijn schuldpositie goed bijhouden, omdat deze tegen het einde van het kalenderjaar bekend moet zijn. De voorgestelde maatregel zorgt ook voor meer complexiteit waar het betreft eventuele correcties van de belastingaanslagen. Derhalve voldoet het wetsvoorstel niet aan de doelmatigheidseis.

4.7 Tussenconclusie /samenvatting

In dit hoofdstuk is het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ onderzocht. Het wetsvoorstel houdt in dat indien de ab-houder samen met zijn partner een schuld heeft aan de vennootschap van meer dan € 500.000, het excessieve gedeelte als fictief regulier voordeel wordt aangemerkt en in de heffing wordt betrokken. Niet alleen de schulden van de partner zijn van belang maar ook de bovenmatige schuld van verbonden personen en zijn partner. Deze bovenmatige schuld behoort ook tot het totaalbedrag aan schulden van de ab-houder. Het fictief regulier voordeel kan zowel positief als negatief zijn. Dit zorgt ervoor dat economische dubbele heffing deels wordt voorkomen. Deze kan alsnog voorkomen indien het negatief voordeel niet tijdig benut kan worden. Vervolgens maakt de wetgever geen onderscheid tussen de typen schulden, met uitzondering van de eigenwoningschuld.

Vervolgens is dit wetsvoorstel getoetst aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen. Uit deze toetsing blijkt dat aan geen van de belastingbeginselen volledig wordt voldaan. De wetgever wil met het wetsvoorstel het excessief lenen ontmoedigen om zo belastinguitstel- en afstel tegen te gaan. Gezien de verschillende bezwaren die zijn gerezen, kan de wetgever middels de volgende aanpassingen hieraan deels tegemoetkomen:

- alleen de consumptieve schulden tot het totaalbedrag aan schulden rekenen. Door bovenmatige schulden in de heffing te betrekken, wordt een winstuitdeling vastgesteld. Echter, niet alle schulden leiden tot een verkapte winstuitdeling en tot belastinguitstel. Van alle schulden worden de consumptieve geldleningen in de praktijk vaak middels een dividenduitkering afgelost, wat tot belastinguitstel kan leiden.
- de groep beperken tot alleen de ab-houders met een meerderheidsbelang. De wetgever gaat ervan uit dat ab-houders de keuze hebben om besluiten te maken over de winstuitdelingen, loon en geldleningen van de vennootschap. Echter, hebben niet alle ab-houders deze keuze en hangt dit af van hoe groot het belang is in de vennootschap.

Verder kan opgemerkt worden dat de uitvoeringslasten die erbij komen niet onderschat moeten worden door de wetgever. De lasten nemen toe en zorgen niet voor een vereenvoudiging van het huidige fiscale stelsel. Het is interessant om na te gaan of er nog alternatieven zijn voor het wetsvoorstel. Dit wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht.

Hoofdstuk 5: Alternatieven

5.1 Inleiding

Met de voorgestelde maatregel wil de wetgever het excessief lenen ontmoedigen om zo belastinguitstel en -afstel tegen te gaan. In hoofdstuk 4 is geconcludeerd dat de maatregel niet aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen voldoet. Om deze reden zijn er aanpassingen voorgesteld, waardoor het wetsvoorstel een stap in de juiste richting kan zijn om aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen te kunnen voldoen. In dit hoofdstuk worden nog twee alternatieven onderzocht. Hiermee wordt de vierde deelvraag beantwoord, die als volgt luidt: *Welke alternatieven zijn mogelijk met betrekking tot het wetsvoorstel?*

5.2 Het huidige systeem behouden

Uit de literatuur²¹⁷ is gebleken dat het doel van de wetgever ook bereikt kan worden met het huidige systeem.²¹⁸ Hierbij is het cruciaal dat de inspecteur het beschikbare fiscale instrumentarium goed gebruikt. Hij zal allereerst moeten toetsen of een geldlening geherkwalificeerd zou moeten worden tot eigen vermogen. De geldlening kan geherkwalificeerd worden indien sprake is van een schijnlening of bodemlozeputlening.²¹⁹ Vervolgens zal getoetst moeten worden of deze lening zakelijk genoeg is en indien dit niet het geval is, zal deze zakelijk gemaakt moeten worden.²²⁰ Naast de geherkwalificeerde geldlening kan een verkapte winstuitdeling ook plaatsvinden indien de ab-houder zijn lening bij de eigen vennootschap niet terugbetaalt of een te hoge rekening-courantschuld heeft bij de eigen BV.²²¹ Als de inspecteur hiervan een vermoeden heeft, zal hij dat tijdig moeten bewijzen.

De beoordeling of een geldlening tot een (verkapte) winstuitdeling leidt, vergt veel inspanning van de Belastingdienst.²²² In het Jaarplan 2020 beoogt de Belastingdienst meer aandacht te besteden aan het onzakelijk gebruik van de rekening-courant van de eigen vennootschap. Echter, Molenaar betwijfelt of deze inspanning van de Belastingdienst wel voldoende is. Daarom is het van belang dat de Belastingdienst over voldoende gekwalificeerde capaciteit beschikt om de daadwerkelijke controles uit te voeren.²²³

Wanneer de ab-houder een te hoge schuld heeft bij de eigen vennootschap, kan hij een vaststellingsovereenkomst (vso) met de Belastingdienst aangaan. Hierin worden afspraken gemaakt betreffende de aflossing van de schuld. Deze afspraken zijn op maat gemaakt en hebben betrekking op het aflossingsschema en de vaststelling van de zakelijke rente. Verder kunnen de Belastingdienst en de ab-houder afspreken dat er een winstuitdeling plaatsvindt wanneer de schuld niet tijdig wordt afgelost. Omtrent de doelgroep van de voorgestelde maatregel en de hoge schulden bij de vennootschap, sluit de werking van de vso's goed aan bij het huidige handhavingsbeleid.²²⁴ *'(...) aan deze vaststellingsovereenkomsten voorafgaande overleg vormde dikwijls een goede aanleiding voor constructief overleg tussen de inspecteur en de (zeer) vermogende particulier met betrekking tot zijn fiscale positie'*, aldus Boer en Heithuis.²²⁵

²¹⁷ Zie ook Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59.

²¹⁸ Molenaar, NTFR 2020/142.

²¹⁹ Zie ook [paragraaf 2.3.](#)

²²⁰ Zie ook [paragraaf 2.4.](#)

²²¹ Zie ook [paragraaf 3.4.3.](#)

²²² *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3, p. 7 (MvT).

²²³ Molenaar, NTFR 2020/142.

²²⁴ Zie ook Boer & Heithuis, WFR 2020/170.

²²⁵ Zie ook Boer & Heithuis, WFR 2020/170.

Gezien het bovenstaande ben ik van mening dat het huidige systeem wel aan het draagkrachtbeginsel voldoet, omdat enerzijds er bij de inspecteur een bewijslast rust. Hij zal de verkapte winstuitdeling naar de feiten en omstandigheden moeten vaststellen. Anderzijds kan de ab-houder een vso sluiten met de Belastingdienst, zodat hierin afspraken op maat kunnen worden vastgelegd. Het huidige systeem voldoet evenwel niet aan het neutraliteitsbeginsel. Dit beginsel wordt geschonden omdat ab-houders in dit geval de mogelijkheid hebben om geld bij de vennootschap te lenen en zo minder loon en winstuitdelingen te genieten. In [paragraaf 4.6.2.](#) is toegelicht dat deze mogelijkheid genuanceerd ligt en dit afhangt van de grootte van het aandelenbelang.

Het doel van de wetgever is om het excessief lenen te ontmoedigen om zo belastinguitstel en -afstel tegen te gaan. Het huidige systeem ontmoedigt het excessief lenen niet, maar kan wel belastinguitstel en -afstel tegengaan. De inspecteur heeft namelijk verschillende mogelijkheden om verkapte winstuitdelingen vast te stellen bij een geldlening. Dit is alleen mogelijk indien er voldoende handhavingscapaciteit is en er tijdig wordt gehandhaafd. Het huidige systeem is doeltreffend onder de voorwaarde dat de handhavingscapaciteit voldoende is. In de praktijk kampt de Belastingdienst al jarenlang met een handhavingsprobleem. Vennix geeft aan dat de bereikbaarheid betreffende het vooroverleg bij de Belastingdienst is teruggelopen.²²⁶ De Belastingdienst heeft anno 2021 ook andere zorgen, waaronder de toeslagenaffaire, wat niet bijdraagt aan het handhavingsprobleem.²²⁷ Vanwege dit probleem is het huidige systeem niet in voldoende mate doelmatig en doeltreffend. Ik ben derhalve van mening dat het handhavingsprobleem van de Belastingdienst in de praktijk goed kan werken. Echter, dit wordt belemmerd door capaciteitsvraagstukken.

5.3 Loan- to-value ratio

Om het excessief lenen bij de eigen vennootschap tegen te gaan, zou de huidige systematiek wel kunnen werken indien de Belastingdienst genoeg handhavingscapaciteit heeft en tijdig handhaaft. In paragraaf 5.2 is toegelicht dat de Belastingdienst niet over de toezichtcapaciteit beschikt om te beoordelen of een geldlening tot een (verkapte) winstuitdeling moet leiden. Hierdoor loopt de Belastingdienst eventuele belastinginkomsten mis.

Als de wetgever het excessief lenen wil tegengaan, ben ik van mening dat hij de totale ab-houders erbij moet betrekken en niet alleen de groep²²⁸ die een bovenmatige schuld heeft van meer dan €500.000. Het begrip ‘excessief’ is immers een relatief begrip.²²⁹ Een lening van €500.000 kan voor de ene ab-houder excessief zijn en voor de ander niet. Door een risicoanalyse te maken, kan de Belastingdienst tijdig detecteren wie een excessieve schuld zou kunnen hebben en de waarschijnlijkheid van terugbetaling aangeven.

Stevens stelt voor om een loan-to-value (LTV) indicator op te nemen in de IB-aangifte.²³⁰ Met een dergelijke indicator kunnen bovenmatige schulden bij de ab-houder gedetecteerd worden door de verhouding te bepalen tussen de schulden en de netto bezittingen (zie tabel 5.1). Als voorbeeld geeft Stevens een grens van 80% aan. Hierbij mogen de schulden de waarde van de gefinancierde vermogensbestanddelen de grens niet overtreffen.²³¹ Bij bepaalde LTV-waarden

²²⁶ Berentsen, fd.nl 2016.

²²⁷ Peppelenbosch, NLF Opinie 2021/4.

²²⁸ 3% van de totale ab-houders.

²²⁹ Zie ook paragraaf 4.8

²³⁰ Zie ook Stevens, WFR 2019/71, ond 3.2.

²³¹ Zie ook Stevens, WFR 2019/71, ond 6.5.3.

kan de inspecteur diverse stappen ondernemen. Bij een bepaalde LTV-waarde kan ervan uitgegaan worden dat de ab-claim niet betaald kan worden of dat het noodzakelijk is om na te gaan of de ab-houder nog in staat is om de schuld terug te betalen. Hoe hoger de LTV-grens is, hoe onwaarschijnlijker het is dat de schuld terugbetaald kan worden. Op het moment dat het duidelijk is dat de lening niet terugbetaald kan worden, wordt de geldlening als een (verkapte) winstuitdeling gezien.²³² Uiteraard blijft het van eminent belang dat de inspecteur blijft handhaven. Dit principe zien wij terug bij de werking van de LTV-ratio die ook gebruikt wordt in de vastgoedmarkt. Deze ratio geeft de verhouding weer tussen de hypotheeklening en de waarde van het onroerend goed. Hoe hoger de LTV- waarde, des te groter het risico dat de lening niet terugbetaald kan worden.²³³

	Loan to value ratio (vastgoedmarkt) ²³⁴	Loan to value ratio (belastingen) ²³⁵
Formule	$LTV - ratio = \frac{MA}{APV}$	$LTV - ratio = \frac{Schuld}{Netto\ bezittingen}$
Uitleg	MA: Mortgage amount (Hypotheekbedrag) APV: Appraised Property Value (Waarde van het vastgoed)	Schuld: Schulden die bij de eigen BV is afgesloten door de ab-houder. Netto bezittingen: bezittingen (box 1 en box 3) +/- schulden, anders dan de schuld die bij de eigen vennootschap is aangegaan door de ab-houder.
Toepassing	Deze ratio wordt gebruikt om de risico's zichtbaar te maken voor de hypotheeknemer. De hypotheekverstrekker hanteert deze ratio om de risico's in kaart te brengen. Hoe hoger de ratio, hoe hoger het risico waarbij de hypotheek niet terugbetaald kan worden.	Deze ratio wordt gebruikt als detecteringsmechanisme om de bovenmatige schulden zichtbaar te maken. <ul style="list-style-type: none"> - Stevens stelt een LTV-grens van 80%. - bij deze grens zal de inspecteur nader onderzoek moeten doen. Hierdoor kan de Belastingdienst de bovenmatige schulden actiever/ effectiever detecteren.

Aangezien het wetsvoorstel een preventieve werking heeft, vindt de wetgever de LTV-ratio onwenselijk, omdat deze maatregel niet ervoor zorgt dat de excessieve lening wordt ontmoedigd, en belastinguitstel en -afstel wordt tegengegaan.²³⁶ Dit is deels correct, alleen wordt de LTV-ratio in dit geval toegepast als een controlemechanisme door risicoanalyses te maken waardoor de Belastingdienst actiever en gericht kan handhaven. Met de LTV-ratio kan getoetst worden of een ab-houder een bovenmatige schuld heeft door de verhouding van de schuld en zijn vermogen te bepalen. Als bij de ab-houder een bovenmatige schuld

²³² Zie ook Stevens, WFR 2019/71. ond 3.1.

²³³ Hayes, Investopedia 2020.

²³⁴ Hayes, Investopedia 2020.

²³⁵ Stevens, WFR 2019/71.

²³⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 7, p. 20.

gedetecteerd wordt, zou de inspecteur risicogericht kunnen handhaven en beoordelen of de geldlening tot een (verkapte) winstuitdeling moet leiden. Hierdoor wordt wel naar draagkracht geheven en wordt er voldaan aan het draagkrachtbeginsel.

Voor de toepassing van de LTV-grens is meer onderzoek nodig. Ik ben van mening dat de optimale grens van de LTV-ratio nog bepaald moet worden, zodat de wetgever zijn doel kan bereiken. Daarnaast wordt geconcludeerd, dat deze regeling wel het belastinguitstel en -afstel tegengaat, omdat de inspecteur hierdoor tijdig kan handhaven. Het toepassen van een LTV-ratio kan een prudent effect hebben op de aangiftes van de ab-houders. Derhalve kan deze regeling onder voorwaarden doeltreffend zijn, indien de Belastingdienst voldoende toezicht capaciteit heeft. Echter, is het niet bekend hoe groot de groep is die een bovenmatige schuld heeft.²³⁷ Door het opnemen van een LTV-ratio in de IB-aangifte zal de Belastingdienst misschien meer moeten handhaven. Hierdoor bestaat het risico dat de huidige handhavingsproblematiek niet wordt opgelost maar juist wordt vergroot. Om het doelmatigheidsbeginsel te kunnen toetsen, is er meer onderzoek nodig. Hetzelfde geldt voor het neutraliteitsbeginsel, omdat de economische gevolgen van deze regeling onvoldoende bekend zijn.

5.4 Tussenconclusie/ samenvatting

In dit hoofdstuk zijn twee alternatieven besproken:

1. het behoud van het huidige fiscale stelsel; en
2. het opnemen van een LTV-ratio in de IB-aangifte.

Ad 1. Een manier waarop de wetgever zijn doel kan bereiken, namelijk het excessief lenen tegengaan om zo belastinguitstel en -afstel te ontmoedigen, is door het huidige fiscale systeem te behouden. Zo kunnen de Belastingdienst en ab-houder een vso aangaan betreffende de aflossing van hoge schulden bij de eigen vennootschap. Deze aanpak sluit goed aan bij het huidige handhavingsbeleid. Indien er geen vso wordt afgesloten, is het van belang dat er nog steeds gehandhaafd wordt. Wanneer de inspecteur een vermoeden heeft dat er een verkapte winstuitdeling heeft plaatsgevonden, rust bij hem de bewijslast. Als de inspecteur op tijd kan vaststellen en bewijzen dat de schuld een (verkapte) winstuitdeling is, zal het doel van de wetgever bereikt worden. Niettemin is in de praktijk de druk bij de Belastingdienst hoog, waardoor er niet naar behoren gecontroleerd kan worden en hierdoor belastinginkomsten kunnen worden misgelopen.

Ad 2. Een andere aanbeveling is om een LTV-ratio op te nemen in de IB-aangifte. De LTV-ratio geeft de verhouding van de schuld ten opzichte van de netto bezittingen weer. Hoe hoger de ratio, hoe hoger het risico waarbij nagegaan zal moeten worden of de schuld überhaupt terugbetaald kan worden. Door een LTV-ratio op te nemen, kunnen bovenmatige schulden tijdig gedetecteerd worden, wat kan resulteren in een actievere en gerichte handhaving. Echter, het is onduidelijk hoe groot de groep met een bovenmatige schuld is bij de aangegeven LTV-ratio. Het risico bestaat dat de handhaving nog meer onder druk komt te staan. Er is meer onderzoek nodig om een optimale LTV-ratio vast te stellen en de economische gevolgen in kaart te brengen.

²³⁷ Zie ook Stevens, WFR 2019/71.

Resumerend kan gesteld worden dat de alternatieven, zoals hierboven zijn aangegeven, erg afhankelijk zijn van de handhavingscapaciteit van de Belastingdienst. De handhavingsproblematiek is al jaren een probleem. Met de uitwerkingen van de besproken hoofdstukken is voldoende diepgang gegeven om zo de onderzoeksvraag van deze scriptie te beantwoorden. Dit komt aan de orde in hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 6: Conclusie/samenvatting en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In deze scriptie zijn verschillende aspecten met betrekking tot het lenen bij de eigen vennootschap aan bod gekomen. In elk hoofdstuk is een onderwerp besproken, waarmee de deelvragen zijn beantwoord. Deze onderwerpen hebben betrekking op het wetsvoorstel 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap'. In dit hoofdstuk worden de voorgaande hoofdstukken kort samengevat. Vervolgens zal de onderzoeksvraag worden beantwoord.

6.2 Samenvatting

De ab-houder kan verschillende hoedanigheden hebben binnen zijn vennootschap. Hij kan als aandeelhouder winstuitdelingen genieten. Ook kan hij werkzaam zijn bij de vennootschap waardoor hij loon geniet. Als laatste kan hij bij de eigen vennootschap geld lenen. Hierbij is van belang dat de geldlening een terugbetalingsverplichting heeft. Dit is een civielrechtelijk kenmerk, wat leidend is voor de fiscale gevolgen. In sommige gevallen kan een geldlening tot eigen vermogen worden geherkwalificeerd en aldus tot een verkapte winstuitdeling leiden. Indien de geldlening niet geherkwalificeerd wordt, is het van belang dat deze zakelijk genoeg is. Als de lening onzakelijk is, zal deze zakelijk gemaakt moeten worden. Bij een verkapte winstuitdeling vindt een definitieve vermogensverschuiving plaats van de vennootschap naar de ab-houder. Als de inspecteur hiervan een vermoeden heeft, zal hij deze tijdig moeten bewijzen.

De wetgever wil het wetsvoorstel implementeren om excessief lenen te ontmoedigen waardoor belastinguitstel en -afstel wordt tegengegaan. Hij is van mening dat belastinguitstel kan plaatsvinden op het moment dat de ab-houder bij de eigen vennootschap leent, omdat dan geen belasting is verschuldigd. Vervolgens gaat de wetgever ervan uit dat de ab-houder op deze manier minder winstuitdelingen en/of loon kan genieten. Door het wetsvoorstel wordt de bovenmatige schuld van de ab-houder en zijn partner als fictief regulier voordeel aangemerkt en in de heffing betrokken indien deze meer dan €500.000 bedraagt. De wetgever maakt geen onderscheid in verschillende typen schulden. Alleen de eigenwoningsschulden in de zin van art 3.119a Wet IB 2001 worden uitgezonderd. In dit onderzoek is het wetsvoorstel getoetst aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen. Vervolgens zijn twee alternatieven onderzocht voor dit wetsvoorstel. Een van de alternatieven is om het huidige fiscale systeem te behouden. Op de inspecteur rust de bewijslast indien hij een vermoeden heeft dat een verkapte winstuitdeling heeft plaatsgevonden. Vervolgens heeft hij de mogelijkheid om een vso met de ab-houder te sluiten, waardoor hoge schulden bij de vennootschap onder toezicht van de Belastingdienst afgelost kunnen worden. Echter, de druk bij de Belastingdienst is hoog hetgeen gevolgen heeft voor de toezichtcapaciteit. Een andere aanbeveling is om de LTV-ratio op te nemen in de IB-aangifte, zodat de bovenmatige schulden tijdig gedetecteerd kunnen worden. Hierdoor kan de Belastingdienst efficiënter en tijdig handhaven.

6.3 Beantwoording onderzoeksvraag

In deze scriptie zijn de deelvragen beantwoord in de diverse hoofdstukken, waardoor de onderzoeksvraag kan worden beantwoord. Deze luidt als volgt:

Voldoet het wetsvoorstel ‘Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap’ aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen van wetgeving? Zo nee, welke alternatieven en aanbevelingen zijn mogelijk?

Met dit wetsvoorstel wil de wetgever het excessief lenen ontmoedigen om zo belastinguitstel en -afstel tegen te gaan. Het is opmerkelijk dat de wetgever ervan uitgaat dat alle schulden bij de eigen vennootschap tot belastinguitstel leiden en dat er dan sprake is van een winstuitdeling. Echter, er is geen sprake van belastinguitstel of winstuitdeling bij een geldlening als deze terugbetaald wordt. In de praktijk worden in de meeste gevallen de consumptieve schulden, middels een dividenduitkering afgelost, wat tot belastinguitstel leidt. Door geen onderscheid te maken in de typen schulden, doet de wetgever de ab-houder tekort. De wetgever doet de ab-houder ook tekort door te stellen dat er sprake is van een bovenmatige schuld indien het totaalbedrag aan schulden meer dan €500.000 bedraagt. Een bovenmatige schuld is immers relatief en deze zal eigenlijk afzonderlijk bepaald moeten worden. Deze gedachtegang vloeit voort uit de LTV-ratio gedachte.

Vervolgens zorgt dit wetsvoorstel ervoor dat de ab-houder zijn schuldpositie moet veranderen als hij niet in de heffing betrokken wil worden. Hierbij wordt de ab-houder geconfronteerd met extra belastingheffingen, bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting bij onroerend goed transacties. Dit kan voor een schadelijke gedragsreactie zorgen. Vervolgens gaat de wetgever ervan uit dat ab-houders de keuze hebben om over de leningen, winstuitdelingen en het loon te besluiten. In beginsel heeft de wetgever hier gelijk in, echter is dit genuanceerder omdat dit van de grootte van het aandelenbelang afhangt. Ook worden uitvoeringslasten die bij dit wetsvoorstel komen kijken, door de wetgever onderschat. Gezien het bovenstaande voldoet het wetsvoorstel niet aan de voor dit onderzoek relevante belastingbeginselen.

Om antwoord te kunnen geven op het tweede deel van de onderzoeksvraag, is onderzoek gedaan naar alternatieven. Gezien de alternatieven en het onderzoek naar het wetsvoorstel, kunnen drie aanbevelingen gedaan worden:

1. Het behouden van het huidige fiscale stelsel; en
2. De wetgever kan een LTV- ratio opnemen in de belastingaangifte; en
3. De wetgever kan het wetsvoorstel aanpassen door:
 - a. de relevante schulden te beperken tot consumptieve schulden en
 - b. de groep te beperken tot de meerderheidsaandeelhouders.

Ad 1. De inspecteur heeft diverse toetsingsmogelijkheden om een verkapte winstuitdeling vast te stellen bij een geldlening. Naast het handhaven, heeft de inspecteur ook de mogelijkheid om vso's te sluiten met de ab-houder, wat goed aansluit bij het huidig handhavingsbeleid.

Ad 2. Door een LTV-ratio als hulpmiddel op te nemen in de belastingaangifte, kan de wetgever bovenmatige schulden detecteren waardoor er gericht kan worden gehandhaafd.

Ad 3. Als alleen consumptieve geldleningen worden gerekend tot het totaalbedrag aan schulden, zal de wetgever het echte probleem aanpakken aangezien de consumptieve geldleningen in de praktijk meestal terugbetaald worden door winstuitdelingen te doen.

Vervolgens is het van belang om de groep te beperken tot de meerderheidsaandeelhouders. Door hun zeggenschap kunnen zij relatief makkelijker besluiten over de gelden van de vennootschap.

De handhavingsproblematiek bij de Belastingdienst is evident. Met deze drie beleidsalternatieven zal de Belastingdienst alsnog haar handhaving moeten opvoeren. Indien het huidige fiscale systeem wordt behouden, is het van belang dat er nog steeds gehandhaafd wordt. Als een LTV-ratio wordt opgenomen in de belastingaangifte, bestaat het risico dat er meer controles moeten worden uitgevoerd als blijkt dat een grotere groep een bovenmatige schuld heeft bij de eigen BV. Vervolgens zullen de consumptieve geldleningen in beeld gebracht moeten worden om deze toe te rekenen aan het totaalbedrag aan schulden. Dit vergt extra toezichtcapaciteit. Ongeacht de handhavingsproblematiek ben ik van mening dat deze aanbevelingen een positieve werking kunnen hebben op het wetsvoorstel. Ik hoop dat ik met dit onderzoek een bijdrage heb kunnen leveren aan de verdere uitwerking, inzicht en opinie over dit wetsvoorstel.

Literatuurlijst

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nrs. 1-2.

Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. A.

Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 1.

Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, (MvT).

Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 4.

Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 7.

Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 9.

Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 4.

Kamerstukken II 2020/21, 35496, nr. 11.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2017, *V-N* 2017/24.11.

Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang, bijlage bij *Kamerstukken I* 2019/20, 32 140, nr. D.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 september 2018 (*Kamerstukken II* 2018/19, 35026, nr. 6).

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2021 (*Kamerstukken II* 2018/19, 35026, nr. 11).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 21 februari 2014 (*Stcrt.* 2014, 6643).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 21 februari 2014 (*Stcrt.* 2014, 6643), *V-N* 2014/ 15.13.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën (m.nt. E.J.W. Heithuis) van 9 maart 2018 (*Stcrt.* 2018, 15751).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 21 maart 2018 (*Stcrt.* 2018, 15751).

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015 tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 (*Stcrt.* 2015, 19073).

Jaarplan 2020 Belastingdienst, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31 066, nr. 539.

Uitvoeringstoets Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3.

Jurisprudentie

HR 8 december 1943, B7745.

HR 18 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124, m.nt. P. den Boer

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, m.nt. G. Slot.

HR 19 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5356, *BNB* 1993/231, m.nt. Van Dijck.

HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2101, *BNB* 1997/207.

HR 11 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2440.

HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC34.

HR 9 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64.

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

HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5958, *BNB* 2006/82, m.nt. D. Juch.

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

HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, r.o. 3.4.

HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BW8731, *BNB* 2010/327.

Rb. Haarlem 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV2533, r.o. 4.15, *V-N* 2012/19.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3689, *BNB* 2012/15, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3685, *BNB* 2012/16, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, m.nt. P.G.H. Albert.
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1504, *V-N* 2014/26.20.5.
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7988, *V-N* 2017/7.17, m.nt.
Redactie Vakstudie Nieuws.
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7498.

Boeken/naslagwerken

Arts 2018

J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen (Fed fiscale brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Brandsma 2021

R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van den Dool, Kampschöer, Nieuweboer, de Smit & Vollebregt 2018

R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit & H.A. Vollebregt, *Compendium vennootschapsbelasting. Inclusief dividendbelasting en tax accounting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2016

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting. Inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing* (Fiscale studiereserie nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Mijnssen & van Mierlo 2019

F.H. Mijnssen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding (Monografieën Privaatrecht nr. 15)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Niessen & Hofstra 2010

R.E.C.M. Niessen & H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht (Fiscale Handboeken nr. 1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Poelmann 2021

E. Poelmann, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Rijkers 2021

A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Stiglitz 2000

J.E. Stiglitz, *Economics of the public sector*, New York/London: W.W. Norton & Company 2000.

Vermeulen 2021

H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Zijlstra e.a. (red) 2012

S.E. Zijlstra e.a. (red), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Overige literatuur

Boer, WFR 2019

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

Boer 2021

K. Boer, 'Liquiditeitsdoel maakt veel vragen over excessief lenen- maatregel overbodig', *taxlive.nl*, 11 juni 2021.

Boer & Heithuis, WFR 2020

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

Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) 2021

CBS, 'Minder faillissementen in 2020', *cbs.nl*, 12 januari 2021.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB 2020

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap*, *nob.net*, 21 augustus 2020.

Hayes 2020

A. Hayes, 'Loan-to-Value (LTV) Ratio', *investopedia.com*, 6 oktober 2020.

Molenaar, NTFR 2020

D. Molenaar, 'Stoppen met excessief lenen van eigen bv', *NTFR* 2020/142.

Nota bij wetsvoorstel 2021

'Nota naar aanleiding van nader verslag bij wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap ingediend', *V-N* 2021/29.5.

Peppelenbosch, NLF Opinie 2021

F.A. Peppelenbosch, 'Ontvlechten Belastingdienst gaat moeizaam en kost €146 miljoen', *NL Fiscaal, NLF Opinie* 2021/4.

Stevens, WFR 2019

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

Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019

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

Wijtvliet, FED 2019

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