

Bachelorscriptie Fiscale economie

**De TBS-regelingen van art. 3.91 & 3.92 Wet op de
Inkomstenbelasting getoetst**

Naam: Robert Prinsze
Studentnummer: 483938

Begeleider: mr. R.B.N. van Ovost
Tweede beoordelaar: drs. M.T.E. Robben

Datum definitieve versie: 15 april 2022

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.

Hoofdstuk 1 - Inleiding	4
1.1 Aanleiding tot onderzoek	4
1.2 Probleemstelling.....	5
1.3 Relevantie.....	6
1.4 Opzet en aanpak.....	6
Hoofdstuk 2 – Draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid	7
2.1 Het draagkrachtbeginsel.....	7
2.1.1 Draagkrachtgedachte	7
2.1.2 Onzuivere draagkrachtimplementatie.....	7
2.1.3 Draagkrachtomvang	8
2.1.4 Draagkrachtomvang: meten per individu of gezin?	8
2.1.5 Toetsen aan draagkracht	9
2.2 Het gelijkheidsbeginsel.....	9
2.2.1 Spelregel behoorlijke wetgeving	9
2.2.2 Gelijke gevallen.....	10
2.2.3 (On)gerechtvaardigde discriminatie	10
2.2.4 Objectieve en redelijke rechtvaardiging.....	11
2.2.5 Toetsen aan gelijkheid	11
2.3 Het doeltreffendheidsbeginsel	11
2.3.1 Functies van belastingheffing	11
2.3.2 Doeltreffendheid	12
2.3.3 Toetsen aan doeltreffendheid	12
Hoofdstuk 3 – Introductie TBS.....	13
3.1 Ontstaansgeschiedenis van de terbeschikkingstellingsregeling	13
3.1.1 TBS en de Wet IB 2001	13
3.1.2 Vermogensetikettering en bestrijding boxenarbitrage	13
3.1.3 De TBS-regelingen	15
3.1.4 Aansluiting bij het winstregime van box 1.....	15
3.1.5 TBS-vrijstelling	16
3.2 Aanvullende begrippen	16
3.2.1 Verbonden personen.....	16
3.2.2 Wijze van TBS	17
3.2.3 Kwalificerende vermogensbestanddelen	18
3.3 De ongebruikelijke TBS-regeling.....	18
3.3.1 Ruimere familiekring	18

3.3.2 In het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk.....	19
3.4 (On)zakelijk & (on)gebruikelijk	20
3.4.1 Zakelijkheidstoets	20
3.4.2 Gebruikelijkheidstoets	20
3.4.3 Samenloop zakelijk en gebruikelijk.....	21
3.5 Nadere knelpunten	22
3.5.1 Eenvoud en rechtszekerheid	22
3.5.2 TBS en het huwelijksgoederenregime	23
3.5.3 Huwelijksproblematiek art. 3.91	23
3.5.4 De firma tussen levenspartners.....	25
3.5.5 Afrekenproblematiek door beëindiging TBS.....	26
Hoofdstuk 4 – Toetsen aan belastingbeginselen	28
4.1 Het draagkrachtbeginsel.....	28
4.1.1 Implementatie draagkrachtgedachte Wet IB	28
4.1.2 Schijnbaar gelijke gevallen.....	28
4.1.3 Ongewenste beëindiging TBS	29
4.1.4 Conclusie en alternatief	31
4.2 Het gelijkheidsbeginsel	32
4.2.1 Probleemstelling ‘ruimere’ familiekring	32
4.2.2 Onrechtvaardige discriminatie	34
4.2.3 Beoordeling ‘ruimere’ familiekring.....	34
4.2.4 Toetsing ongebruikelijke TBS.....	35
4.2.5 Rechtvaardige discriminatie ongebruikelijke TBS?	36
4.2.6 Conclusie en alternatief.....	36
4.3 Het doeltreffendheidsbeginsel	37
4.3.1 Doelstellingen TBS-regeling	37
4.3.2 Fictieve ‘onderneming’ of ‘werkzaamheid’	38
4.3.3 Eenvoud en rechtszekerheid	39
4.3.4 Conclusie en alternatief.....	40
Conclusie	41
Overpeinzing	44
Literatuurlijst	45

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Aanleiding tot onderzoek

Met de belastingherziening van 2001, en daarmee de introductie van het boxensysteem, werden de terbeschikkingstellingsregelingen (verder: TBS-regelingen) in het leven geroepen. Deze regelingen hadden als voornaamste doel het bestrijden van misbruiksituaties die konden ontstaan door de tariefverschillen tussen de boxen. Het moest in eerste instantie voorkomen dat de IB-ondernemer – al dan niet tezamen met zijn partner of minderjarige kinderen – op gekunstelde wijze ervoor zou zorgen dat vermogensbestanddelen die gebruikt worden voor de bedrijfsvoering werden ondergebracht in de privésfeer in box 3. Deze box kende namelijk (en kent nog steeds) een veel gunstigere heffing. De introductie van de TBS-regelingen zorgden er in zulke situaties voortaan dus voor dat huur, rente en andere inkomsten uit vermogensbestanddelen niet in box 3, maar in box 1 in de belastingheffing werden betrokken en daar te maken kregen met het regime van resultaat uit overige werkzaamheden (ROW).

Het ontbreken van dit Nederlandse fiscale regime zou namelijk de misbruiksituatie met zich meebrengen waarbij de IB-ondernemer zijn niet-ondernemende partner (voor zover zij buiten gemeenschap van goederen gehuwd zijn) een vermogensbestanddeel laat aanschaffen dat gebruikt gaat worden in de onderneming. Het gevolg daarvan is dat de onderneming enerzijds alle (bijvoorbeeld huur)lasten tegen een hoog tarief in aftrek zou kunnen brengen, terwijl de baten anderzijds bij de ontvanger slechts te maken krijgen met de lage belastingtarieven van box 3.¹

De eerste TBS-regeling die hiervoor in art. 3.91 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (verder: Wet IB) werd opgenomen zag dus op de belastingplichtige met een IB-onderneming. Om een vlucht naar de BV te voorkomen, werd ook art. 3.92 aan de Wet IB toegevoegd. Deze regeling moest ervoor zorgen dat de balans tussen de fiscale behandeling van de IB-ondernemer en de directeur-groootaandeelhouder (verder: DGA) met een eigen BV in stand zou blijven. De DGA is namelijk geen ondernemer en kent dus niet de regels van de vermogensetikettering waar de IB-ondernemer wel mee te maken heeft. Op deze wijze werd dus voorkomen dat alle IB-ondernemers met vermogensbestanddelen die in de onderneming werden gebruikt zouden vluchten naar de BV.²

In beginsel golden de TBS-regelingen enkel voor het rendabel maken van vermogensbestanddelen doormiddel van het ter beschikking stellen aan een onderneming of de vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden door belastingplichtige zelf of door zijn partner/de minderjarige kinderen van belastingplichtige of zijn partner. De wetgever zag dat er ook buiten deze groep van verbonden personen mogelijk misbruik kon worden gemaakt van de tariefverschillen

¹ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

² TaxLive (2015), *'Frisse blik op de tbs-regeling gewenst'*.

tussen de boxen en dus besloot hij deze groep uit te breiden in lid 3 van de hiervoor benoemde artikelen.

De fiscale gevolgen en de toepassingsvereisten zijn identiek op twee verschillen na:

1. De terbeschikkingstelling is aan een persoon uit een ruimere familiekring van verbonden personen die niet al onder art. 3.91 lid 2 sub b valt. Oftewel, aan meerderjarige bloed- en aanverwanten in de rechte lijn;
2. Er is sprake van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

Volgens de wetgever zou deze ruimere kring moeten gelden wanneer “de terbeschikkingstelling kennelijk gericht is op het behalen van onwenselijke fiscale voordelen”.³ Daarbij moet worden afgevraagd of dezelfde overeenkomst zou worden gesloten tussen twee willekeurige derden. Zo zou de zakelijke en gebruikelijke verhuur van bijvoorbeeld een pand door een vader aan de BV van zijn minderjarige kind buiten het regime van de ongebruikelijke TBS moeten vallen.

Dat de Belastingherziening 2001, en daarmee de introductie van het boxensysteem in de inkomstenbelasting, zorgde voor een noodzaak tot het opnemen van anti-arbitragemaatregelen staat voorop. Toch kampen de TBS-(maat)regelingen, en met name de ongebruikelijke TBS, met een aantal problemen.

1.2 Probleemstelling

Het Nederlandse belastingsysteem is opgebouwd aan de hand van een aantal belastingbeginselen. Deze beginselen geven de rechtvaardiging tot het heffen en het verdelen van belasting en brengen in bepaalde gevallen spelregels met zich mee waaraan goede wet- en regelgeving moet voldoen. Hierom zal in deze scriptie centraal staan hoe de TBS-regelingen zich verhouden ten opzichte van enkele van deze belastingbeginselen.

Gedurende dit onderzoek zal onderzocht worden in hoeverre de TBS-regelingen voldoen aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid. Vervolgens wordt nog bekeken of een beter alternatief op de regelingen denkbaar is dat beter in overeenstemming is met de zojuist benoemde belastingbeginselen. Gezien het vorenstaande zal in de scriptie de volgende probleemstelling centraal staan:

“In hoeverre voldoen de TBS-regelingen van art. 3.91 & 3.92 Wet IB aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid en is er als blijkt dat ze er niet aan voldoen een beter alternatief?”

³ Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

1.3 Relevantie

Zoals hiervoor al genoemd is het Nederlandse belastingsysteem gebaseerd op een aantal beginselen die het heffen en verdelen van belasting rechtvaardigen. Zo is het draagkrachtbeginsel in de inkomstenbelasting (en ook voor enkele andere belastingwetten) het primaire heffingsbeginsel dat (in het geval van de Wet IB) de heffing over arbeid en vermogen rechtvaardigt.

Daarnaast zijn er ook beginselen die eerder als spelregels fungeren. Bij het opstellen van wet- en regelgeving is het van belang dat dit in overeenstemming is met deze beginselen. Het gelijkheidsbeginsel brengt bijvoorbeeld met zich mee dat wet- en regelgeving geformuleerd moet worden op een wijze die overeenstemt met dit beginsel. Een schending van dit beginsel betekent in bepaalde situaties immers een verplichte aanpassing van de tot dan toe geldende wet- of regelgeving. Verder is het ook belangrijk dat bepaalde regelgeving wel het oorspronkelijke gestelde doel tot gevolg heeft. Mocht achteraf blijken dat een wet of regel allerlei negatieve neveneffecten met zich meebrengt, en als het ware zorgt voor een 'overkill', betekent dit een inbreuk op het doelmatigheidsbeginsel.

Vanwege het hierboven beschrevene is het interessant en relevant uiteen te zetten hoe de TBS-regelingen zich verhouden ten opzichte van deze beginselen. Mocht uiteindelijk blijken dat de TBS een schending van (een of meerdere van) deze beginselen oplevert, dan kan er gekeken worden of er alternatieve mogelijkheden zijn die beter voldoen.

1.4 Opzet en aanpak

Om een goed onderbouwd antwoord te kunnen geven op de probleemstelling is het allereerst noodzakelijk om te achterhalen wat de te toetsen belastingbeginselen precies inhouden. Dit wordt in hoofdstuk 2 behandeld. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens het bestaansrecht van de TBS-regelingen toegelicht, waarna de knelpunten van de regelingen uitgebreid aan bod komen. Hoofdstuk 4 zal in het teken staan van het daadwerkelijke toetsen aan de belastingbeginselen waarbij er, indien dat nodig wordt geacht, wordt gekeken of er alternatieve wet- en regelgeving vindbaar is die beter overeenstemt met de in deze scriptie behandelde belastingbeginselen. Ten slotte zal in de Conclusie een weloverwogen antwoord op de probleemstelling worden geformuleerd.

Hoofdstuk 2 – Draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid

In het eerste hoofdstuk is al duidelijk geworden dat in deze scriptie wordt onderzocht of, en in hoeverre, de TBS-regelingen van art. 3.91 & 3.92 Wet IB voldoen aan het draagkracht-, gelijkheids- en het doeltreffendheidsbeginsel. Voordat dit in het vierde hoofdstuk daadwerkelijk getoetst gaat worden, wordt in dit hoofdstuk eerst uitgewerkt wat deze beginselen precies inhouden.

2.1 Het draagkrachtbeginsel

2.1.1 Draagkrachtgedachte

Belastingheffing roept de vraag op hoe er op een rechtvaardige wijze belasting geheven en verdeeld moet worden en daarover gaan de heffings- en verdelingsbeginselen. Het draagkrachtbeginsel vormt het dominante fiscale verdelings- en heffingsbeginsel en betekent kort gezegd het volgende: “De sterkste schouders dragen de zwaarste lasten”.⁴ Volgens het draagkrachtbeginsel moeten belastingplichtigen met hogere inkomens procentueel meer belasting afdragen dan belastingplichtigen met lagere inkomens. Het beginsel brengt dus een progressief element met zich mee.

Onder andere binnen de Wet op de Inkomstenbelasting vormt het draagkrachtbeginsel het dominante fiscale heffings- en verdelingsbeginsel waarnaar gerechtvaardigde belastingheffing plaatsvindt. De maatstaf voor de belastingheffing is ieders mogelijkheid tot het betalen van belasting. Neemt deze mogelijkheid toe, dan dient ook een groter bedrag aan belasting te worden betaald.⁵ Het draagkrachtbeginsel wordt vandaar ook wel het *ability-to-pay principle* of het *Leistungsfähigkeitsprinzip* genoemd.⁶ Ondanks dat deze gedachte vanuit een inkomensherverdelingsoogpunt zo sympathiek in de oren klinkt, kleven er belangrijke tekortkomingen aan en verloopt de implementatie van dit gedachtegoed in de Nederlandse fiscale belastingwetgeving lang niet vlekkeloos. In deze scriptie wordt daarbij enkel naar de Wet IB gekeken.

2.1.2 Onzuivere draagkrachtimplementatie

Een belastingheffing, gebaseerd op de draagkrachtgedachte, stelt dat elke verdiende euro, ongeacht waar deze vandaan komt, op gelijke wijze in de belastingheffing moet worden betrokken. Deze euro-is-euro-regel stelt dat elke euro wordt geacht dezelfde draagkracht op te leveren. Er zou dus geen onderscheid moeten zijn in de wijze waarop deze euro in de belastingheffing wordt betrokken.⁷

Implementatie van een stelsel dat deze gelijke wijze van belastingheffing op elke verdiende euro ondersteunt, zou betekenen dat iedere vorm van inkomen dan zou

⁴ Wijtvtiet (2021), *Het draagkrachtbeginsel en andere verdelingsbeginselen: gedachten over hun invulling, rol en betekenis voor belastingheffing*.

⁵ Heithuis (1999), *Draagkrachtbeginsel als leidende gedachte*.

⁶ Wijtvtiet (2021), *Het draagkrachtbeginsel en andere verdelingsbeginselen: gedachten over hun invulling, rol en betekenis voor belastingheffing*.

⁷ Stevens en Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*.

moeten vallen onder een alomvattend inkomensbegrip. Een stelsel dat een dergelijke wijze van belastingheffing ondersteunt, wordt een 'synthetisch' stelsel genoemd. Tegenover het synthetische stelsel staat een 'analytisch' stelsel. Dit houdt in dat de afzonderlijke bestanddelen van het inkomen worden onderscheiden en ieder worden onderworpen aan een zelfstandige heffing.⁸

Het analytische karakter van de Nederlandse fiscale wetgeving, dat zich onder andere in de Wet IB uit door de tariefverschillen tussen box 1 en box 3, benadrukt duidelijk dat het draagkrachtbeginsel niet in zijn volledigheid is geïmplementeerd als heffings- en verdelingsbeginsel voor de inkomstenbelasting. Naast deze onzuivere implementatie, wat een inbreuk vormt op het draagkrachtbeginsel, heerst er ook nog enige onduidelijkheid over wat volgens de draagkrachtgedachte precies tot de omvang van eenieder zijn of haar draagkracht gerekend dient te worden en of dit gemeten dient te worden per individu of (indien van toepassing) per gezin/huishouden.

2.1.3 Draagkrachtomvang

Binnen de Wet IB wordt van natuurlijke personen enkel belasting geheven over inkomsten uit vermogen en arbeid (in geld). De draagkrachtgedachte op zichzelf bezien omvat echter meer dan de omvang van eenieder zijn of haar inkomen uit vermogen of arbeid. De gebruikelijke definitie dat draagkracht wordt gevormd door de omvang van de individueel beschikbare middelen tot behoeftebevrediging, voor zover zij niet voor een naar maatschappelijke opvatting minimale levensstandaard nodig zijn, brengt met zich mee dat deze omvang wordt gevormd door meer dan alleen maar de factor inkomen in geld (uit vermogen of arbeid).

Volgens de hoofdgedachte is draagkracht een combinatie van meerdere uiteenlopende factoren. Naast inkomen en vermogen zijn factoren als de gezinssamenstelling, ziekte en ouderdom, persoonlijke eigenschappen als intellect, energie, het genot van vrije tijd en de mate van inspanning waarmee het inkomen wordt verkregen factoren die in aanmerking kunnen worden genomen bij de bepaling van de omvang van de draagkracht van een individu.⁹ Al deze factoren hebben immers invloed op de mate waarin deze individu in staat is om meer inkomen te verwerven en daarmee een groter bedrag aan belasting te kunnen betalen. De draagkrachtgedachte zelf geeft echter onvoldoende antwoord over de mate waarin er met deze factoren rekening gehouden dient te worden bij het bepalen van de omvang van iemand zijn of haar draagkracht. Laat staat over de mate waarin deze bijkomende factoren in de belastingheffing moeten worden betrokken. Daarnaast heerst er binnen de fiscaliteit ook nog onduidelijkheid over het niveau waarop draagkracht gemeten dient te worden.

2.1.4 Draagkrachtomvang: meten per individu of gezin?

Draagkracht wordt volgens de gedachte gevormd door de omvang van de individueel beschikbare middelen tot behoeftebevrediging, voor zover zij niet voor een naar

⁸ Heithuis (1999), *Draagkrachtbeginsel als leidende gedachte*.

⁹ Heithuis (1999), *Draagkrachtbeginsel als leidende gedachte*.

maatschappelijke opvatting minimale levensstandaard nodig zijn. Uit deze draagkrachtgedachte lijkt dan ook geconcludeerd te kunnen worden dat er op individueel niveau gekeken wordt naar eenieder zijn of haar draagkracht.

Toch zijn er ook theorieën die beargumenteren dat de beschikbare middelen tot de behoeftebevrediging van het gezin (indien van toepassing) als uitgangspunt voor de bepaling van de draagkracht gebruikt moet worden. Zo zou het hebben van een gezin schaalvoordelen opleveren en dus ten goede komen aan eenieders mogelijkheden tot het betalen van belasting.¹⁰

Ondanks dat dit een interessante discussie is, zal er in het vervolg van de scriptie alleen gekeken worden naar draagkracht met het individu als uitgangspunt. Zo kan er op gezinsniveau (lees: bij huwelijken onder gemeenschap van goederen) helemaal geen sprake zijn van TBS (zie: 3.5.3) en wordt er in box 1, en daarmee in het ROW-regime (hierover volgt in hoofdstuk 3 meer), belasting geheven per individu.

2.1.5 Toetsen aan draagkracht

Uit het hierboven beschrevene blijkt dat het draagkrachtbeginsel op zichzelf kampt met enige beperkingen/onduidelijkheden en dat de implementatie ervan in de Wet IB ook niet geheel zuiver is. Gegeven deze imperfectie en de onzuivere implementatie van het beginsel in de wet, zal in 4.1 worden getoetst in hoeverre de TBS-regelingen voldoen aan dit beginsel en wordt er, indien dat nodig wordt geacht, gekeken of er in het kader van de draagkrachtgedachte betere alternatieve wet- en regelgeving vindbaar is.

2.2 Het gelijkheidsbeginsel

2.2.1 Spelregel behoorlijke wetgeving

Bij het behandelen van belastingzaken houdt de Belastingdienst altijd rekening met een aantal algemene richtlijnen. Dit worden ook wel de ‘algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ genoemd. Als het ware zijn dit de spelregels waaraan zowel de wetgever, de Belastingdienst en andere overheidsinstanties zich moeten houden. Eén van deze ‘spelregels’ is het gelijkheidsbeginsel, ook wel het verbod op discriminatie.¹¹

Dit beginsel is onder andere opgenomen in art. 1 van de Nederlandse Grondwet.¹² Hierin wordt bepaald dat allen gelijk zijn voor de wet en dat iedereen zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet heeft. Daarmee verbiedt de wet discriminatie van welke aard dan ook en garandeert het eenieder gelijke en doelmatige bescherming hiertegen. Daarbij kan worden gedacht aan discriminatie op grond van ras, huidskleur, geslacht of geboorte.

¹⁰ Hemels (2019), *Gezin of individu: een Gordiaanse knoop in de IB – Deel 2: Overige*.

¹¹ Belastingdienst, *Spelregels: algemene beginselen van behoorlijk bestuur*.

¹² College voor Rechten van de Mens, *De Nederlandse wet over discriminatie*.

De belangrijkste boodschap is dat gelijke gevallen op een gelijke manier moeten worden behandeld. Zo kan er een beroep worden gedaan op het gelijkheidsbeginsel als andere personen in een gelijk geval gunstiger worden behandeld dan jijzelf.¹³ In tegenstelling tot het zojuist behandelde draagkrachtbeginsel, brengt het gelijkheidsbeginsel geen gedachtegoed dat het heffen en verdelen van belasting rechtvaardigt, maar vormt het een spelregel waaraan goede wet- en regelgeving moet voldoen.

2.2.2 Gelijke gevallen

Mocht er zich een situatie voordoen waarbij de ene partij (fiscaal) veel gunstiger wordt behandeld dan de andere partij, dan is het allereerst belangrijk zeker te weten of het in geschil wel over gelijke gevallen gaat. Hiervoor spreekt de Hoge Raad van ‘feitelijk en rechtens gelijke gevallen’.

Van feitelijk gelijke gevallen kan worden gesproken als de gevallen die met elkaar vergeleken worden, dezelfde feitelijke kenmerken hebben. Daarbij gaat het enkel over de relevante omstandigheden die van toepassing zijn voor de belastingheffing en dus niet puur om de abstracte vergelijking.

Daarnaast is het belangrijk dat de gelijke gevallen ook rechtens vergelijkbaar zijn. Zo moeten op beide belanghebbenden dezelfde AVV'en van toepassing zijn.¹⁴ Zo zal de omstandigheid dat het in het ene geval gaat om een rechtspersoon en in het andere om een natuurlijk persoon in de motorrijtuigenbelasting geen relevant verschil betekenen. Wanneer dit speelt in de Inkomsten- of in de Vennootschapsbelasting ligt dit dan weer anders.¹⁵ Daar bepaalt de kwalificatie als rechtspersoon of natuurlijke persoon welke wetgeving van toepassing is, terwijl het voor de heffing van motorrijtuigenbelasting geen verschil maakt.

2.2.3 (On)gerechtvaardigde discriminatie

Uit het bovenstaande komt naar voren dat er sprake van discriminatie is zodra rechtens en feitelijk gelijke gevallen verschillend worden behandeld. In beginsel betekent deze inbreuk op het gelijkheidsbeginsel dat een wet of regel (voor een bepaalde situatie) buiten werking wordt gesteld en betekent dit in bepaalde gevallen zelfs dat er rechtsherstel moet worden geboden.

Toch is deze inbreuk op het gelijkheidsbeginsel niet altijd verboden. Mocht er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling zijn, dan is discriminatie niet verboden.¹⁶ Hiervan kan dan sprake zijn als een wetgever het in het belang van de samenleving acht de ongelijke behandeling te handhaven.

¹³ Belastingdienst, *Gelijkheidsbeginsel*.

¹⁴ Poelmann (2021), *Feitelijk en rechtens gelijke gevallen*, Cursus Belastingrecht.

¹⁵ Vakstudie, Aant. 1.12.20. AWR: *Gelijke gevallen*.

¹⁶ CRvB 16-11-2021, *Herziening en verrekening van bijstand*, ABkort 2021/692.

2.2.4 Objectieve en redelijke rechtvaardiging

Bij de beoordeling van de vraag of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat komt aan de wetgever een ruime vrijheid toe om bepaalde gevallen niettemin in verschillende zin te regelen. Zo is door de Centrale Raad van Beroep in de zaak 19/243 PW geoordeeld dat de wetgever binnen de hem toekomende marge is gebleven door het onderscheid te maken tussen jongeren tot 27 jaar en oudere personen. Deze zaak ging over de vraag waarom personen binnen deze doelgroep ontvangen vergoedingen in mindering moesten brengen op de bijstand die zij ontvingen.¹⁷ Met het uitgangspunt dat het sociaal onaanvaardbaar en economisch niet verantwoord is dat jongeren langs de zijlijn staan, is deze door de rechter bewust genomen keuze voor een apart regime voor jongeren tot 27 jaar als rechtvaardigingsgrond voor de leeftijdsdiscriminatie aangenomen. Jongeren staan aan de start van hun loopbaan en horen daarom niet thuis in de bijstand.¹⁸ De ongelijke behandeling kan dus worden gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang. Het verschil in behandeling kan dus voor zover dit niet verder gaat dan noodzakelijk.¹⁹

Het blijkt dus dat (doelbewuste) discriminatie, en daarmee een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, in bepaalde gevallen geaccepteerd wordt. Een grondslag gebaseerd op maatschappelijk verlangen is dan vaak voldoende om dit te kunnen rechtvaardigen. In de praktijk zijn echter ook een hoop discriminatoire situaties die onhoudbaar zijn gebleken.

2.2.5 Toetsen aan gelijkheid

Uit het hierboven beschrevene komt naar voren dat het voor de beoordeling of er sprake is van een discriminatiesituatie belangrijk is dat er sprake is van feitelijk en rechtens gelijke gevallen. Daarnaast is gebleken dat discriminatie zelfs in bepaalde gevallen kan worden gerechtvaardigd. In 4.2, bij het toetsen van de TBS-regelingen aan het gelijkheidsbeginsel, moet hier dus goed rekening mee worden gehouden.

2.3 Het doeltreffendheidsbeginsel

2.3.1 Functies van belastingheffing

In de ideale situatie zou de samenleving zo in elkaar zitten dat iedere burger zich zodanig identificeert met het gemeenschapsbelang, dat hij trouwhartig de gevraagde belasting afdraagt. Zo blijkt dat in sommige samenlevingsverbanden, zoals kerkgemeenschappen, de collectieve uitgaven uit vrijwillige bijdragen kunnen worden gefinancierd.²⁰ In de praktijk blijkt dit echter niet het geval te zijn, waardoor belastingheffing nodig is om onder andere inkomsten voor de overheid te genereren waarmee het openbare voorzieningen in stand houdt en zorgt voor een gewenste inkomensverdeling onder burgers.

¹⁷ CRvB 16-11-2021, 19/243 PW.

¹⁸ CRvB 16-11-2021, *Herziening en verrekening van bijstand*, ABkort 2021/692.

¹⁹ Vakstudie, Aant. 3.3 *De uitleg van het begrip 'willekeurige discriminatie'*.

²⁰ Stevens en de Smit (2015/2016), *Elementair Belastingrecht*, H1.3 (1ste editie). Wolters Kluwer.

De Nederlandse belastingheffing kent verschillende functies. Ondanks de verschillende uitwerking, bevat veel wet- en regelgeving meerdere van deze functies tegelijkertijd. Het gaat over de volgende functies:

- Budgettaire functie
- Instrumentele functie
- Steunfunctie

Nieuwe belastingwetgeving heeft dus altijd een bepaald doel, overeenstemmend met de bovenstaande functies. Zo kan belasting worden geheven puur om overheidstekorten te dichten, maar kan het net zo goed bedoeld zijn om te sturen op een bepaald gewenst effect in de maatschappij. Ook kan het een combinatie hiervan zijn. Denk bijvoorbeeld aan accijnzen op pakjes sigaretten die steeds hoger worden. De volksgezondheid verbeteren door het minder aantrekkelijk maken van roken door de hoge prijzen lijkt hierbij het voornaamste doel. Daarnaast leveren deze accijnzen ook nog eens geld op voor de overheid. Zo blijkt dat belastingheffing meerdere functies tegelijkertijd kan hebben, in dit geval zowel een instrumentele- als een budgettaire functie.

2.3.2 Doeltreffendheid

Wetten moeten op zijn minst in belangrijke mate tot verwezenlijking van de daarmee beoogde doelstellingen leiden, aldus de wetgever. Daarnaast mogen wetten niet allerlei negatieve neveneffecten voor de samenleving of de overheid tot gevolg hebben. Er moet worden voorkomen dat er een wanverhouding ontstaat tussen de baten en lasten.²¹

Het doeltreffendheidsbeginsel betekent dus dat het van belang is dat een wet of regel (voornamelijk) het beoogde doel tot gevolg heeft. Blijkt achteraf dat belastingplichtigen harder worden getroffen dan wat redelijk is, dan is er sprake van 'overkill'.

Een voortvloeiende hieruit is dat het inherent aan het doeltreffendheidsbeginsel is dat er bij het opstellen en bij de uitvoering van wetten rekening gehouden wordt met de belastingbeginselen. Zo is het vanuit dit beginsel, ongeacht of dat als doel voor die wet staat opgenomen, onder andere belangrijk dat belastingheffing op een zo eenvoudig mogelijke wijze dient te verlopen.²²

2.3.3 Toetsen aan doeltreffendheid

Bij de beoordeling van de vraag of de TBS-regelingen voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel is dus het volgende van belang. Bekeken moet worden of de oorspronkelijk beoogde doelen met de regeling behaald worden en daarnaast moeten de (negatieve) neveneffecten worden vastgesteld. Blijkt hiertussen een wanverhouding te bestaan dan is het relevant om te onderzoeken of alternatieve regelgeving vindbaar is dat beter voldoet aan de doeltreffendheid.

²¹ Van der Burgt (2021), *Doeltreffendheid en doelmatigheid*.

²² Van Doesum (2009), *Het doelmatigheidsbeginsel*.

Hoofdstuk 3 – Introductie TBS

3.1 Ontstaansgeschiedenis van de terbeschikkingstellingsregeling

Inmiddels is bekend wat de in deze scriptie te toetsen belastingbeginselen inhouden en hoe ze uitwerken. Voordat het toetsen daadwerkelijk plaatsvinden kan volgt in dit hoofdstuk eerst de benodigde achtergrondinformatie over de TBS-regelingen. Daarbij zal allereerst ingegaan worden op de bestaansreden en vervolgens worden de knelpunten van de regeling blootgelegd.

3.1.1 TBS en de Wet IB 2001

Voor de belastingherziening van 2001 kende het Nederlandse fiscale belastingstelsel naast de inkomstenbelasting een separate vermogensbelasting (Wet VB 1964). Belasting in de Wet VB 1964 werd enkel geheven over de reguliere inkomsten uit vermogen en daarbij bleven eventuele waardevermeerderingen (en -verminderingen) van vermogen dus onbelast. Dit maakte het natuurlijk buitengewoon aantrekkelijk deze reguliere inkomsten te transformeren in onbelaste vermogenswinsten.²³ Deze vorm van belastingarbitrage werd logischerwijs door de wetgever als onwenselijk geacht.

De belastingherziening en daarmee de intrede van de Wet IB 2001 moest zorgen voor een rechtvaardigere heffing over inkomen. Vermogenswinsten (en -verliezen) en inkomsten uit vermogensbestanddelen werden vanaf nu ook belast in de inkomstenbelasting, maar dan wel in de nieuwe box 3 waar belast werd tegen een ander (forfaitair) tarief. Door de tariefverschillen tussen de boxen bleef het aantrekkelijk om hoog belast 'winstinkomen' om te zetten in lager belast beleggingsinkomen en dus werden bij de belastingherziening maatregelen in de Wet IB opgenomen. De TBS-regelingen werden in het leven geroepen om een einde aan de belastingarbitrage te maken.

3.1.2 Vermogensetikettering en bestrijding boxenarbitrage

Binnen het regime van winst uit onderneming geldt de leer van de vermogensetikettering. Op basis van deze leer behoort vermogen dat naar doel en strekking slechts ondernemingsdoelen kan dienen, tot het verplichte ondernemingsvermogen. In het geval een vermogensbestanddeel in eigendom van de ondernemer, zoals een pand, (uitsluitend) gebruikt wordt voor het uitvoeren van de bedrijfsactiviteiten van de IB-onderneming, betekent dit dat het vermogensbestanddeel verplicht wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Eén van de gevolgen hiervan is dat eventuele waardevermeerderingen worden belast tegen het (hoge) tarief van box 1.

Mocht de IB-ondernemer echter een pand huren van zijn echtgenote, waar hij op huwelijkse voorwaarden mee is getrouwd, dan zou dit zonder de TBS-regeling een stuk

²³ Stevens en Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*.

voordeliger uitpakken. Het pand zit bij de echtgenote dan namelijk als belegging in box 3.

De belastingheffing in box 3 vindt plaats aan de hand van een forfaitair bepaald rendement dat volgens de wetgever, afhankelijk van de hoogte van het vermogen, redelijkerwijs door belastingplichtigen behaald moet kunnen worden. De hoogte van het belastingbedrag wordt berekend op basis van het aanwezige vermogen op de peildatum (1 januari van het desbetreffende boekjaar) en wordt belast tegen 31% (2022). Wat het daadwerkelijke rendement op het pand (door huurinkomsten en waardevermeerderingen) is maakt voor de belastingheffing van dat jaar dan niet meer uit.

Voor zover de echtgenote met de verhuur van het pand normaal vermogensbeheer niet te buiten gaat en hierdoor een hoger rendement behaalt dan wat forfaitair berekend is, brengt dit dan de volgende uitwerking met zich mee:

- De huurlasten van het pand zijn in box 1 aftrekbaar van de winst van de IB-onderneming. Dit levert een voordeel op van maximaal 49,50% (2022);
- Het belastingbedrag in box 3 wordt forfaitair berekend en wordt tegen een lager tarief belast dan in box 1, namelijk 31% (2022);
- Het rendement dat hoger uitvalt dan wat forfaitair bepaald is, blijft in dat jaar dan onbelast.²⁴

Dat deze 'boxenarbitrage' door de wetgever als onwenselijk geacht werd is dan ook begrijpelijk. Naast de IB-ondernemer die op oneigenlijke wijze met vermogen kon schuiven voor het behalen van belastingvoordelen zou ongeveer dezelfde uitwerking gelden voor de directeur-groootaandeelhouder (verder: DGA) die een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan zijn eigen BV. Echter, wel met een belangrijk verschil.

Aangezien de DGA geen ondernemer is geldt bij hem de leer van de vermogensetikettering niet. Privé vermogensbestanddelen die gebruikt worden voor de uitoefening van de eigen BV ontliepen hiermee de dwingende kwalificatie van het vermogensbestanddeel als ondernemingsvermogen. Mocht een belastingplichtige bijvoorbeeld een pand willen gebruiken bij de uitoefening van de eigen onderneming (dus zonder een omweg via bijvoorbeeld een echtgenote), dan zou dit bij een IB-onderneming een stuk onvoordeliger uitpakken dan bij een BV. De IB-ondernemer moet het pand immers verplicht als ondernemingsvermogen aanmerken, terwijl de DGA dit niet hoeft.

Om een vlucht van de IB-onderneming naar de BV te voorkomen en zo het globale evenwicht tussen de heffingen Inkomsten- en Vennootschapsbelasting in stand te houden was dus ook hier een ingreep nodig. De introductie van de TBS-regeling zorgde dus voor een bestrijding van boxenarbitrage en het verkleinde ook de verschillen (of de parallel, zie 4.3.1) tussen de IB-ondernemer en de DGA.²⁵

²⁴ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

²⁵ TaxLive (2015), *'Frisse blik op de tbs-regeling gewenst'*.

3.1.3 De TBS-regelingen

In afdeling 3.4 van de Wet IB 2001 zijn twee TBS-regelingen opgenomen. De eerste daarvan is opgenomen in art. 3.91 Wet IB en deze heeft betrekking op de belastingplichtige die (een of meerdere) vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan de onderneming of werkzaamheid van een verbonden persoon voor zover deze die vermogensbestanddelen aanwendt voor het behalen van belastbare winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (lees: rendabel maakt). Hetzelfde geldt als de onderneming of werkzaamheid van de verbonden persoon deel uitmaakt van een samenwerkingsverband.²⁶

De tweede TBS-regeling is in art. 3.92 Wet IB opgenomen. Deze ziet op de situatie waarbij (een of meerdere) vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige zelf of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Hierbij leidt een meegetrokken of een fictief aanmerkelijk belang overigens niet tot toepassing van de TBS-regeling. Mocht een vennootschap echter deel uitmaken van een samenwerkingsverband, dan vindt het TBS-regime wel toepassing.

Aangezien de uitwerking van beide regelingen (bijna) geheel hetzelfde uitpakt, en het onderscheid voor de toetsing aan de belastingbeginselen niet erg relevant is, wordt er in het vervolg van deze scriptie voornamelijk gesproken over één en dezelfde TBS-regeling. Enkel op de plekken waar het maken van onderscheid nodig is zal dit onderscheid ook daadwerkelijk worden gemaakt.

Verder is het, om toe te komen aan een TBS, belangrijk dat een vermogensbestanddeel 'rendabel wordt gemaakt'. Hiervan is pas sprake als een vermogensbestanddeel ten minste in enige mate duurzaam geëxploiteerd wordt. Met deze term wordt duidelijk gemaakt dat het door een ondernemer incidenteel lenen van de privéauto van zijn vrouw niet als het rendabel maken van een vermogensbestanddeel wordt gezien en dat dit dus niet onder de TBS-regeling valt.

3.1.4 Aansluiting bij het winstregime van box 1

Zoals vermeld staat de TBS-regeling opgenomen in afdeling 3.4 van de Wet IB en volgt deze het 'Resultaat uit overige werkzaamheden' (ROW)-regime. Dit regime sluit bijna geheel aan op de regels die gelden bij winst uit onderneming. Bij de bepaling van het resultaat uit een werkzaamheid zijn met name de volgende regels (met inachtneming van het winstregime) van belang:

- Vermogenswinsten op ter beschikking gesteld vermogen worden belast;
- Onzakelijke prijsstellingen worden gecorrigeerd naar vergoedingen die tussen onafhankelijke derden overeen zouden zijn gekomen;
- Bij de bepaling van het resultaat zijn de regels van goedkoopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB) van toepassing;

²⁶ Van Lint (2022), *De terbeschikkingstellingsregelingen*.

- Bij beëindiging van de TBS dient te worden afgerekend over de aanwezige stille reserves van het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel.²⁷

Het opnemen in box 1 van het ROW-regime en daarmee de TBS-regeling was bedoeld om zaken die in het vermogen niet primair een rol als belegging vervullen maar (eventueel indirect) dienstbaar zijn aan een gedreven onderneming niet als belegging (in box 3), maar transparant in het ondernemingsregime te behandelen, alsof het een 'pseudo-onderneming' betreft. Daarbij moeten voornamelijk onevenwichtige situaties die ontstaan door het vrij kunnen toedelen van onder meer vermogensbestanddelen aan de boxen worden voorkomen.²⁸

Toch wijkt het winstregime enigszins af van het ROW-regime (of 'quasi'-winstregime) en dus wordt er voornamelijk voor de methode van de heffing bij aangesloten, maar zijn er toch verschillen. Dat onderscheid zit voornamelijk in het feit dat de activiteiten van de ROW-genietter niet omvangrijk en duurzaam genoeg zijn om als onderneming gekwalificeerd te worden.²⁹ De voornaamste verschillen tussen een belastingplichtige die quasi-winst ontvangt door het ter beschikking stellen van zijn vermogen op basis van het ROW-regime en de IB-ondernemer (winstregime), is dat de quasi-ondernemer geen recht heeft op bepaalde ondernemersfaciliteiten zoals zelfstandigenaftrek en MKB-winstvrijstelling en dat voor deze 'ondernemer' niet de regels van de vermogensetikettering gelden (zie 3.5.3). Desondanks heeft de wetgever wel gepoogd zoveel mogelijk een gelijkstelling tussen de IB- en de quasi-ondernemer te creëren en dat is onder andere terug te zien door de opname van de TBS-vrijstelling.

3.1.5 TBS-vrijstelling

Om de ongelijkheid tussen IB-ondernemers en de quasi-ondernemers wat betreft de ondernemersfaciliteiten te verkleinen, is in art. 3.99b Wet IB de TBS-vrijstelling opgenomen. Deze vrijstelling bedraagt 12% en ziet op het brutoresultaat na aftrek van de kosten die betrekking hebben op de ter beschikking stelling. Net als bij de MKB-winstvrijstelling ziet deze op zowel de positieve- als negatieve resultaten van de werkzaamheid.

3.2 Aanvullende begrippen

Inmiddels is duidelijk geworden wat de bestaansreden van de TBS-regeling in de Wet IB is. Om de uitwerking van deze regeling goed te kunnen begrijpen zijn de volgende begrippen van belang.

3.2.1 Verbonden personen

In art. 3.91 lid 2 sub b van de Wet IB is opgenomen wat er onder een met de belastingplichtige verbonden persoon moet worden verstaan. Dit zijn de partner en de

²⁷ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

²⁸ Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3.

²⁹ Ligthart (2017), *Winst uit onderneming versus resultaat uit overige werkzaamheden*.

minderjarige kinderen van de belastingplichtige zelf en zijn partner. Volgens de wetgever zijn dit namelijk de personen waarmee een belastingplichtige (financiële) banden heeft. In het geval er vermogen wordt ondergebracht bij een ander dan een verbonden persoon, wordt de vrees voor arbitrage dus niet gerechtvaardigd. Zo is het onlogisch dat een weldenkend ondernemer zijn vermogen zou onderbrengen bij een persoon waarmee hij geen (financiële) banden heeft.³⁰

Bij de vennootschap waarin een aanmerkelijk belang (verder: AB) wordt gehouden is in art. 3.92 Wet IB nog toegevoegd dat ook het beschikbaar stellen van vermogensbestanddelen door een AB-houder (of DGA) aan de eigen vennootschap onder de TBS-regeling valt. De IB-ondernemer kan natuurlijk niet ter beschikking stellen aan de eigen onderneming, omdat deze te maken heeft met de regels van de vermogensetikettering (zie 3.1.2).

3.2.2 Wijze van TBS

De wetgever heeft gekozen voor een zeer ruime omschrijving van de term 'ter beschikking stellen' om te voorkomen dat er op gekunstelde wijze voor gezorgd kan worden dat de TBS-regeling wordt omzeild. De wettekst geeft voor een TBS de volgende condities:

- Al dan niet tegen vergoeding;
- Rechtens dan wel in feite;
- Direct of indirect

Daarbij is het niet van belang of een terbeschikkingstelling werd beoogd door de belastingplichtige.³¹

Al dan niet tegen een vergoeding:

Om te voorkomen dat situaties waarbij vermogensbestanddelen zonder vergoeding in geld buiten de TBS-boot zouden vallen, is deze conditie opgenomen. Gezien de aansluiting bij het winstregime lijkt het echter onnodig deze op te nemen. Aan de hand van de regels van goed koopmansgebruik van art. 3.25 Wet IB wordt de waarde namelijk al gecorrigeerd naar de waarde in het economische verkeer. Daarbij wordt aangesloten bij de vergoeding die door twee willekeurige derden zou worden afgesproken, voor zover dezelfde omstandigheden van toepassing zouden zijn op hetzelfde moment.

Rechtens dan wel in feite:

Met deze omschrijving wordt bedoeld dat niet enkel wordt gekeken naar situaties waar een overeenkomst schriftelijk is vastgelegd. Het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst betekent dan ook niet dat een TBS niet kan bestaan. Er wordt dus gekeken naar wat er daadwerkelijk gebeurt. De conditie krijgt op deze wijze een ruime werking, waardoor de feitelijke situatie leidt en er niet op gekunstelde wijze onder de regeling uit kan worden gekomen.³²

³⁰ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

³¹ Van Lint (2022), *De terbeschikkingstellingsregelingen*.

³² Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

Direct of indirect:

Deze conditie voorkomt dat een TBS gemakkelijk voorkomen kan worden door een derde als tussenschakel te gebruiken. Zo wordt er voor de beoordeling of er sprake is van een TBS gekeken naar wie het uiteindelijke eigendom heeft van het vermogensbestanddeel. Zo zorgt de situatie waarbij een DGA, via een vennootschap waarin hij geen AB heeft, indirect een pand ter beschikking stelt aan zijn 'eigen' BV alsnog voor toepassing van het TBS-regime.

3.2.3 Kwalificerende vermogensbestanddelen

Het is in de wet niet nader omschreven wat precies onder de term vermogensbestanddelen valt voor de TBS-regeling. Wel is daarbij gegeven dat de schulden die rechtstreeks betrekking hebben op het ter beschikking gestelde mede worden begrepen onder vermogensbestanddelen. Daarom moet er voor een nadere omschrijving worden gekeken in de literatuur.

Onder meer de volgende vermogensbestanddelen vallen onder de TBS-regeling:

- Onroerende zaken (bedrijfspannen);
- Schuldvorderingen;
- Overeenkomsten van levensverzekering;
- Kwalificerende werkruimtes;
- Borgtochtvergoedingen en regresvorderingen.³³

In het vervolg zal er voornamelijk over de TBS-regeling van het bedrijfspand worden gesproken, aangezien hier de meeste problematiek heerst.

3.3 De ongebruikelijke TBS-regeling

3.3.1 Ruimere familiekring

In het initiële wetsvoorstel was de TBS-regeling gelimiteerd tot personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige, oftewel de verbonden personen zoals besproken in 3.2.1. Binnen deze groep zijn vermogensverschuivingen eenvoudig te realiseren en daarbij komt ook nog eens kijken dat de financiële verbondenheid hier zo sterk is, dat het onderbrengen van vermogen bij een ander van het huishouden in feite maar weinig verschil maakt voor de belastingplichtige zelf.

Desondanks besloot de wetgever dat er een uitbreiding van de groep verbonden personen nodig was voor de TBS-regeling om tegenwicht te bieden tegen ongewenste arbitrageprocessen. Men zou in familieverhoudingen (buiten het eigen huishouden), ondanks de beperkte financiële verbondenheid, kunnen profiteren van de verschillen in grondslag en tarieven in het boxenstelsel van de inkomstenbelasting. Vandaar dat er voor de ruimere kring verbonden personen werd gekozen voor een afbakening tot

³³ Van Oostenbrugge (2018), *Tbs-regeling*, Kaap Hoorn Accountancy.

familieleden die in zekere mate economisch afhankelijk zijn van de belastingplichtige en/of zijn partner (of daarvan geacht kunnen worden te zijn).³⁴ Hierbij werd voor de omvang aangesloten bij de meetrekregeling van het aanmerkelijk belang regime, opgenomen in art. 4.10 Wet IB.

De uitbreiding van de TBS-regeling is in het derde lid van art. 3.91 & 3.92 Wet IB opgenomen en staat beter bekend als de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Tot deze ruimere groep aan verbonden personen worden gerekend:

‘de niet onder art. 3.91, lid 2, onderdeel b, begrepen bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner.’

Hieronder vallen de familieleden in de rechte lijn van de belastingplichtige en/of zijn partner, met uitzondering van de familieleden die al door art. 3.91, lid 2, onderdeel b als verbonden personen werden aangemerkt. Dit geldt dus voor personen die van elkaar afstammen, zoals ouders, kinderen, kleinkinderen, achterkleinkinderen, enzovoort.³⁵

3.3.2 In het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk

Aan de ongebruikelijke TBS aan personen uit de ruimere groep van verbonden personen wordt een extra eis gesteld. Er moet namelijk sprake zijn van een ‘in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke’ terbeschikkingstelling.³⁶ Hiervan is sprake zodra de voorwaarden van een overeenkomst (en alle daarmee samenhangende rechtshandelingen en omstandigheden) in zoverre afwijken van een normale gang van zaken, dat bij willekeurige derden deze overeenkomst onder dezelfde voorwaarden niet zou voorkomen. Van een ongebruikelijke TBS is dan sprake zodra een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld onder voorwaarden die *onzakelijk* en/of (in het maatschappelijke verkeer) *ongebruikelijk* zijn.

Zo kan het ter beschikking stellen van een pand door een vader aan de onderneming van zijn meerderjarige dochter op zichzelf niet als ongebruikelijk worden beschouwd. Mocht er echter geen (reële) huur worden gerekend, dan volgt de toepassing van het ongebruikelijke TBS-regime voor deze terbeschikkingstelling.³⁷

Kortom, toepassing van de ruimere kring van verbonden personen wordt alleen rechtvaardig geacht zodra een situatie voornamelijk gericht is op het behalen van onwenselijke fiscale voordelen en dit wordt geacht zo te zijn als er niet aan het gebruikelijk- en/of zakelijkheids criterium wordt voldaan.

³⁴ Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

³⁵ Belastingdienst, *Ter beschikking stellen van bezittingen*.

³⁶ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

³⁷ Van Lint (2022), *De terbeschikkingstellingsregelingen*.

3.4 (On)zakelijk & (on)gebruikelijk

Om te beoordelen of er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke TBS worden er twee toetsen gehanteerd: de zakelijkheids- en gebruikelijkheidstoets. Door deze toetsen kan worden beoordeeld of een overeenkomst gebaseerd is op 'normale, zakelijke verhoudingen'. Zodra de uitkomst is dat de ter beschikking stelling onzakelijk en/of ongebruikelijk is, vindt het ongebruikelijke TBS-regime toepassing.

3.4.1 Zakelijkheidstoets

Bij de vraag of een bepaald samenstel van rechtshandelingen tussen twee gelieerde personen voldoet aan de zakelijkheids-eis wordt er een zogenoemde 'dubbele zakelijkheidstoets' gehanteerd. Daarbij moet als eerste beoordeeld worden of de rechtshandeling(en) gebaseerd is/zijn op zakelijke overwegingen. Mocht een overeenkomst voornamelijk gericht zijn op het halen van een voordeel door op arbitraire wijze het vermogensbestanddeel buiten de ondernemings sfeer te houden, dan worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. Bij deze 'eerste zakelijkheidstoets' speelt de overeengekomen tegenprestatie nog géén rol van betekenis. Afgevraagd dient dus te worden of deze overeenkomst met dezelfde condities tussen onafhankelijke derden – in de veronderstelling dat er een gebruikelijke tegenprestatie wordt afgesproken – zou plaatsvinden.

Bij de 'tweede zakelijkheidstoets' wordt er gekeken naar de hoogte van de afgesproken tegenprestatie. Mocht deze niet overeenkomen met een tegenprestatie die in het economische verkeer tot stand zou zijn gekomen door onafhankelijke derden, wordt de overeenkomst bestempeld als onzakelijk.³⁸

Ingeval er aan de hand van ten minste één van de twee toetsen beoordeeld kan worden dat er sprake van onzakelijke omstandigheden is, betekent dit dat het regime van de ongebruikelijke TBS van toepassing is. Bij de vraag of de overeenkomst – afgezien van de hoogte van de vergoeding – zou zijn aangegaan door onafhankelijke derden lijkt het logisch dat het gehele samenstel van rechtshandelingen, bij een onzakelijke uitkomst, het ROW-regime zoals besproken in 3.1.4 wordt ingetrokken, met alle gevolgen van dien. Dat er bij een situatie met enkel een onzakelijke prijs niet alleen voor een correctie naar de zakelijke prijs (aan de hand van goed koopmansgebruik van art. 3.25 Wet IB) wordt gekozen, waarbij het ongebruikelijke TBS-regime buiten toepassing blijft, is vervolgens lastiger te begrijpen.

3.4.2 Gebruikelijkheidstoets

Voor de beoordeling of een overeenkomst kwalificeert voor de ongebruikelijke TBS wordt er gekozen voor de maatschappelijke gebruikelijkheid als onderscheidend criterium. Hierbij is niet enkel de gebruikelijkheid van een bepaalde contractuele verhouding in algemene zin of onder die specifieke voorwaarden van belang, maar ook of deze overeenkomst in de gegeven (familie)relatie als maatschappelijk gebruikelijk kan

³⁸ Ligthart en Nijkamp (2013), *Borgstelling en tbs, een paar apart!*, WFR 2013/776.

worden gezien.³⁹ De TBS wordt dan niet slechts op zichzelf beoordeeld naar de gebruikelijkheid, maar het gaat om het geheel van rechtshandelingen dat hiermee verband houdt.⁴⁰ Belangrijk is om daarbij steeds de vraag te stellen of dezelfde overeenkomst zou worden gesloten tussen willekeurige derden. Zo niet, dan kwalificeert het in het maatschappelijke verkeer als ongebruikelijk.

De gebruikelijkheidstoets dient dus vanuit meerdere invalshoeken te worden bekeken. Wat tussen derden als 'ongebruikelijk' wordt beschouwd kan tussen familieleden wel heel gebruikelijk zijn. Zo is het niet ongebruikelijk dat een vader een achtergestelde lening aan zijn meerderjarige zoon verstrekt tegen 'zachte' voorwaarden. In maatschappelijk opzicht is dit echter niet gebruikelijk. Onafhankelijke derden zouden niet tot deze overeenkomst zijn gekomen en dus is er sprake van een ongebruikelijke TBS.⁴¹

Bij de invulling van het begrip 'in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk' heeft de wetgever gekozen voor een open en dynamische vorm, zodat deze gemakkelijk aansluit bij de recente maatschappelijke ontwikkelingen.⁴² Op deze wijze kan de begripsomschrijving van wat als normaal of gebruikelijk wordt gezien per dag verschillen, afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen op dat moment. Het enige nadeel hierbij is dat het wel enige vorm van rechtsonzekerheid met zich meebrengt. Zo betekent het opeens niet meer aanwezig zijn van een ongebruikelijke TBS, en daarmee een beëindiging van de terbeschikkingstelling, dat er over de in de periode dat het activum onder de TBS-regeling viel ontstane stille reserves (waarde in het economische verkeer minus de boekwaarde) zal moeten worden afgerekend.

3.4.3 Samenloop zakelijk en gebruikelijk

Er bestaat nog geen eensgezindheid over de vraag of de termen 'ongebruikelijk' en 'onzakelijk' synoniemen van elkaar zijn. Toch lijken de begrippen wel grotendeels elkaar te overlappen. Wat in ieder geval voorop bij de wetgever lijkt te staan is dat beide begrippen dienen ter bestrijding van boxenarbitrage. De toetsen dienen hier om gekunstelde constructies van rechtshandelingen, voornamelijk bedoeld om tariefvoordelen te behalen, op te sporen.

Een voorbeeld van een situatie waarbij de vergoeding zakelijk was en waarbij de overeenkomst op zichzelf niet ongebruikelijk was, maar waar toch sprake was van een ongebruikelijke TBS, is terug te vinden in BNB 2011/36.⁴³ Hier werd een pand door een vader ter beschikking gesteld aan de onderneming van zijn meerderjarige kind. De hoogte van de vergoeding was zakelijk en ook is het goed voor te stellen dat in het in de maatschappij als gebruikelijk gezien wordt dat een vader een dergelijke overeenkomst aangaat met zijn kind. De omstandigheid dat er bij de overeenkomst geen (zekerheids)recht van hypotheek op het pand was verleend zorgde ervoor dat dit toch

³⁹ Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

⁴⁰ Heithuis (2010), *Noot: BNB 2011/36*.

⁴¹ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

⁴² Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

⁴³ Heithuis (2010), *Noot: BNB 2011/36*.

als een ongebruikelijke TBS werd aangemerkt. Het samenstel van rechtshandelingen zorgde er immers voor dat dezelfde overeenkomst tussen willekeurige derden niet zou worden afgesloten.

Het is goed dat deze wijze van toetsing de misbruiksituaties eruit vist. Het ontbreken van de ongebruikelijke TBS zou het behalen van belastingvoordelen door op arbitraire wijze vermogensbestanddelen bij (verbonden) personen (niet zijnde de personen genoemd in art. 3.91 lid 2 onderdeel c) onder te brengen namelijk te gemakkelijk maken. Toch zijn er situaties waarbij het lastig te begrijpen is dat deze direct bestempeld worden als ongebruikelijke TBS.

In de hierboven beschreven situatie ontbrak het zekerheidsrecht van hypotheek bij de overeenkomst die tussen vader en kind werd gesloten en dus was er sprake van een ongebruikelijke TBS. Mijns inziens was het logisch geweest als er in dit geval een mogelijkheid was verleend tot correctie naar zakelijke en/of gebruikelijke omstandigheden. De voordelen die behaald zijn door het ontbreken van het zekerheidsrecht staan namelijk niet in verhouding tot de nadelen die hieruit volgen door toepassing van het TBS-regime (of het ROW-regime). Zeker in de gevallen waarbij onwetendheid de oorzaak is van de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling zou er naar mijn mening een correctiemogelijkheid moeten zijn. Mocht dit worden nagelaten, dan volgt er alsnog toepassing van het ongebruikelijke TBS-regime. Hierover volgt meer bij de toetsing aan het doelmatigheidsbeginsel in 4.3.4.

3.5 Nadere knelpunten

Zoals hiervoor is gebleken, heerst er nog enige onduidelijkheid over de vraag of de termen 'ongebruikelijk' en 'onzakelijk' synoniemen van elkaar zijn. In de praktijk brengt dit voor alle partijen dan ook (onnodig) complexe uitwerkingen met zich mee.

Naast onduidelijkheid over wat 'in het maatschappelijk verkeer als ongebruikelijk' moet worden aangemerkt, werkt de TBS-regeling op nog meer manieren complex uit. Voornamelijk met betrekking tot het huwelijksgoederenregime is dit goed zichtbaar en dus is het, met oog op het eenvoud- en het rechtszekerheidsbeginsel, relevant om deze knelpunten uit te werken.

3.5.1 Eenvoud en rechtszekerheid

Net als het gelijkheidsbeginsel, maken het eenvoud- en het rechtszekerheidsbeginsel onderdeel uit van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aan het doeltreffendheidsbeginsel ligt onder andere ten grondslag dat het opstellen en handhaven van wet- en regelgeving op een zo eenvoudige wijze dient te verlopen en dus dient er bij de beoordeling op de doeltreffendheid van een wet of regel rekening te worden gehouden met onder andere het eenvouds- en het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁴

⁴⁴ Van Doesum (2009), *Het doelmatigheidsbeginsel*.

Het eenvoudsbeginnsel houdt in dat de complexiteit van het gehanteerde stelsel in een redelijke verhouding dient te staan tot de aard en omvang van de regeling.⁴⁵ Zo brengt de TBS-regeling met zich mee dat het aan een verbonden persoon ter beschikking stellen van vermogen gepaard gaat met relatief zware administratieve lasten (dit kan ook in de vorm van hoge adviserings- of accountantskosten). Erg eenvoudig is dit dus niet.

Daarnaast is het belangrijk dat belastingplichtigen weten waar ze aan toe zijn. Het rechtszekerheidsbeginnsel houdt in dat burgers wat betreft wet- en regelgeving ten opzichte van de overheid voldoende zeker dienen te zijn en dat zij moeten kunnen vertrouwen op toezeggingen die door de overheid worden gedaan.⁴⁶ Dit betekent onder andere dat regels en besluiten van de overheid voldoende duidelijk te begrijpen moeten zijn voor burgers. De complexe uitwerkingen die de TBS-regeling in bepaalde situaties met zich meebrengt draagt hier niet erg aan bij. Voornamelijk met betrekking tot het huwelijksgoederenregime in TBS-situaties komt dit goed naar voren.

3.5.2 TBS en het huwelijksgoederenregime

In de situatie waarin een alleenstaande DGA een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan zijn eigen BV, werkt de TBS-regeling vrij eenvoudig uit. Het vermogensbestanddeel wordt (simpelweg) het ROW-regime ingetrokken en krijgt daar te maken met de regels die hier gelden, zoals besproken in 3.1.4.

Zodra er echter sprake is van fiscaal partnerschap, dan werkt de TBS-regeling vaak een stuk ingewikkelder uit. Het huwelijksgoederenregime gaat dan een belangrijke rol spelen. Welk van de twee partners eigenaar van het vermogensbestanddeel is en de kwalificatie van het fiscale partnerschap zijn onderscheidend bij de beoordeling of een vermogensbestanddeel wel of niet (of gedeeltelijk) onder het regime van de TBS valt.

Bij de behandeling van art. 3.92 roept dit wat betreft de mate van complexiteit niet bijzonder veel problematiek op. Daar speelt een ter beschikking stelling aan de BV zich (simpelweg) af bij elk van de partners voor het gedeelte waartoe zij gerechtigd zijn tot het vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld aan de BV van één van de partners. Bij een TBS aan een IB-onderneming (zoals in art. 3.91) levert dit een stuk meer onduidelijkheid op.

3.5.3 Huwelijksproblematiek art. 3.91

Uitgaande van de situatie dat partners gezamenlijk een vermogensbestanddeel (in dit geval een pand) in eigendom hebben dat gedeeltelijk gebruikt wordt in de IB-onderneming van één van hen en voor een gedeelte om in te wonen, geeft het besluit van 29 november 2021⁴⁷ twee conclusies over de vraag of de TBS-regeling (voor een

⁴⁵ Caanen, *Enige beschouwingen over goed koopmansgebruik*, TFO 1995/221

⁴⁶ Rijksoverheid, 6.2.3 *Algemene rechtsbeginselen*.

⁴⁷ Ministerie van Financiën, *Inkomstenbelasting. Resultaat overige werkzaamheden*, Staatscourant nr. 48048/2021.

gedeelte) van toepassing is. Daarbij wordt onderscheid gemaakt naar de civielrechtelijke vorm van de gemeenschappelijke eigendom. Er zijn twee situaties te onderscheiden:

- *Beperkte of algehele huwelijksgoederengemeenschap*: voor beide partners gelden de gewone regels van de vermogensetikettering en er kan dus geen sprake zijn van een werkzaamheid.
- *Geen huwelijksgoederengemeenschap (huwelijkse voorwaarden)*: bij het ontbreken van een beperkte of algehele gemeenschap van goederen gelden bij het gedeelte van het pand dat eigendom is van de ondernemende echtgenoot de gewone regels van de vermogensetikettering. Het gedeelte van de niet-ondernemende echtgenoot wordt aangemerkt als een ter beschikking gesteld pand.

Bij een vermogensbestanddeel dat toebehoort aan de goederengemeenschap heeft de Hoge Raad beslist dat de inkomsten in fiscale zin volledig toekomen aan de bestuur bevoegde echtgenoot (dit is opgenomen in art. 1:97 BW).⁴⁸ Dat is de echtgenoot die daadwerkelijk over het vermogensbestanddeel beschikt. In het geval dat één van de echtgenoten een IB-onderneming heeft, is dat logischerwijs de ondernemende echtgenoot. Deze gebruikt het vermogensbestanddeel immers in zijn of haar onderneming. Dit brengt dus met zich mee dat voor het gehele vermogensbestanddeel dan de regels van de vermogensetikettering gelden, wat doorgaans leidt tot de verplichte kwalificatie als ondernemingsvermogen.

In de situatie waarbij partners getrouwd zijn op huwelijkse voorwaarden en daarmee de huwelijksgoederengemeenschap ontbreekt zorgt dit voor een andere uitwerking bij de niet-ondernemende partner die (ten minste) een gedeelte van het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel bezit. Voor het gedeelte van de ondernemende partner gelden de normale etiketteringsregels, maar het deel van de niet-ondernemende partner wordt (verplicht) aangemerkt als een vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld aan (de onderneming van) een verbonden persoon. Daarmee wordt dat gedeelte in zijn geheel het ROW-regime ingetrokken.⁴⁹

Ingeval het vermogensbestanddeel volledig wordt gebruikt in de IB-onderneming, dan werkt deze situatie logisch uit. Zodra het vermogensbestanddeel echter ook voor een deel wordt gebruikt in de privésfeer en deze bouwkundig niet splitsbaar is, zorgt dit ervoor dat het deel van de ondernemer als keuzevermogen wordt aangemerkt. De ondernemer krijgt dan de keuze (zijn gedeelte van) het vermogensbestanddeel aan te merken als privé- of ondernemingsvermogen. Bij de niet-ondernemende partner ligt dit anders. Aangezien deze belastingplichtige geen ondernemer is, gelden de regels van de vermogensetikettering niet. Derhalve wordt het gedeelte van deze partner verplicht aangemerkt als een TBS. Dit is op zijn minst opmerkelijk te noemen, gezien de bedoeling van de wetgever om pseudo-ondernemers zoveel mogelijk gelijk te behandelen als IB-ondernemers (zie 3.1.4).

⁴⁸ BelastingBelangen, *De TBS-regeling als de DGA in gemeenschap van goederen is gehuwd*.

⁴⁹ Boer, van der Slik en de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*.

3.5.4 De firma tussen levenspartners

Een stuk lastiger is de uitwerking in de situatie van de firma tussen levenspartners (voorheen de man-vrouw-firma) als zij niet getrouwd zijn in algehele of beperkte gemeenschap van goederen, maar onder huwelijkse voorwaarden. Dit is de situatie waarbij zowel de man als vrouw ondernemer is voor de inkomstenbelasting en zij gezamenlijk een pand bezitten dat in de onderneming wordt aangewend. Hierdoor worden ze beiden aangemerkt als bestuur bevoegden.

Voorbeeld:

Stel dat de heer A en mevrouw B fiscaal partner zijn (niet getrouwd in algehele of beperkte gemeenschap van goederen) en dat zij gezamenlijk in firmaverband een IB-onderneming drijven met een winstverdeling van 60%-40%. Zij schaffen gezamenlijk (ieder voor de helft) een woonbedrijfspand aan en gaan dit pand deels gebruiken voor de onderneming en deels om in te wonen, wat ervoor zorgt dat het pand bij beiden als keuzevermogen wordt aangemerkt. Verder is het pand bouwkundig niet splitsbaar en rekenen zowel A als B hun aandeel van het pand tot het privévermogen.

In deze situatie ontstaat er een kruislingse TBS-situatie: bij de heer A is sprake van een TBS-werkzaamheid voor de winstgerechtigdheid van de vrouw tot de firma en bij de B is sprake van een TBS-werkzaamheid voor de winstgerechtigdheid van de man tot de firma. Voor de eigen winstgerechtigdheid tot de firma geldt bij beide echtgenoten dat er sprake is van winst uit onderneming en dus een toepassing van de regels van vermogensetikettering.⁵⁰

Uitwerking:

Het gedeelte van de woonbedrijfsruimte dat toebehoort aan A wordt voor 60% (de winstgerechtigdheid) van 50% in de eigen onderneming gebruikt en wordt aan de onderneming van B, een verbonden persoon, voor 40% van 50% ter beschikking gesteld. Dat laatste gedeelte vormt een werkzaamheid en dus geldt voor dit gedeelte het TBS-regime. Voor mevrouw B werkt dit precies hetzelfde uit, met het verschil dat zij 40% van 50% gebruikt in de eigen onderneming en 60% van 50% ter beschikking stelt aan de onderneming van een verbonden persoon.⁵¹

Hieruit komt duidelijk naar voren dat de TBS-regeling met betrekking tot de regels van vermogensetikettering en het huwelijksvermogensregime zeer complex kan uitwerken. Zeker in de gevallen waarbij partners niet gehuwd zijn onder algehele of beperkte gemeenschap van goederen en zij gezamenlijk een woonbedrijfspand bezitten en een onderneming drijven. Naast deze complexiteit die het eenvoud- en rechtszekerheidsgevoel van belastingplichtigen niet bepaald ten goede komen, kunnen sfeerovergangen ook nog ongewenste afrekenmomenten met zich meebrengen.

⁵⁰ Heithuis (2008), *Steeds meer misverstanden over de tbs-regeling in de inkomstenbelasting*, WFR 2008/273.

⁵¹ Ministerie van Financiën, *Inkomstenbelasting. Resultaat overige werkzaamheden*, Staatscourant nr. 48048/2021.

3.5.5 Afrekenproblematiek door beëindiging TBS

De toepassing van het regime van de ROW (gebaseerd op het winstregime) zorgt dat er een afrekening over eventuele stille reserves plaatsvindt als er niet langer voldaan wordt aan de voorwaarden genoemd in de artikelen 3.91 & 3.92 Wet IB. Voor zover het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel niet wordt vervreemd, wordt het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de boekwaarde (ook wel de stille reserve) toegevoegd aan het resultaat. Dit komt bijvoorbeeld voor bij de beëindiging van de verhuur aan de eigen BV of een verkoop van de aandelen in de BV terwijl de verhuur wordt voortgezet en dus een staking van de werkzaamheid.⁵²

Voornamelijk met betrekking tot het huwelijksgoederenregime leveren situaties waarbij een huwelijk wordt ontbonden of waarbij een fiscaal partnerschap verandert in een huwelijk met algehele of beperkte gemeenschap van goederen waar vermogensbestanddelen aan de onderneming van (één van) de echtgeno(o)t(en) ter beschikking worden of werden gesteld regelmatig ongewenste afrekenmomenten op.

Zo brengt de situatie waarin een buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot een op zijn naam staande onroerende zaak verhuurt aan de IB-onderneming van de andere echtgenoot met zich mee dat het opheffen van de huwelijksvoorwaarden, waardoor een huwelijksgemeenschap ontstaat, zorgt voor een verplicht afrekenmoment. In fiscaal perspectief gaat de onroerende zaak dan volledig over naar de ondernemende echtgenoot die door de huwelijksgemeenschap bestuur bevoegde wordt en gaat de onroerende zaak kwalificeren als ondernemingsvermogen. Doordat deze sfeerovergang naar de IB-ondernemerssfeer gepaard gaat met een subjectwijziging, zorgt dit ervoor dat art. 3.99 Wet IB (die bepaalt dat een werkzaamheid die uitgroeit tot een onderneming waaruit de belastingplichtige als *ondernemer* winst gaat genieten geacht wordt niet te zijn gestaakt) niet van toepassing is en dat er dus afgerekend dient te worden.⁵³

Ook in het voorbeeld van 3.5.4 zijn er ongewenste afrekenmomenten mogelijk. Zo betekent een verandering van het winstaandeel in de firma tussen levenspartners, bijvoorbeeld omdat één van de twee partners dat jaar minder arbeid en vlijt gaat inbrengen, voor een heffingsmoment voor zover er stille reserves aanwezig zijn.

Stel dat het winstaandeel van A met 10% groeit en dat van B dus met 10% verkleint. Het gevolg daarvan is dat de TBS dan voor die 10% geacht wordt te zijn beëindigd en dus zal B moeten afreken over 10% van de stille reserves van de woonbedrijfsruimte.

Daarbij biedt de wet voor de gevallen waarin geen liquiditeiten vrijkomen (en er dus geen feitelijke realisatie van de boekwinst is) op verzoek wel een mogelijkheid tot uitstel van betaling voor maximaal tien jaar. Deze is opgenomen in art. 25 lid 14 Invorderingswet. Ondanks deze betalingsfaciliteit zitten de meeste belastingplichtigen niet op een verplicht afrekenmoment te wachten. Verder is het in bepaalde situaties lastig te begrijpen dat afrekenmomenten kunnen ontstaan bij belastingplichtigen,

⁵² Heithuis (2016), *Noot: BNB 2016/170*.

⁵³ Heithuis (2016), *Noot: BNB 2016/170*.

zonder dat zij daar zelf invloed op kunnen uitoefenen. Denk daarbij aan de beëindiging van TBS door ontbinding van de huwelijkse gemeenschap of de verkoop van de AB-aandelen door een partner. Hierover volgt meer in 4.1.3.

Hoofdstuk 4 – Toetsen aan belastingbeginselen

Nu bekend is waarom de TBS-regeling met de Belastingherziening van 2001 aan de Wet IB is toegevoegd en waar precies de knelpunten binnen deze regeling liggen, kan er in dit hoofdstuk getoetst worden in hoeverre deze regeling overeenstemt met de beginselen van draagkracht, gelijkheid en doelmatigheid.

4.1 Het draagkrachtbeginsel

4.1.1 Implementatie draagkrachtgedachte Wet IB

In 2.1 is al aan bod gekomen wat het draagkrachtbeginsel precies inhoudt. De hoofdgedachte die hieruit voortvloeide was dat de omvang van draagkracht bepaald wordt door de omvang van de individueel beschikbare middelen tot behoeftebevrediging, voor zover zij niet voor een naar maatschappelijke opvatting minimale levensstandaard nodig zijn. Het draagkrachtbeginsel, ook wel het ability-to-pay principle, brengt mee dat zodra de mogelijkheid tot het betalen van belasting toeneemt, er ook een groter bedrag aan belasting dient te worden betaald.

Verder heeft een zuivere draagkrachtbelasting, die het inkomen als maatstaf hanteert, als uitgangspunt dat aan elke euro inkomen dezelfde draagkracht moet worden toegekend, ongeacht het karakter van de bron of de wijze van verkrijgen van het inkomen.⁵⁴ In beginsel betekent dit dus dat inkomen uit arbeid op dezelfde wijze en tegen dezelfde tariefsopbouw belast zou moeten worden als inkomen uit vermogen. Een stelsel dat een dergelijke wijze van belastingheffing ondersteunt, wordt een synthetisch stelsel genoemd (zie 2.1.2). Uit de tariefverschillen tussen de boxen blijkt echter dat er in de Wet IB (maar ook in verdere Nederlandse belastingwetgeving) eerder sprake van een analytisch stelsel is.

Eén van de redenen die de wetgever geeft voor de verschillende tarieven op inkomsten uit arbeid en uit vermogen is de hoge kapitaalmobiliteit. De vrees dat het verhogen van de (kapitaal- of) vermogensbelasting zorgt voor een kapitaalvlucht naar het buitenland lijkt dus te gelden als voornaamste reden voor de ongelijke belastingheffing op inkomen, afkomstig uit verschillende bronnen.⁵⁵ Het is de vraag of deze vrees terecht is, maar daar zal in deze scriptie verder geen aandacht aan besteed worden. Wat in ieder geval duidelijk naar voren komt is, ondanks dat het draagkrachtbeginsel het primaire heffingsbeginsel voor de Wet IB is, dat er (doelbewust) een inbreuk wordt gemaakt op de draagkrachtgedachte.

4.1.2 Schijnbaar gelijke gevallen

Inmiddels is bekend dat tariefverschillen tussen de boxen zorgt voor een schending van het draagkrachtbeginsel op wetsniveau. De fiscale prikkel, om hoog belast ‘winstinkomen’ te transformeren naar laag belast ‘vermogensinkomen’, die hierdoor

⁵⁴ Stevens en Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*.

⁵⁵ Stevens en Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*.

blijft bestaat, wordt vervolgens bestreden met de TBS-regeling. De noodzaak van deze regeling valt, zoals al vaker benoemd, niet te ontkennen en vanuit het fiscale totaalwinstbegrip is de TBS-regeling van groot belang ter voorkoming van belastinglekken tussen de boxen bij sfeerovergangen. Vanuit de draagkrachtgedachte schuurt de regeling echter wel op enkele vlakken. Neem het volgende voorbeeld:

Voorbeeld:

Een belastingplichtige (DGA) stelt het woonbedrijfspanndat hij in privé bezit ter beschikking aan de eigen BV. Het gevolg hiervan is dat de verhuur van het bedrijfspannd kwalificeert als TBS, en dus dat de huuropbrengsten die hij ontvangt belast worden in box 1 tegen het in die box geldende tarief. Mocht de belastingplichtige een jaar later besluiten het woonbedrijfspannd niet meer aan de eigen BV, maar (tegen dezelfde prijs) aan een willekeurige derde te verhuren, dan worden de huuropbrengsten vanaf dat moment, even los gezien van de sfeerovergang met een mogelijk afrekenmoment, belast in box 3.

Uit het voorbeeld komt duidelijk naar voren dat de belastingplichtige in het ene jaar met andere tarieven over het inkomen te maken krijgt dan het andere jaar. Dat, terwijl er in beide jaren sprake is van schijnbaar dezelfde gevallen, namelijk de verhuur van het woonbedrijfspannd vanuit privé.

Vanuit de draagkrachtgedachte dient eenieder belasting te betalen naar de mogelijkheden die het daartoe heeft. De belastingplichtige uit het voorbeeld heeft in beide jaren dezelfde mogelijkheden tot het betalen van belasting en dus voelt het met een draagkrachtbril op als onrechtvaardig dat schijnbaar dezelfde gevallen met verschillende tarieven te maken krijgen.⁵⁶

Daarbovenop komt nog eens dat de huuropbrengsten die in de ene situatie in box 1 en in de andere situatie (fictief) in box 3 worden belast van invloed kan zijn op het door de Belastingdienst (gedeeltelijk) al dan niet toekennen van bepaalde toeslagen. Zo voegt een verdiende euro extra aan (huur)inkomsten in box 1 over het algemeen meer waarde toe aan het verzamelinkomen dan een verdiende euro in box 3. Een gevolg daarvan kan bijvoorbeeld zijn dat, door het grotere verzamelinkomen, er minder zorgtoeslag wordt toegekend en vanuit de draagkrachtgedachte knelt dat nogal.

4.1.3 Ongewenste beëindiging TBS

In 3.5.5 is besproken in welke situatie een TBS beëindigt. Dit is het geval zodra er niet langer voldaan wordt aan de voorwaarden genoemd in de artikelen 3.91 & 3.92 Wet IB. Mochten er ten tijde van de beëindiging stille reserves op het vermogensbestanddeel aanwezig zijn, dan dient daarover afgerekend te worden.

Voor de gevallen waarin deze beëindiging plaatsvindt door de verkoop, en daarmee de realisatie van stille reserves in liquiditeiten, van het TBS-vermogensbestanddeel is er vanuit draagkrachtig perspectief niks aan de hand. Dit ligt anders zodra de beëindiging

⁵⁶ Stevens en Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*.

plaatsvindt zonder dat er daadwerkelijke wordt gerealiseerd, bijvoorbeeld omdat de verhuur in stand blijft. Om dit te verduidelijken, zie het volgende voorbeeld:

Voorbeeld:

A en B zijn getrouwd op huwelijkse voorwaarden. A heeft een woonbedrijfspand in eigendom en stelt deze ter beschikking (TBS) aan de BV waarin B alle aandelen bezit. Door de jaren heen is er een stille reserve ontstaan op het woonbedrijfspand.

Uit het voorbeeld zijn een viertal scharnierpunten te onderscheiden:

1. Gerechtigdheid (tot het pand);
2. Wijze van aanwending;
3. Aandeelhoudersrelatie;
4. Huwelijkse status.

Vraag:

Hoe verhouden de volgende zich ten opzichte van het draagkrachtbeginsel? (Elke situatie ziet op een wijziging in de respectievelijke scharnierpunten)

Situatie 1:

A verkoopt het woonbedrijfspand aan een willekeurige derde.

Situatie 2:

A besluit het woonbedrijfspand niet langer aan de BV van de echtgenoot te verhuren, maar aan de onderneming van een willekeurige derde.

Situatie 3:

B besluit alle aandelen in de BV te vervreemden aan een willekeurige derde partij. De verhuur van het woonbedrijfspand door A blijft in stand.

Situatie 4:

A en B besluiten uit elkaar te gaan. De verhuur van het woonbedrijfspand aan de BV blijft in stand.

Uitwerking:

Zoals bekend, is de omvang van eenieder zijn of haar draagkracht afhankelijk van de mogelijkheid die het heeft tot het betalen van belasting.

In de eerste situatie vervreemdt A het woonbedrijfspand, waardoor het niet langer voldoet aan de in art. 3.92 Wet IB genoemde voorwaarden voor een TBS aan de BV (van een verbonden persoon in dit geval). Er waren stille reserves aanwezig en dus dient A hierover af te rekenen. A ontvangt (als het goed is) de WEV in liquiditeiten en dus is er ook de mogelijkheid om de belasting te betalen.

De tweede situatie omvat hetzelfde voorbeeld als in 4.1.2. A besluit het woonbedrijfspand niet langer aan de BV van B te verhuren, maar verhuurt het voortaan aan (de onderneming van) een willekeurige derde, waardoor de TBS beëindigt. Het

gevolg is een sfeerovergang van het pand van box 1 naar box 3 en dus moet er afgerekend worden over de aanwezige stille reserves.

In de derde situatie blijft de verhuur van het woonbedrijfspand aan de BV in stand, maar wordt de TBS toch beëindigd. De verhuur is niet langer aan de onderneming van een verbonden persoon en dus moet er afgerekend worden over de stille reserves.

De vierde situatie werkt soortgelijk uit als de derde situatie. B kwalificeert niet langer als verbonden persoon en dus wordt de TBS beëindigd en moet er worden afgerekend over stille reserves.

Conclusie:

De geschetste situaties hebben allemaal als uitkomst dat er moet worden afgerekend over stille reserves door het niet langer voldoen aan de voorwaarden voor een TBS. In de eerste situatie komen er liquiditeiten vrij en wordt de vermogenswinst op het pand, uitgedrukt in stille reserves, daadwerkelijk gerealiseerd. In de tweede, derde en vierde situaties is dit echter niet het geval.

Zoals in 2.1.2 besproken, volgt uit de draagkrachtgedachte dat aan iedere verdiende euro dezelfde draagkracht zou moeten worden toegewezen en dat deze op een gelijke wijze in de belastingheffing wordt betrokken.

Wat vervolgens nogal schuurt aan het draagkrachtbeginsel is dat situatie 2, 3 en 4 allemaal leiden tot belastingheffing, zonder dat de (fictief vastgestelde) vermogenswinst daadwerkelijk wordt gerealiseerd.

Daarbij komt nog eens kijken dat, zoals in 2.1.4 besproken, draagkracht in beginsel een individuele aangelegenheid is. In situatie 2 valt mogelijk nog wat te zeggen voor het feit dat A doelbewust de verhuur aan de BV van B beëindigt, maar in situatie 3 en 4 wordt de TBS beëindigd door een externe omstandigheid. Vanuit de draagkrachtgedachte valt het vervolgens niet te verdedigen dat precies dezelfde verhuur in de eerste instantie met een andere heffing te maken krijgt dan in de tweede situatie (zie 4.1.2) en dat er een afrekenmoment ontstaat door een externe omstandigheid die niet op die verhuur zelf ziet. De omstandigheden hebben geen invloed op de omvang van de draagkracht die door het verhuren en het bezitten van het woonbedrijfspand bij A aanwezig zijn en dus blijkt dat de TBS-regeling in deze situaties een inbreuk op het draagkrachtbeginsel maakt.

Zoals in 3.5.5 gezegd, biedt de wet wel een uitstelfaciliteit in art. 25 lid 14 van de Invorderingswet. Dit is echter een betalingsoptie en dat is wat anders dan een draagkrachttoplossing

4.1.4 Conclusie en alternatief

Geconcludeerd kan worden dat de TBS-regeling op zichzelf bezien niet de inbreuk op het draagkrachtbeginsel is. De introductie van de TBS-regeling is eerder een gevolg van de gebrekkige implementatie van de draagkrachtgedachte in de Wet IB. Zou de

inkomstenbelasting, ongeacht wat de bron van inkomen is, gelijk belasting heffen, dan zou dit de noodzaak van anti-arbitragemaatregelen, zoals de TBS-regeling, wegnemen.

De TBS-regeling versterkt overigens wel de inbreuk op het draagkrachtbeginsel. Zo is uit de hiervoor gegeven voorbeelden gebleken dat de regeling in bepaalde situaties zorgt voor een verschillende belastingheffing op de verhuur van hetzelfde vermogensbestanddeel. Daarnaast bewerkstelligt het in bepaalde situaties dat er belasting wordt geheven zonder dat er daadwerkelijk een (vermogens)winst gerealiseerd wordt.

Een afschaffing van de TBS-regeling zou vervolgens zorgen dat de Wet IB beter gaat voldoen aan het draagkrachtbeginsel. Inkomen uit privévermogen wordt dan, ongeacht de wijze van aanwending van een vermogensbestanddeel, op dezelfde wijze in de box 3 belastingheffing betrokken.

Desondanks lijkt deze afschaffing vanuit het totaalwinstbegrip zeer onwenselijk en blijft de inbreuk op het draagkrachtbeginsel hiermee in stand. De draagkrachtgedachte, die stelt dat aan elke verdiende euro, ongeacht het karakter van de bron of de wijze van verkrijging, dezelfde draagkracht moet worden toegekend, brengt met zich mee dat er voor een betere overeenstemming met het draagkrachtbeginsel eerder moet worden gekeken naar een aanpassing op stelselniveau.

Om de inbreuk op het draagkrachtbeginsel stelselmatig aan te pakken, moet er een einde aan de tariefverschillen tussen de boxen komen. De introductie van een dergelijk 'synthetisch' stelsel moet dan bewerkstelligen dat elke verdiende euro op dezelfde wijze in de belastingheffing wordt betrokken. Ook zou dit een einde aan de noodzaak voor de TBS-regeling betekenen. De prikkel van het schuiven met vermogensbestanddelen tussen de boxen met als doel het behalen van belastingvoordelen valt dan namelijk weg. Of dit, gezien de vrees van de wetgever voor kapitaalvlucht naar het buitenland, in de realiteit enige kans van slagen heeft is een ander verhaal. Dat zal moeten blijken.

4.2 Het gelijkheidsbeginsel

Inmiddels is bekend dat de TBS-regeling niet in zijn geheel voldoet aan het draagkrachtbeginsel. Aangezien dit een heffings- en verdelingsbeginsel is, heeft de inbreuk geen dwingende consequenties op het al dan niet mogen voortbestaan van de TBS-regeling. Bij een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel ligt dit echter anders. Dit beginsel vormt als het ware een 'spelregel' waaraan goede wet- en regelgeving moet voldoen (zie 2.2.1). Een inbreuk op stelselniveau kan dan ook tot gevolg hebben dat de wetgever in rechtsherstel moet voorzien.

4.2.1 Probleemstelling 'ruimere' familiekring

Binnen de groep van personen die behoren tot het huishouden van een belastingplichtige zijn vermogensverschuivingen gemakkelijk te realiseren. Daarbij speelt mee dat de financiële verbondenheid hier zo sterk is, dat het onderbrengen van vermogen bij een ander persoon op dat moment in feite maar weinig verschil maakt

voor de financiële situatie van de belastingplichtige zelf. De voornaamste gedachte achter de TBS-regeling, zoals al vaker genoemd, is het tegengaan van ongewenste arbitrageprocessen.

Bij de inhoudelijke behandeling van de TBS-regeling werd al geopperd om als kring van verbonden personen te kiezen voor alle bloed- en aanverwanten van de belastingplichtige of zijn partner. Daarbij speelde het nadeel dat dan ook strikt zakelijke overeenkomsten tussen familieleden met een verder verwijderde persoonlijke band in box 1 zouden worden belast.⁵⁷ Om deze reden werd de ongebruikelijke TBS-regeling door de wetgever toegevoegd aan de artikelen 3.91 & 3.92 Wet IB. Zo werden alleen de situaties aangepakt waarbij er tussen familieleden (niet behorende tot hetzelfde huishouden) op oneigenlijke wijze gebruik werd gemaakt van de verschillen tussen de boxen.

Dat het in familieverhoudingen het meest waarschijnlijk is dat boxenarbitrage voorkomt is de reden dat er voor deze groep van verbonden personen is gekozen in het TBS-regime. Desondanks is de groep van personen waarmee belastingplichtigen zich sterk verbonden voelen omvangrijker dan enkel de familieleden. Ongebruikelijke en/of onzakelijke vermogensverschuivingen tussen deze groepen personen kunnen net zo goed voorkomen.

Het is goed voor te stellen dat iemand zich (financieel) nauwer verbonden voelt met zijn of haar beste vriend dan met een opa of oma. Het verschil in behandeling bij het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel tegen onzakelijke of ongebruikelijke voorwaarden aan een bloed- of aanverwant van de eerste graad (buiten het eigen huishouden) en een persoon buiten deze kring brengt met zich mee dat de consequenties in het eerste geval veel zwaarder wegen. Zo resulteert de eerste ter beschikking stelling ertoe dat het ROW-regime van box 1 van toepassing is, terwijl de tweede ter beschikking stelling, ondanks eventueel beoogd misbruik, hiermee niet geconfronteerd wordt.

Dat de misbruiksituatie, waarbij een vermogensbestanddeel in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk ter beschikking wordt gesteld, bestraft wordt door deze box 1 in te trekken is te rechtvaardigen. Anders zou het voor belastingplichtigen te gemakkelijk zijn om met behulp van familieleden belastingvoordelen te realiseren. Het is alleen lastig te begrijpen dat dezelfde misbruiksituatie bij een TBS aan de ene persoon veel zwaarder wordt bestraft dan een TBS aan de andere persoon (die geen bloed- of aanverwant in de rechte lijn is).

Bij het behandelen van de kring van verbonden personen die moest gaan gelden voor de TBS-regeling was het oorspronkelijk ook een idee om misbruiksituaties waarbij personen door middel van een “samenwerkende groep” belastingvoordelen wilden behalen aan te pakken. Aangezien deze situatie onwaarschijnlijker leek, en ook met het oog op de uitvoeringsproblemen die dit met zich mee zou brengen en de rechtsonzekerheid die dit bij belastingplichtigen zou kunnen oproepen, werd er voor de afbakening van de kring

⁵⁷ Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

van verbonden personen toch gekozen voor de bloed- en aanverwanten van de eerste graad van de belastingplichtige en zijn partner.⁵⁸

4.2.2 Onrechtvaardige discriminatie

In de Participatiewet (verder: PW) wordt voor het recht op een bijstandsuitkering een onderscheid gemaakt tussen ongehuwd samenwonende personen, waarvan één van beiden een zorgbehoefte heeft. Dit onderscheid ligt hem in het feit of de ongehuwd samenwonenden tweedegraads bloedverwanten zijn of niet.⁵⁹ In art. 3 lid 2 van de PW is namelijk bepaald dat als gehuwde mede wordt aangemerkt de ongehuwde die met een ander een gezamenlijke huishouding voert, tenzij het betreft een bloedverwant in de tweede graad (dus een broer of zus) en er bij één van de twee sprake is van een zorgbehoefte.

Zo werd bij een belanghebbende in 2015 zijn bijstandsuitkering voor alleenstaanden ingetrokken omdat hij fictief werd aangemerkt als gehuwd met zijn huisgenoot. In geschil was of dit in strijd is met het discriminatieverbod van art. 26 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Mocht de belanghebbende namelijk een bloedverwant in de tweede graad zijn, dan werd hij voor de PW niet als gehuwd aangemerkt en behield hij gewoon het recht op de bijstandsuitkering.

Voor de beantwoording van deze vraag was het allereerst relevant te weten of dit gelijke gevallen waren. In BNB 2018/90 oordeelde de Hoge Raad dat dit voor de PW inderdaad zo was. Het was dan ook terecht dat de uitzondering discriminatie opleverde. Niettemin meende de wetgever dat er voor bloedverwanten in de tweede graad goede redenen waren een uitzondering te maken. Als rechtvaardigingsgrond werd genoemd dat het om een relatief kleine groep ging en dat er sprake was van een klemmend maatschappelijk probleem. Deze argumenten achtte de Hoge Raad echter als onvoldoende toereikend voor de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van gelijke gevallen.⁶⁰

4.2.3 Beoordeling 'ruimere' familiekring

De TBS-regeling is al eerder onder de loep genomen omdat deze mogelijk discriminatoir zou zijn.⁶¹ Tijdens de parlementaire behandeling van de Belastingherziening 2001 en daarbij de ingang van de Wet IB 2001 was de vraag aan de orde of het onderscheid in heffing gerechtvaardigd is tussen enerzijds een particulier die zijn vermogen belegt, bijvoorbeeld door het verhuren van een pand aan een derde, en anderzijds een AB-houder die een pand verhuurt aan zijn eigen BV. Voor de AB-houder werd het standpunt ingenomen dat deze meer zou moeten worden vergeleken met een IB-ondernemer, waardoor van een niet-gerechtvaardigd verschil in behandeling (en heffing) geen sprake is.⁶²

⁵⁸ Ligthart en Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, WFR 2015/674.

⁵⁹ Vakstudie, Aant. 5.11 De Participatiewet.

⁶⁰ HR 08-12-2017, nr. 17/00196.

⁶¹ Kamerstukken 1999-2000, 26727, nr. 7.

⁶² Vakstudie, Aant. 1.9 *Ongeoorloofde discriminatie?*.

Bij deze behandeling is mijns inziens vergeten te beoordelen of er bij een ongebruikelijke TBS sprake is van discriminatie. Zoals in 4.2.2 besproken is, worden gevallen die enkel van elkaar verschillen door het wel of niet aanwezig zijn van een familieband geconfronteerd met verschillende consequenties. Daarbij komt ook nog eens kijken dat de ene consequentie (veel) ingrijpender is dan de andere. Om deze reden wordt er getoetst of de 'ruimere' familiekring die de ongebruikelijke TBS-regeling met zich meebrengt zorgt voor discriminatie, en mocht dit het geval zijn, of dit gerechtvaardigd is.

4.2.4 Toetsing ongebruikelijke TBS

Stel dat de heer A op 1 januari 2021 kan kiezen om zijn pand met een WOZ-waarde van 300.000 euro te verhuren tegen onzakelijke en/of ongebruikelijke voorwaarden aan de onderneming van zijn meerderjarige kind B of aan de onderneming van zijn beste vriend C. Daarbij hoeft er voor de onzakelijke en/of ongebruikelijke voorwaarden niet eens sprake te zijn van een beoogd misbruik. Zo kan het ontbreken van een bepaalde zekerheid (zoals pandrecht) al genoeg zijn om in het maatschappelijk verkeer als ongebruikelijk aangemerkt te worden (zie 3.4.3). Mocht A kiezen voor een verhuur aan (de onderneming van) B, dan betekent dit dat de verhuur wordt aangemerkt als werkzaamheid en dat het ongebruikelijke TBS-regime toepassing vindt.

Eén van de gevolgen daarvan is dat waardevermeerderingen op het pand dan belast zullen worden in box 1. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) bleek dat de gemiddelde WOZ-waarde van een woning in 2021 met 7% is gestegen en dat dit het zesde jaar op rij was dat de WOZ-waarde steeg.⁶³ Voor de heer A zou dat alleen al voor het jaar 2021 een WOZ-waardestijging van 21.000 euro betekenen. Ondanks dat de waardestijging pas belast wordt zodra de TBS stopt, brengt dit met een box 1-tarief van maximaal 49,5% een belastingdruk van 10.395 euro met zich mee. Hierop dient nog wel een correctie voor afschrijvingen, onderhouds- en verbeteringskosten te worden gemaakt (al maken afschrijvingen de stille reserve alleen maar groter). Aan de andere kant worden ook nog eens de huuropbrengsten tegen maximaal 49,5% belast.

Mocht A hebben gekozen voor een verhuur aan C, dan zouden niet de daadwerkelijke waardevermeerdering en huuropbrengsten worden belast, maar wordt forfaitair bepaald wat het rendement redelijkerwijs zou moeten bedragen (zie 3.1.2). Bij het desbetreffende pand in box 3, met een maximaal verwacht rendement van 5,69% (2021), zou dit 17.070 euro bedragen. Tegen het tarief van 31% (2021) brengt dat vervolgens een belastingdruk van 5.291,70 euro met zich mee.

In deze situatie staat vast dat de verhuur aan B fiscaal gezien veel ongunstiger wordt behandeld dan de verhuur aan C. Om vast te stellen of er sprake is van discriminatie moet vervolgens vastgesteld worden of er sprake is van rechtens en feitelijk gelijke gevallen.

⁶³ NOS (2021), *WOZ-waarde van woningen 7 procent gestegen, gemiddeld 290.000 euro*.

In het voorbeeld dat net geschetst werd zal het in de meeste gevallen zo zijn dat de financiële verbondenheid groter is tussen A en zijn kind dan tussen A en zijn beste vriend. Desondanks zijn er ook situaties denkbaar waar deze verbondenheid tussen A en zijn beste vriend hetzelfde of zelfs groter is dan bij A en een bloed- of aanverwant in de rechte lijn (bijvoorbeeld de opa van de partner). Daaruit volgt dat het enige relevante verschil vervolgens het wel of niet aanwezig zijn van familiebanden is.

In BNB 2018/90 nam dit verschil niet weg dat er sprake was van rechtens en feitelijk dezelfde gevallen. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat dit speelde in de Participatiewet. Toch zou dit onderscheid mijns inziens ook in de inkomstenbelasting niet relevant moeten zijn met als gevolg dat er sprake is van rechtens en feitelijk dezelfde gevallen die ongelijk worden behandeld, dus discriminatie.

4.2.5 Rechtvaardige discriminatie ongebruikelijke TBS?

Wat dan nog resteert is de vraag of er een rechtvaardigingsgrond is voor deze vorm van discriminatie. De vraag hierbij is of het mogelijk is om discriminatie naar aanverwantschap (het hebben van financiële verbondenheid met een familielid) te rechtvaardigen door te stellen dat dit in het belang van de samenleving is.

De ongebruikelijke TBS-regeling is afgebakend tot de ruimere kring van familieleden met als reden dat een nog ruimere afbakening (zoals tot de samenwerkende groep, zie 4.2.1) zou zorgen voor ernstige uitvoeringsproblemen.

In ECLI:NL:HR:1998:AA2286 (het Wagenparkarrest)⁶⁴ speelde de vraag of het hoger belasten van auto's die niet deel van een omvangrijk wagenpark uitmaken, t.o.v. auto's die daarvan wel deel uitmaken, leidt tot schending van het gelijkheidsbeginsel. Nadat vastgesteld werd dat er sprake was van gelijke gevallen die ongelijk behandeld werden, oordeelde de HR dat de uitvoerbaarheid en doelmatigheid onvoldoende toereikende rechtvaardigingsgronden vormden om de vastgestelde discriminatie te rechtvaardigen.⁶⁵

Hieruit volgt dat de discriminatoire uitwerking van de ongebruikelijke TBS-regeling in ieder geval niet gerechtvaardigd kan worden met de uitvoerbaarheid als rechtvaardigingsgrond. Verder is er van een maatschappelijk klemmend probleem ook geen sprake. Mijns inziens is er daarom geen grond vindbaar die deze vorm van discriminatie kan rechtvaardigen.

4.2.6 Conclusie en alternatief

Uit het voorgaande blijkt dat de ongelijke behandeling van gelijke gevallen die de ruimere familiekring van de ongebruikelijke TBS-regeling in bepaalde situaties veroorzaakt zorgt voor ongerechtvaardigde discriminatie. Geconcludeerd kan worden dat de TBS-regeling in bepaalde situaties zorgt voor een inbreuk op het verbod van

⁶⁴ HR 17-08-1998, nr. 33078.

⁶⁵ Het Rechtenstudentje (2016), ECLI:NL:HR:1998:AA2286 (Wagenparkarrest).

discriminatie en dat betekent dat de regeling niet in zijn geheel voldoet aan het gelijkheidsbeginsel.

In tegenstelling tot het draagkrachtbeginsel, betekent deze schending in beginsel dat de wetgever moet voorzien in rechtsherstel. Het gevolg daarvan zal zijn dat de ruimere kring van verbonden personen van de ongebruikelijke TBS in de toekomst zal moeten worden aangepast.

Een mogelijke oplossing zou zijn de afschaffing van lid 3 art. 3.91 & 3.92 Wet IB, tegelijkertijd met de invoering van een verplichte (winst)correctie naar zakelijke en/of gebruikelijke verhoudingen voor de misbruiksituaties waarbij op oneigenlijke arbitraire wijze belastingvoordelen worden behaald. Nadeel daaraan is dat dan regels moeten worden opgesteld voor wanneer deze correctie daadwerkelijk moet plaatsvinden. Ook betekent dit dat er dan situaties ontstaan waarbij vermogensbestanddelen op de ondernemingsbalans komen te staan terwijl ze geen eigendom zijn van de ondernemer/onderneming en dat levert vervolgens weer een hoop ongewenste problemen met accountantsregels enzovoort op.

Meer voor de hand ligt de oplossing waarbij de kring van verbonden personen wordt uitgebreid met de samenwerkende groep (zoals in 4.2.1). In het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstellingen moeten vervolgens ook bij niet-verbonden personen zorgen voor toepassing van het TBS-regime zodra overeenkomsten kennelijk gericht zijn op het behalen van belastingvoordelen. Ondanks dat de uitvoerbaarheid/controleerbaarheid afneemt buiten de familiale sferen, neemt dit wel de discriminatoire uitwerking van de ongebruikelijke TBS weg.

Zolang de TBS-regeling blijft bestaan is dit mijns inziens de beste manier om de ongerechtvaardigde discriminatie te beëindigen. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat het voor de voldoening van de TBS-regeling aan het gelijkheidsbeginsel niet uitmaakt welke van de twee oplossingen wordt gekozen. Voor zover de discriminatie verholpen wordt, hebben beide oplossingen hetzelfde effect ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel.

4.3 Het doeltreffendheidsbeginsel

4.3.1 Doelstellingen TBS-regeling

In 2.3.2 werd als definitie van doeltreffendheid gegeven dat wetten op zijn minst in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de daarmee beoogde doelstellingen moeten leiden. Daarbij mogen wetten niet allerlei negatieve neveneffecten voor de samenleving of de overheid tot gevolg hebben. Om dus te kunnen toetsen of de TBS-regeling voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel is het allereerst belangrijk te achterhalen wat precies de oorspronkelijke doelstellingen van de regeling waren.

Voor de introductie van de TBS-regeling in de Wet IB 2001 formuleerde de Tweede Kamer der Staten-Generaal een tweetal doelstellingen. Allereerst moest de TBS-regeling gaan voorkomen dat er door het schuiven met vermogensbestanddelen, op oneigenlijke

wijze, onwenselijke belastingvoordelen door belastingplichtigen konden worden behaald (lees: boxenarbitrage). Daarnaast moest het de parallel tussen de DGA en de IB-ondernemer verder versterken.⁶⁶

Vastgesteld kan worden dat beide doelstellingen van de TBS-regeling behaald worden. Zo belemmert de regeling de mogelijkheden tot het (succesvol) behalen van belastingvoordelen door het op arbitraire wijze te schuiven met vermogensbestanddelen tussen de boxen en is door de introductie inderdaad de parallel tussen de DGA en de IB-ondernemer afgenomen (zie 3.1.2).

Nu we weten wat de oorspronkelijk beoogde doelen van de TBS-regeling zijn, moeten de neveneffecten worden vastgesteld. Volgens de definitie van het doeltreffendheidsbeginsel moet immers voorkomen worden dat er een wanverhouding tussen de baten en lasten ontstaat. Mocht achteraf blijken dat belastingplichtigen door de regeling harder worden getroffen dan wat redelijk is, dan is er sprake van 'overkill'.

4.3.2 Fictieve 'onderneming' of 'werkzaamheid'

Opvallend aan de geformuleerde doelstellingen is dat het genereren van belastingopbrengsten niet als doel werd/wordt beoogd. Hieruit valt onder andere op te maken dat de TBS-regeling met name een instrumentele functie heeft (zie 2.3.1). Toch heeft de regeling wel als gevolg dat de belastingplichtigen die hiermee geconfronteerd worden over het algemeen te maken krijgen met een grotere belastinglast (zie 4.2.4).

Zoals bekend belemmert de TBS-regeling de mogelijkheid tot het op arbitraire wijze onderbrengen in box 3 van vermogensbestanddelen die in de onderneming worden aangewend. In de situaties waarbij een bedrijfspand door een DGA wordt aangewend in de eigen BV of waarbij een belastingplichtige een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de onderneming van de partner is het mijns inziens logisch dat deze aanwending (fictief) wordt aangemerkt als 'onderneming' of 'werkzaamheid'. Binnen het 'huishouden' is het immers relatief eenvoudig om met vermogensbestanddelen te schuiven en daarbij is de (financiële) verbondenheid daar zo sterk dat het in feite niet uitmaakt wie van de partners het vermogensbestanddeel in bezit heeft.⁶⁷

Voor de situaties waarbij een vermogensbestanddeel tegen fiscaal gezien gunstige (lees: in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke) omstandigheden beschikbaar wordt gesteld aan de onderneming of werkzaamheid van een persoon van de ruimere familiekring voelt de aanmerking van deze aanwending als 'onderneming' of 'werkzaamheid' echter een stuk minder logisch aan.

Op zichzelf bezien is het goed dat de ongebruikelijke TBS-regeling ook de misbruiksituaties van buiten het eigen huishouden aanpakt. Toch is het af te vragen of het aanmerken van de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke verstrekking van

⁶⁶ Kamerstukken 1999/2000, 26726, nr. 89.

⁶⁷ TaxLive (2015), 'Frisse blik op de tbs-regeling gewenst'.

een vermogensbestanddeel aan een persoon van de ruimere familiekring als 'onderneming' of 'werkzaamheid' daarvoor wel de beste manier is.

Uit de omstandigheid dat de verstrekking van een vermogensbestanddeel aan een persoon uit de ruimere familiekring enkel als 'onderneming' of 'werkzaamheid' wordt aangemerkt als er sprake is van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke ter beschikking stelling blijkt dat de wetgever bij een 'gewone' verstrekking geen noodzaak ziet voor de TBS-regeling. Om deze reden is het vervolgens moeilijk te begrijpen dat een ongebruikelijke verstrekking wordt aangemerkt als 'onderneming' of 'werkzaamheid' en dat vervolgens het ROW-regime, met alle (belasting)gevolgen van dien, toepassing vindt.

Het gevolg van deze bestempeling brengt namelijk met zich mee dat de verstrekker van het vermogensbestanddeel in de meeste gevallen met een veel grotere belastinglast te maken krijgt dan in de gevallen waar de verstrekking wel 'zakelijk' en/of 'gebruikelijk' zijn. Zeker in de situaties waarbij de voordelen van het onzakelijke/gebruikelijke karakter van de overeenkomst niet in verhouding staan tot de nadelen die volgen door de toepassing van het ROW-regime (zie het voorbeeld in 3.4.3) is het af te vragen of bijvoorbeeld een correctiemogelijkheid niet een gepaster alternatief is. In een dergelijke situatie wordt een belastingplichtige harder getroffen dan wat mijns inziens redelijk is en dus neigt dit naar een overkill.

4.3.3 Eenvoud en rechtszekerheid

Voortvloeiend uit het doeltreffendheidsbeginsel is dat bij het opstellen en handhaven van wet- en regelgeving rekening dient te worden gehouden met een aantal algemene rechtsbeginselen. Zo is het voor de beoordeling of een wet of regel doeltreffend is bijvoorbeeld relevant dat de wet niet te complex uitwerkt en dat deze voor de doorsnee burger te begrijpen is (zie 3.5.1).

Tijdens de inhoudelijke behandeling van de TBS-regeling in het derde hoofdstuk van deze scriptie vielen een aantal zaken op. Zo bleek dat er in de praktijk enige onduidelijkheid heerst over de invulling van de begrippen zakelijk en gebruikelijk en over de onderlinge verhouding daartussen. Verder bleek dat er voor de beoordeling of een terbeschikkingstelling als 'in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk' moet worden aangemerkt door de wetgever gekozen is voor een open en dynamische vorm, zodat deze gemakkelijk aansluit bij de recente maatschappelijke ontwikkelingen (zie 3.4.2).

Op zichzelf bezien valt het te begrijpen dat er voor deze open en dynamische vorm wordt gekozen. Het gevolg is namelijk dat er voor de reikwijdte van wat onder een ongebruikelijke terbeschikkingstelling moet worden verstaan niet steeds nieuwe wetgeving hoeft te worden ontwikkeld. Voor belastingplichtigen kan dit echter wel enige rechtsonzekerheid zorgen. Zo kan de omstandigheid zich voordoen dat een voorheen 'in het maatschappelijke verkeer gebruikelijke' aanwending van een vermogensbestanddeel in de onderneming van een persoon uit de ruimere familiekring opeens als ongebruikelijk wordt aangemerkt, of juist andersom. Deze open en dynamische vorm zorgt dus in bepaalde gevallen voor rechtsonzekerheid bij belastingplichtigen.

Verder is het belangrijk dat wet- en regelgeving niet onnodig complexe uitwerkingen tot gevolg heeft en dat het, beter gezegd, van belang is dat de belastingheffing op een zo eenvoudig mogelijke wijze verloopt (zie 2.3.2). Bij de inhoudelijke behandeling van de TBS-regeling is gebleken dat de regeling in bepaalde gevallen, en dan met name met betrekking tot het huwelijksgoederenregime, bijzonder complex uitwerkt. Voornamelijk in de firma tussen levenspartners (zie 3.5.4) kan dit nogal lastig uitwerken met eventuele ongewenste afrekenproblematiek als gevolg. Geconcludeerd kan vervolgens dan ook worden dat de regeling niet uitblinkt in zijn eenvoud.⁶⁸

4.3.4 Conclusie en alternatief

Geconcludeerd kan worden dat de TBS-regeling de oorspronkelijk beoogde doelen ook daadwerkelijk treft. De mogelijkheden tot boxenarbitrage worden belemmerd en daarnaast is de parallel tussen de DGA en de IB-ondernemer versterkt. Toch heeft de TBS-regeling ook enige neveneffecten die de verhouding tussen de baten en de lasten van de regeling enigszins verstoren.

Het is mijns inziens logisch dat de aanwending van een vermogensbestanddeel in de onderneming van de partner of de eigen BV door inwerkingtreding van de 'reguliere' TBS-regeling wordt aangemerkt als 'onderneming' of 'werkzaamheid' door de sterke onderlinge financiële verbondenheid tussen partners. Buiten het eigen huishouden, voor de gevallen waarbij sprake is van een 'in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke' terbeschikkingstelling, is deze aanmerking naar mijn mening echter minder logisch.

De (ongebruikelijke) TBS-straf, die doorgaans een grotere extra belastinglast teweegbrengt dan de belastingbaten die (al dan niet bewust) door de arbitrage behaald zouden kunnen worden, en de voor de hand liggende mogelijkheid tot het hanteren van een (verplichte) correctieregeling hebben tot gevolg dat er op het vlak van de ongebruikelijke TBS-regeling naar mijn mening sprake is van een overkill.

De transformatie van de ongebruikelijke TBS-regeling naar een regeling die correctiemogelijkheden voor 'in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke' terbeschikkingstellingen biedt, zorgt er immers voor dat belastingplichtigen niet meer harder worden aangepakt dan wat rechtvaardig is. Naast dat dit alternatief de aanzuigende werking van de ongebruikelijke TBS-regeling wegneemt, beëindigt het ook direct de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de onduidelijkheid over wat als een 'in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke' TBS dient te worden gezien. Ondanks dat dit, zoals uit het eerste voorbeeld in 4.2.6 al bleek, nieuwe problematiek oplevert, is het de moeite waard om hiervan de mogelijkheden te onderzoeken.

⁶⁸ TaxLive (2015), *'Frisse blik op de tbs-regeling gewenst'*.

Conclusie

Tijdens deze scriptie is getoetst in hoeverre de TBS-regeling voldoet aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid. De probleemstelling luidde dan ook als volgt:

“In hoeverre voldoen de TBS-regelingen van art. 3.91 & 3.92 Wet IB aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid en is er als blijkt dat ze er niet aan voldoen een beter alternatief?”

Om tot een antwoord op de probleemstelling te kunnen komen was het allereerst van belang de te toetsen beginselen uit te werken. In hoofdstuk 2 werd dus gekeken hoe deze beginselen definiëren, waarop gelet moet worden voordat eraan getoetst kan worden en, voor het draagkrachtbeginsel, hoe de implementatie ervan in de Wet IB is.

In hoofdstuk 3 zijn vervolgens de bestaansreden, de uitwerking en de knelpunten van de regeling behandeld. Met de belastingherziening van 2001 en daarmee de introductie van de Wet IB 2001 werd de TBS-regeling aan de wet toegevoegd als anti-belastingarbitragemaatregel. Door de tariefverschillen tussen de boxen was het voor belastingplichtigen aantrekkelijk om door het schuiven met vermogensbestanddelen te bewerkstelligen dat hoog belast ‘winstinkomen’ werd omgezet in lager belast beleggingsinkomen met een belastingbesparing als gevolg. De TBS-regeling had als voornaamste doel het voorkomen van deze vorm van boxenarbitrage en moest bovendien de parallel tussen de DGA en de IB-ondernemer versterken.

De TBS-regeling gold in de eerste instantie enkel voor vermogensbestanddelen die werden aangewend in de onderneming of werkzaamheid van verbonden personen of de eigen BV. Volgens de wetgever werden hiermee niet alle misbruiksituaties aangepakt en dus werd de groep van verbonden personen uitgebreid met de ‘ruimere’ familiekring voor de gevallen waarin vermogensbestanddelen ter beschikking werden gesteld tegen ‘in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke’ voorwaarden of omstandigheden. Deze ongebruikelijke TBS-regeling zou enkel moeten gelden in de situaties waarbij een terbeschikkingstelling kennelijke voornamelijk gericht is op het behalen van onwenselijke fiscale voordelen. Om dit te beoordelen werden vervolgens de zakelijkheids- en de gebruikelijkheidstoets gehanteerd.

Tijdens de behandeling van de regeling kwamen er een aantal knelpunten naar boven. Zo bleek de TBS-regeling met betrekking tot het huwelijksgoederenregime bijzonder complex uit te werken, heerst er onduidelijkheid over wat onder een ‘in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke’ terbeschikkingstelling dient te worden verstaan en kampt de regeling in bepaalde gevallen met afrekenproblematiek.

Aan de hand van deze knelpunten is vervolgens in het vierde hoofdstuk getoetst in hoeverre de TBS-regeling voldoet aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid.

Draagkrachtbeginsel

Het draagkrachtbeginsel vormt het primaire heffings- en verdelingsbeginsel dat het heffen en verdelen van belasting rechtvaardigt. Vastgesteld was al dat de implementatie van dit beginsel in de Wet IB niet volledig zuiver is. Volgens de draagkrachtgedachte dient aan elke verdiende euro aan inkomen, ongeacht het karakter van de bron of de wijze van heffing, dezelfde draagkracht toegekend te worden, als ware er sprake is van een 'synthetisch' stelsel. Het 'analytische' karakter, dat terug te zien is in de tariefverschillen tussen de boxen, verraaft dat er in de inkomstenbelasting op wetsniveau een inbreuk wordt gemaakt op het draagkrachtbeginsel.

Gegeven deze onzuivere implementatie kan worden geconcludeerd dat de TBS-regeling niet in zijn geheel voldoet aan het draagkrachtbeginsel en dat het in bepaalde situaties zelfs de inbreuk op het beginsel versterkt. Echter is de regeling op zichzelf gezien niet de oorzaak van deze inbreuk. Het is eerder een voortvloeisel uit de door de wetgever doelbewust gemaakte schending van de draagkrachtgedachte in de Wet IB.

Om deze inbreuk te verkleinen moet er mijns inziens dan ook niet iets veranderen aan de TBS-regeling, maar moeten er op wetsniveau wijzigingen plaatsvinden. Het wegnemen van de tariefverschillen tussen de boxen, en daarmee de transformatie naar een 'synthetisch' stelsel, zou een einde aan de inbreuk op het draagkrachtbeginsel betekenen. Daarnaast zou dit de prikkel tot het op arbitraire wijze te schuiven met vermogensbestanddelen tussen de boxen met als doel het behalen van belastingvoordelen wegnemen en dus ook de noodzaak voor een TBS-regeling.

Gelijkheidsbeginsel

Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel bleek dat de ruimere familiekring van de ongebruikelijke TBS-regeling in bepaalde situaties tot ongerechtvaardigde discriminatie leidt en dus dat de regeling niet volledig voldoet aan het gelijkheidsbeginsel. De ongelijke behandeling van gevallen die rechtens en feitelijk gelijk zijn betekent vervolgens dat de wetgever zal moeten voorzien in rechtsherstel.

De voor de wetgever meest voor de hand liggende (of meest eenvoudige) oplossing is mijns inziens een uitbreiding van de ruimere familiekring met de samenwerkende groep. Ondanks dat de uitvoerbaarheid/controleerbaarheid afneemt buiten de familiale sferen, neemt dit wel de discriminatoire uitwerking van de ongebruikelijke TBS weg.

Doeltreffendheidsbeginsel

Uit het toetsen aan het doeltreffendheidsbeginsel volgt dat de TBS-regeling doeltreffend is in de zin dat de oorspronkelijk beoogde doelstellingen, zijnde de bestrijding van boxenarbitrage en het versterken van de parallel tussen de DGA en de IB-ondernemer, worden behaald.

De TBS-regeling op zichzelf bezien lijkt dan ook geen inbreuk op het doeltreffendheidsbeginsel te maken. Bij de ongebruikelijke TBS-regeling lijkt er echter wel sprake te zijn van een overkill. Door de geringe onderlinge financiële verbondenheid tussen familieleden, niet behorende tot het eigen huishouden, is het naar mijn mening onnodig de 'in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke' verstrekking van een

vermogensbestanddeel aan een persoon uit de ruimere familiekring te bestraffen met de inwerkingtreding van de TBS-regeling (en dus toepassing van het ROW-regime). Mijns inziens kan er dus geconcludeerd worden dat de TBS-regeling niet in zijn geheel voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel.

Vanuit de gedachte dat belastingplichtigen met een wet of regel niet harder getroffen mogen worden dan wat rechtvaardig is, zou het naar mijn mening rechtvaardiger zijn de ongebruikelijke TBS-regeling te transformeren naar een correctieregeling. Voor de verstrekking van vermogensbestanddelen aan de onderneming van een persoon uit de ruimere familiekring onder voorwaarden die 'in het maatschappelijke verkeer als ongebruikelijk' worden beschouwd wordt dan de mogelijkheid geboden de verstrekking te corrigeren naar voorwaarden die wel als zakelijk en/of gebruikelijk worden gezien.

Alles bij elkaar bezien valt te concluderen dat de TBS-regeling niet in zijn geheel voldoet aan de belastingbeginselen draagkracht, gelijkheid en doeltreffendheid. Toch is de regeling, voor zover het huidige boxensysteem met de tariefverschillen tussen de boxen blijft bestaan, onmisbaar gebleken.

Overpeinzing

Geconcludeerd kan worden dat de TBS-regeling niet in zijn volledigheid voldoet aan de drie getoetste belastingbeginselen en dat er alternatieve wet- en regelgeving vindbaar is die beter in overeenstemming is met de beginselen. Daarbij dient echter wel nog het volgende te worden opgemerkt:

Een inbreuk op het draagkrachtbeginsel is mijns inziens, voor zover deze inbreuk door de wetgever doelbewust wordt gemaakt, niet direct een reden om het hele belastingstelsel om te gooien. De vrees voor kapitaalvlucht naar het buitenland, wat ten grondslag ligt aan de tariefverschillen tussen de boxen, en de mogelijkheden tot boxenarbitrage die daaruit voortvloeien hebben er blijkbaar voor gezorgd dat de wetgever meer waarde hecht aan een belastingstelsel dat aansluit bij het totaalwinstbegrip. Het voorkomen van belastinglekken wordt dus als belangrijker geacht dan het hebben van een stelsel dat volledig in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel en de TBS-regeling is daar een voortvloeisel uit. Daarbij komt ook nog eens kijken dat het draagkrachtbeginsel een gedachtegang weerspiegelt die het heffen en verdelen van belasting rechtvaardigt en dus op zichzelf gezien geen ‘spelregel’ vormt waaraan wet- en regelgeving verplicht moet voldoen. Bij een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel ligt dat naar mijn mening dan ook anders.

Het gelijkheidsbeginsel vormt, zoals bekend, wel een spelregel waaraan goede wet- en regelgeving zich moet houden. Het gelijkheidsbeginsel, en dus het verbod op discriminatie, staat opgenomen in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet en dus betekent een schending hieraan, voor zover daarvoor geen toereikende rechtvaardigingsgrond bestaat, dat de wetgever zal moeten voorzien in rechtsherstel. De vastgestelde ongerechtvaardigde discriminatie die de ongebruikelijke TBS-regeling in bepaalde gevallen oproept moet mijns inziens dan ook worden gerepareerd.

Bij een inbreuk op het doeltreffendheidsbeginsel ligt dit dan weer anders. Voor zover er geen inbreuk gemaakt wordt op een aan het doeltreffendheidsbeginsel onderhavig (geschreven) grondrecht, is de wetgever niet verplicht de wet of regel aan te passen. Echter is het uit het streven naar een zo rechtvaardig mogelijk belastingstelsel voor de wetgever wel belangrijk om het doeltreffendheidsbeginsel in acht te nemen.

Literatuurlijst

Wetenschappelijke literatuur

Van den Burgt 2021

G.C. van der Burgt (2021), *Doeltreffendheid en doelmatigheid*, Splitsing in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 2021/5.2.3.

Boer, van der Slik en de Kort 2022

J.P. Boer, B. van der Slik en J.W.J. de Kort (2022), *Commentaar op Artikel 3.91 - Wet Inkomstenbelasting 2001*, NDFR.

Caanen 1995

J.Ch. Caanen (1995), *Enige beschouwingen over goed koopmansgebruik*, TFO 1995/221.

Van Doesum 2009

A.J. van Doesum (2009), *Het doelmatigheidsbeginsel*, Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW 2009/7.7.

Heithuis 1999

E.J.W. Heithuis (1999), *Draagkrachtbeginsel als leidende gedachte*, Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen 1999/2.2.1.

Heithuis 2008

E.J.W. Heithuis (2008), *Steeds meer misverstanden over de tbs-regeling in de inkomstenbelasting*, Weekblad fiscaal recht, 2008/273.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis (2010), *Noot: BNB 2011/36*, 2010.

Heithuis 2016

E.J.W. Heithuis, *Noot: BNB 2016/170*, 13 mei 2016.

Hemels 2019

S.J.C. Hemels (2019), *Gezin of individu: een Gordiaanse knoop in de IB – Deel 2: Overige criteria*, Weekblad fiscaal recht, 2019/256.

Ligthart en Nijkamp 2013

N.M. Ligthart en H.K. Nijkamp MSRE (2013), *Borgstelling en tbs, een paar apart!*, Weekblad fiscaal recht, 2013/776.

Ligthart en Nijkamp 2015

N.M. Ligthart en H.K. Nijkamp (2015), *De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?*, Weekblad fiscaal recht, 2015/674.

Ligthart 2017

G.Th. Ligthart (2017), *Winst uit onderneming versus resultaat uit overige werkzaamheden*, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden 2018/2.4.1.

Van Lint 2022

A.J. van Lint (2022), *Thema: De terbeschikkingstellingsregelingen*.

Poelmann 2021

Poelmann (2021), *Feitelijk en rechtens gelijke gevallen*, Cursus Belastingrecht, FBR.4.4.0.B.

Stevens en Lejour 2018

L.G.M. Stevens en A.M. Lejour (2018), *Vermogen als zelfstandige factor van draagkracht*, Weekblad fiscaal recht, 2018/157.

Vakstudie 01

Vakstudie, *Aant. 1.12.20 Gelijke gevallen*. Art. 11 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.

Vakstudie 02

Vakstudie, *Aant. 1.9 Ongeoorloofde discriminatie?*. Art. 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001.

Vakstudie 08

Vakstudie, *Aant. 3.3 De uitleg van het begrip 'willekeurige discriminatie'*. Art. 65 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Vakstudie 08

Vakstudie, *Aant. 5.11 De Participatiewet*. Art. 14 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Wijtvliet 2021

L.W.D. Wijtvliet (2021), *Het draagkrachtbeginsel en andere verdelingsbeginselen: gedachten over hun invulling, rol en betekenis voor belastingheffing*, Weekblad fiscaal recht, 2021/58.

Parlementaire geschiedenis

Centrale Raad van Beroep, 19/243 PW, 16 november 2021.

Ministerie van Financiën, nr. 48048/2021, *Inkomstenbelasting. Resultaat overige werkzaamheden*, 21 februari 2014.

Hoge Raad, nr. 33078, 17 augustus 1998.

Hoge Raad, nr. 17/00196, 8 december 2017.

Kamerstukken 1999/2000, 26726, nr. 7. *Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001)*.

Kamerstukken 1999/2000, 26726, nr. 89. *Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001)*.

Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3, *Wijziging Wet inkomstenbelasting 2001. Memorie van toelichting Wijziging*.

Boeken

Elementair Belastingrecht 2015/2016

L.G.M. Stevens en R.C. de Smit, *Elementair Belastingrecht, H1.3 (1ste editie)*. Wolters Kluwer, 2015/2016.

Overige literatuur

ABkort 2021

CRvB, *Herziening en verrekening van bijstand*, ABkort 2021/692.

Geraadpleegd via:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CRVB:2021:2841>.

BelastingBelangen 2010

BelastingBelangen, *De TBS-regeling als de DGA in gemeenschap van goederen is gehuwd*, 2010.

Geraadpleegd via:

https://www.belastingbelangen.nl/artikel/De_TBS-regeling_als_de_DGA_in_gemeenschap_van_goederen_is_gehuwd#:~:text=Die%20inkomsten%20komen%20volledig%20toe,wiens%20naam%20die%20zaak%20staat.&text=De%20Raad%20be%20sliste%20dat%20inkomsten,wie%20dat%20voordeel%20rechtstreeks%20toevloeit.

Belastingdienst 2020

Belastingdienst, *Gelijkheidsbeginsel*, 2020.

Geraadpleegd via:

https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/standaard_functies/prive/contact/meningsverschil/spelregels/gelijkheidsbeginsel.

Belastingdienst 2020

Belastingdienst, *Spelregels: algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, 2020.

Geraadpleegd via:

https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/standaard_functies/prive/contact/meningsverschil/spelregels/.

Belastingdienst 2022

Belastingdienst, *Ter beschikking stellen van bezittingen*, 2022.

Geraadpleegd via:

https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/prive/werk_en_inkomen/werken/niet_in_loondienst_werken/ter_beschikking_stellen_van_bezittingen.

College voor Rechten van de Mens 2022

College voor Rechten van de Mens, *De Nederlandse wet over discriminatie*, 2022.

Geraadpleegd via:

<https://mensenrechten.nl/en/node/3#:~:text=In%20artikel%201%20van%20de,grond%20dan%20ook%2C%20mag%20niet>.

Kaap Hoorn 2018

R. van Oostenbrugge, *Tbs-regeling*, Kaap Hoorn Accountancy, 2018,

Geraadpleegd via:

<https://www.kaaphoorn.net/tbs-regeling/>.

NOS 2021

NOS, *WOZ-waarde van woningen 7 procent gestegen, gemiddeld 290.000 euro*, 2021.

Geraadpleegd via:

<https://nos.nl/artikel/2399752-woz-waarde-van-woningen-7-procent-gestegen-gemiddeld-290-000-euro>.

Het Rechtenstudentje 2016

M. Hennevelt, *ECLI:NL:HR:1998:AA2286 (Wagenparkarrest)*, 29 februari 2016.

Geraadpleegd via:

<https://www.hetrechtenstudentje.nl/jurisprudentie/eclinlhr1998aa2286-wagenparkarrest/>.

Rijksoverheid 2022

Rijksoverheid, *6.2.3 Algemene rechtsbeginselen*, Kenniscentrum voor beleid en regelgeving, 2022.

Geraadpleegd via:

<https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/integraal-afwegingskader-voor-beleid-en-regelgeving/6-wat-het-beste-instrument/62-rechtmatigheid/623-algemene-rechtsbeginselen>.

TaxLive 2015

TaxLive, *Frisse blik op de tbs-regeling gewenst'*, 1 mei 2015.

Geraadpleegd via:

<https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/frisse-blik-op-de-tbs-regeling-gewenst/>.