

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Beoordeling wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap

Naam student: R.P.G. Breddels
Studentnummer: 508002

Begeleider: Prof. Dr. P. Kavelaars
Tweede beoordelaar: Mr. T.C. Hoogwout

Datum definitieve versie: 9 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

Lijst van gebruikte afkortingen.....	3
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	4
1.1 Introductie.....	4
1.2 Probleemstelling.....	6
1.3 Afbakening.....	7
Hoofdstuk 2 Trajecten van liquiditeiten uit de vennootschap naar de DGA.....	8
2.1 Inleiding.....	8
2.2 Definitie aanmerkelijkbelanghouder.....	8
2.2.1 Inkomen uit aanmerkelijk belang.....	8
2.2.2 Hoedanigheden van de DGA.....	9
2.3 Trajecten van liquiditeiten naar de DGA.....	9
2.3.1 Dividend.....	10
2.3.2 Loon.....	10
2.3.3 Lening.....	11
2.4 Tussenconclusie.....	14
Hoofdstuk 3 Uitwerking en beoordeling wetsvoorstel excessief lenen.....	16
3.1 Inleiding.....	16
3.2 Kern van het wetsvoorstel.....	16
3.2.1 Verbonden personen.....	17
3.2.2 Voorkoming van dubbele heffing.....	17
3.3 Beoordeling van het wetsvoorstel.....	19
3.3.1 Doeltreffendheid.....	19
3.3.2 Doelmatigheid.....	21
3.3.3 Uitvoerbaarheid.....	22
3.4 Tussenconclusie.....	23
Hoofdstuk 4 Alternatieven.....	25
4.1 Inleiding.....	25
4.2 Beperking tot consumptieve leningen.....	25
4.3 Gedifferentieerd tarief box 2.....	26
4.4 Loan-to-value ratio.....	27
4.5 Forfaitair rendement.....	28
4.6 Tussenconclusie.....	30
Hoofdstuk 5 Samenvatting en conclusie.....	31
5.1 Inleiding.....	31

5.2 Samenvatting.....	31
5.3 Beoordeling wetsvoorstel	32
5.4 Beantwoording probleemstelling.....	32
5.5 Alternatieven op het wetsvoorstel.....	32
6 Jurisprudentielijst en literatuurlijst	34
Jurisprudentielijst	34
Literatuurlijst.....	35

Lijst van gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
BNB	Beslissingen in belastingzaken
Bv	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-grotoaandeelhouder
FD	Financieel Dagblad
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTRF	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
Rb	Rechtbank
R.O.	Rechtsoverweging
RvS	Raad van State
V-N	Vakstudie-Nieuws
WBR 1970	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964	Wet inkomstenbelasting 1964
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie

Binnen de Wet inkomstenbelasting 2001 worden genoten inkomsten op verschillende manieren behandeld. Zo worden de winst van de IB-ondernemer en het loon van de werknemer met een dienstbetrekking belast in box 1 van de wet. De aandeelhouder met een belang dat kleiner is dan vijf procent in een vennootschap wordt geacht met dit belang een vastgesteld forfaitair rendement te genieten en hierover zal een proportioneel tarief aan inkomstenbelasting verschuldigd zijn in box 3. Verder is er de aandeelhouder die volgens artikel 4.6 van de Wet IB 2001 een aanmerkelijk belang houdt van ten minste vijf procent in een vennootschap, maar daarnaast ook werkzaam is voor dezelfde vennootschap. In de praktijk wordt de aanmerkelijkbelanghouder met een dienstbetrekking bij de eigen vennootschap aangeduid als directeur-grotaandeelhouder. De uit het aandelenbelang voortvloeiende voordelen worden in box 2 belast.

De inkomsten die door de DGA worden genoten, ondervinden door de verschillende hoedanigheden van de DGA ook verschillende behandelingen binnen de Wet IB 2001. In beginsel heeft de DGA een keuzevrijheid om de winst die wordt gegenereerd binnen de vennootschap waarin het kwalificerende belang wordt gehouden, hem als persoon te laten bereiken. Zo kan door de vennootschap aan de DGA loon of dividend worden uitgekeerd. Het onderscheid tussen deze mogelijkheden bevindt zich in de verschillende tariefpercentages in de inkomstenbelasting en in het al dan niet aftrekbaar zijn van de winst van de vennootschap. Het loon zal namelijk worden belast volgens artikel 2.10 Wet IB 2001 tegen een progressief tarief van maximaal 49,5%, terwijl de DGA over het ontvangen dividend ingevolge artikel 2.12 Wet IB 2001 een proportioneel percentage van 26,9% aan inkomstenbelasting is verschuldigd. Daarnaast is het loon van de DGA als kostenpost wel aftrekbaar van de winst van de vennootschap en het dividend niet, zoals expliciet is gesteld in artikel 10 van de Wet VPB 1969. Voor het verrichten van een dividenduitkering moet door de vennootschap wel zijn voldaan aan de balans- en uitkeringstoets die in artikel 2:216 lid 1 en 2 van het BW zijn opgenomen. Wanneer de gecombineerde belastingdruk van de VPB en box 2 van de IB lager is dan de druk in box 1, is het aannemelijk dat de DGA slechts dividend wil laten uitkeren. Door de wetgever is echter paal en perk gesteld aan het enkel uitkeren van dividend. In art. 12a Wet LB 1964 is namelijk een bepaling opgenomen die stelt dat jaarlijks minimaal een gebruikelijk loon in aanmerking moet worden genomen waardoor de DGA het inkomen niet meer geheel in box 2 kan onderbrengen. De wetgever heeft hier dus regulerend opgetreden om de keuzevrijheid van de DGA te beperken.

Naast het uitkeren van loon of dividend kunnen liquide middelen ook overgaan van de vennootschap naar de DGA door het verstrekken van een lening of rekening-courantkrediet. Het aangaan van een lening door de DGA bij de eigen vennootschap brengt afgezien van de schuld die in box 3 of in het geval van een eigenwoningschuld in box 1 in aanmerking wordt genomen, geen fiscale gevolgen met zich. Wanneer de DGA de lening of het rekening-courantkrediet aan de vennootschap aflost, dient mogelijk alsnog dividend te worden uitgekeerd vanuit de vennootschap, moeten aandelen in de vennootschap worden verkocht of moeten andere inkomstenbronnen dan wel het vermogen van de DGA worden aangesproken om over de voor aflossing vereiste liquide middelen te beschikken. Ook is het mogelijk om de DGA vanuit de vennootschap een hoger loon uit te keren ten behoeve van de aflossing. Wanneer wordt gekozen voor het uitkeren van dividend of het verkopen van aandelen, ontstaat op grond van art. 4.12 Wet IB 2001 een regulier voordeel respectievelijk een vervreemdingsvoordeel dat binnen box 2 wordt belast. Als het vermogen van de DGA wordt aangesproken, zullen de middelen veelal reeds aan belastingheffing zijn onderworpen.

Tot het moment dat wordt afgelost is dus sprake van uitstel van de heffing. Voor de IB-ondernemer is het op deze wijze uitstellen van heffing geen mogelijkheid. Het beoogde evenwicht van de wetgever om fiscale beweegredenen te beperken tussen IB-ondernemerschap en VPB-ondernemerschap wordt door het uitstel dan ook verstoord. De box 2 heffing kan echter niet in iedere situatie worden uitgesteld

door het aangaan van een lening. Door de Belastingdienst kan namelijk het standpunt worden ingenomen dat de lening aan de DGA feitelijk een verkapte winstuitdeling vormt. De bewijslast ligt dan bij de inspecteur. Het aannemen van dit standpunt is mogelijk ongeacht het bestaan van een overeenkomst tussen de vennootschap en de DGA waardoor de juridische kwalificatie van schuld bestaat.¹ Vereist is dat de inspecteur aannemelijk maakt dat de terugbetaling van de schuld onwaarschijnlijk is en dat het terugbetalen van de lening ook niet de bedoeling is van de DGA. Minder waarde wordt aan laatstgenoemde eis gehecht wanneer de waarschijnlijkheid van het terugbetalen feitelijk kleiner wordt.² De facto kan onder andere worden gesproken van een winstuitdeling wanneer door de DGA geen zekerheden zijn gesteld, geen afspraken omtrent de aflossing van de schuld bestaan, geen rente wordt betaald en de vermogenspositie en het besteedbaar inkomen van de DGA de verwachting dat de gelden worden terugbetaald, onwaarschijnlijk maken.³ Van verstrekking van een lening is dan slechts naar schijn sprake. Daarnaast kan het voor de vennootschap op moment van de verstrekking direct duidelijk zijn geweest dat de DGA in een zodanige financiële positie verkeerde dat de verstrekte lening niet zou kunnen worden terugbetaald. In dat geval is niet naar schijn een lening overeengekomen, maar is een bodemloze-put financiering tot stand gekomen en hebben de middelen het vermogen van de vennootschap definitief verlaten.⁴

In beide situaties wordt vastgesteld dat de lening is verstrekt om de DGA in de hoedanigheid van aandeelhouder te bevoordelen en dus middelen aan het vermogen van de vennootschap zijn onttrokken. De lening wordt aangemerkt als dividend en hierdoor is het oogmerk om box 2 heffing uit te stellen door het aangaan van de lening niet uitvoerbaar. De lening zou in plaats van dividend ook als loon kunnen kwalificeren wanneer de DGA geen arbeidsbeloning heeft ontvangen en derhalve geen gebruikelijk loon is uitgekeerd.⁵ Het is dus mogelijk om de lening van de vennootschap te bestempelen als winstuitdeling, mits dit door de inspecteur aannemelijk wordt gemaakt.

Uit het aanzienlijke en in de afgelopen jaren sterk gestegen totaalbedrag aan schulden dat is aangegaan bij de eigen vennootschap is op te maken dat het aangaan van een lening door de DGA in trek is. Volgens de meest recente cijfers uit 2017 bedroeg de totale schuld € 55 miljard. Tien jaar eerder omvatte de totale schuld een beduidend lager bedrag van € 20 miljard.⁶ In 2016 betrof het 216.000 van 355.000 aanmerkelijkbelanghuishoudens waaraan door de eigen vennootschap een lening was verstrekt. Door de Commissie van Dijkhuizen werd in 2013 al voorgesteld om het uitstel van de heffing dat op deze wijze ontstaat te beperken.⁷ In 2015 verscheen een methode waardoor het afboeken van de lening aan de DGA vanuit de vennootschap mogelijk zou zijn wanneer de maximale navorderingstermijn van de inspecteur is verstreken.⁸ Dividend zou dan niet hoeven worden uitgekeerd voor de aflossing en hierdoor zou het belastinguitstel zich omzetten in belastingafstel.

Het lijkt of de aandacht omtrent de leningen van de DGA bij de eigen vennootschap de wetgever heeft wakker geschud, want in 2018 is in de aanbiedingsbrief bij het pakket Belastingplan 2019 een maatregel aangekondigd om het lenen van meer dan € 500.000 bij de eigen vennootschap te ontmoedigen door een surplus boven dit maximum als dividend te behandelen.⁹ Een belangrijk element van deze maatregel is dat geen bewijslast voor de inspecteur bestaat, waardoor ieder surplus boven het maximumbedrag op dezelfde wijze wordt behandeld. De huidige mogelijkheden voor de

¹ HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.

² HR 25 oktober 1978, nr. 18 967, *BNB* 1978/311.

³ Hof Amsterdam 29 maart 1993, nr. 92/1196, *FED* 1993/388; Hof Amsterdam 23 november 1994, *V-N* 1995, p. 900.

⁴ HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, *BNB* 2005/64.

⁵ HR 15 mei 2020, nr. 19/05492, *V-N* 2020/26.29.1.

⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, onderdeel 1, p. 2.

⁷ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 53.

⁸ Meijer, *WFR* 2015/918; 'Business Class', *Business Class* RTL 7, 20 december 2015.

⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 026, nr. 6, onderdeel 2.2, p.3.

fiscus om een lening aan de DGA als dividend te bestempelen, worden immers als arbeidsintensieve discussie beschouwd door de bewijslast die bij de fiscus ligt.¹⁰ De wetgever kwam echter op zeer korte termijn al met een versoepeling van de aangekondigde maatregel door de eigenwoningschulden van de DGA uit te zonderen.¹¹ Hierop volgend heeft de wetgever een concept van het wetsvoorstel om belastinguitstel en belastingafstel door het excessief lenen bij de eigen vennootschap te voorkomen, ter consultatie aangeboden.¹²

Vanuit de praktijk en de fiscale literatuur is stevige kritiek geuit op de maatregel. Zo zou de beoogde maatregel zorgen voor een meervoudige heffing, heffing bij een ander dan degene die het inkomen daadwerkelijk geniet en zou het concept wetsvoorstel tekortschieten in een overgangsregeling.¹³ Ook de Raad van State uitte kritiek op het concept wetsvoorstel door het zetten van vraagtekens bij de doeltreffendheid en noodzaak van het wetsvoorstel.¹⁴ Net als volgens Heithuis bestond de kritiek van de RvS onder andere uit het ontbreken van een overgangsregeling. Hierop is de wetgever ingegaan door de ingangsdatum van de wet met een jaar uit te stellen naar 1 januari 2023.¹⁵ Het wetsvoorstel is aan de hand van verschillende kritiekpunten aangepast en vervolgens definitief ingediend bij de Tweede Kamer op 17 juni 2020.¹⁶ Na het indienen van het wetsvoorstel is commentaar geleverd op zaken waar door de wetgever geen gehoor aan gegeven zou zijn. De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB spreekt bijvoorbeeld ondanks het toevoegen van een negatief fictief regulier voordeel, nog steeds van een mogelijke meervoudige heffing indien de mogelijkheid tot verrekening verloopt.¹⁷ Daarnaast wordt door de commissie en volgens Boer en Heithuis gesteld dat de maatregel een gering budgettair effect zal hebben voor de overheid.¹⁸

1.2 Probleemstelling

Zoals in de introductie is beschreven, bestaat veel kritiek op het wetsvoorstel dat beoogt de DGA te ontmoedigen om bij de eigen vennootschap een lening aan te gaan.¹⁹ Ook na het doorvoeren van de aanpassingen aan het conceptwetsvoorstel is niet op alle kritiekpunten geanticipeerd.²⁰ Zo is het voor de DGA ondanks de aanpassing van het wetsvoorstel nog steeds mogelijk om te maken te krijgen met een meervoudige heffing, kan geheven worden over een box 2 inkomen zonder een werkelijk genoten inkomen, wordt geheven van de DGA wanneer een ander over de verstrekte middelen beschikt en wordt de wet met onbeperkt terugwerkende kracht ingevoerd.²¹ De regeling zal naast de huidige methodes beschikbaar worden voor de fiscus om een lening als dividend aan te merken. Agevraagd zou kunnen worden of het wetsvoorstel naast het bestaande wettelijk kader het gewenste resultaat zal bereiken, namelijk het voorkomen van belastinguitstel en belastingafstel. Deze probleemstelling leidt tot de volgende hypothese die zal worden onderzocht in deze scriptie:

Het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap is een geschikte aanvulling op het huidige wettelijk kader om belastinguitstel en belastingafstel te voorkomen.

¹⁰ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 5.1, p. 6.

¹¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 000, nr. 72, onderdeel 8, p. 3-4.

¹² Concept-MvT, internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen 4 maart 2019.

¹³ Heithuis, *NTFR 2019/1020*.

¹⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 4.

¹⁵ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.6, p. 13.

¹⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 2.

¹⁷ NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

¹⁸ Boer & Heithuis, *WFR 2020/170*.

¹⁹ Auerbach & Peters, *FTV 2019/3-10*; Boer, *WFR 2019/70*; Heithuis, *NTFR 2019/1020*.

²⁰ Boer, *WFR 2020/119*; Boer & Heithuis, *WFR 2020/170*; Jansen & Sturme, *FTV 2021/1-3*.

²¹ Heithuis, *WFR 2020/13*; NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Een wet hoort te voldoen aan de kwaliteitseisen van behoorlijke fiscale wetgeving.²² Om de in deze scriptie centraal staande hypothese te onderzoeken wordt het wetsvoorstel getoetst aan de kwaliteitseisen doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid voor zowel de Belastingdienst als de belastingplichtige. Om de hypothese te kunnen verwerpen dan wel bevestigen, zullen in afzonderlijke hoofdstukken drie deelvragen worden uitgewerkt.

De liquide middelen van de bv kunnen op verschillende manieren haar DGA bereiken. Door deze manieren te onderzoeken, wordt de motivatie van de keuze om te lenen bij de eigen vennootschap ten opzichte van de andere mogelijkheden evident. Daarnaast is het van belang om de huidige opties van de fiscus te onderzoeken om een lening als dividend te kunnen bestempelen. In hoofdstuk 2 wordt daarom de volgende deelvraag beantwoord:

Welke mogelijkheden zijn er om de liquide middelen van de bv haar DGA te laten bereiken?

Vervolgens wordt na het onderkennen van de beweegredenen van de DGA om te lenen bij de eigen vennootschap het wetsvoorstel dat dit in de toekomst tracht tegen te gaan inhoudelijk besproken en getoetst aan een toetsingskader. Binnen dit kader wordt getoetst aan de doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid. Dit vindt in hoofdstuk 3 plaats. De deelvraag die in hoofdstuk 3 wordt besproken, luidt dan ook als volgt:

Hoe werkt het wetsvoorstel inhoudelijk uit en op welke wijze verhoudt het zich tot het toetsingskader?

Na de vorige deelvragen beantwoord te hebben, kan worden aangevangen met hoofdstuk 4, waarin alternatieven op het wetsvoorstel worden besproken. Ook de alternatieven worden getoetst aan het toetsingskader waar het wetsvoorstel aan is onderworpen. De deelvraag van hoofdstuk 4 luidt:

Welke mogelijke alternatieven zijn er voor het wetsvoorstel?

Na het beantwoorden van de laatste deelvraag beschikken we naar verwachting over voldoende gegevens om de hypothese te verwerpen dan wel te bevestigen. Duidelijk wordt dan of het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap een geschikte toevoeging is aan de huidige instrumenten van de fiscus om belastinguitstel en belastingafstel te voorkomen.

1.3 Afbakening

In internationaal verband heeft de beoogde maatregel omstrepen en niet al te eenvoudige gevolgen. Zo ontvangt de buitenlands belastingplichtige wanneer de excessieve lening wordt afgelost geen negatief fictief regulier voordeel, terwijl de binnenlands belastingplichtige dit voordeel wel geniet.²³ Potentieel zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht. Daarnaast is het de vraag of Nederland door de werking van bestaande belastingverdragen de heffingsbevoegdheid krijgt toegewezen om ook daadwerkelijk een fictief in aanmerking genomen dividend te belasten. Mogelijk zou hier dan ook verdragsproblematiek uit kunnen voortvloeien.

Op bovenstaande grensoverschrijdende gevolgen van het wetsvoorstel zal in deze scriptie niet worden ingegaan om de toetsing en de alternatieven voor het wetsvoorstel meer ruimte te bieden. Ook wordt het wetsvoorstel besproken en getoetst zoals dit is ingediend op 17 juni 2020 en niet het concept wetsvoorstel dat ten opzichte van het definitieve wetsvoorstel aanzienlijk verschilt, in bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het in aanmerking nemen van een negatief fictief regulier voordeel door de belastingplichtige.²⁴

²² Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, onderdeel 2.2, blz. 23.

²³ Boer & Heithuis, *WFR* 2020/175.

²⁴ Concept-MVT, Internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen 4 maart 2019.

Hoofdstuk 2 Trajecten van liquiditeiten uit de vennootschap naar de DGA

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de mogelijke manieren besproken waarop liquide middelen uit de vennootschap kunnen worden gehaald door de DGA. Door de verschillende hoedanigheden van de DGA bestaan namelijk meerdere opties om de middelen, doorgaans verkregen door de gegeneerde winst, de DGA persoonlijk te laten bereiken. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de rol van de DGA als werknemer en de rol als aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in de vennootschap. Door de verschillende hoedanigheden van de DGA en een vaak beslissende invloed op de vennootschap, is het voor hem in beginsel mogelijk om te kiezen voor de fiscaal meest gunstige manier om over de middelen van de vennootschap te beschikken. Het keuzepallet bestaat uit het laten uitkeren van dividend door de vennootschap of het laten uitkeren van loon. Naast deze opties bestaat ook de mogelijkheid om een lening te verstrekken aan de DGA. De laatste optie verschilt van de andere mogelijkheden, doordat bij het verstrekken van een lening het vermogen van de vennootschap en de DGA ongewijzigd blijft. Slechts de liquide middelen gaan over op de DGA, waardoor zonder heffing van inkomstenbelasting over de liquide middelen van de vennootschap kan worden beschikt. Om de DGA toch effectief te kunnen belasten zijn door de wetgever aan de mogelijke keuzes ook beperkingen aangebracht zoals in de situatie van het uitkeren van een gering bedrag aan salaris door de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 en de mogelijkheid van de fiscus om een lening aan de DGA als winstuitdeling te bestempelen op grond van de jurisprudentie. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt eerst het begrip aanmerkelijkbelanghouder uiteengezet. Vervolgens worden de verschillende trajecten van de liquiditeiten uit de vennootschap naar de DGA besproken en wordt hierbij het lenen van de eigen vennootschap verder uitgewerkt aan de hand van de jurisprudentie.

2.2 Definitie aanmerkelijkbelanghouder

Van een aanmerkelijkbelanghouder kan door artikel 4.6 Wet IB 2001 worden gesproken wanneer al dan niet tezamen met de partner, een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een vennootschap. Een aanmerkelijk belang is een belang van een arbitrair percentage van vijf procent van het geplaatste kapitaal in een vennootschap. Dit belang mag ook indirect worden gehouden door de persoon, al dan niet tezamen met zijn partner. Het percentage wordt door de wetgever gezien als een dermate groot belang waardoor een zodanige betrokkenheid bij de onderneming mag worden verondersteld dat hierdoor het houden van het belang als een samenstelling van ondernemen en beleggen wordt gezien.²⁵ Destijds is aangesloten door de wetgever bij vijf procent vanwege de overeenkomstige bepaling in de Wet VPB 1969 die het onderscheid tussen beleggen en ondernemen aanduidt voor de toegang tot de deelnemingsvrijstelling, zoals beschreven in artikel 13 van die wet.²⁶

2.2.1 Inkomen uit aanmerkelijk belang

In box 2 wordt geheven over de samenstelling van inkomensbestanddelen uit het aanmerkelijk belang zoals dat is bepaald in artikel 4.12 van de Wet IB 2001. Deze samenstelling bestaat uit de reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen die worden genoten door de aanmerkelijkbelanghouder. Onder de reguliere voordelen vallen de voordelen die worden verkregen uit de gehouden aandelen of winstbewijzen, verminderd met de daarop betrekking hebbende aftrekbare kosten. Veelal gaat het dan om dividend dat wordt uitgekeerd door de vennootschap, maar ook om dividend in verkapte vorm. Dit is het geval als bijvoorbeeld tegen een te lage prijs een activum wordt overgedragen of tegen een onzakelijk lage rente een lening aan de aandeelhouder wordt verstrekt.²⁷ Ook kan in beginsel sprake zijn van een dividenduitkering en dus een regulier voordeel dat toekomt aan de ab-houder, wanneer gestort kapitaal in de vennootschap wordt teruggeven aan de aandeelhouder.²⁸

²⁵ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2019, p. 509.

²⁶ MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, onderdeel 1, p. 4.

²⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 februari 1997 (*Stb.* 2000, 216).

²⁸ HR 12 september 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BA6417, *BNB* 2009/13, m.nt. E.J.W. Heithuis.

Het tweede deel van de samenstelling dat het inkomen uit aanmerkelijk belang vormt, zijn de vervreemdingsvoordelen. Het gaat dan om de genoten voordelen die ontstaan bij de vervreemding van de aandelen of winstbewijzen die behoren tot het aanmerkelijk belang. Vervreemding vindt plaats bij verkoop of schenking van het belang. Daarnaast kan een fictieve vervreemding zich voordoen in de situaties die worden beschreven in artikel 4.16 van de Wet IB 2001. Het voordeel dat als grondslag dient voor de heffing bestaat uit de overdrachtprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. Dit kan dus ook een negatief voordeel betreffen, waardoor na saldering met eventuele positieve reguliere voordelen uit hetzelfde jaar een verlies uit aanmerkelijk belang kan ontstaan op grond van artikel 4.47 van de Wet IB 2001.

2.2.2 Hoedanigheden van de DGA

De DGA heeft twee hoedanigheden, namelijk die van de aandeelhouder in de vorm van aanmerkelijkbelanghouder, maar ook die van de werknemer door de werkzaamheid bij dezelfde vennootschap. Door deze verschillende hoedanigheden grenst de DGA aan twee andere soorten belastingplichtigen. Dit zijn de particuliere belegger en de IB-ondernemer.²⁹ De grootte van het belang in een vennootschap vormt het verschil tussen het kwalificeren als particuliere belegger of als ab-houder en daarmee dus het betrekken van de inkomsten in box 3 dan wel in box 2. Ook grenst de DGA aan de IB-ondernemer, wiens inkomen wordt betrokken in box 1 van de Wet IB 2001. In box 1 is zoals gesteld in afdeling 2.3 van de Wet IB 2001 echter een hoger percentage aan belasting verschuldigd door het progressieve tarief in vergelijking met het proportionele tarief dat in box 2 door de DGA verschuldigd is. Hierbij moet rekening worden gehouden met de heffing die reeds door de vennootschap over de winst is verschuldigd. Ook kan de IB-ondernemer in tegenstelling tot de DGA aanspraak maken op de verschillende ondernemingsfaciliteiten.³⁰

Naast het verschil in de tarieven is tussen de DGA aan de ene kant en de IB-ondernemer en particuliere belegger aan de andere kant het onderscheid aanwezig met betrekking tot het al dan niet kunnen uitstellen van de belastingheffing. De DGA wordt namelijk niet als één identiteit gezien samen met zijn vennootschap, ook niet in het geval dat door hem alle aandelen in de vennootschap worden gehouden: juridisch- en fiscaalrechtelijk zijn dit twee verschillende personen.³¹ Door deze splitsing tussen de rechtspersoon en de natuurlijk persoon wordt bij beide subjecten apart geheven, ondanks de onderlinge verwevenheid. Hierdoor ontstaat de mogelijkheid om de door de vennootschap gegenereerde winst waar vennootschapsbelasting over is geheven, in te houden en op een ander tijdstip dat naar wens kan worden bepaald, uit te keren aan de DGA. Voor de DGA doet zich dan de gelegenheid voor om heffing bij hem als natuurlijk persoon uit te stellen naar een moment dat beter zou schikken. Het naar wens indelen van een tweede heffingsmoment waardoor feitelijk pas later wordt geheven van de natuurlijk persoon is voor de IB-ondernemer geen mogelijkheid. Ook de particuliere belegger heeft deze optie niet, door artikel 5.2 van de Wet IB 2001 wordt namelijk ieder jaar over een forfaitair rendement geheven.

2.3 Trajecten van liquiditeiten naar de DGA

De middelen van de vennootschap kunnen haar DGA bereiken op verschillende wijzen, zoals het door de DGA genieten van voordelen uit het aanmerkelijk belang als ab-houder, overeenkomstig met wat bovenstaand is besproken. Naast het overgaan van de middelen naar de DGA in de vorm van een dividenduitkering, zijn ook alternatieve methoden beschikbaar en soms zelfs verplicht. In dit onderdeel wordt de fiscale behandeling van de mogelijkheden om middelen uit de vennootschap over te laten gaan op de DGA onderzocht.

²⁹ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 11.

³⁰ HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9678, V-N 2007/14.13.

³¹ Rijkers, *FTV* 2019/5-20, p. 13.

2.3.1 Dividend

De DGA wordt gekenmerkt door het aanmerkelijk belang dat hij houdt en het aanmerkelijk belang wordt op zijn beurt gekarakteriseerd door de hieruit voortvloeiende uitkeringen van de winst van de vennootschap. Over die uitkeringen zal door de DGA inkomstenbelasting verschuldigd zijn. Het voordeel van de dividenduitkering is dat indien de DGA een zodanige invloed heeft op de besluitvorming van de vennootschap, de keuze gemaakt kan worden om dividend pas uit te keren wanneer dit benodigd is door de DGA.³² Daarnaast kunnen fiscale motieven een rol spelen bij de keuze wanneer dividend wordt uitgekeerd door bijvoorbeeld een tijdelijke verlaging van het tarief in box 2. Aan het uitkeren van dividend is echter ook een fiscale keerzijde verbonden. Zo moet door artikel 7 van de Wet DB 1965 een aangifte dividendbelasting worden gedaan waardoor de vennootschap namens de DGA dividendbelasting moet afdragen. Deze dividendbelasting is, uitgaand van een volledig binnenlandse situatie, volgens artikel 9.2 van de Wet IB 2001 verrekenbaar met de verschuldigde inkomstenbelasting door de DGA. Eveneens zijn civielrechtelijke minpunten gekoppeld aan het uitkeren van dividend. Ingevolge lid 1 van artikel 2:216 BW dient namelijk te worden voldaan aan de balanstest, welke inhoudt dat alleen dividend mag worden uitgekeerd voor zover het eigen vermogen van de vennootschap haar wettelijke en statutaire reserves overtreft. Ook is vereist dat wordt voldaan aan de uitkeringstoets in lid 2 van hetzelfde artikel. Deze toets houdt in dat het bestuur moet nagaan of de dividenduitkering niet de aflossing van opeisbare schulden aan de crediteuren van de vennootschap in gevaar brengt. Bij het niet voldoen aan de uitkeringstoets en het toch uitkeren van dividend, kunnen door lid 3 van het artikel de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het gevormde tekort. Van de aandeelhouders kan in die situatie het uitgekeerde bedrag aan dividend worden teruggevorderd door de vennootschap.

2.3.2 Loon

In de meeste situaties is de DGA betrokken bij de bedrijfsvoering van zijn vennootschap en levert de DGA in zijn hoedanigheid als werknemer arbeid voor de vennootschap waar hij een aanmerkelijk belang in houdt. Een werknemer wordt een arbeidsbeloning toegekend in de vorm van loon. Het loon is op grond van onderdeel g van het eerste lid van artikel 10 Wet VPB 1969 aftrekbaar van de winst van de betreffende vennootschap indien dit loon aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing is onderworpen. Door artikel 3.1 van de Wet IB 2001 wordt vervolgens de arbeidsbeloning bij de werknemer belast in box 1. Deze box wordt gekenmerkt door een progressief tarief aan inkomstenbelasting dat verschuldigd is over de heffingsgrondslag met een maximum van 49,5% in 2021. Door het relatief hoge tarief in vergelijking met het proportionele tarief in 2021 van 26,9% dat in box 2 over de dividenduitkering wordt geheven, ontstaat een stimulans om het hoogbelaste arbeidsinkomen te transformeren naar een laagbelast aanmerkelijkbelanginkomen.

Door de wetgever werd het als onwenselijk ervaren dat de DGA door het genieten van geen of een geringe arbeidsbeloning kon profiteren van het relatief grote verschil in tariefpercentages. Ook zou in dat geval niet of minimaal door de DGA worden bijgedragen aan de financiering van de uitkeringen ingevolge de volksverzekeringen. Daarom is door de wetgever de gebruikelijkloonregeling ingevoerd.³³ Deze regeling is verankerd in art. 12a van de Wet LB 1964. De regeling houdt in dat de ab-houder een loon moet genieten van € 47.000 in 2021, of het hoogste bedrag tussen 75% van een vergelijkbare dienstbetrekking en het hoogste loon van de andere werknemers van de vennootschap of hiermee verbonden vennootschappen, indien het hoogste bedrag de € 47.000 overtreft. De bewijslast ligt bij de inspecteur om een hoger loon dan het normbedrag dat in artikel 12a wordt genoemd als gebruikelijk loon te kunnen aanmerken.³⁴ Eventueel kan door de inhoudingsplichtige vennootschap waar de DGA werkzaam is, ook het standpunt worden ingenomen dat het gebruikelijk loon lager moet zijn dan het minimale norm bedrag van € 47.000. In dat geval rust de bewijslast op de

³² MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, onderdeel 1, p. 5.

³³ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 761, nr. B, p. 11.

³⁴ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH0546, r.o. 4.13, *BNB* 2009/312, m.nt. P. Kavelaars.

inhoudingsplichtige.³⁵ Van een lager gebruikelijk loon kan sprake zijn wanneer de ab-houder een deeltijdfunctie uitoefent, de vennootschap al jarenlang verliesgevend is, de arbeidsverhouding slechts een deel van het jaar heeft bestaan, of wanneer slechts vermogensbeheer in de vennootschap plaatsvindt.³⁶ Een lager loon mag door de vrije bewijsleer op verschillende manieren worden aangetoond.³⁷ Het loon zal dus minimaal het normbedrag moeten bedragen of een hoger alternatief zoals besproken, rekening houdend met de uitzondering die zich onder de genoemde omstandigheden kan voordoen waardoor toch een lager gebruikelijk loon in aanmerking wordt genomen.

Wanneer aan de ab-houder in vergelijking met de bovenstaande uitkomst van het gebruikelijk loon een te laag salaris wordt uitgekeerd, zal het verschil als fictief loon alsnog in aanmerking worden genomen in box 1 van de inkomstenbelasting. Het fictief loon vormt een informele kapitaalstorting waardoor de verkrijgingsprijs van de aandelen van de ab-houder wordt verhoogd.³⁸ Ondanks het uitkeren van een lager loon dan het vastgestelde gebruikelijk loon, mag door artikel 10 van de Wet VPB 1969 alsnog het fictief loon in aftrek worden gebracht op de winst van de vennootschap wanneer dit loon als inkomen van de ab-houder aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke belasting is onderworpen.³⁹ De wetgever heeft met de gebruikelijkloonregeling dus bewerkstelligd dat de mogelijkheid voor de DGA wordt beperkt om door het vaststellen van geen of een geringe arbeidsbeloning de verschuldigde inkomstenbelasting in box 1 te reduceren.

2.3.3 Lening

Naast het uitkeren van dividend en loon door de vennootschap kunnen middelen ook op de DGA overgaan door het verstrekken van een lening vanuit de vennootschap. In deze omstandigheid wordt dus geen vermogen uit de vennootschap gehaald zoals wel het geval is in de eerder besproken trajecten, maar gaan alleen liquide middelen over van de vennootschap op de DGA. Dit kan in de vorm van een geldlening met of zonder een onderpand waar een overeenkomst tussen de DGA en de vennootschap aan ten grondslag ligt, maar ook als rekeningcourantkrediet. Het rekeningcourantkrediet bestaat, zoals is bepaald in het eerste lid van artikel 6:140 BW, uit een rekening waar alle onderlinge vorderingen en schulden worden gesaldeerd en alleen het saldo verschuldigd is door de schuldenaar. Het krediet ontstaat net als de reguliere geldlening door een overeenkomst, echter kan de overeenkomst van het rekeningcourantkrediet ook stilzwijgend zijn.⁴⁰ In beide situaties ontstaat een debetstand aan de kant van de vennootschap door het verstrekken van het krediet aan de DGA. Door de onderlinge overeenkomst zou uiteraard het oogmerk moeten zijn dat het krediet wordt afgelost.

Het voordeel voor de DGA dat ontstaat bij het aangaan van een lening bij de vennootschap, ten opzichte van het uitkeren van loon of dividend, is dat de heffing van inkomstenbelasting wordt uitgesteld. Op het moment van het aangaan van de schuldverhouding ontstaat namelijk geen belaste handeling, het enige gevolg voor de inkomstenbelasting is dat de schuld volgens artikel 5.3 van de Wet IB 2001 in aanmerking wordt genomen in box 3 waardoor de rendementsgrondslag wordt verminderd. Heffing binnen de inkomstenbelasting, zoals die wel verschuldigd is in het geval van een dividenduitkering, vindt pas plaats bij de DGA wanneer daadwerkelijk dividend of loon wordt uitgekeerd om de schuld af te lossen. Het op deze manier uitstellen van de heffing is een omstreden

³⁵ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH0546, r.o. 4.13, *BNB* 2009/312.

³⁶ HR 10 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7206, *BNB* 2005/269; HR 6 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7072, *BNB* 2002/348; Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BP3536, *V-N* 2011/11.2.2; Hof Arnhem 15 december 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA9516, *V-N* 2001/19.24.

³⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 758, nr. 9, onderdeel 3, p. 6-7.

³⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, (*Stcrt.* 2018, 15751).

³⁹ Meussen, *FED* 1997/870.

⁴⁰ Brandsma 2004, p. 23.

onderwerp wat heeft gezorgd voor de nodige jurisprudentie waardoor het voor de fiscus mogelijk is geworden in bepaalde situaties de lening als winstuitdeling aan te merken.

2.3.3.1 Herkwalificatie van de lening

In principe kwalificeert een civielrechtelijke lening zoals die is vastgelegd in het eerste lid van artikel 7:129 BW, ook als fiscaalrechtelijke lening. Dit is bepaald in het Unileverarrest. Op de hoofdregel zijn door hetzelfde arrest echter meerdere uitzonderingen aangebracht die zorgen voor een afwijking van de civielrechtelijke behandeling als vreemd vermogen in het geval dat een lening door een moedervennootschap aan haar dochter wordt verstrekt. Deze uitzonderingen worden aangeduid als de deelnemerschapslening, de bodemlozeputlening en de schijnlening. De deelnemerschapslening is in deze scriptie niet relevant, omdat deze variant specifiek betrekking heeft op een schuldeiser die een belang houdt in de onderneming van de schuldenaar. Hier is geen sprake van wanneer een lening aan de DGA wordt verstrekt door de vennootschap. Van een schijnlening kan volgens het Unileverarrest worden gesproken wanneer naar schijn sprake is van een lening, terwijl de betreffende partijen in werkelijkheid een kapitaalverstrekking tot stand willen brengen. De bodemlozeputlening ontstaat wanneer door een aandeelhouder een lening onder dusdanige omstandigheden is verstrekt aan de vennootschap, dat hem ten tijde van de verstrekking duidelijk moet zijn geweest dat de lening geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald.

Belangrijk om te stellen is dat het Unileverarrest ziet op verstrekte leningen tussen een moeder- en dochtervennootschap en dus relevant is voor de gevolgen binnen de vennootschapsbelasting. Door dit arrest kan dan ook nog niet worden gesproken van de genoemde fiscaalrechtelijke afwijkingen van vreemd vermogen tussen de DGA en zijn vennootschap. Pas later is door de Hoge Raad bevestigd dat een bodemlozeputlening of een schijnlening ook kan bestaan bij een lening verstrekt aan de aandeelhouder en dus ook gevolgen binnen de inkomstenbelasting kunnen voortvloeien uit het verstrekken van een dergelijke lening.⁴¹ Hiervoor zijn echter andere criteria van belang dan die binnen het Unileverarrest gelden.

Wanneer de inspecteur wil aantonen dat een schijnlening is verstrekt door de vennootschap aan de DGA, zal hij aannemelijk moeten maken dat de DGA niet van plan is om de lening ooit af te lossen. In die situatie zal civielrechtelijk een lening zijn aangegaan, maar werd door de DGA beoogd eigenlijk een kapitaalverstrekking vanuit de vennootschap tot stand te brengen. Door de feitelijke rechtspraak is gaandeweg duidelijk geworden welke aspecten nodig zijn om dit aannemelijk te maken. Zo was het niet hebben van een aflossingsschema, een ongebruikelijk lage rente en het meer uitgeven dan de DGA als inkomen genoot, voldoende om een schijnlening te constateren. Wanneer de DGA slechts over voldoende inkomen beschikt door toekomstige dividenduitkeringen op de aandelen, dan is dit niet voldoende om het argument van de inspecteur te verwerpen.⁴² Daarnaast is niet belangrijk of de overeenkomst van de schuld schriftelijk is vastgelegd.⁴³ Wel van belang is of de aandeelhouder zekerheden gesteld heeft aan de vennootschap.⁴⁴ Aannemelijk moet worden gemaakt door de inspecteur of aan deze criteria wordt voldaan en dus een dividenduitkering aan de DGA kan worden geconstateerd.⁴⁵ De relatief omvangrijke bewijslast om een lening als verkapte winstuitdeling aan te merken ligt dus bij de fiscus. Nog lastiger voor de inspecteur is dat de DGA door de vrije bewijsleer verschillende gronden kan inbrengen om het standpunt van de inspecteur te ontkrachten.

⁴¹ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, r.o. 4.2-4.4, *BNB* 1988/217; HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, r.o. 5.7, *BNB* 2005/64; HR 11 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2443, r.o. 5.1, *BNB* 1998/98.

⁴² P.H.J. Essers, annotatie bij HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64.

⁴³ HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, *BNB* 1964/196.

⁴⁴ Hof Amsterdam 23 november 1994, *V-N* 1995, p. 900.

⁴⁵ HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, r.o. 5.8, *BNB* 2005/64.

Naast het inkomen van de DGA moet ook zijn vermogenspositie worden gezien om aannemelijk te maken dat de DGA geen voornemens heeft om de schuld aan de vennootschap af te lossen.⁴⁶ Die positie moet worden beschouwd behoudens de waarde van de aandelen die de DGA in de betreffende vennootschap houdt.⁴⁷ Zoals beschreven is het argument dat in de toekomst dividend zal worden uitgekeerd ter aflossing van de lening niet toereikend om de stelling van de inspecteur te verwerpen. Ook een toekomstige verkoop van de aandelen of een terugbetaling van het kapitaal van de vennootschap aan de DGA, zullen ondanks de toekomstige vermeerdering van de middelen van de DGA niet de stellingname van de inspecteur veranderen.⁴⁸ Tegenstrijdig zijn twee zaken waarin de aandelen van de DGA wel werden meegenomen bij het bepalen van zijn vermogenspositie.⁴⁹ Rekening houdend met deze rechtspraak kan gesteld worden dat de aandelen niet worden meegenomen bij het bepalen van de vermogenspositie van de DGA voor zover die staan tegenover de nominale waarde van de schuld. Zo kan de waarde van de aandelen alsnog worden meegenomen voor zover die ziet op bijvoorbeeld de uitkeerbare winstreserves.

In 2015 is een artikel gepubliceerd waarin werd geopperd om een lening aan de DGA zonder heffing van inkomstenbelasting weg te strepen, waardoor belastingafstel zich zou voordoen.⁵⁰ Zoals bovenstaand beschreven is sprake van een dividenduitkering wanneer duidelijk is dat de DGA de lening aan haar vennootschap niet meer zal terugbetalen. In het jaar dat de reguliere voordelen ter beschikking worden gesteld, zoals het geval is wanneer een lening aan de DGA wordt verstrekt, kan door artikel 4.43 van de Wet IB 2001 een dividenduitkering worden geconstateerd. Hierdoor komt volgens de auteur op grond van een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage een dividenduitkering al toe aan de DGA op het moment dat de lening wordt verstrekt.⁵¹ In deze zaak werd om die reden alleen de toename van het rekening courantkrediet in betreffend jaar als dividenduitkering aangemerkt en niet de eerdere toenames. De eerdere toenames van de schuld kunnen dan slechts in de heffing worden betrokken door middel van navordering binnen de navorderingstermijn van vijf jaren als voldaan is aan de feitelijke eisen van de verkapte dividenduitkering zoals bovenstaand is besproken. Voor navordering is echter een nieuw feit nodig op grond van artikel 16 AWR en daar is volgens de auteur normaal gesproken geen sprake van, omdat de schuldposities in eerdere jaren al zijn opgenomen in de aangiften inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Een andere mogelijkheid tot navordering door de inspecteur doet zich voor wanneer de belastingplichtige een voor hem kenbare fout heeft gemaakt waardoor de belastingaanslag te laag is vastgesteld, zoals bepaald in onderdeel c van het tweede lid van artikel 16. Het verkrijgen van het inzicht dat het bedrag van de lening is onttrokken aan de vennootschap zou volgens de auteur geen fout vormen. Wel kan volgens Herreveld worden nagevorderd indien de belastingplichtige of diens adviseur ter kwade trouw is.⁵² Volgens Van Brummen en Tydeman-Yousef is van een navorderingslek in zijn geheel geen sprake en kan de methode slechts in uitzonderlijke situaties toepassing vinden.⁵³ Ook de staatssecretaris noemt de methode foutief en gevaarlijk.⁵⁴ Het lijkt dan ook niet reëel dat de lening aan de DGA daadwerkelijk belastingvrij kan worden 'weggestreept'.

2.3.3.2 Vaststellingsovereenkomst

Om onzekerheid weg te nemen voor zowel de inspecteur als de belastingplichtige kan tussen beiden een vaststellingsovereenkomst worden aangegaan waarin wordt afgesproken om te voldoen aan een

⁴⁶ HR 25 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2827, *BNB* 1978/311.

⁴⁷ HR 29 maart 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AW4028, *FED* 1993/388.

⁴⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, r.o. 4.4, *V-N* 2015/25.19.24.

⁴⁹ Hof 's-Gravenhage 24 september 1979, *V-N* 1981, p. 1645; Hof Amsterdam 26 september 1997, *V-N* 1998, p. 1332.

⁵⁰ Meijer, *WFR* 2015/918.

⁵¹ Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:4553.

⁵² Herreveld, *Het Register: vakblad van het Register van belastingadviseurs* 2016, afl. 2, p. 8-11.

⁵³ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59.

⁵⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 februari 2017, nr. 2017-0000023352.

toekomstige aflossing van de lening. Wanneer aan de aflossing niet wordt voldaan, kan door de inspecteur op grond van de vaststellingsovereenkomst een winstuitdeling worden geconstateerd.⁵⁵ De inspecteur is in dit geval wel gebonden aan het jaarlijks controleren of is voldaan aan de gemaakte afspraak met de belastingplichtige. Anders kan het deel dat in het betreffende jaar afgelost had moeten worden alsnog niet als winstuitdeling worden aangemerkt.⁵⁶

2.3.3.3 Onzakelijke lening

Naast de hiervoor besproken herkwalficatie van een door de vennootschap verstrekte lening aan haar DGA, kan ook sprake zijn van een onzakelijke lening. De onzakelijkheid van een lening moet afzonderlijk worden gezien van de eventuele herkwalficatie naar eigen vermogen. Een lening kan door de inspecteur als onzakelijk worden beschouwd wanneer door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat door een onafhankelijke derde niet zou zijn genomen.⁵⁷ Een afwaarderingsverlies mag door de vennootschap dan niet in aftrek worden gebracht, omdat de vennootschap het debiteurenrisico aanvaardt met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen.⁵⁸ Wanneer de lening als onzakelijk wordt gezien, bestaat wel de mogelijkheid deze te verzakelijken door een hoger, niet van de winst afhankelijk rentepercentage overeen te komen waartegen de onafhankelijke derde de lening ook verstrekt zou hebben.⁵⁹ Als de rente niet te verzakelijken is, blijft de lening een onzakelijke lening en is een afwaarderingsverlies dus niet aftrekbaar. Een essentieel verschil met de herkwalficatie van vreemd vermogen is dat de onzakelijke lening zowel civiel- als fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen. Geen sprake is dus van een winstuitdeling wanneer een onzakelijke lening door de inspecteur wordt geconstateerd. Een uitzondering zou zich kunnen voordoen wanneer de lening aan de DGA wordt kwijtgescholden.⁶⁰

2.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn de trajecten van het verschuiven van liquiditeiten uit de vennootschap naar haar DGA besproken. Eerst is behandeld wanneer een natuurlijk persoon kwalificeert als aanmerkelijkbelanghouder. Dit is het geval wanneer minimaal vijf procent, al dan niet tezamen met zijn partner, van het geplaatst aandelenkapitaal wordt gehouden in een vennootschap. De ab-houder wordt als DGA aangeduid als hij tevens werkzaam is voor de betreffende vennootschap. Het inkomen dat de DGA geniet, wordt op verschillende wijzen behandeld. De (fictieve) arbeidsbeloning wordt betrokken in de heffing in box 1 van de Wet IB 2001 en in de hoedanigheid van aandeelhouder worden zowel de reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen die voortkomen uit het belang in de vennootschap belast in box 2 van de Wet IB 2001.

Geheel vrij om de arbeidsbeloning zelf te bepalen is de DGA niet, want door de gebruikelijkloonregeling in artikel 12a van de Wet LB 1964 wordt verplicht dat de DGA, al dan niet fictief, minimaal het gebruikelijk loon krijgt uitgekeerd. Tariefarbitrage tussen box 1 en 2 waarbij box 1 een relatief hoog tarief kent, wordt hiermee voorkomen.

Middelen kunnen ook door de DGA uit de vennootschap worden gehaald door de vennootschap een lening te laten verstrekken. Belastingheffing wordt in die situatie uitgesteld, omdat de DGA bij de verstrekking van een lening in tegenstelling tot het ontvangen van salaris of dividend, geen belastbaar voordeel geniet. Ook in het gebruik van deze mogelijkheid is de DGA niet volledig vrij, want door de huidige jurisprudentie kan deze lening worden bestempeld als een winstuitdeling, met name wanneer door de inspecteur aannemelijk wordt gemaakt dat de DGA de lening (vermoedelijk) niet zal

⁵⁵ Hof Amsterdam 16 januari 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV9184, r.o. 5.3, *V-N* 1998/21.9.

⁵⁶ Rechtbank Breda 20 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL5299, *NTRF* 2010/758.

⁵⁷ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.3, *BNB* 2008/191.

⁵⁸ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4, *BNB* 2008/191.

⁵⁹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, r.o. 3.3.2, *BNB* 2012/37.

⁶⁰ P.G.H. Albert, annotatie bij HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB* 2012/38.

terugbetalen. De relatief zware bewijslast rust hier echter op de inspecteur. Tenslotte moet het bestempelen van de lening aan de DGA als winstuitdeling gescheiden van de onzakelijke lening worden gezien. In de laatstgenoemde situatie blijft de lening namelijk als fiscaalrechtelijk vreemd vermogen gekwalificeerd en vindt geen winstuitdeling plaats.

Hoofdstuk 3 Uitwerking en beoordeling wetsvoorstel excessief lenen

3.1 Inleiding

De in het vorig hoofdstuk besproken mogelijkheid tot uitstel van belastingheffing door het lenen van de eigen vennootschap acht de wetgever niet wenselijk en heeft daarom geleid tot het indienen van een wetsvoorstel dat dit moet beperken. Volgens het kabinet is de mogelijkheid om als ab-houder van de eigen vennootschap excessief te lenen namelijk een vorm van belastingontwijking die moet worden tegengegaan.⁶¹ Het kabinet is van oordeel dat sprake is van excessief lenen bij een bedrag van meer dan € 500.000. Het kabinet splitst de gevolgen van het excessief lenen van de eigen vennootschap in uit- en afstel van belastingheffing. Het uitstel doet zich voor ten gevolge van het verstrekken van een lening aan de ab-houder in plaats van het uitkeren van een hoger loon of dividend, zoals dit in hoofdstuk 2 is behandeld. De mogelijkheid tot langdurig uitstellen van de belastingheffing wordt onder andere ook door de commissie Van Dijkhuizen onderkend.⁶² Naast uitstel wordt ook afstel van belastingheffing aangehaald als reden om excessief lenen van de eigen vennootschap tegen te gaan. Hier zou bijvoorbeeld sprake van kunnen zijn wanneer een vennootschap failliet gaat en de ab-houder niet over voldoende middelen beschikt om de schuld af te lossen of wanneer misbruik wordt gemaakt van de navorderingstermijn van vijf jaar.⁶³ De eerste situatie zal zich naar verwachting slechts in een zeer gering aantal gevallen voordoen en zoals in hoofdstuk 2 is betoogd, is het niet reëel om te stellen dat in de praktijk misbruik van de navorderingstermijn kan worden gemaakt door het ‘wegstrepjen’ van vorderingen op de ab-houder.⁶⁴ In dit hoofdstuk wordt aan de hand van het ingediende wetsvoorstel onderzocht hoe deze beoogde maatregel inhoudelijk uitwerkt en vervolgens wordt de maatregel beoordeeld aan de hand van de in hoofdstuk 1 benoemde criteria, namelijk de doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid.

3.2 Kern van het wetsvoorstel

Volgens het kabinet is een klein aantal aanmerkelijkbelanghuishoudens verantwoordelijk voor meer dan de helft van de totale schuld aan de eigen vennootschap. Door deze huishoudens wordt volgens het kabinet dus excessief geleend. Om het excessief lenen te bestrijden is gekozen om ieder surplus op schulden verstrekt aan de ab-houder of op schulden wier vennootschap verstrekt aan verbonden personen boven € 500.000, indien aanwezig samengenomen met die van zijn fiscaal partner, te behandelen als een fictief dividend dat wordt belast in box 2 van de Wet IB 2001.⁶⁵ Het drempelbedrag blijft in die situatie hetzelfde. Dit inkomen uit aanmerkelijk belang zal in de categorie reguliere voordelen vallen als fictief regulier voordeel op grond van het voorgestelde artikel 4.14a van de Wet IB 2001. Het gaat om schulden die volgens de toevoeging van onderdeel f aan het eerste lid van artikel 4.13 van de Wet IB 2001, rechtens dan wel in feite direct of indirect zijn aangegaan bij vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft. ‘Rechtens, dan wel in feite’ ziet op het voorkomen van ontwijking van de maatregel in situaties waarin niet letterlijk door de ab-houder van de vennootschap wordt geleend, maar aan hem via een derde wordt doorgeleend of de vennootschap garant staat voor een lening aan de ab-houder.⁶⁶

De totale schuld en het eventuele bovenmatige deel hiervan worden bepaald aan het einde van het kalenderjaar.⁶⁷ De voorgestelde inwerkingtreding van de maatregel vindt plaats op 1 januari 2023, dit houdt in dat op 31 december 2023 voor het eerst de schulden worden gepeild en indien aanwezig een

⁶¹ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 1, p. 2.

⁶² Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 23-25.

⁶³ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 5, p. 5.

⁶⁴ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR 2019/59*.

⁶⁵ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 2, p. 2.

⁶⁶ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel II, p. 17.

⁶⁷ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.1, p. 7.

bovenmatig gedeelte wordt vastgesteld.⁶⁸ De schuld blijft zowel civiel-, als fiscaalrechtelijk bestaan, wat een verschil vormt met het aanmerken van een lening als schijn- of bodemlozeputlening.⁶⁹ Niet van belang is of de lening is aangegaan ter belegging of voor consumptieve doeleinden, de lening zakelijk is en of de lening direct dan wel indirect gedekt is.⁷⁰ Op het moment van vaststelling wordt het fictief regulier voordeel eveneens genoten, op grond van het derde lid dat wordt toegevoegd aan artikel 4.43 van de Wet IB 2001. Geen rekening wordt gehouden met vorderingen die de ab-houder op de vennootschap heeft.⁷¹ De totale schuld wordt, zoals genoemd, tezamen met de partner in aanmerking genomen. Door het vijfde lid van artikel 2.17 Wet IB 2001 mag het fictief regulier voordeel vrij worden toegerekend tussen de partners.

Een uitzondering op de totale schuld die in aanmerking wordt genomen op de peildatum is de eigenwoningschuld. De maatregel heeft namelijk geen effect op deze schulden die worden gekwalificeerd door artikel 3.111 Wet IB 2001, mits aan de vennootschap een hypotheekrecht is verstrekt. Deze uitzondering wordt bepaald in het zesde lid van het voorgestelde artikel 4.14a Wet IB 2001. Alleen voor bestaande eigenwoningschulden is niet vereist dat een hypotheekrecht aan de vennootschap is verstrekt door de voorgestelde overgangsregeling die in artikel 10a.21 van de Wet IB 2001 zal worden opgenomen. De uitzondering geldt dus niet langer wanneer de schuld de kwalificatie van eigenwoningschuld zoals bepaald in artikel 3.119a van de Wet IB 2001 verliest.

3.2.1 Verbonden personen

De maatregel richt zich niet slechts op de ab-houder en zijn partner. Wanneer een lening wordt verstrekt vanuit de vennootschap aan een verbonden persoon van de ab-houder, zal het deel van deze schuld boven € 500.000 worden samengevoegd met de schuld die de ab-houder zelf heeft aan zijn vennootschap volgens het voorgestelde eerste lid van artikel 4.14b Wet IB 2001. Na samenvoeging wordt vervolgens getoetst aan het maximumbedrag van de ab-houder. De groep verbonden personen omvat alle bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de ab-houder, of die van zijn fiscaal partner. Concreet gaat dit dus om de kinderen, kleinkinderen, ouders of grootouders van de ab-houder, dan wel die van zijn fiscaal partner. Het maximumbedrag geldt net als voor de ab-houder en zijn partner ook voor de verbonden persoon en diens partner gezamenlijk.⁷² Wanneer de verbonden persoon ook een aanmerkelijk belang houdt in de vennootschap, wordt het bovenmatige deel van de schuld niet aan de ab-houder toegerekend, maar wordt de verbonden persoon zelfstandig betrokken in de heffing voor het deel van de schuld dat boven het bedrag van € 500.000 reikt.⁷³ In het genoemde artikel 4.14b Wet IB 2001 is een verwijzing opgenomen naar het zesde lid van artikel 4.14a Wet IB 2001, waardoor eigenwoningschulden verstrekt door de vennootschap aan verbonden personen van de ab-houder worden uitgezonderd.

3.2.2 Voorkoming van dubbele heffing

Op verschillende wijzen is door de wetgever voorkomen dat een economisch dubbele heffing optreedt ten gevolge van het invoeren van de beoogde maatregel. Wanneer bijvoorbeeld geheven wordt over een bovenmatig deel van de schuld die de ab-houder is aangegaan bij zijn vennootschap en hij vervolgens dividend uit laat keren door de vennootschap om de betreffende schuld af te lossen, wordt de ab-houder eerst in de heffing betrokken door het fictief regulier voordeel dat hij geniet ter grootte van het bovenmatige deel van de lening op grond van artikel 4.14a Wet IB 2001. Het maximumbedrag voor de belastingplichtige wordt dan verhoogd, zoals verder in het volgende onderdeel van de subparagraaf wordt besproken. Vervolgens wordt door artikel 4.12 het dividend dat de ab-houder laat

⁶⁸ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.6, p. 11.

⁶⁹ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 5.1, p. 6.

⁷⁰ Muller, 'Voorstel tegen excessief lenen bij eigen bv nog altijd onder de maat', *Taxlive.nl* 24 juni 2020.

⁷¹ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.3, p. 9.

⁷² *VN Vandaag* 2021/1284.

⁷³ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.2.2, p. 8.

uitkeren ten behoeve van het aflossen van het excessieve deel van de schuld, belast als regulier voordeel. In de beschreven situatie zou zonder tegemoetkoming van de wetgever dus tweemaal bij een persoon worden geheven over formeel verschillende, maar materieel identieke objecten.

3.2.2.a Verhoging maximumbedrag

Na het in aanmerking nemen van een positief fictief regulier voordeel aan het einde van een kalenderjaar, zou in een volgend kalenderjaar in principe geheven worden over hetzelfde deel van de schuld van de ab-houder aan zijn vennootschap boven de € 500.000 wanneer de schuld niet toe- of afneemt. Echter is in het wetsvoorstel een bepaling in het tweede lid van artikel 4.14a Wet IB 2001 opgenomen, die zorgt voor een vermeerdering van het maximumbedrag ter grootte van het in aanmerking genomen positief fictief regulier voordeel. Daarnaast wordt het maximumbedrag verminderd tot een minimum van € 500.000 met ieder negatief fictief regulier voordeel op grond van het voorgestelde onderdeel b, eerste lid van artikel 4.14a Wet IB 2001. Door het aanpassen van het maximumbedrag wordt een dubbele heffing dus voorkomen.

Voorbeeld

Belastingplichtige houdt een aanmerkelijk belang in vennootschap A. Vennootschap A verstrekt in 2023 aan belastingplichtige een lening ter grootte van € 800.000. Belastingplichtige noch een verbonden persoon van belastingplichtige heeft andere schulden aan vennootschappen waar belastingplichtige een aanmerkelijk belang in houdt. Door het voorgestelde eerste en tweede lid van artikel 4.14a van de Wet IB 2001 geniet belastingplichtige in 2023 een fictief regulier voordeel ter grootte van het deel van de schuld dat boven het maximumbedrag reikt ($€ 800.000 - € 500.000 = € 300.000$). Door het tweede lid wordt tevens het maximumbedrag verhoogd met het in aanmerking genomen fictief regulier voordeel. Het maximumbedrag van belastingplichtige betreft in 2024 dus € 800.000 ($€ 500.000 + € 300.000$). In 2024 lost belastingplichtige € 400.000 af op de schuld. Het maximumbedrag daalt dan door hetzelfde tweede lid tot € 500.000 ($€ 800.000 - € 400.000$, maar minimaal € 500.000). Eveneens wordt nu een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking genomen, dit wordt in het volgende onderdeel aan de hand van een voorbeeld uitgewerkt.

3.2.2.b Negatief fictief regulier voordeel

In paragraaf 3.2.2 is de situatie geschetst hoe een economisch dubbele heffing zich zou kunnen voordoen ten gevolge van de beoogde maatregel. Toen de concept Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel is gepubliceerd ter consultatie, is veel kritiek geuit op deze situatie.⁷⁴ Als reactie hierop is de wetgever de belastingplichtige dan ook tegemoet gekomen door een negatief fictief regulier voordeel te introduceren in het voorgestelde onderdeel b van het eerste lid van artikel 4.14a Wet IB 2001. De bepaling houdt in dat wanneer door onderdeel a van het eerste lid in eerste instantie een positief fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen, door het aflossen van dit bovenmatige deel een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking mag worden genomen in het jaar van aflossing. Dit kan dan verrekend worden met andere inkomsten uit aanmerkelijk belang in dat jaar. Wanneer die verrekening leidt tot een verlies uit aanmerkelijk belang, zal op grond van artikel 4.49 Wet IB 2001 dit verlies met het inkomen uit aanmerkelijk belang uit voorgaand jaar of de zes volgende jaren verrekend kunnen worden. Wanneer een verrekening niet mogelijk is door een tekort aan inkomen uit aanmerkelijk belang bij de ab-houder en zijn partner, kan het verlies in een belastingkorting worden omgezet die verrekenbaar is met het inkomen uit werk en woning, zoals bepaald in artikel 4.53 van de Wet IB 2001. Door het fictief negatief regulier voordeel wordt dus als het ware de heffing over de excessieve schuld teruggenomen, mits er over voldoende inkomen ter verrekening wordt beschikt in box 1 of box 2 door de ab-houder en eventueel zijn partner.

⁷⁴ Concept-MvT, Internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen 4 maart 2019.

Voorbeeld

Belastingplichtige houdt een aanmerkelijk belang in vennootschap A. Vennootschap A verstrekt in 2023 aan belastingplichtige een lening ter grootte van € 800.000. Belastingplichtige noch een verbonden persoon van belastingplichtige heeft andere schulden aan vennootschappen waar belastingplichtige een aanmerkelijk belang in houdt. Door het voorgestelde eerste en tweede lid van artikel 4.14a van de Wet IB 2001 geniet belastingplichtige in 2023 een fictief regulier voordeel ter grootte van het deel van de schuld dat boven het maximumbedrag reikt ($€ 800.000 - € 500.000 = € 300.000$). In 2024 lost belastingplichtige € 300.000 af op de schuld. Zoals in vorig voorbeeld besproken, wordt het maximumbedrag van belastingplichtige verlaagd. Door onderdeel b van het eerste lid van het voorgestelde artikel 4.14a van de Wet IB 2001 wordt tevens een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking genomen bij belastingplichtige, ter grootte van het verschil tussen de schuld van belastingplichtige en het maximumbedrag. In deze casus is dat een bedrag van € 300.000 ($€ 500.000 - € 800.000 = -€ 300.000$).

3.2.2.c Vervreemdingskorting

Als een ab-houder over een bovenmatige lening beschikt die is verstrekt door zijn eigen vennootschap, geniet hij zoals besproken een fictief regulier voordeel ter grootte van het bovenmatige deel van de lening. Wanneer de ab-houder vervolgens besluit zijn aanmerkelijk belang te vervreemden, wordt geheven over het vervreemdingsvoordeel dat op grond van artikel 4.19 van de Wet IB 2001 bestaat uit de overdrachtprijs van de aandelen minus de verkrijgingsprijs. De overdrachtprijs zal in geval van een onzakelijk lage prijs worden gecorrigeerd door artikel 4.22 Wet IB 2001 naar de waarde in het economische verkeer. In de overdrachtprijs van de aandelen is dus ook de vordering op de ab-houder inbegrepen, wat betekent dat bij de ab-houder dubbel geheven zou worden over het excessieve deel van de aan hem verstrekte lening, namelijk als fictief regulier voordeel en daarnaast als vervreemdingsvoordeel. De wetgever heeft om dubbele heffing te voorkomen, in het voorgestelde vijfde lid van artikel 4.14a Wet IB 2001 bepaald dat de ab-houder in het jaar van vervreemding van het aanmerkelijk belang een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking mag nemen alsof de schuld volledig is afgelost. Hiermee wordt de heffing over het excessieve deel van de schuld dus teruggenomen en een dubbele heffing voorkomen.

Voorbeeld

Belastingplichtige heeft een aanmerkelijk belang in vennootschap A. In 2023 leent de vennootschap € 800.000 aan belastingplichtige. In 2023 wordt zoals in de vorige voorbeelden besproken, een fictief regulier voordeel van € 300.000 in aanmerking genomen bij belastingplichtige. In 2024 besluit belastingplichtige het aanmerkelijk belang te vervreemden aan een derde. Door lid vijf van het voorgestelde artikel 4.14a Wet IB 2001 geniet belastingplichtige in 2024 nu een negatief fictief regulier voordeel ter grootte van het bedrag dat als negatief fictief regulier voordeel op grond van het voorgestelde eerste lid van het artikel in aanmerking zou zijn genomen als belastingplichtige aan het einde van 2024 geen schuld meer zou hebben aan vennootschap A. Doordat belastingplichtige geen aanmerkelijk belang meer houdt in vennootschap A valt dezelfde schuld nu buiten de reikwijdte van de beoogde maatregel en wordt de heffing over de excessieve schuld teruggenomen.

3.3 Beoordeling van het wetsvoorstel

In deze paragraaf zal het ingevoerde wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap worden beoordeeld aan de hand van het in hoofdstuk 1 omschreven toetsingskader, namelijk de doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid.

3.3.1 Doeltreffendheid

Wanneer een wet wordt ingevoerd, dient deze doeltreffend of te wel effectief te zijn.⁷⁵ Dat houdt in dat de beoogde doelen die de wetgever met het wetsvoorstel heeft, verwezenlijkt moeten worden.

⁷⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, onderdeel 2.2.3, p. 25.

Door de wetgever dient bij het opstellen van een wetsvoorstel dan ook het doel van de regeling helder en volledig te worden geformuleerd door middel van de Memorie van Toelichting. Volgens de Memorie van Toelichting is het doel van het wetsvoorstel het voorkomen van langdurig uitstel en in sommige situaties zelfs afstel van belastingheffing dat wordt veroorzaakt door het lenen bij de eigen vennootschap.⁷⁶ De ab-houder zou namelijk zodanig verbonden zijn met de vennootschap waar hij een aanmerkelijk belang in heeft, dat het mogelijk is om de vennootschap aan hem een lening te laten verstrekken. Zoals in hoofdstuk 2 is besproken, is het inderdaad mogelijk om belastingheffing uit te stellen door het aangaan van een lening bij de eigen vennootschap, maar zal slechts in een zeer gering aantal situaties afstel van belastingheffing zich voordoen.

In eerste instantie lijkt de maatregel op een effectieve wijze het lenen van de eigen vennootschap en het volgens de wetgever ontwijken van belastingheffing tegen te gaan, omdat alle bovenmatige leningen die potentieel functioneren als middel om heffing uit te stellen, hetzelfde worden behandeld en de ab-houder door de verschuldigde heffing ontmoedigd wordt om een lening aan te gaan.⁷⁷ De ab-houder zal hierdoor geen voordeel meer zien in het op hem over laten gaan van de middelen van de vennootschap in de vorm van een lening en heffing zal daarom naar verwachting in minder gevallen en kleinere bedragen worden uitgesteld. Echter gaat het wetsvoorstel naar mijn mening het doel voorbij, doordat geen rekening met de *loan-to-value* verhouding van de schuld wordt gehouden.⁷⁸ Niet van belang voor de maatregel is namelijk of de lening is aangegaan ter belegging of voor consumptieve doeleinden. Dat is mijns inziens vreemd, omdat in het geval van een gezonde *loan-to-value* verhouding het argument van de wetgever omtrent het voordoen van afstel van belastingheffing niet opgaat. Daarnaast beschikt de Belastingdienst al over de instrumenten om een lening aan de ab-houder als winstuitdeling aan te merken, de beoogde maatregel is daarvoor dus niet noodzakelijk. De wetgever geeft aan dat de huidige mogelijkheden echter als arbeidsintensieve discussies worden ervaren.⁷⁹ Door de discussies wordt een groot deel van de capaciteit van de Belastingdienst in beslag genomen.

Ook wordt geen rekening gehouden met het verschil tussen de aanmerkelijkbelanghouder die een relatief klein belang houdt en degene die in de uiterste situatie alle aandelen van een vennootschap houdt. Beiden worden, zoals is beschreven in hoofdstuk 2, vanaf een belang van vijf procent als aanmerkelijkbelanghouder aangemerkt en zijn dus het doelwit van de maatregel die de wetgever wenst in te voeren. De invloed van de aanmerkelijkbelanghouder met een vijf procent-belang verschilt daarentegen in grote mate met die van de ab-houder met een meerderheidsbelang. Eerst genoemde zal namelijk veelal niet voldoende zeggenschap in de vennootschap hebben om zonder enige belemmeringen een lening aan zichzelf te laten verstrekken, het laten uitkeren van dividend of een hoger salaris te laten uitkeren.⁸⁰ De ab-houder met een relatief klein belang mist dus een algehele mogelijkheid tot het lenen van de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Mijns inziens gaat het wetsvoorstel dan ook voorbij aan het doel om het lenen van de eigen vennootschap waar de ab-houder nauw mee is verbonden te ontmoedigen, doordat geen rekening wordt gehouden met de omvang van belangen. Een oplossing zou bijvoorbeeld kunnen zijn om alleen aanmerkelijkbelanghouders met een meerderheidsbelang in de maatregel te betrekken.⁸¹

In de situatie dat een verbonden persoon van de ab-houder leent van de vennootschap waarin de ab-houder een belang heeft, wordt het bovenmatige gedeelte van de schuld toegerekend aan de ab-houder zelf. Dat is in mijn opinie een merkwaardige gelegenheid, omdat de door de vennootschap

⁷⁶ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 1, p. 2.

⁷⁷ Rijkers, *FTV 2019/5-20*.

⁷⁸ Boer & Heithuis, *WFR 2020/170*.

⁷⁹ MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 5.1, p. 6.

⁸⁰ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR 2019/59*.

⁸¹ NOB (2019), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

uitgeleende gelden de ab-houder in zijn geheel niet bereiken en hij desondanks hiervoor wordt betrokken in de heffing.⁸² Daarnaast wordt van de persoon die ook behoort tot de kring verbonden personen van een andere ab-houder van dezelfde vennootschap, het bovenmatige deel in gelijke delen toegerekend aan beide ab-houders.⁸³ Dit is tevens het geval in de situatie van meer dan twee ab-houders. Geen rekening wordt dus gehouden met de verhouding tussen de verschillende belangen. Ook in dit opzicht schiet het wetsvoorstel het beoogde doel naar mijn mening voorbij. Toerekening conform het relatieve belang van de ab-houders zou hiervoor een oplossing kunnen zijn. Wel brengt deze oplossing extra uitvoeringslasten met zich mee, doordat rekening gehouden moet worden met verschillende soorten aandelen.⁸⁴

Bovenstaand zijn drie aspecten beschreven van het wetsvoorstel waarin het naar mijn mening voorbij gaat aan het beoogde doel dat ziet op het ontmoedigen van het excessief lenen bij de eigen vennootschap. In twee andere opzichten schiet het wetsvoorstel mijns inziens juist tekort in effectiviteit. Zo ondervindt slechts een klein gedeelte van alle 'excessief' lenende aanmerkelijkbelanghouders gevolgen van de voorgestelde maatregel, namelijk 11.000 van de 84.000 aanmerkelijkbelanghuishouders.⁸⁵ Dit is het gevolg van de uitzondering die tot stand is gebracht voor eigenwoningschulden met een relatief ruime overgangsregeling, zoals uiteengezet in de vorige paragraaf van dit hoofdstuk. Met een eigenwoning als onderpand is het voor de ab-houder dus nog steeds mogelijk om excessief te lenen, terwijl de ab-houder met enig ander soort onderpand wel geconfronteerd wordt met de heffing over het bovenmatige deel van de schuld.

Een andere onevenwichtige situatie doet zich voor doordat geen rekening wordt gehouden met de financiële situatie van de vennootschap en de ab-houder. Zo is bijvoorbeeld te stellen dat de ab-houder met een relatief groot vermogen en een grote portefeuille beleggingen gefinancierd door zijn renderende vennootschap met betrekkelijk aanzienlijke winstreserves, zich ook meer bezigt met winstoppotting dan de ab-houder die hier geen beschikking over heeft. Het wetsvoorstel schiet daarnaast tekort inzake de hoogte van het bedrag aan schulden vanaf wanneer door de wetgever wordt gesproken van een excessieve schuld. Uitsluitend een klein aantal van de lenende ab-houders wordt namelijk betrokken in de heffing door de maatregel na toepassing van de genoemde uitzondering. Dit is opvallend, omdat 61% van de aanmerkelijkbelanghuishouders leent van de vennootschap waarin door hen een aanmerkelijk belang wordt gehouden. Dit roept de vraag op of het maximumbedrag van € 500.000 niet een te hoog gekozen bedrag is om te kunnen spreken van excessief lenen. De belastingplichtige kan hierdoor het idee krijgen dat onder de € 500.000, ondanks de huidige mogelijkheden van de fiscus, zonder consequenties van de eigen vennootschap kan worden geleend.⁸⁶ Volgens Boer en Heithuis is het namelijk waarschijnlijk dat inspecteurs geen moeite meer zullen doen na het invoeren van de maatregel om de 'arbeidsintensieve' discussies te voeren met een belastingplichtige.⁸⁷

3.3.2 Doelmatigheid

Naast de kwaliteitseis omtrent de vereiste doeltreffendheid van een nieuwe wet, geldt ook als criterium voor nieuwe wetgeving dat deze doelmatig is.⁸⁸ Dit houdt in dat de wet niet tot een ongunstige verhouding mag leiden tussen de baten en lasten die voortvloeien uit de werking van de wet. Dit heeft betrekking op de efficiëntie binnen de overheid, maar ook op die binnen de samenleving.

⁸² Heithuis, *WFR* 2020/13.

⁸³ Heithuis, *NTR* 2019/1020.

⁸⁴ Heithuis, *WFR* 2020/13.

⁸⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, onderdeel 4, p. 4.

⁸⁶ L.G.M. Stevens, 'Belastingheffing over leningen bij de eigen bv zou contraproductief zijn', *FD* 1 april 2019.

⁸⁷ Boer & Heithuis, *WFR* 2020/170.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, onderdeel 2.2.3, p. 25.

De kosten die gepaard gaan bij de uitwerking van de nieuwe wet, dienen dus bij te dragen aan de realisatie van het beoogde doel.

Het is niet duidelijk of het wetsvoorstel zal zorgen voor een structurele hoeveelheid aan baten, dit is namelijk afhankelijk van de gedragsreacties van de ab-houders. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de ab-houders anticiperen alvorens de maatregel daadwerkelijk wordt ingevoerd.⁸⁹ In 2019, het jaar waarin de maatregel werd aangekondigd, heeft zich reeds een hoge belastingopbrengst voorgedaan doordat bekend was dat het belastingtarief over inkomen uit aanmerkelijk belang stapsgewijs verhoogd zou worden.

Het wetsvoorstel lijkt geen onderdelen te bevatten die zorgen voor een aanzienlijke verhoging van de lasten die gepaard gaan met de invoering. Wel wordt door de invoering van het wetsvoorstel een extra fictie toegevoegd welke alleen geldt in box 2, waardoor de fiscale werkelijkheid verder afwijkt van de civielrechtelijke kwalificatie van de lening.⁹⁰ Door de groter wordende kloof tussen de belastingwetgeving en de werkelijkheid wordt de fiscaliteit dus complexer. Ook dit laatste aspect zorgt naar verwachting niet voor een aanzienlijke verhoging van de lasten die samengaan met de invoering van het wetsvoorstel, waardoor kan worden gesteld dat de doelmatigheid van het wetsvoorstel redelijk op orde is.

3.3.3 Uitvoerbaarheid

Volgens de wetgever is het cruciaal dat fiscale wetgeving een goede uitvoering ondervindt, omdat door deze wetgeving de collectieve uitgaven van het Rijk worden bekostigd.⁹¹ Door de uitvoerbaarheid van een wet in acht te nemen, kan voorkomen worden dat de wet als dode letter slechts symbolisch dient.⁹² Ook kunnen potentiële conflicten en gevoeligheid voor fraude van de nieuwe wetgeving worden voorkomen door aandacht te schenken tijdens de beleidsontwikkeling aan de uitvoerbaarheid.⁹³ De uitvoerbaarheid van de maatregel op zichzelf dient echter niet als een geldige reden om de methode van nieuwe wetgeving hierdoor te laten leiden.⁹⁴

3.3.3.1 Uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst

De wetgever lijkt tijdens het ontwikkelen van de wet slechts rekening gehouden te hebben met de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst. Zo bestaat geen tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige om aan te tonen dat een lening zakelijk, gedekt of gecureerd is.⁹⁵ Ook mogen schulden aan de eigen vennootschap niet worden gesaldeerd met vorderingen op de eigen vennootschap, wordt geen onderscheid gemaakt tussen een lening die dient als consumptief krediet en de lening bedoeld ter financiering van bijvoorbeeld een belegging van de ab-houder, waarbij een onderpand is verstrekt aan de vennootschap. Ook worden alle schulden, ongeacht de aard van de schuld, samengenomen door de fiscus om te bepalen of de schuld excessief is of niet. Het wetsvoorstel is dus in beginsel eenvoudig vormgegeven.

Wanneer aan het door de ab-houder geleverde tegenbewijs aandacht geschonken moet worden door de fiscus, leidt dit tot een slechtere uitvoerbaarheid van de voorgestelde wetgeving voor de Belastingdienst. Toch verschilt op dit aspect het wetsvoorstel wel van andere ontmoedigende fiscale

⁸⁹ NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap; Auerbach & Peters, *FTV* 2019/3-10; Boer & Heithuis, *WFR* 2020/170.

⁹⁰ NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

⁹¹ Brief staatssecretaris, 23 februari 2018, kenmerk 2018-0000027221, Fiscale beleidsagenda, *V-N* 2018/14.1.

⁹² *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, onderdeel 2.2.3, p. 27.

⁹³ *Kamerstukken II* 1989/90, 16625, nr. 121.

⁹⁴ Jansen & Sturme, *FTV* 2021/1-3.

⁹⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, onderdeel 6.3, p. 9.

maatregelen, zoals de renteaftrekbeperking in artikel 10a van de Wet VPB 1969 die wel in een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige voorziet.⁹⁶ Tevens kan worden gedacht aan de regeling voor de aandelenfusie in artikel 3.55 van de Wet IB 2001 die eveneens een tegenbewijsmogelijkheid kent.

Men kan zich afvragen of de wetgever door de genoemde aspecten van het wetsvoorstel de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst niet te zwaar laat wegen in vergelijking met de lasten die de ab-houder ondervindt door het samennemen van alle schulden. Niet alleen het consumptief krediet van de eigen vennootschap dat belastinguitstel kenmerkt wordt getroffen, de ab-houder moet namelijk ook voor de bovenmatige leningen die over een dekking beschikken en de leningen die worden aangewend om beleggingen te financieren, een fictief regulier voordeel in aanmerking nemen. Mijns inziens hoeven deze leningen niet per definitie onder de noemer 'excessief lenen' te vallen en dragen ze in dat geval ook niet bij aan het uitstellen van belastingheffing. De wetgever wentelt naar mijn mening dan ook de relatief slechte uitvoerbaarheid van het met de huidige beschikbare instrumenten bestempelen van een lening als winstuitdeling, af op de belastingplichtige.

Naast dat de maatregel voor de Belastingdienst een aantal voordelige aspecten kent omtrent de uitvoerbaarheid, zijn aangaande dit opzicht ook extra lasten verbonden aan het wetsvoorstel. De fiscus moet vanaf de invoering van het wetsvoorstel immers de schuldposities van iedere ab-houder gaan bijhouden, hierbij rekening houdend met schuldposities van verbonden personen en bijvoorbeeld de doorwerking van het corrigeren van schuldposities waardoor achteraf het maximumbedrag van de belastingplichtige wordt over- dan wel onderschreden.⁹⁷

3.3.3.2 Uitvoerbaarheid voor de belastingplichtige

Overeenkomstig met wat is beschouwd in de vorige paragraaf, lijkt het verbeteren van de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst een belangrijk motief van de wetgever te zijn geweest voor het indienen van het wetsvoorstel. De uitvoerbaarheid voor de belastingplichtige, de ab-houder, is juist in meerdere opzichten verwerpelijk te noemen. Zo zal de ab-houder acuut nieuwe financieringsmethoden moeten vinden, doordat alle schulden naast de eigenwoningschuld geraakt worden zonder tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige en niet slechts het consumptief krediet dat de ab-houder is aangegaan. Door specifieke eisen van kredietverstrekkers kan dit tot problemen leiden en daarnaast gaat de herfinanciering in veel situaties gepaard met afsluitkosten. Een ander opzicht dat de uitvoerbaarheid voor de belastingplichtige verslechtert, is de situatie waarin vastgoed is gefinancierd door middel van een lening verstrekt door de eigen vennootschap.⁹⁸ Om te ontkomen aan de heffing over het bovenmatige deel van de lening kan de ab-houder de lening aflossen door het verkopen van de vastgoedportefeuille aan de vennootschap. Een aanzienlijk nadeel dat hierdoor wordt veroorzaakt, is het per 1 januari 2021 verhoogde tarief aan overdrachtsbelasting dat dan op grond van artikel 2 en 14 van de Wet WBR 1970 verschuldigd is door de overdracht van de vastgoedportefeuille.

3.4 Tussenconclusie

Voor de ab-houder is het aantrekkelijk om van de eigen vennootschap te lenen in plaats van dividend te laten uitkeren. De wetgever ziet deze mogelijkheid daarentegen juist als niet wenselijk, omdat door het lenen van de eigen vennootschap winstpotting wordt bevorderd en belastingopbrengsten hierdoor dus uitblijven. Daarom is door de wetgever het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap ingediend, dat beoogt het overmatig lenen van de eigen vennootschap te ontmoedigen.

⁹⁶ Jansen & Sturme, *FTV* 2021/1-3.

⁹⁷ NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

⁹⁸ Boer & Heithuis, *WFR* 2020/170.

De strekking van het wetsvoorstel is dat het deel van de lening verstrekt aan de ab-houder boven het gestelde maximumbedrag van € 500.000 wordt aangemerkt als fictief regulier voordeel. Ter grootte van het in aanmerking genomen fictief regulier voordeel stijgt ook het maximumbedrag van de belastingplichtige. De maatregel raakt iedere vorm van financiering door de eigen vennootschap zonder een tegenbewijsmogelijkheid, met als uitzondering de eigenwoningschuld. Daarnaast geniet de ab-houder een fictief regulier voordeel wanneer aan een verbonden persoon door de vennootschap een excessieve lening wordt verstrekt. Dubbele heffing wordt door een negatief fictief regulier voordeel voorkomen.

Het wetsvoorstel lijkt door de brede formulering effectief te zijn. Echter gaat het wetsvoorstel naar mijn mening het doel voorbij, doordat ook een aanmerkelijkbelanghouder met een relatief klein belang geacht wordt een nauwe verbondenheid met de vennootschap te hebben. Daarnaast wordt aan het doel voorbij gegaan door het niet proportioneel toerekenen van het bovenmatige deel van een schuld die is verstrekt aan een individu dat voor meerdere ab-houders als verbonden persoon kwalificeert. Ook wordt geen rekening gehouden met de financiële situatie van de vennootschap en haar ab-houder. Het wetsvoorstel schiet juist tekort in effectiviteit door de relatief kleine groep aanmerkelijkbelanghouders die wordt geraakt door de maatregel en de te hoge drempel als maximumbedrag.

Door het ontbreken van beduidende extra lasten die door het wetsvoorstel zullen worden veroorzaakt in combinatie met de onzekerheid omtrent de opbrengsten, kan vanuit het perspectief baten/lasten de maatregel in redelijke mate als doelmatig worden gezien. Het construeren van een extra fictie versterkt desondanks de complexiteit van de fiscale wetgeving.

De beoogde maatregel is uitvoerbaar voor de Belastingdienst door haar eenvoud, zo hoeft geen onderscheid te worden gemaakt op basis van het karakter van de lening en dus geen tegenbewijsmogelijkheid te worden opgenomen. De Belastingdienst raakt hierdoor in mindere mate verzeild in arbeidsintensieve discussies. Wel zullen meer gegevens bijgehouden moeten worden omtrent de schuldposities van de ab-houder.

Het wetsvoorstel zonder tegenbewijsmogelijkheid is in mindere mate als uitvoerbaar aan te duiden vanuit het perspectief van de belastingplichtige, daar de belastingplichtige zijn bezittingen zal moeten herfinancieren of wanneer een vastgoedportefeuille is gefinancierd door de eigen vennootschap en aan de vennootschap moet worden overgedragen ter aflossing van de schuld. In die laatste omstandigheid is namelijk een relatief grote som aan overdrachtsbelasting verschuldigd.

Hoofdstuk 4 Alternatieven

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap beoordeeld aan de hand van het toetsingskader. Door deze beoordeling is duidelijk geworden dat de beoogde maatregel zowel tekort schiet als voorbij gaat aan het doel van het wetsvoorstel. De relatief kleine omvang van de lasten voor de Belastingdienst die gepaard gaan met het wetsvoorstel zorgen voor een redelijke doelmatigheid. Daarnaast kan door de eenvoud van de maatregel worden gesteld dat deze in redelijke mate uitvoerbaar is voor de Belastingdienst.

Aansluitend op de beoordeling van de beoogde maatregel worden in dit hoofdstuk mogelijke alternatieven voor het wetsvoorstel besproken en beoordeeld aan de hand van het toetsingskader. Allereerst wordt de optie behandeld waarin het wetsvoorstel wordt aangepast door slechts consumptieve leningen verstrekt aan de ab-houder in de heffing te betrekken, in plaats van alle leningen afgezien van de eigenwoningschuld. Vervolgens worden drie alternatieven besproken die een andere vorm hebben. Dit betreffen het invoeren van een gedifferentieerd tarief in box 2 van de inkomstenbelasting, het verplicht aanhouden van een bepaald *loan-to-value* ratio ten aanzien van leningen die zijn aangegaan bij de eigen vennootschap en het instellen van een forfaitair minimum rendement op de aandelen uit het aanmerkelijk belang.

4.2 Beperking tot consumptieve leningen

Zoals in de voorgaande hoofdstukken is besproken raakt het wetsvoorstel alle soorten leningen die zijn verstrekt door de vennootschap aan haar ab-houder. Geen onderscheid wordt gemaakt op basis van de aanwending van de verstrekte lening. Een lening verstrekt aan de ab-houder die wordt aangewend ter financiering van bijvoorbeeld onroerende zaken wordt in het wetsvoorstel niet anders behandeld dan de lening die wordt benut voor de consumptieve uitgaven van de ab-houder. Een belangrijk verschil tussen deze leningen is dat in de situatie van de consumptieve lening geen zekerheden tegenover de aangegane verplichtingen staan en dus in mindere mate zeker is of de lening door de ab-houder kan worden afgelost door middel van toekomstige dividenduitkeringen of ander inkomen van de ab-houder. Uitstel van belastingheffing vindt dan ook regelmatig plaats doordat aflossing op de consumptieve lening uitblijft.⁹⁹ In het geval van de niet-consumptieve leningen wordt doorgaans afgelost door de opbrengsten uit de met de lening gefinancierde privébeleggingen of privé-investeringen, al dan niet op last van het met de vennootschap 'overeengekomen' aflossingsschema.¹⁰⁰ Die opbrengsten worden in beginsel belast bij de ab-houder, wat tevens een belangrijk onderscheid kenmerkt tussen de consumptieve en niet-consumptieve lening.

Door ook de niet-consumptieve leningen binnen de reikwijdte van de beoogde maatregel te laten vallen, gaat het wetsvoorstel zoals besproken in hoofdstuk 3, aan het doel dat ziet op het tegengaan van belastingafstel en -uitstel voorbij. In het geval van de niet-consumptieve lening wordt belastingheffing immers deels veiliggesteld, omdat de opbrengsten uit de met niet-consumptieve leningen gefinancierde activa, of de activa zelf in het geval van box 3, in beginsel worden betrokken in de heffing. Door deze leningen uit te zonderen en de maatregel te beperken tot de consumptief aangewende leningen waar in de regel geen belaste opbrengsten of vermogensaanwas mee in verband staan, wordt het doel van de wetgever op een redelijkere wijze bereikt.¹⁰¹

Het beperken van de beoogde maatregel tot consumptieve leningen brengt daarentegen wel een verslechtering van de efficiëntie met zich mee. Zo wordt namelijk de budgettaire opbrengst, ondanks

⁹⁹ Van Brummen & Tydeman-Yousef, *WFR* 2019/59.

¹⁰⁰ Muller, 'Voorstel tegen excessief lenen bij eigen bv nog altijd onder de maat', *Taxlive.nl* 24 juni 2020.

¹⁰¹ NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

de betwistbare grootte hiervan, door het uitzonderen van de niet-consumptieve leningen verlaagd. Deze omstandigheid doet zich reeds gedeeltelijk voor door het uitzonderen van de eigenwoningsschulden gefinancierd door de eigen vennootschap. Het totaal geleende bedrag daalt hierdoor namelijk van € 55 miljard naar € 25 miljard en daarmee verminderen dus ook de belastingopbrengsten van de beoogde maatregel.¹⁰² Door de uitzondering wordt namelijk al € 30 miljard aan niet-consumptieve leningen uitgesloten van de maatregel. Om de efficiëntie van het alternatief te bevorderen zou het maximale bedrag van € 500.000 verlaagd kunnen worden.

Het wetsvoorstel gaat op het gebied van uitvoerbaarheid achteruit, doordat van de Belastingdienst een grotere capaciteit wordt geëist wanneer het onderscheid gemaakt moet worden tussen al dan niet consumptieve leningen in plaats van dat iedere lening over één kam kan worden geschoren. Een mogelijke oplossing is alleen leningen die ter financiering van bepaalde bezittingen dienen, zoals ondernemingsvermogen, tbs-vermogensbestanddelen, ab-aandelen en bezittingen behorende tot de rendementsgrondslag in box 3, als niet-consumptief aan te merken.¹⁰³ Deze leningen zijn immers bekend bij de Belastingdienst doordat de vermogensbestanddelen reeds respectievelijk in box 1, 2 en 3 van de inkomstenbelasting worden betrokken. Een complicatie zou zich echter kunnen voordoen wanneer het met de lening gefinancierde actief zowel wordt aangewend voor consumptieve als niet-consumptieve doeleinden. Gedacht zou kunnen worden aan de vakantiewoning die wordt verhuurd, maar daarnaast ook door de ab-houder zelf wordt gebruikt. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om de lening naar rato van het (niet-)consumptieve gebruik te kwalificeren. Deze toevoeging zorgt echter voor een verslechtering van de uitvoerbaarheid van de maatregel voor de Belastingdienst.

4.3 Gedifferentieerd tarief box 2

In hoofdstuk 3 is naar voren gebracht dat zich in 2019 eenmalig een hoge belastingopbrengst voordeed, doordat tezamen met de beoogde maatregel tegen het excessief lenen, ook werd aangekondigd dat het tarief in box 2 van de inkomstenbelasting stapsgewijs in de komende jaren verhoogd zou worden. Het is de wetgever destijds dus gelukt de aanmerkelijkbelanghouder te stimuleren om winsten van zijn vennootschap uit te laten keren en hiermee uitstel van belastingheffing tegen te gaan. In 2014 kan worden waargenomen dat een relatief hoog bedrag aan dividend werd uitgekeerd. Volgens de Bouwstenennotitie omtrent het verbeteren en vereenvoudigen van het belastingstelsel werd in 2014 € 8 miljard meer dividend uitgekeerd aan de ab-houder vergeleken met de twee daarop volgende jaren.¹⁰⁴ Aannemelijk is dat hier de tijdelijke tariefsverlaging van box 2 in dat jaar aan ten grondslag ligt.

Het vennootschapsbelastingtarief van de eerste schijf is per 1 januari 2021 verlaagd van 16,5% naar 15%. Dit tarief wordt in 2021 nog toegepast op winsten tot € 245.000, maar in 2022 geldt dit voor alle winsten tot € 395.000.¹⁰⁵ Doordat de wetgever beoogt het tarief van de vennootschapsbelasting gecombineerd met dat van box 2 in de inkomstenbelasting in evenwicht te houden met het effectieve tarief dat door de IB-ondernemer in box 1 is verschuldigd over de winst, is het mogelijk dat het ab-tarief over de tijd fluctueert en de ab-houder in geval van de aankondiging van een tariefsverhoging winsten eerder uitkeert om te ontkomen aan een relatief hogere heffing.

Om de ab-houder ook te stimuleren om dividend uit te keren zonder een verlaging van het ab-tarief, kan een gedifferentieerd tarief worden ingesteld.¹⁰⁶ De differentiatie vindt dan plaats tussen de reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen. Als wordt gekozen om vervreemdingsvoordelen tegen een relatief zwaarder tarief te belasten dan reguliere voordelen, heeft de ab-houder minder

¹⁰² MvT, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 496, nr. 3, onderdeel 4, p. 4.

¹⁰³ Heithuis, *NTRF 2019/1020*.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 32 140, nr. 71; *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 38.

¹⁰⁵ MvT, *Kamerstukken II 2020/21*, 35 572, nr. 3, onderdeel 14, p. 18.

¹⁰⁶ Heithuis, *NTRF 2019/1020*.

redenen om het laten uitkeren van dividend voor zich uit te schuiven en is aannemelijk dat met meer regelmaat dividend wordt uitgekeerd. Door het stimuleren van het uitkeren van dividend wordt het *lock-in* effect tegengaan, wat inhoudt dat het uitstel van de winstuitkeringen wordt verklaard door de 'pijn' die belastingplichtige ervaart in geval van belastingheffing.¹⁰⁷ De belastingplichtige ervaart op basis van betreffend alternatief immers minder pijn wanneer de winst met regelmaat door de vennootschap wordt uitgekeerd in tegenstelling tot het langdurig uitstellen van winstneming tot dat de aandelen worden vervreemd. Wel is het noodzakelijk om een minimale termijn in te voeren tussen de winstuitkering en vervreemding van de aandelen, omdat anders alvorens de vervreemding alle winstreserves uitgekeerd kunnen worden en de maatregel wordt ontweken.¹⁰⁸

De doeltreffendheid van deze optie schiet enigszins tekort, omdat de ab-houder niet wordt verplicht tot het laten uitkeren van dividend waardoor heffing mogelijk dus nog steeds wordt uitgesteld. Door het tariefverschil tussen de vervreemdingsvoordelen en reguliere voordelen te vergroten kan de doeltreffendheid van het alternatief dan ook worden verbeterd. Een budgettair effect zoals dat expliciet wordt aangekaart door de wetgever doet zich dan in ieder geval wel in beduidend positieve vorm voor, wat de efficiëntie van dit alternatief ten goede komt.¹⁰⁹ Dit effect wordt versterkt wanneer de uitgekeerde winsten door de ab-houder in privé worden belegd of op een spaarrekening worden gestort, omdat de gelden dan tevens tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren. Daarnaast is de alternatieve maatregel relatief eenvoudig, gezien de voordelen uit het aanmerkelijk belang op huidig moment op grond van artikel 4.12 van de Wet IB 2001 reeds separaat worden vastgesteld en dus slechts een toevoeging van een tweede tarief in box 2 is vereist.

Het invoeren van een gedifferentieerd tarief in box 2 komt in hoofdlijnen overeen met de fiscale behandeling van de voordelen afkomstig uit aandelen tot 1997. Tot die tijd vielen de reguliere voordelen namelijk nog niet onder het aanmerkelijkbelangregime en was een ander tarief verschuldigd dan over vervreemdingsvoordelen op grond van artikel 24 respectievelijk artikel 39 van de Wet IB 1964. Een verschil met het voorgestelde alternatief op het wetsvoorstel is dat destijds over vervreemdingsvoordelen juist een lager tarief werd geheven dan over de reguliere voordelen.

4.4 Loan-to-value ratio

Volgens de wetgever is iedere lening boven de € 500.000 een excessieve lening. Echter wordt geen rekening gehouden met de relatie tussen de omvang en de aanwending van de lening.¹¹⁰ Deze relatie is een andere manier om een lening te beoordelen op excessiviteit. De verhouding tussen de omvang van de lening en de waarde van hetgeen met de lening wordt aangeschaft, wordt aangeduid als de *loan-to-value* ratio. Op indirecte wijze wordt deze methode reeds gehanteerd in het wetsvoorstel. Op grond van het voorgestelde artikel 4.14a lid 6 Wet IB 2001 is namelijk vereist dat zekerheid in de vorm van een hypotheekrecht wordt geboden wanneer aan de ab-houder door de eigen vennootschap een eigenwoningschuld is verstrekt.¹¹¹ Een mogelijke directe vorm van het *loan-to-value* ratio betreft het vergelijken van het totale vermogen van de ab-houder met de hoogte van de lening die wordt aangegaan bij de vennootschap. In die vorm ontstaat door het beeld van de complete vermogenspositie van de ab-houder een correctere weergave van de mate van excessiviteit van de lening in vergelijking met het slechts in beschouwing nemen van de hoogte van de lening en het hiermee gefinancierde actief. Een aanvullende verbetering aan het beeld van de excessiviteit kan worden verricht door ook de omvang van het vermogen van de vennootschap mee te nemen in de beoordeling.

¹⁰⁷ *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 35.

¹⁰⁸ Heithuis, *NTRF* 2019/1020.

¹⁰⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, onderdeel 9, p. 13.

¹¹⁰ Boer & Heithuis, *WFR* 2020/170.

¹¹¹ Boer, *WFR* 2019/70.

Een lening kan volgens Stevens door de *loan-to-value* maatregel worden beoordeeld op excessiviteit door de waarde van de netto-bezittingen van de ab-houder in box 1 en 3 die met de lening worden gefinancierd te vergelijken met de grootte van de aangegane schuld bij de eigen vennootschap.¹¹² Een minimaal ratio tussen de lening en de waarde van het hiermee aangeschafte actief van ongeveer 25%, afhankelijk van het geldende ab-tarief, kan volgens Stevens worden aangehouden om de aanmerkelijkbelangclaim veilig te stellen. In die situatie wordt volgens Stevens namelijk in ieder geval over voldoende vermogen beschikt om de aanmerkelijkbelangheffing te voldoen. Als de *loan-to-value* ratio lager ligt dan dit percentage kan de aan de ab-houder verstrekte lening worden aangemerkt als een risicogeval en kan door de fiscus worden geheven over een mijns inziens zuiver excessieve lening. De lening wordt dan in zijn geheel aangemerkt als fictief dividend. Uitstel van belastingheffing wordt hierdoor dus voorkomen. Bij *loan-to-value* ratio's boven de voorgestelde minimum norm van 25% blijven de huidige mogelijkheden van de fiscus bestaan om de lening als verkapte winstuitdeling aan te merken zonder dat de lening als excessief wordt aangemerkt, zoals dit is besproken in hoofdstuk 2. Een punt van aandacht vormt de peildatum van de netto-bezittingen die worden meegenomen in het bepalen van de ratio. Het is namelijk waarschijnlijk dat de omvang hiervan gedurende het jaar fluctueert en geen reëel beeld tot stand komt van de vermogenspositie van de ab-houder. Een suggestie zou kunnen zijn om het gemiddelde vermogen in een jaar in aanmerking te nemen.¹¹³

Een voordeel van het *loan-to-value* alternatief ten opzichte van het wetsvoorstel is de hogere mate van doeltreffendheid. In vergelijking met het wetsvoorstel wordt namelijk niet voorbij gegaan aan het doel, doordat slechts de risicogevallen in de heffing worden betrokken. Het meten van de excessiviteit van een lening aan de hand van de omvang van de lening, het vermogen van de vennootschap en het vermogen van de ab-houder in plaats van een arbitrair bedrag van € 500.000, geeft naar mijn idee beter weer in hoeverre door de belastingplichtige excessief wordt geleend en dus belastingheffing wordt uitgesteld. Ook worden ab-houders met leningen kleiner dan € 500.000 die over een relatief laag *loan-to-value* ratio beschikken, getroffen door het alternatief en wordt uitstel van belastingheffing dus verder voorkomen. Het efficiëntieniveau en de uitvoerbaarheid van de maatregel voor de Belastingdienst zijn van voldoende niveau. Ieder jaar zal de waarde van de verschillende vermogensbestanddelen van de ab-houder namelijk in aanmerking genomen moeten worden, maar deze bestanddelen worden echter reeds gewaardeerd in box 3 wat een extra administratieve last en de hiermee samengaannde kosten voorkomt.¹¹⁴ Dit is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever.¹¹⁵

4.5 Forfaitair rendement

Een andere mogelijkheid om het uitstel van belastingheffing door de ab-houder tegen te gaan, is het instellen van een forfaitair rendement wat de ab-houder ieder jaar geacht wordt te genieten. Deze optie is door de Commissie Van Dijkhuizen gesuggereerd in 2013.¹¹⁶ In dit rapport werd de mogelijkheid tot het uitstellen van belastingheffing al tegen het licht gehouden. Voorgesteld werd om het aanmerkelijk belang jaarlijks te belasten tegen een forfaitair rendement over de waarde van de aandelen. Deze heffing functioneert als een type voorheffing. Wanneer de ab-houder in een jaar dividend krijgt uitgekeerd, wordt de verschuldigde belasting over dit voordeel namelijk verrekend met de heffing over het forfaitair rendement dat tegen hetzelfde box 2 tarief wordt belast. In het geval dat minder dividend wordt uitgekeerd dan de hoogte van het forfaitair rendement, zou in beginsel dubbele heffing ontstaan bij een toekomstige vervreemding van de aandelen. Deze situatie wordt echter voorkomen, doordat de verkrijgingsprijs van de aandelen wordt verhoogd met het verschil tussen het

¹¹² Stevens, *WFR* 2019/71.

¹¹³ Stevens, *WFR* 2019/71.

¹¹⁴ Stevens, *WFR* 2019/71.

¹¹⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 496, nr. 3, onderdeel 5.1, p. 6.

¹¹⁶ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 52.

forfaitair rendement en een lager werkelijk uitgekeerd dividend.¹¹⁷ Met de maatregel wordt dus gestimuleerd dat regelmatig dividend wordt uitgekeerd door de vennootschap en minder uitstel van belastingheffing door de ab-houder plaatsvindt.¹¹⁸ Ook in de Bouwstenennotitie is de betreffende maatregel aangedragen om fiscaal gedreven belastinguitstel tegen te gaan.¹¹⁹

Het jaarlijks in aanmerking nemen van een forfaitair rendement is op basis van artikel 4.14 Wet IB 2001 al een bestaande regeling voor de vrijgestelde beleggingsinstellingen en buitenlandse beleggingslichamen. Het forfaitair rendement wordt in dat geval berekend over de waarde in het economische verkeer van de aandelen. Wanneer de waarde in het economische verkeer van de aandelen als grondslag voor het forfaitaire rendement wordt gebruikt, ontstaat een negatieve invloed op de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst doordat de waarde van de ab-aandelen niet standaard ieder jaar wordt vastgesteld. Daarom wordt in het rapport voorgesteld om de aandelen te waarderen tegen het fiscale eigen vermogen bij het bepalen van de grondslag.¹²⁰ Deze waarde is al jaarlijks vereist voor de aangifte vennootschapsbelasting. Het buiten beschouwing laten van de goodwill en stille reserves kan echter tot onevenwichtige situaties leiden.

Behalve dat dit alternatief zorgt voor het terugdringen van excessief lenen van de eigen vennootschap en dus uitstel van belastingheffing voorkomt, gaan er ook een aantal nadelen gepaard met eventuele invoering van deze maatregel. Zo kan in bepaalde jaren de gegenereerde winst van een vennootschap sterk afwijken van het forfaitaire rendement door bijvoorbeeld tegenvallende resultaten van de vennootschap. De verkrijgingsprijs van de aandelen wordt dan verhoogd, maar deze tegemoetkoming kan pas worden gerealiseerd bij vervreemding van de aandelen. Tot die tijd kan de belastingplichtige dus te maken krijgen met een hogere belastingheffing dan dat werkelijk aan dividend genoten had kunnen worden. In de fictiefloonregeling uit art. 12a van de Wet LB 1964 kan zich een soortgelijke situatie voordoen. Als de vennootschap structureel verliesgevend is, mag het fictief loon lager worden vastgesteld.¹²¹

Daarnaast wordt de investeringsruimte van de betreffende vennootschap beperkt door het jaarlijks in aanmerking nemen van een forfaitair rendement op het aanmerkelijk belang wanneer de ab-houder in privé niet beschikt over voldoende middelen om de verschuldigde heffing over het fictieve rendement te voldoen.¹²² Dit is dus eenzelfde aangelegenheid als zich zou voordoen ten gevolge van het wetsvoorstel, aangezien dan ook over middelen door de ab-houder dient te worden beschikt indien moet worden afgerekend over een positief fictief regulier voordeel.

Het doel van de wetgever om belastinguitstel te voorkomen wordt mijns inziens met deze regeling tot op zekere hoogte behaald doordat de ab-houder wordt gestimuleerd dividend te laten uitkeren en uitstel van belastingheffing dus wordt voorkomen. Een kanttekening betreft de omstandigheid dat in verliesjaren van de vennootschap ook een fictief rendement in aanmerking wordt genomen waardoor de ab-houder in die jaren over de middelen moet beschikken om de heffing over dit fictief rendement te voldoen. Dit kan ten koste gaan van de continuïteit van de vennootschap en gaat naar mijn mening voorbij aan het doel van het wetsvoorstel. Wat betreft de doelmatigheid zorgt de jaarlijkse heffing wel voor een structurele opbrengst. Met de alternatieve maatregel gaan volgens het rapport van de Commissie Van Dijkhuizen extra uitvoeringslasten gepaard door de vereiste aanpassingen om de maatregel en daarnaast de benodigde aanvullende regelgeving met een nadere uitwerking te

¹¹⁷ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 53.

¹¹⁸ Heithuis, *NTR* 2013/1395.

¹¹⁹ *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020*, p. 39.

¹²⁰ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 53.

¹²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8030, nr. 11/00445 en 446, *V-N* 2014/25.16.

¹²² Stevens, *WFR* 2019/71.

implementeren.¹²³ Dergelijke lasten worden evenwel veroorzaakt door andere vernieuwingen in de fiscale wetgeving; daardoor kan niet worden gezegd dat dit punt de uitvoerbaarheid van het alternatief aanmerkelijk verslechterd.

4.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende alternatieven besproken voor het ingediende wetsvoorstel jegens het excessief lenen van de eigen vennootschap. Een essentieel kritiekpunt op de beoogde maatregel zoals dat is aangedragen in hoofdstuk 3, is het voorbij gaan aan het doel van het wetsvoorstel. Alle leningen die zijn verstrekt aan de ab-houder worden namelijk door de beoogde maatregel getroffen. Het beperken van de maatregel tot consumptieve kredieten zorgt dan ook voor een verbetering van de doeltreffendheid van de beoogde maatregel. Deze alternatieve maatregel beschikt wel over een geringere doelmatigheid vergeleken met het huidige wetsvoorstel, maar die belemmering kan worden voorkomen door de drempel van het maximumbedrag te verlagen.

Het invoeren van een gedifferentieerd tarief in box 2 is een alternatief dat een verzwaring van de uitvoeringslasten voorkomt en daarnaast voor een structurele opbrengst kan zorgen indien de ab-houder daadwerkelijk over gaat tot het uitkeren van dividend door het relatief lagere tarief voor reguliere voordelen. Dit laatste aspect zorgt door de vrijblijvendheid daarvan echter voor onzekerheid omtrent de doeltreffendheid van het alternatief.

De *loan-to-value* maatregel zorgt voor een verbetering van de doeltreffendheid ten opzichte van het wetsvoorstel. Ook de doelmatigheid en de uitvoerbaarheid van het alternatief zijn redelijk in orde. De afzonderlijke waardering van vermogensbestanddelen zorgt namelijk niet voor een significante verslechtering van de efficiëntie en uitvoerbaarheid van het alternatief. Het hanteren van een forfaitair rendement op het aanmerkelijk belang is mijns inziens niet de beste mogelijkheid om uitstel van belastingheffing tegen te gaan, aangezien de investeringsruimte van de vennootschap door de maatregel wordt beperkt en de heffing hoger kan uitvallen dan het werkelijk genoten inkomen uit het aanmerkelijk belang.

Onderstaand is de beoordeling van de alternatieven schematisch weergegeven:

Alternatief	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Uitvoerbaarheid
Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap	×	+	+
Beperking maatregel tot consumptieve leningen	+	×	×
Gedifferentieerd tarief in box 2	×	+	+
<i>Loan-to-value</i> ratio	+	+	+
Forfaitair rendement	×	+	+

¹²³ Eindrapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen 2013, p. 54.

Hoofdstuk 5 Samenvatting en conclusie

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de voorgaande hoofdstukken waarin antwoorden op de deelvragen zijn geformuleerd, de probleemstelling van het onderzoek beantwoord. Aangevangen wordt met een beknopte bespreking van de mogelijkheden waarop de liquide middelen uit de vennootschap haar ab-houder persoonlijk kunnen bereiken, zoals dat heeft plaatsgevonden in hoofdstuk 2. Vervolgens wordt de inhoudelijke uitwerking van het wetsvoorstel tegen het excessief lenen van de eigen vennootschap, samen met de beoordeling omtrent de effectiviteit, efficiëntie en uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel samengevat zoals dat in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen. Door middel van de beoordeling van het wetsvoorstel kan aansluitend een oordeel worden geformuleerd omtrent de in dit onderzoek centraal staande hypothese. De hypothese is in hoofdstuk 1 geformuleerd:

'Het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap is een geschikte aanvulling op het huidig wettelijk kader om belastinguitstel en belastingafstel te voorkomen.'

Na de beantwoording van de probleemstelling wordt geëindigd met een bespreking van mogelijke alternatieven op het wetsvoorstel die in hoofdstuk 4 zijn aangedragen.

5.2 Samenvatting

De DGA geniet inkomen in de vorm van een (fictieve) arbeidsbeloning die wordt belast in box 1 van de Wet IB 2001. Daarnaast ontvangt de DGA in zijn hoedanigheid van ab-houder dividend dat als regulier voordeel wordt belast in box 2. Door de gebruikelijkloonregeling is de ab-houder niet geheel vrij om eigenhandig een arbeidsbeloning vast te stellen en wordt door deze regeling tariefarbitrage voorkomen. Naast het uitkeren van loon of dividend door de vennootschap kunnen middelen ook door de ab-houder uit de vennootschap worden gehaald door het verstrekken van een lening aan de ab-houder. In die situatie wordt geen belastbaar voordeel genoten. Heffing van inkomstenbelasting wordt op deze manier uitgesteld. Door jurisprudentie is het echter mogelijk voor de Belastingdienst om in specifieke situaties de verstrekking van een lening als winstuitdeling te bestempelen. De bewijslast om dit standpunt aannemelijk te maken ligt bij de Belastingdienst. Hierdoor kan niet in iedere situatie waarin in relatief hoge mate van de vennootschap wordt geleend door de ab-houder, het uitstel van belastingheffing worden voorkomen.

Om uitstel van belastingheffing tegen te gaan is het wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap ingediend. Met het wetsvoorstel wordt door de wetgever getracht om het verstrekken van excessieve leningen door een vennootschap aan haar ab-houder te ontmoedigen. Een lening boven het maximumbedrag van € 500.000 wordt door de wetgever als excessief beschouwd. Iedere vorm van een financiering aan de ab-houder wordt door de maatregel getroffen, met als enige uitzondering de eigenwoningschuld van de ab-houder. Over het bovenmatige deel van een dergelijke excessieve lening is heffing verschuldigd in de vorm van een fictief regulier voordeel dat wordt genoten door de ab-houder. Het voordeel zal worden toegevoegd aan de reeds bestaande voordelen die uit een aanmerkelijk belang genoten kunnen worden op grond van art. 4.13 van de Wet IB 2001.

Dubbele heffing bij de ab-houder wordt voorkomen in bijvoorbeeld de situatie dat meerdere jaren dezelfde bovenmatige schuld wordt aangehouden, doordat het maximumbedrag van de belastingplichtige op grond van het voorgestelde artikel 4.14a van de Wet IB 2001 wordt verhoogd met het bedrag dat als positief fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen. Tevens wordt bij de lenende ab-houder op grond van hetzelfde artikel een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking genomen wanneer een bovenmatig deel van de excessieve lening wordt afgelost. Wanneer aan een verbonden persoon van de ab-houder wordt geleend door de vennootschap, wordt het bovenmatige

deel van de schuld die de verbonden persoon is aangegaan bij de vennootschap toegerekend aan de ab-houder door het voorgestelde artikel 4.14b van de Wet IB 2001.

5.3 Beoordeling wetsvoorstel

In het tweede deel van hoofdstuk 3 is het wetsvoorstel beoordeeld aan de hand van de toetsingscriteria doeltreffendheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid. Het wetsvoorstel schiet mijns inziens tekort betreffende de effectiviteit door de relatief kleine groep ab-houders die wordt getroffen door de maatregel, dit zijn namelijk slechts 11.000 van de 84.000 'excessief' lenende aanmerkelijkbelanghuishouders. Ook wordt geen rekening gehouden met de financiële situatie van zowel de vennootschap als die van de lenende ab-houder.

Het wetsvoorstel gaat op andere punten juist voorbij aan het gestelde doel. Zo wordt het bovenmatige deel van de schuld indien een individu voor meerdere ab-houders als verbonden persoon kwalificeert niet proportioneel toegerekend aan iedere ab-houder. Tevens wordt in het wetsvoorstel geen rekening gehouden met de *loan-to-value* verhouding van het verstrekte krediet, waardoor de mate van excessiviteit van een lening niet correct wordt bepaald. Eveneens wordt door de wetgever geacht dat ook de ab-houder met een relatief klein belang vanaf vijf procent nauw verbonden is met de vennootschap, terwijl de invloed van een ab-houder met een belang van vijf procent in grote mate verschilt met die van bijvoorbeeld de meerderheidsaandeelhouder.

De doelmatigheid van de beoogde maatregel kwalificeert als redelijk door de relatief lage lasten die gepaard gaan met de invoering van het wetsvoorstel. Wel bestaat onzekerheid over de toekomstige opbrengsten van de maatregel, doordat deze sterk afhankelijk zijn van de gedragsreacties van de ab-houders.

De maatregel is door haar eenvoud voldoende uitvoerbaar voor de Belastingdienst, vooral door het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid, maar ook doordat geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen verschillende soorten leningen. Door de beoogde maatregel zullen dus minder arbeidsintensieve discussies met de belastingplichtige gevoerd hoeven worden. De uitvoerbaarheid voor de belastingplichtige is daarentegen van lager niveau te noemen. Zo moet de ab-houder andere financieringsmethoden vinden om heffing over de 'excessieve' lening bij de eigen vennootschap te voorkomen. Ook is de ab-houder een aanzienlijke som aan overdrachtsbelasting verschuldigd wanneer een door de eigen vennootschap gefinancierde vastgoedportefeuille moet worden verkocht aan de eigen vennootschap om de lening bij de eigen vennootschap af te lossen en hierdoor te ontkomen aan de maatregel.

5.4 Beantwoording probleemstelling

De in hoofdstuk 1 gestelde hypothese kan op basis van de antwoorden op de deelvragen van het onderzoek worden verworpen. De effectiviteit van het wetsvoorstel is niet toereikend, waardoor het voorkomen van belastinguitstel en belastingafstel in onvoldoende mate wordt verbeterd in vergelijking met de huidige instrumenten die de inspecteur tot zijn beschikking heeft om een door de eigen vennootschap verstrekte lening aan de ab-houder aan te merken als dividenduitkering. Wel ondervindt het wetsvoorstel een redelijk efficiënte werking door de relatief lage lasten. Daarnaast kan van een redelijke uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst worden gesproken ten gevolge van de eenvoud van de maatregel.

5.5 Alternatieven op het wetsvoorstel

Aan de hand van de analyse en beoordeling van het wetsvoorstel is geconcludeerd dat het beoogde maatregel niet voldoende doeltreffend is. In hoofdstuk 4 zijn dan ook verschillende alternatieven voor het wetsvoorstel aangedragen.

De beoogde maatregel kan beperkt worden tot alleen consumptieve leningen in plaats van alle soorten kredieten van de eigen vennootschap, zoals dat geldt in het wetsvoorstel. De doelmatigheid van dit alternatief kan echter niet als voldoende worden aangemerkt door de beperkte opbrengsten die zullen worden gegenereerd, maar indien het maximumbedrag aan schulden wordt verlaagd, wordt de doelmatigheid verbeterd. Een groter knelpunt vormt de uitvoerbaarheid doordat een relatief grote capaciteit wordt geëist van de Belastingdienst bij de beoordeling van de verschillende soorten leningen.

Het tweede alternatief dat is onderzocht, betreft het invoeren van een gedifferentieerd tarief in box 2. Deze optie voorkomt extra uitvoeringslasten en zorgt potentieel voor een structurele opbrengst doordat het laten uitkeren van dividend voor de ab-houder aantrekkelijker wordt dan het uitstellen van winstuitkeringen en daarmee dus belastingheffing. Niet zeker is echter of de ab-houder daadwerkelijk over gaat tot het laten uitkeren van dividend, wat er voor zorgt dat het alternatief niet als voldoende doeltreffend kwalificeert.

De excessiviteit kan op correctere wijze worden bepaald door het algehele vermogen van de ab-houder en zijn vennootschap waarvan wordt geleend mee te nemen in de beoordeling in de vorm van een *loan-to-value* maatregel. Wanneer niet aan de vereiste *loan-to-value* verhouding is voldaan, wordt de lening als winstuitdeling aangemerkt. Het alternatief is doeltreffend, omdat enkel de zuiver excessief lenende ab-houders door de maatregel worden getroffen in plaats van alle bij de eigen vennootschap lenende ab-houders. Doordat de vermogensbestanddelen van de ab-houder reeds in box 3 worden gewaardeerd, is de maatregel tevens efficiënt en voldoende uitvoerbaar.

Het instellen van een forfaitaire heffing over het aanmerkelijk belang bereikt het beoogde doel niet in voldoende mate, omdat in verliesjaren van de vennootschap waarvan wordt geleend door de ab-houder, tevens fictief een rendement op de aandelen wordt genoten en dus heffing is verschuldigd terwijl de ab-houder het betreffende jaar in werkelijkheid geen voordelen uit de aandelen heeft genoten. Het alternatief is daarentegen wel efficiënt door de structurele opbrengst die ontstaat.

Samengevat kan de beoordeling van het wetsvoorstel en de alternatieven schematisch worden weergegeven:

Alternatief	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Uitvoerbaarheid
Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap	✗	+	+
Beperking maatregel tot consumptieve leningen	+	✗	✗
Gedifferentieerd tarief in box 2	✗	+	+
<i>Loan-to-value</i> ratio	+	+	+
Forfaitair rendement	✗	+	+

Al met al is te zeggen dat het huidige wetsvoorstel naar mijn mening moet worden vervangen doordat het niet voldoende het door de wetgever gestelde doel bereikt. Het meest geschikte alternatief van de aangedragen opties is het instellen van een *loan-to-value* ratio waaraan de lening die is aangegaan bij de eigen vennootschap moet voldoen, om te voorkomen dat de lening als winstuitkering wordt aangemerkt. Het uitstel en afstel van belastingheffing dat ontstaat door het lenen van de eigen vennootschap zal door het invoeren van dit alternatief aanzienlijk worden beperkt.

6 Jurisprudentielijst en literatuurlijst

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

- HR 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, nr. 15 225, *BNB* 1964/196.
HR 25 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2827, nr. 18 967, *BNB* 1978/311.
HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, nr. 23 919, *BNB* 1988/217.
HR 29 maart 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AW4028, nr. 92/1196, *FED* 1993/388.
HR 11 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2443, nr. 32 964, *BNB* 1998/98.
HR 6 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7072, nr. 37 205, *BNB* 2002/348.
HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, nr. 40 296, *BNB* 2005/64.
HR 10 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7206, nr. 40 890, *BNB* 2005/269.
HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9678, nr. 43.336, *V-N* 2007/14.13.
HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, nr. 43 849, *BNB* 2008/191.
HR 12 september 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BA6417, nr. 43366, *BNB* 2009/13, m.nt. E.J.W. Heithuis.
HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH0546, nr. 08/02433, *BNB* 2009/312, m.nt. P. Kavelaars.
HR 25 november 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37.
HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, nr. 10/05161, *BNB* 2012/38.
HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:857, nr. 19/05492, *V-N* 2020/26.29.1.

Hof

- Hof 's-Gravenhage 24 september 1979, *V-N* 1981, p. 1645.
Hof Amsterdam 29 maart 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AW4028, nr. 92/1196, *FED* 1993/388.
Hof Amsterdam 23 november 1994, *V-N* 1995, p. 900.
Hof Amsterdam 26 september 1997, *V-N* 1998, p. 1332.
Hof Amsterdam 16 januari 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV9184, nr 96/2769, *V-N* 1998/21.9.
Hof Arnhem 15 december 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA9516, nr. 98/3124, *V-N* 2001/19.24.
Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BP3536, nr. 09/00656, *V-N* 2011/11.2.2.
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8030, nr. 11/00445 en 446, *V-N* 2014/25.16.
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, nr. 13/01158 en 13/01159, *V-N* 2015/25.19.24.

Rechtbank

- Rb. Breda 20 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL5299, nr. 08/5672, *NTFR* 2010/758.
Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:4553, nr. 08, 9337.

[Literatuurlijst](#)

Artikelen

Auerbach & Peters, *FTV* 2019/3-10

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

Boer, *WFR* 2019/70

J.P. Boer, 'Excessief wetsvoorstel lenen bij eigen vennootschap', *WFR* 2019/70.

Boer, *WFR* 2020/119

J.P. Boer, 'Excessief lenen - "Eerste steen gelegd door J.A. Vijlbrief op 17 juni 2020"', *WFR* 2020/119.

Boer & Heithuis, *WFR* 2020/170

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

Boer & Heithuis, *WFR* 2020/175

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

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

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

Heithuis, *NFR* 2013/1395

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

Heithuis, *NFR* 2019/1020

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

Heithuis, *WFR* 2020/13

E.J.W. Heithuis, "'Kinderregeling" in conceptwetsvoorstel "Excessief lenen bij eigen vennootschap" moet beter!', *WFR* 2020/13.

Herreveld, *Het Register: vakblad van het Register van belastingadviseurs* 2016, afl. 2

F.R. Herreveld, 'Wegstrepen dga-schuld: een doos van Pandora', *Het Register: vakblad van het Register van belastingadviseurs* 2016.

Jansen & Sturme, *FTV* 2021/1-3

J.H.J. Jansen & J.J.J.M. Sturme, 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap en het gebrek aan tegenbewijs', *FTV* 2021/1-3.

Meijer, *WFR* 2015/918

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

Muller, *Taxlive* 2020

M. Muller, 'Voorstel tegen excessief lenen bij eigen bv nog altijd onder de maat', *Taxlive.nl* 2020.

Meussen, *FED* 1997/870

G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870.

Rijkers, FTV 2019/5-20

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

Stevens, FD 1 april 2019

L.G.M. Stevens, 'Belastingheffing over leningen bij de eigen bv zou contraproductief zijn', *FD* 1 april 2019.

Stevens, WFR 2019/71

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

Taxlive, VN Vandaag 2021/1284

Taxlive, 'Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap gewijzigd', *V-N Vandaag* 2021/1284.

Witpeerd, FTV 2019/6-25

F.M. Witpeerd, 'De excessieve reactie op het wetsvoorstel excessief lenen van de eigen bv', *FTV* 2019/6-25.

Boeken**Brandsma 2004**

Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Deventer: Kluwer 2004.

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2019

Heithuis, Kavelaars & Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Vakstudie Inkomstenbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Deventer: Wolters Kluwer.

Mediabronnen**Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2019**

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

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2020

NOB (2020), Betreft het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 februari 1997 (*Stb.* 2000, 216).

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

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 februari 2017, nr. 2017-0000023352.

Brief staatssecretaris, 23 februari 2018, kenmerk 2018-0000027221, Fiscale beleidsagenda, *V-N* 2018/14.1.

Kamerstukken II 1989/90, 16625, nr. 121.
Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2.
Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. B.
Kamerstukken II 1996/97, 24 758, nr. 9.
Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 72.
Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 6.
Kamerstukken II 2019/20, 32 140, nr. 71.
Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 2.
Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 4.

MvT, *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3.*
MvT, *Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 3.*
MvT, *Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 3.*

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

Concept Memorie van toelichting excessief lenen bij de eigen vennootschap 4 maart 2019,
<https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen>.

Ministerie van Financiën, *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang*, mei 2020.