No.W06.19.0366/III 's-Gravenhage, 12 maart 2020

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 18 november 2019, no.2019002428, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en –afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel omvat fiscale maatregelen die leiden tot heffing van inkomstenbelasting over een voorgesteld fictief voordeel in de situatie dat een aanmerkelijkbelanghouder, zijn partner of een met hen verbonden persoon leent bij vennootschappen waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden.

Kort gezegd komt het voorstel erop neer dat als de totale som van de schulden van de aanmerkelijkbelanghouder en zijn partner aan de eigen vennootschappen aan het eind van het jaar meer dan € 500.000 bedraagt, het meerdere wordt geacht inkomen uit aanmerkelijk belang te vormen. Eigenwoningschulden worden van de regeling uitgezonderd.

De Afdeling plaatst vraagtekens bij het tijdstip van indiening van het wetsvoorstel. Zij adviseert te wachten met wetswijziging totdat de resultaten van het onderzoek bekend zijn naar de wijze waarop kapitaalinkomen van de directeur grootaandeelhouder (dga) wordt belast.

De Afdeling maakt voorts opmerkingen over de effectiviteit van het wetsvoorstel. Voor een afgewogen oordeel daarover is meer inzicht noodzakelijk in de aard en omvang van de problematiek. Daarbij is in het bijzonder van belang:

* hoeveel schulden van aanmerkelijkbelanghouders (en tot welke bedragen) onzakelijke voorwaarden kennen, dan wel zijn ontspoord en als verkapt dividend zijn te kwalificeren;
* hoe vaak van belastingafstel sprake is en welke schuld- en belastingbedragen daarmee zijn gemoeid.

Verder dienen bestaande schulden te worden geëerbiedigd, of in ieder geval van een ruimere overgangsperiode te worden voorzien.

In verband daarmee dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Achtergrond bij het wetsvoorstel

Voordelen die een aandeelhouder geniet uit een aanmerkelijk belang worden sinds 2001 met inkomstenbelasting belast in box 2. Een aandeelhouder is aanmerkelijkbelanghouder als hij beschikt over minimaal 5 procent van het aandelenkapitaal in een vennootschap. Belastingheffing in box 2 vindt plaats indien en voor zover middelen het vermogen van een vennootschap definitief verlaten ten gunste van een aanmerkelijkbelanghouder.[[1]](#footnote-1) Als de winst van de vennootschap niet wordt uitgekeerd, vindt alleen vennootschapsbelastingheffing plaats en nog geen box 2 heffing. Deze mogelijkheid van inkomstenbelastinguitstel over overwinsten ligt besloten in de bestaande fiscale systematiek.[[2]](#footnote-2) Dit leidt tot een verschil ten opzichte van ondernemers die onder de inkomstenbelasting vallen. Die hebben immers geen mogelijkheid de heffing van inkomstenbelasting uit te stellen.

Volgens de toelichting wil de regering “deze vorm van belastingontwijking als gevolg van het langdurig uitstellen (of definitief afstellen) van belastingheffing in excessieve gevallen tegengaan”.[[3]](#footnote-3) Als doel van de maatregelen in het wetsvoorstel wordt verder genoemd het “ontmoedigen van excessief lenen”,[[4]](#footnote-4) “bovenmatige leningen te ontmoedigen”,[[5]](#footnote-5) maar ook “het tegengaan van belastinguitstel en

-afstel”.[[6]](#footnote-6)

In de paragraaf over advies en consultatie wordt gesproken over meerdere doelen: “het tegengaan van belastinguitstel en –afstel en het ontmoedigen van excessief lenen bij de eigen vennootschap”.[[7]](#footnote-7) Volgens de toelichting is in de ogen van de regering de grote mate waarin aanmerkelijkbelanghouders beschikken over financiële middelen die afkomstig zijn van de vennootschap onwenselijk.[[8]](#footnote-8)

2. Het bredere perspectief en het tijdstip van het voorstel

De Afdeling heeft er begrip voor dat wordt gezocht naar een meer gelijke fiscale behandeling van aanmerkelijkbelanghouders en ondernemers die onder de inkomstenbelasting vallen, in het bijzonder wat betreft de mogelijkheid van langdurig uitstel van de box 2 heffing.[[9]](#footnote-9)

De Afdeling wijst er op dat in de zogenoemde bouwstenennotitie van april 2019 een onderzoek is aangekondigd naar de wijze waarop kapitaalinkomen van de dga wordt belast.[[10]](#footnote-10) Onderzocht wordt hoe bij de dga kapitaalinkomen en arbeidsinkomen relatief tot elkaar worden belast en of hier verbeteringen mogelijk zijn. In het onderzoek zal onder andere worden gekeken ‘naar de mogelijkheden voor dga’s om belastingheffing langdurig uit te stellen of zelfs af te stellen, en mogelijkheden van het huidige boxenstelsel om vermogen aan te houden in box 2 of box 3’. De resultaten van dit onderzoek zijn toegezegd voor begin 2020.

Het wetsvoorstel biedt slechts een oplossing voor het (langdurig) uitstellen van de box 2 heffing in zeer specifieke situaties.[[11]](#footnote-11) Gelet daarop rijst de vraag waarom niet wordt gewacht op de resultaten van het onderzoek van de bouwstenennotitie alvorens tot wetswijziging over te gaan. Dit klemt te meer, omdat niet duidelijk is of het huidige voorstel een mogelijke structurele oplossing in de weg kan zitten. Bovendien is een eenmaal ingeslagen weg nauwelijks terug te bewandelen.

Tegen die achtergrond adviseert de Afdeling te wachten met wetswijziging totdat de resultaten van het onderzoek van de bouwstenennotitie bekend zijn en meegenomen kunnen worden bij het opstellen van concept wetgeving.

3. Effectiviteit van het voorstel

Volgens de toelichting hebben ongeveer 216.000 aanmerkelijkbelanghouders-huishoudens een schuld bij de eigen vennootschap. Bij ongeveer 11.000 daarvan bedraagt de schuld meer dan € 500.000.[[12]](#footnote-12)

De grote mate waarin aanmerkelijkbelanghouders beschikken over financiële middelen die afkomstig zijn van de vennootschap is volgens de toelichting onwenselijk en dient te worden ontmoedigd.[[13]](#footnote-13) Uit de toelichting blijkt niet waarom de regering het lenen van de eigen vennootschap onwenselijk vindt en waarom de grens bij € 500.000 wordt gelegd. Als op zakelijke basis van de eigen vennootschap wordt geleend in plaats van bij een financiële instelling ziet de Afdeling niet in waarom dat onwenselijk zou zijn. En als dit onwenselijk zou zijn, waarom dat dan niet geldt voor leningen van de eigen vennootschap voor de eigen woning.

Indien de regering het lenen van de eigen vennootschap onwenselijk acht vanwege uitstel van belastingheffing, wijst de Afdeling er op dat uitstel van belastingheffing niet alleen plaatsvindt door te lenen van de eigen vennootschap, maar in de eerste plaats door geen dividend uit te keren. Voor het probleem van ‘onwenselijk uitstel’ is het onderhavige wetsvoorstel, dat ziet op een totale som van schulden van meer dan € 500.000, dus maar een zeer beperkte oplossing.[[14]](#footnote-14)

Indien de regering het lenen van de eigen vennootschap onwenselijk acht vanwege afstel van belastingheffing, wijst de Afdeling er op dat in de toelichting op meerdere plaatsen wordt opgemerkt dat door het langdurige uitstel zelfs helemaal geen belastingheffing meer plaatsvindt (belastingafstel). De toelichting geeft hiervan één voorbeeld, namelijk als de vennootschap failliet gaat en de aanmerkelijkbelanghouder geen middelen (meer) heeft om zijn schuld af te lossen.[[15]](#footnote-15) Uit de toelichting wordt echter niet duidelijk hoe vaak van belastingafstel sprake is en welke schuld- en belastingbedragen daarmee zijn gemoeid.

Indien de regering met onwenselijk bedoelt het als lening presenteren van inkomen wijst de Afdeling op het volgende. Als een aanmerkelijkbelanghouder geld leent van zijn vennootschap, is er in beginsel geen sprake van een vermogensverschuiving en vindt geen belastingheffing in box 2 plaats. Dat is slechts anders als er geen intentie of mogelijkheid (meer) bestaat om de lening terug te betalen. Dan vindt aan de hand van in de rechtspraak ontwikkelde criteria fiscale herkwalificatie plaats: er is sprake van ‘verkapt’ dividend, waarover op dat moment box 2 heffing is verschuldigd.

Uit de toelichting blijkt echter niet of er inzicht bestaat hoeveel schulden van aanmerkelijkbelanghouders (en tot welke bedragen) onzakelijke voorwaarden kennen, dan wel zijn ontspoord en als verkapt dividend zijn te kwalificeren. De Afdeling acht inzicht daarin voor de beoordeling van het wetsvoorstel noodzakelijk.

Het wetsvoorstel is een forse ingreep in de al sinds jaar en dag bestaande fiscale systematiek en praktijk. Om tot een afgewogen oordeel te komen, is het daarom noodzakelijk inzicht te hebben in de aard en omvang van de problematiek. Voor de keuze van een oplossing is het relevant of een substantieel deel van de schulden als verkapt dividend is te kwalificeren, of slechts enkele procenten. Indien sprake zou zijn van slechts enkele procenten ligt aanpak in de uitvoeringssfeer op basis van de in de rechtspraak ontwikkelde criteria meer voor de hand dan via wetgeving. In de uitvoeringssfeer kan immers veel beter maatwerk worden geleverd dan het voorstel dat alle gevallen, dus ook die gevallen die niet voor herkwalificatie in aanmerking komen, over één wetgevende kam scheert.

Hoewel de uitvoeringstoets opmerkt dat het voorstel op termijn per saldo leidt tot een beperkte complexiteitsreductie,[[16]](#footnote-16) wijst de Afdeling erop dat het voorstel technisch complex is en niet bijdraagt aan vereenvoudiging van de fiscale wetgeving. Inzicht in de aard en omvang van de problematiek is dan ook nodig om te kunnen beoordelen of dit nadeel opweegt tegen de voordelen die met dit wetsvoorstel worden beoogd. De Afdeling wijst in dit verband in het bijzonder op de flankerende maatregelen ter zake van het regulier voordeel[[17]](#footnote-17) en de regelingen rond het begin en het einde van de binnenlandse belastingplicht.[[18]](#footnote-18) Hierbij is tevens van belang dat onder de huidige formulering aanpassing van belastingverdragen nodig is om bij buitenlandse belastingplichtigen te kunnen heffen over het voorgestelde fictief regulier voordeel.[[19]](#footnote-19)

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het doel, de omvang van de problematiek en de effectiviteit van het wetsvoorstel nader te motiveren. Indien die motivering niet kan worden gegeven, adviseert de Afdeling van het voorstel af te zien.

4. Bestaande schulden

De beoogde ingangsdatum van het voorstel is 1 januari 2022 en geldt ook voor bestaande schulden. Formeel is er geen sprake van terugwerkende kracht, maar door de onmiddellijke werking materieel wel. Uit de toelichting op de inwerkingtredingsdatum blijkt niet waarom geen uitzondering is gemaakt voor bestaande schulden,[[20]](#footnote-20) terwijl een uitzondering wel voor de hand had gelegen. Zoals hiervoor opgemerkt, betekent dit wetsvoorstel een forse ingreep in een reeds jarenlang bestaande fiscale systematiek en praktijk. Uit de toelichting volgt niet in hoeverre sprake is van leningen met onzakelijke voorwaarden of als lening presenteren van inkomen. Veel aanmerkelijkbelanghouders zullen te goeder trouw onder zakelijke voorwaarden een lening met hun eigen vennootschap hebben afgesloten.

De Afdeling merkt op dat zij er uit een oogpunt van rechtszekerheid op mogen vertrouwen dat de fiscale behandeling van bestaande schulden wordt geëerbiedigd. Bovendien is de periode waarin de schulden moeten zijn afgebouwd om de gevolgen van het wetsvoorstel te voorkomen (31 december 2022) uitermate beperkt. Dat geldt in het bijzonder voor schulden waarmee beleggingen zijn gefinancierd die minder snel liquide zijn te maken.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen in die zin dat bestaande schulden worden geëerbiedigd dan wel een ruimere overgangsperiode in acht wordt genomen.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.19.0366/III

* De tekst van het voorstelde artikel 4.43, vierde lid, Wet IB 2001 en de artikelsgewijze toelichting op dat artikel met elkaar in overeenstemming brengen.
1. Gelet op de boxenvolgorde wordt loon van de aanmerkelijkbelanghouder – dat het vermogen van de vennootschap definitief verlaat – al belast in box 1 en niet in box 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. De afgelopen jaren zijn de mogelijkheden tot uitstel wel enigszins beperkt. Te wijzen valt op de per 2010 geldende beperking van het doorschuiven van de aanmerkelijkbelangclaim tot ondernemingsvermogen en het afschaffen van de kwijtschelding van conserverende aanslagen na tien jaar bij emigratie. Zie ook S.A. Stevens in WFR 2019/71 ‘Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico’s en mogelijke beleidsalternatieven’, paragraaf 2.2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Memorie van toelichting, paragraaf 1 (Inleiding), eerste tekstblok. [↑](#footnote-ref-3)
4. Memorie van toelichting, paragraaf 2 (Opzet van de memorie van toelichting) en paragraaf 4 (Ontmoedigen excessief lenen). [↑](#footnote-ref-4)
5. Memorie van toelichting, paragraaf 6.3 (Schulden), vierde tekstblok. [↑](#footnote-ref-5)
6. Memorie van toelichting, paragraaf 6.3 (schulden), tweede tekstblok. [↑](#footnote-ref-6)
7. Memorie van toelichting, paragraaf 12 (Advies en consultatie), tweede tekstblok. [↑](#footnote-ref-7)
8. Memorie van toelichting, paragraaf 5 (Praktijk), derde tekstblok. [↑](#footnote-ref-8)
9. In het verleden zijn hier diverse voorstellen voor gedaan. Zie onder andere het eindrapport van de Commissie inkomstenbelasting ‘Naar een activerender belastingstelsel’, Den Haag juni 2013. De commissie concludeert dat het totale gerealiseerde voordeel van alle aanmerkelijkbelanghouders beduidend kleiner is dan het totale bedrag dat gelet op de winst uitgedeeld zou kunnen worden. De commissie stelt voor om jaarlijks een forfaitair rendement in box 2 te betrekken, dat de minimale grondslag voor box 2 vormt. [↑](#footnote-ref-9)
10. Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 april 2019, Kamerstukken II 2018/19, 32140, nr. 50, p. 10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Alleen in geval van leningen boven de € 500.000 wordt voor het meerdere een fictief box 2 voordeel in aanmerking genomen. [↑](#footnote-ref-11)
12. Memorie van toelichting, paragraaf 4 (Ontmoedigen excessief lenen), derde en vierde tekstblok. [↑](#footnote-ref-12)
13. Memorie van toelichting, paragraaf 5 (Praktijk), derde tekstblok. [↑](#footnote-ref-13)
14. Zie hierna paragraaf 4. [↑](#footnote-ref-14)
15. Memorie van toelichting, paragraaf 5 (Praktijk), vierde tekstblok. [↑](#footnote-ref-15)
16. In de uitvoeringstoets staat ook dat nieuwe discussies worden verwacht “rond de verrekening van negatieve en positieve fictief reguliere voordelen en de zakelijkheid van in vennootschappen ondergebrachte activa met een privé karakter.” [↑](#footnote-ref-16)
17. Artikel 4.14b van het voorstel. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artikelen 4.14c en 4.14d van het voorstel. [↑](#footnote-ref-18)
19. Memorie van toelichting, paragraaf 7 (Internationale aspecten), vierde tekstblok. [↑](#footnote-ref-19)
20. Zie paragraaf 6.6 (Inwerkingtreding) van de memorie van toelichting en de artikelsgewijze toelichting bij artikel III. [↑](#footnote-ref-20)