

Ministerie van Financiën  
Postbus 20201  
2500 EE DEN HAAG

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

Amsterdam, 29 maart 2019

**Betreft: reactie op internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap**

Geachte heer/mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap. Ter ondersteuning van de totstandkoming van het definitieve wetsvoorstel treft u in deze brief verschillende opmerkingen, aanvullingen en vragen aan. Het eerste deel van deze brief bestaat uit een aantal algemene opmerkingen, vervolgens bespreken we een aantal specifieke thema's. Waar mogelijk wordt verwezen naar het paginanummer van de memorie van toelichting.

Voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van het wetsvoorstel, merken wij op dat wij begrip kunnen opbrengen voor het feit dat de wetgever het vrijwel onbeperkt lenen van de eigen vennootschap aan banden wil leggen. Wij kunnen begrijpen dat het wenselijk is dat het langdurig "overbrengen van vermogensbestanddelen" uit de vennootschap door een AB-houder zou moeten leiden tot heffing van inkomstenbelasting. Ook het feit dat wordt gezocht naar mogelijkheden om knelpunten in de uitvoering van de belastingwetgeving door de Belastingdienst weg te nemen, is te respecteren.

Vanuit vaktechnisch oogpunt stellen wij vraagtekens bij de voorgestelde maatregel. Bijvoorbeeld doordat de maatregel leidt tot dubbele heffing. Hetgeen eenvoudig kan worden voorkomen door na een fictief regulier voordeel de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang te verhogen met hetzelfde bedrag.

Vanuit onze wens dat een eventuele rekening-courant maatregel past binnen de systematiek van box 2 hebben wij een alternatieve methode uitgewerkt in een artikel. Dit artikel ligt ten tijde van het schrijven van deze brief ter beoordeling bij de redactie. Vooruitlopend op een mogelijke publicatie hebben wij een print van dit artikel bijgesloten.

## 1. Algemeen

- De voorgestelde maatregel zal het aantal discussies tussen de Belastingdienst en belastingplichtigen aanzienlijk verminderen doordat leningen die het grensbedrag van € 500.000 overschrijden voortaan altijd leiden tot een fictief regulier voordeel voor zover dat bedrag wordt overschreden. De achterliggende oorzaak wordt echter door deze maatregel niet weggenomen. Zoals u zelf opmerkt blijft het mogelijk dat discussie ontstaat over leningen lager dan € 500.000 (p. 15). In feite blijft het onduidelijk wanneer sprake is van een lening en wanneer sprake is van een dividenduitkering. Hierdoor blijft onzekerheid bestaan, daarmee is de praktijk niet geholpen.
- Er wordt geen tegenbewijsregeling voorgesteld. Ook gebruikelijke en marktconforme situaties (zoals het hiervoor aangehaalde voorbeeld) worden getroffen door de maatregel. Te denken valt aan de situatie dat een kapitaalstorting heeft plaatsgevonden van meer dan € 500.000 en dat het volledige bedrag wordt terug geleend. In dat geval is er geen sprake van uitstel of afstel van box 2-heffing, omdat een terugbetaling van hetgeen als kapitaal is gestort niet belast is.
- Een alternatieve benadering voor de rekening-courant maatregel is uit te gaan van een bepaald percentage van het eigen vermogen van de BV dat mag worden uitgeleend, zonder dat dit leidt tot heffing. Is een dergelijke opzet van de maatregel overwogen en zo ja, waarom is deze afgefallen?
- Ook een situatie waardoor bijzondere omstandigheden vermogen aan de vennootschap wordt onttrokken (bijvoorbeeld om een dreigende executoriale verkoop van de eigen woning te voorkomen), worden door de maatregel getroffen. Nog afgezien van het feit dat het peilmoment het einde van het jaar is, zodat een AB-houder die eerder in het jaar vermogen leent van zijn vennootschap meer ruimte heeft om het terug te betalen dan een AB-houder die tegen het einde van het jaar leent of om andere redenen een formele dividenduitkering niet geregeld krijgt (aandeelhoudersbesluit, goedkeuring bestuur inclusief uitkeringstoets). Om situaties gelijk te behandelen zou iedere AB-houder een termijn moeten hebben nadat het is geleend om de lening af te lossen, zonder dat dit leidt tot het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel.
- Nadat een fictief regulier voordeel is geconstateerd, wordt het bedrag dat de AB-houder zonder directe fiscale gevolgen kan lenen met dat bedrag verhoogd. Op welke wijze wordt dit geadmistreerd? Kan een belastingplichtige een beschikking aanvragen waarin dat bedrag wordt vastgesteld? (p. 10 + 17)

## 2. Eigen woning

- Een eigenwoningschuld is pas uitgezonderd als een hypotheekrecht is gevestigd ter zekerheid van terugbetaling. Dit dwingt de AB-houder om langs de notaris te gaan. Dit is een lastenverzwaring voor de AB-houder. Daarnaast als het een tweede of derde hypotheekrecht is, heeft het wat betreft zekerheid een beperkte toegevoegde waarde. (p. 3 + p. 17).
- Wat zijn de gevolgen bij een verhuizing van de AB-houder naar een nieuwe eigen woning. Moet dan wel een hypotheekrecht worden gevestigd?
- Diverse regelingen uit de eigenwoningregeling zullen invloed hebben op de rekening-courantmaatregel. Denk hierbij aan de bijleenregeling van art. 3.119aa Wet IB 2001 of het feit dat een lening na 30 jaar renteaftrek (art. 10bis.10 Wet IB 2001) te hebben genoten van box 1 naar box 3 verhuist op grond van art. 2.14 lid 3 onder a Wet IB 2001. Op welke wijze wordt de rekening courantmaatregel hierdoor beïnvloed?

### 3. Verbonden personen

- Door handelen van de BV buiten de invloedssfeer van een AB-houder om, kan deze AB-houder worden geconfronteerd met een fictief regulier voordeel. Dit zou niet mogelijk moeten zijn. Een voorbeeld ter illustratie. Stel een AB-houder heeft 5% in een BV als belegging. Verder heeft deze AB-houder niet betrokken bij de BV. De activiteiten van de BV bestaan uit het verstrekken van financieringen. De BV besluit een bedrag van meer dan € 500.000 uit te lenen aan het kind van de AB-houder bijvoorbeeld voor het opzetten van een onderneming. De AB-houder wordt dan geconfronteerd met een fictief regulier voordeel. (p. 18 + 19)

### 4. Immigratie

- Kunt u bevestigen dat de step-up bij immigratie als bedoeld in art. 4.14c lid 1 Wet IB 2001 ook voor AB-houders geldt die al voor het inwerkingtreden van dit wetsvoorstel zijn geïmmigreerd? (p. 8) Als dat niet het geval is, wordt een onderscheid gemaakt tussen AB-houders die voor het inwerkingtreden van de maatregel zijn geïmmigreerd en AB-houders die na dat moment immigreren hetgeen ons inziens onwenselijk is.

### 5. Flankerende maatregelen

- Indien de vennootschap zich garant stelt bij een bank door de lening van een AB-houder, valt de lening ook onder de rekening-courantmaatregel. Daarbij geldt eenzelfde benadering als voor de toepassing van art. 10a Wet Vpb (p. 14). Daarom geldt een uitzondering als de AB-houder ook 'op eigen kracht' de lening had kunnen aangaan bij de bank en de garantstelling uitsluitend leidt tot gunstigere voorwaarden. Voor de toepassing van art. 10a Wet Vpb geldt de toezegging dat als een deel van het bedrag van de lening zonder garantie had kunnen worden geleend, art. 10a Wet Vpb in zoverre niet van toepassing was (zie Handelingen 1996-1997, nr. 4, 24696, Tweede Kamer, pag. 680-698). Kunt u bevestigen dat deze toezegging ook geldt voor de nu voorgestelde maatregel?

### 6. Tot slot

Wij danken u voor uw aandacht en kijken uit naar het definitieve wetsvoorstel.

Voor nadere toelichting kunt u ons bereiken via de contactgegevens vermeld rechtsboven deze brief.

Met vriendelijke groet,  
Financial Boardroom Amsterdam

Peter Hofman en Arco de Vries

Bijlage; artikel: Rekening-courantmaatregel zet box 2 op z'n kop. Doe het zoals Down-Under

## Bijlage

### Rekening-courantmaatregel zet box 2 op z'n kop. Doe het zoals Down-Under

De dag na Prinsjesdag 2018 waren het drie zinnen uit de Miljoenennota 2019 en de bijbehorende bijlage die de fiscale wereld het meest bezig hielden.<sup>1</sup> In die zinnen wordt een maatregel aangekondigd die belastinguitstel door dga's moet ontmoedigen door rekening-courantschulden vanaf € 500.000 als een winstuitkering te belasten in box 2. Enige maanden later is iedereen van de schrik bekomen, is het wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd en verschijnen de eerste commentaren. Na aankondiging van de maatregel spraken wij direct de wens uit dat de regeling zou passen binnen de structuur van de huidige aanmerkelijkbelangregeling in de Wet inkomstenbelasting 2001. Wij zijn van mening dat de voorgestelde regeling niet aan deze wens tegemoetkomt. Daarom doen wij vanuit die wens een voorstel hoe de regeling zou kunnen worden vormgegeven. Daarbij hebben wij ons laten inspireren door een vergelijkbare regeling in Australië. Voordat wij daaraan toekomen, plaatsen wij eerst de aangekondigde maatregel binnen het huidige wettelijke systeem van box 2.

#### Voorgestelde rekening-courantmaatregel

Lange tijd was het wachten op de details van de aangekondigde rekening-courantmaatregel en was het meest informatief de brief van de Minister en Staatssecretaris van Financiën bij de aanbieding van het Belastingplan 2019.<sup>2</sup> Inmiddels is het wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd. Wij volstaan met een beschrijving op hoofdlijnen van de maatregel. Voor een uitgebreidere bespreking van het wetsvoorstel verwijzen wij u naar andere bijdragen in het Weekblad. Op hoofdlijnen houdt de rekening-courantmaatregel in dat als de totale som van schulden bij een vennootschap van iemand met een aanmerkelijk belang in de vennootschap (hierna: AB-houder) meer bedraagt dan € 500.000, het meerdere als fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen. Een uitzondering geldt voor de eigenwoningsschuld die is aangegaan of wordt aangegaan bij de eigen vennootschap. Het bedrag van € 500.000 geldt voor de AB-houder en zijn partner tezamen. Ook leningen aan verbonden personen (zijnde bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de AB-houder of zijn partner) van meer dan € 500.000 leiden tot het constateren van een fictief regulier voordeel. Het effect van deze maatregel is dat als een AB-houder meer leent van zijn vennootschap dan € 500.000 (exclusief

---

<sup>1</sup> Zie onder andere de column van E.J.W. Heithuis gepubliceerd op 21 september 2018 op [www.taxlive.nl](http://www.taxlive.nl).

<sup>2</sup> Brief van de Minister van Financiën, nr. 2018-0000158869 en de bijlage bij de Miljoenennota 2019. De drie zinnen waarnaar in de inleiding wordt gerefereerd zijn de volgende. In de Miljoenennota 2019: *'Het kabinet gaat belastinguitstel ontmoedigen door schuldverhoudingen van dga's met hun eigen bv boven de 500.000 euro te belasten in box 2.'*

In de bijlage bij de Miljoenennota 2019: *'Dat hangt vooral samen met de maatregelen in box 2 van de inkomstenbelasting. De beperking van rekeningcourantschulden voor DGA's door deze vanaf een half miljoen euro als een winstuitkering te behandelen heeft een fors opwaarts budgettair effect.'*

eigenwoningschuld) het meerdere als fictief regulier voordeel wordt belast met 25% inkomstenbelasting. Civielrechtelijk blijft de schuld bestaan, maar vanuit fiscaal oogpunt, in ieder geval voor box 2, wordt een bedrag geacht te zijn uitgekeerd aan de AB-houder.

De voorgestelde inwerkingtredingsdatum van de maatregel is 1 januari 2022. Hiermee geeft de wetgever AB-houders de tijd om hun schuldpositie te verlagen. Gelet op het feit dat de regeling wellicht politiek gevoelig ligt en het daardoor onzeker is of en in welke vorm de rekening-courantmaatregel wordt ingevoerd, is het de vraag of in de praktijk vooruitlopend op deze maatregel alvast moet worden geadviseerd de schuldpositie te verlagen.<sup>3</sup>

### **Reden voor de rekening-courantmaatregel**

Uit de verschenen toelichting kunnen twee redenen worden gedestilleerd voor de aangekondigde rekening-courantmaatregel.<sup>4</sup> De eerste is dat met deze maatregel wordt voorkomen dat een AB-houder door middel van het lenen van zijn vennootschap belastingheffing in box 2 langdurig uitstelt of zelfs afstelt.<sup>5</sup> Hierbij moet men denken aan een AB-houder die besluit overtollig vermogen in zijn vennootschap niet als dividend uit te keren, belast als regulier voordeel met 25% inkomstenbelasting, maar via een lening ter beschikking stelt aan privé. De lening wordt onder de huidige wetgeving in beginsel niet aangemerkt als een regulier voordeel. Op deze wijze krijgt de AB-houder zonder belastingheffing de beschikking over vermogen (uiteraard ontstaat een schuld aan de vennootschap, waarbij de rente behoort tot het resultaat van de vennootschap en derhalve belast is met vennootschapsbelasting).

De tweede reden voor het invoeren van deze maatregel is te vinden in de werklust die discussies over rekening-courantschulden voor de Belastingdienst met zich brengt.<sup>6</sup> Deze discussies gaan over de zakelijkheid van de voorwaarden waaronder de rekening-courantschulden zijn aangegaan alsmede over de eventuele herkwalficatie als dividend. Met name dit laatste element lijkt ten grondslag te liggen aan veel gerechtelijke procedures. Volgens de staatssecretaris is het toezicht op leningen van de eigen vennootschap aan aanmerkelijkbelanghouders zeer bewerkelijk en leidt het in de praktijk tot veel tijdrovende discussies.<sup>7</sup> Het is daarbij aan de Belastingdienst om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een lening maar van een dividenduitkering. Dit volgt uit de verdeling van de bewijslast. Volgens de Hoge Raad moet voor het in aanmerking nemen van een onttrekking, de inspecteur feiten

---

<sup>3</sup> Mede in aanmerking genomen dat het tarief in box 2 in 2020 stijgt naar 26,25% en vanaf 2021 26,9% bedraagt.

<sup>4</sup> Al vaker zijn voorstellen gedaan om de AB-houder eerder in de heffing van inkomstenbelasting te betrekken. Zo stelde de Commissie Van Dijkhuizen een forfaitair rendement in box 2 voor waardoor een AB-houder jaarlijks over een forfaitair rendement inkomstenbelasting zou zijn verschuldigd. Zie het eindrapport Naar een activerender belastingstelsel gepubliceerd op 18 juni 2013.

<sup>5</sup> Consultatie Memorie van toelichting Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 2.

<sup>6</sup> Consultatie Memorie van toelichting Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, p. 6.

<sup>7</sup> Uit documenten inzake rekening-courantverhoudingen tussen directeur-aandeelhouders en BV die naar aanleiding van een WOB-verzoek op 22 februari 2017 en 14 maart 2018 openbaar zijn gemaakt, volgt het beeld dat de Belastingdienst hiervoor intern uitgebreid overleg voert.

(en omstandigheden) aannemelijk maken waaruit volgt dat deze lening niet kan of zal worden afgelost en de vennootschap en aandeelhouder zich daarvan bewust waren of hadden moeten zijn.<sup>8</sup>

De vraag komt op of de voorgestelde maatregel deze discussies volledig ten einde brengt. Voor een bedrag tot € 500.000 kan tussen een AB-houder en de Belastingdienst nog steeds een dispuut ontstaan of sprake is van een belaste onttrekking.<sup>9</sup> In die gevallen heeft een AB-houder geen zekerheid over de rechtsgevolgen van een lening bij zijn vennootschap.

### Huidige wetssystematiek

In onze ogen zit de schoonheid van box 2 in de eenvoud van de heffing. Belast wordt het inkomen uit aanmerkelijk belang verminderd met de te verreken verliezen uit aanmerkelijk belang, aldus art. 4.1 Wet IB 2001. Met bijna mathematische precisie worden alle voordelen uit een aanmerkelijk belang uiteindelijk belast in box 2. Een vergelijking kan worden gemaakt met het totaalwinstbeginsel in de winstsfeer.<sup>10</sup> Al hetgeen een AB-houder meer ontvangt dan het bedrag dat hij heeft opgeofferd voor zijn aanmerkelijk belang wordt in de heffing betrokken.<sup>11</sup> Dit meerdere kan een AB-houder gedurende het bezit van het aanmerkelijk belang genieten door middel van een dividenduitkering, welke is belast als regulier voordeel. Of als voordeel dat wordt gerealiseerd op het moment van vervreemding van het aanmerkelijk belang, hetgeen belast is als vervreemdingsvoordeel. Voor de wijze van belastingheffing en het tarief is niet van belang wanneer een voordeel wordt genoten. Indien een AB-houder besluit geen winst uit te keren, blijft de winst in de vennootschap wat te zijner tijd leidt tot een hoger vervreemdingsvoordeel. De belastingheffing kan derhalve eenvoudig worden uitgesteld tot het moment van vervreemding. Let wel, de belastingheffing wordt daarmee niet afgesteld.<sup>12</sup>

Het uitstellen van belastingheffing wordt door menig AB-houder als zeer welkom ervaren. Al was het maar omdat dankzij het uitstel meer vermogen behouden blijft om rendement mee te behalen. Desalniettemin is het geen uitzondering dat een AB-houder ook tijdens de periode dat hij houder is van de aandelen vermogen uit zijn vennootschap in privé wenst te besteden, bijvoorbeeld voor consumptieve doeleinden of voor het financieren van investeringen. De AB-houder heeft diverse

---

<sup>8</sup> Hoge Raad 20 maart 2015, nr. 13/05470, ECLI:NL:HR:2015:645. Hoewel de bewijslijst op de inspecteur rust, is het toch de AB-houder die bezwaar moet maken of in beroep moet gaan als de inspecteur het standpunt in neemt dat sprake is van een dividenduitkering. In die discussie zal de AB-houder de argumenten van de inspecteur moeten weerleggen.

<sup>9</sup> Dit wordt in de memorie van toelichting bij de consultatiestukken op bladzijden 15 ook geconstateerd. Daarbij wordt opgemerkt dat de bestaande jurisprudentie over verkapte winstuitdeling ter zake van leningen onverminderd van kracht blijft.

<sup>10</sup> De totaalwinst bestaat kortweg uit de winst die wordt behaald vanaf het begin van de IB-onderneming tot het moment dat de IB-onderneming niet meer voor rekening van de ondernemer wordt gedreven, vermeerderd met onttrekkingen en verminderd met gedane stortingen.

<sup>11</sup> Denk hierbij aan kapitaalstortingen of de koopprijs als het aanmerkelijk belang wordt gekocht van een derde, maar ook aan de ten laste van hem gekomen kosten voor bijvoorbeeld adviseurs en de notaris.

<sup>12</sup> Dit geldt niet voor een 'laagbelaste' beleggingsvennootschap. In dat geval wordt jaarlijks een forfaitair voordeel in aanmerking genomen als regulier voordeel (art. 4.13 lid 1 onder a jo 4.14 Wet IB 2001).

mogelijkheden om vermogen aan zijn vennootschap te onttrekken. De meest voor de hand liggende zijn:

- Toekennen van een (hoger) salaris aan de AB-houder. Het salaris van de AB-houder wordt belast met loonheffingen en inkomstenbelasting in box 1 tegen een progressief tarief van maximaal 51,75%.<sup>13</sup>
- Dividenduitkering aan de AB-houder. Een dividenduitkering is effectief belast met 25% inkomstenbelasting, waarbij de 15% dividendbelasting kan worden verrekend die ter zake van de uitkering wordt verschuldigd.
- Terugbetaling van gestort kapitaal. Als wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 4.13 lid 1 onder b Wet IB 2001, wordt een terugbetaling van kapitaal niet aangemerkt als een regulier voordeel en is dit niet belast. Deze voorwaarden houden in een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot terugbetaling en een vermindering van de nominale waarde van de aandelen via een statutenwijziging.<sup>14</sup>
- Inkoop van aandelen door de vennootschap. Dit wordt in art. 4.16 lid 1 onder a Wet IB 2001 aangemerkt als een fictieve vervreemding. Het gerealiseerde vervreemdingsvoordeel is belast met 25% inkomstenbelasting.
- Lenen van de vennootschap door de AB-houder. Lenen leidt in beginsel niet tot heffing van belasting, tenzij de feiten en omstandigheden tot de conclusie leiden dat geen sprake is van een geldlening maar van een belaste uitdeling (verkapt dividend).

#### *Geld lenen van de vennootschap*

Vanuit fiscaal oogpunt (uitstel van belastingheffing, zoals hiervoor verwoord) en omwille van de eenvoud wordt in de praktijk veelvuldig gekozen geld te lenen van de vennootschap indien de AB-houder gelden wil 'opnemen' uit zijn vennootschap. Of de lening vanuit fiscaal perspectief ook daadwerkelijk als een lening wordt aangemerkt, is afhankelijk van de voorwaarden waaronder de lening is gesloten en hoe wordt gehandeld door de vennootschap en de AB-houder. Wij onderscheiden daarbij twee mogelijkheden<sup>15</sup>:

1. De lening wordt aangemerkt als een lening. Indien de leningsvoorwaarden niet zakelijk zijn, kan bijvoorbeeld de hoogte van de rente worden gecorrigeerd, maar blijft er sprake van een lening.  
De ontvangen rente is als onderdeel van de winst belast bij de vennootschap met

---

<sup>13</sup> Het maximale tarief in box 1 wordt stapsgewijs verlaagd naar 49,5% in het jaar 2021.

<sup>14</sup> Indien niet aan de voorwaarden genoemd in art. 4.13 lid 1 onder b Wet IB 2001 wordt voldaan, wordt de terugbetaling van kapitaal aangemerkt als regulier voordeel, zie HR 12 september 2008, nr. 43.336, BNB 2009/13. Het is overigens de vraag wat de ratio van het stellen van deze voorwaarden is. Naar onze mening zou iedere terugbetaling van gestort kapitaal zonder belastingheffing mogelijk moeten zijn. Dit zou in lijn zijn met het huidige box 2 systeem.

<sup>15</sup> Het gaat de strekking van dit artikel te buiten om uitgebreid in te gaan op de vraag wanneer een lening zakelijk is of niet en wat daarvan de gevolgen zijn. Volstaan wordt met een zeer beknopte omschrijving van de gevolgen. Verwezen wordt naar WFR 2012/153 en 2016/129.



vennootschapsbelasting tegen 19% of 25%.<sup>16</sup> Afhankelijk waaraan de AB-houder het geleende bedrag heeft besteed, behoort de schuld tot box 1, 2 of 3.<sup>17</sup>

2. De lening wordt aangemerkt als een dividenduitkering. Hierbij wordt een 'substance over form'-benadering gehanteerd. Hoewel civielrechtelijk sprake is van een lening, vindt fiscaal een herkwalificatie plaats en wordt een winstuitdeling geconstateerd. Deze herkwalificatie vindt plaats indien sprake is van een permanente vermogensverschuiving van de vennootschap naar de AB-houder.

Het geleende bedrag wordt bij de AB-houder belast met 25% inkomstenbelasting.

Bij de beoordeling van de zakelijkheid van een lening spelen verschillende factoren een rol. Genoemd worden: de hoogte van de rente, gestelde zekerheid (bijvoorbeeld door middel van een recht van hypotheek of pand, al dan niet via een positieve/negatieve hypotheek- of pandverklaring<sup>18</sup>), looptijd en aflossingsverplichting.<sup>19</sup>

#### *Aanmerken lening als winstuitdeling*

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de civielrechtelijke vorm in beginsel leidend is voor de beoordeling of sprake is van een lening.<sup>20</sup> Daarbij heeft wel te gelden dat als een vennootschap aan de AB-houder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, deze lening moet worden aangemerkt als een onttrekking. Volgens de Hoge Raad heeft het bedrag van de lening dan het vermogen van de vennootschap definitief verlaten.<sup>21</sup>

Met het aanmerken van een geldlening als een winstuitdeling moet in onze ogen prudent worden omgegaan. Het leidt namelijk tot een fiscaal andere behandeling van de civielrechtelijke werkelijkheid. Uit vaste rechtspraak volgt dat van een winstuitdeling sprake is indien de vennootschap haar aandeelhouder heeft willen bevoordelen en de aandeelhouder zich van deze bevoordeling bewust is geweest of redelijkerwijs had moeten zijn.<sup>22</sup> Het zal voor de BV en de aandeelhouder duidelijk moeten zijn dat de lening niet wordt terugbetaald en dat daarom sprake is van een permanente vermogensverschuiving. Of dit het geval is moet objectief worden beoordeeld. De bedoelingen en gedachten van de BV en de AB-houder zijn niet relevant.

---

<sup>16</sup> Deze percentages gelden voor het jaar 2019. De tarieven voor de vennootschapsbelasting worden stapsgewijs verlaagd naar 16,5% en 22,55% in 2020 en 15% en 20,5% in 2021.

<sup>17</sup> Zie ook N.M. Ligthart, 'Fiscale aspecten van financiering door en van een ab-houder (deel II, slot)', WPNR 2016/7098.

<sup>18</sup> De Belastingdienst ziet een dergelijke verklaring niet als een echt recht van zekerheid. Zie de documenten die naar aanleiding van een WOB-verzoek op 14 maart 2018 openbaar zijn gemaakt.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Gelderland 31 januari 2019, nr. AWB 17/4238, ECLI:NL:RBGEL:2019:361, Rechtbank Gelderland 5 december 2017, nr. 16/4358, ECLI:NL:RBGEL:2017:6185, Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, nr. 13/01158, ECLI:NL:GHARL:2015:1367 en Hof Amsterdam 4 oktober 2018, nr. 17/00581, ECLI:NL:GHAMS:2018:3711.

<sup>20</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442.

<sup>21</sup> HR 29 oktober 2004, nr. 40296, ECLI:NL:HR:2004:AR4761.

<sup>22</sup> HR 4 mei 1983, nr. 21668, ECLI:NL:HR:1983:AW8886.



### Enkele opmerkingen bij het consultatiedocument

De bespreking van een alternatief voor de voorgestelde maatregel beginnen wij met de opmerking dat wij begrip kunnen opbrengen voor het feit dat de wetgever het vrijwel onbeperkt lenen van de eigen vennootschap aan banden wil leggen. Wij kunnen begrijpen dat de wetgever het wenselijk acht dat het langdurig “overbrengen van vermogensbestanddelen” uit de vennootschap door een AB-houder zou moeten leiden tot heffing van inkomstenbelasting. Anders gezegd dat wordt voorkomen dat het mogelijk is langdurig over vermogen van de vennootschap te beschikken zonder dat dit leidt tot acute belastingheffing. Ook het feit dat wordt gezocht naar mogelijkheden om knelpunten in de uitvoering van de belastingwetgeving door de Belastingdienst weg te nemen, is begrijpelijk. Wij plaatsen echter vraagtekens bij de invulling van de voorgestelde maatregel.

Op het eerste gezicht lijkt de maatregel aan te sluiten bij de eenvoud van box 2. Iedere euro boven € 500.000 die van de BV wordt geleend, wordt belast als een dividenduitkering. Nog afgezien of het daadwerkelijk zo eenvoudig is in de praktijk<sup>23</sup>, zijn wij van mening dat de voorgestelde maatregel te grof is en niet past binnen de hiervoor beschreven wetssystematiek van box 2. Als het lenen van de eigen BV wordt beperkt, heeft het de voorkeur dat dit wordt gedaan met een maatregel die het systeem van box 2 respecteert. Een onttrekking van vermogen aan de BV behoort alleen als een dividenduitkering te worden aangemerkt, als het vermogen daadwerkelijk definitief het vermogen van de BV heeft verlaten. Zolang daarvan geen sprake is, is het niet op zijn plaats om tot heffing over te gaan. De voorgestelde maatregel gaat voorbij aan de werkelijkheid. Ook in situaties waarin de AB-houder in staat is de lening terug te betalen en verder geen sprake is van onzakelijk handelen, wordt toch een winstuitkering geconstateerd. Zoals uit de consultatiestukken blijkt, is deze regeling niet mogelijk zonder flankerende antimisbruikbepalingen. De vraag is of deze flankerende maatregelen niet wederom tot langdurige en tijdsintensieve discussies leiden. Bovendien blijven discussie over leningen tot een bedrag van € 500.000 mogelijk. Dit brengt met zich dat een AB-houder geen rechtszekerheid heeft over de fiscale kwalificatie van zijn lening.

Een aandachtspunt voor iedere maatregel die een civielrechtelijke lening voor fiscale doeleinden herkwalificeert als dividend is de toepassing van de maatregel in internationale situaties en de gevolgen voor het toewijzen van het heffingsrecht op basis van verdragen. Door de herkwalificatie van een lening naar dividend, haalt Nederland heffingsrecht naar zich toe. Het is de vraag of dit in strijd is met goede verdragstrouw en of in een dergelijke situatie een belastingplichtige een beroep kan doen op verdragsbescherming. In de consultatiestukken wordt hierop niet ingegaan.

---

<sup>23</sup> Wij zijn alleen al zeer benieuwd hoe de Belastingdienst deze maatregel administratief gaat verwerken en ook hoe dit past bij het streven naar een zo veel mogelijk vooraf ingevulde aangifte. Verder is het de vraag hoe de maatregel in internationale gevallen uitwerkt, onder meer in het kader van de goede verdragstrouw. Zijn de bestaande verdragen inzake het toewijzen van het heffingsrecht over dividenden van toepassing?

### Voorstel voor alternatieve rekening-courantmaatregel

Als de wetgever dan toch maatregelen wil nemen met betrekking tot rekening-courantverhoudingen, stellen wij, met het mantra van de wetgever dat het belastingstelsel eenvoudiger en robuuster moet zijn in ons achterhoofd, een regeling voor die beter aansluit bij de werkelijkheid en past binnen het systeem van box 2. Het systeem is vergelijkbaar met dat in Australië.<sup>24</sup> De fiscale wetgeving in Australië bevat een uitgebreide regeling die voorschrijft wanneer een opname uit het vermogen van de vennootschap als dividend moet worden aangemerkt. Geïnspireerd door die regeling stellen wij de volgende maatregel voor. Net als de door de Staatssecretaris van Financiën gepresenteerde maatregel, heeft ook de door ons voorgestelde maatregel alleen betrekking op de inkomstenbelasting. Andere belastingen zoals de dividendbelasting of vennootschapsbelasting worden niet geraakt door de voorgestelde maatregel. In de voetnoten wordt verwezen naar de bepalingen in de Australische fiscale wetgeving.

Een lening wordt in beginsel als een lening aangemerkt. Daarentegen wordt een betaling niet als lening maar als dividend beschouwd indien:<sup>25</sup>

- De betaling is gedaan aan een aandeelhouder of een aan de aandeelhouder verbonden natuurlijk persoon of rechtspersoon;
- Het betaalde bedrag niet voor het einde van het fiscale boekjaar van de vennootschap is afgelost; en
- De hierna te bespreken uitzonderingen niet van toepassing zijn.<sup>26</sup>

Uitgezonderd worden bepaalde specifiek benoemde leningen<sup>27</sup>, bijvoorbeeld de eigen woninglening, en leningen die aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen<sup>28</sup>:

- De lening is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. In de overeenkomst moeten ten minste de volgende gegevens worden opgenomen: gegevens van de schuldenaar en schuldeiser, de essentialia van de lening (zoals geleend bedrag, de datum waarop de lening is

---

<sup>24</sup> Deze regeling is opgenomen in Division 7A – Distributions to entities connected with a private company van de Income Tax Assessment Act 1936. Te raadplegen via. <https://www.ato.gov.au/law/#Law/table-of-contents?LocID=%22PAC%2F19360027%2FPtIII-Div7A%22>. Een toelichting op de regeling is te vinden via <https://www.ato.gov.au/business/private-company-benefits---division-7a-dividends/>.

In Engeland bevat de fiscale wetgeving ook een regeling die het excessief lenen door een aandeelhouder van zijn BV moet tegengaan: 'director's loans'. Die regeling vinden wij minder goed passen in het Nederlandse systeem, zodat wij deze niet verder bespreken.

<sup>25</sup> Zie artikel 109D van de Income Tax Assessment Act 1936.

<sup>26</sup> Division 7A, Subdivision D - Payments and loans that are not treated as dividends, Income Tax Assessment Act 1936.

<sup>27</sup> Zie artikel 109H van de Income Tax Assessment Act 1936.

<sup>28</sup> Zie artikel 109N van de Income Tax Assessment Act 1936.

gesloten, minimale jaarlijkse aflossingen, rente en looptijd), of zekerheid is gesteld en datering en ondertekening door schuldeiser en schuldenaar.<sup>29</sup>

- Over het geleende bedrag is een minimale rente verschuldigd die gelijk is aan de 12 maands Euribor-rente (eventueel met een opslag) of een rente die door de Belastingdienst wordt vastgesteld. De rente wordt jaarlijks daadwerkelijk betaald.
- De lening heeft een maximale looptijd van 10 jaar. In de Australische regeling geldt overigens een termijn van 25 jaar als voor 100% van de omvang van de lening hypothecaire zekerheid is verstrekt en de waarde van de onroerende zaak die als zekerheid dient op het moment dat de lening werd verstrekt ten minste 110% van het geleende bedrag is. In alle andere gevallen geldt een maximale looptijd van 7 jaar. Momenteel wordt nagedacht over een aanpassing van de Australische regeling. Met name het verschil in looptijd van de lening wordt namelijk als complex ervaren. Daarom wordt voorgesteld voor alle leningen een looptijd van 10 jaar te hanteren.
- Jaarlijks een bepaald minimumbedrag wordt afgelost op de lening. Daarbij kan gedacht worden aan een lineaire aflossing. Als niet voldoende wordt afgelost in een jaar, wordt dit tekort aangemerkt als dividend. In navolging van de Australische belastingdienst zou een rekenmodule beschikbaar kunnen worden gesteld waarmee kan worden berekend welk bedrag jaarlijks minimaal moet worden afgelost.

Een lening die voldoet aan deze voorwaarden wordt aangemerkt als een lening en niet als een dividenduitkering. Een voordeel voor uitvoering door de Belastingdienst is dat de AB-houder zal moeten aantonen dat aan de voornoemde voorwaarden wordt voldaan.

Wordt niet voldaan aan de voorwaarden, dan wordt de lening gekwalificeerd als een fictief regulier voordeel en wordt inkomstenbelasting verschuldigd. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang wordt met het bedrag gelijk aan het in aanmerking te nemen fictief regulier voordeel verhoogd, zodat daarover bij een latere vervreemding niet nogmaals inkomstenbelasting is verschuldigd. Daarmee wordt de werking van box 2 dat ieder voordeel één keer in de heffing wordt betrokken gerespecteerd. Door de verplichting om de lening af te lossen wordt voorkomen dat vermogen duurzaam aan de vennootschap wordt onttrokken.

De door ons voorgestelde maatregel sluit aan bij de eenvoud van de heffing in box 2. Wordt aan de voorwaarden voldaan, dan is sprake van een lening. Indien dat niet het geval is, wordt een fictief regulier voordeel geconstateerd. Op dat moment is sprake van een permanente vermogensverschuiving van de vennootschap naar de AB-houder. Hierdoor past de maatregel binnen het systeem van box 2 en wordt zo goed mogelijk bij de werkelijkheid aangesloten. Tegelijkertijd worden ook de doelstellingen van de wetgever bereikt. De aflossingsverplichting voorkomt dat gelden langdurig naar privé worden overgeheveld en de belastingheffing eindeloos wordt uitgesteld. Dankzij de duidelijke voorwaarden wanneer sprake is van een lening worden langdurige discussies tussen belastingplichtige en de Belastingdienst voorkomen. De voorwaarden geven duidelijk aan wanneer

---

<sup>29</sup> In de toelichting op deze voorwaarden merkt de Australische belastingdienst op dat er geen vast vereisten zijn waaraan een leningsovereenkomst moet voldoen. Vergelijkbare minimale vereisten worden genoemd. Zie <https://www.ato.gov.au/Business/Private-company-benefits---Division-7A-dividends/Payments-and-other-benefits-affected/Loans-and-other-forms-of-credit/>.

sprake is van een lening en als dat het geval is, wordt de lening ook fiscaal als zodanig behandeld. Hierdoor weet de AB-houder aan welke voorwaarden moet worden voldaan om te voorkomen dat een lening wordt aangemerkt als dividend. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Voor de Belastingdienst is het voordeel dat eenvoudig kan worden getoetst of aan de voorwaarden wordt voldaan, zodat duidelijk is of sprake is van een lening of toch van een winstuitdeling. Langdurige en ingewikkelde discussies zijn niet nodig. Ten slotte heeft dit systeem als voordeel dat het alleen een regeling betreft in de inkomstenbelasting. Er zijn geen gevolgen voor de vennootschapsbelasting of de dividendbelasting.

### **Tot slot**

Wij begrijpen de wens een maatregel in te voeren die tegengaat dat een AB-houder langdurig over vermogen van zijn vennootschap kan beschikken zonder dat hierover (direct) belasting wordt verschuldigd. We vragen ons echter af of de voorgestelde maatregel niet een te grote reikwijdte heeft en of deze, voor wat betreft het voorkomen van langdurige discussies, niet zijn doel voorbijschiet. In ieder geval doet de voorgestelde regeling afbreuk aan de duidelijke wetssystematiek van box 2.

Als een oplossing wordt gezocht die in lijn is met de Australische regelgeving, is voor de belastingplichtige en belastingdienst te allen tijde duidelijk wanneer sprake is van een belaste vermogensverschuiving van de vennootschap naar de AB-houder. Dit zal het aantal langdurige discussies substantieel terugbrengen. En belangrijker, deze regeling past volledig binnen het systeem van box 2.

De maatregel die wij voorstellen is minder vergaand, maar de doelstellingen van de wetgever, namelijk het tegengaan van langdurige belastinguitstel alsmede het voorkomen van langdurige discussies, worden wel bereikt. Doordat de maatregel een kleiner bereik heeft, heeft deze minder impact op de AB-houder. Hiermee zal de maatregel wellicht politiek minder gevoelig liggen. Hopelijk laat de wetgever zich inspireren en wordt de rekening-courantmaatregel een duidelijke en wet systematisch juiste regeling.

Mr. P.W Hofman en mr. A.C.M. de Vries