



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs  
Commissie Wetsvoorstellen

Ministerie van Financiën  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag

Amsterdam, 21 augustus 2020

**Betreft:        Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap**

Geachte dames en heren,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) reageert hierbij graag op het wetsvoorstel ‘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)’.

De Orde verwijst hierbij graag ook naar haar eerdere commentaren die zijn gepubliceerd gedurende het voortraject waarin deze maatregel werd aangekondigd. Het betreft:

1. NOB-reactie op de door het kabinet aangekondigde rekening-courantmaatregel (ontmoedigen van excessief lenen van de eigen vennootschap), van 21 september 2018;<sup>1</sup>
2. Nadere NOB-reactie inzake “rekening-courant maatregel voor directeur-groootaandeelhouders”, van 19 oktober 2018;<sup>2</sup>
3. NOB-reactie op de consultatieversie van het wetsvoorstel van 29 maart 2019;
4. Nadere NOB-reactie inzake mogelijke oplossingen anticumulatieregeling van 17 april 2019.

---

<sup>1</sup> <https://www.nob.net/nob-reactie-op-de-door-het-kabinet-aangekondigde-rekeningcourant-maatregel>.

<sup>2</sup> <https://www.nob.net/nadere-nob-reactie-inzake-rekeningcourantmaatregel-voor-directeur-groootaandeelhouders>.

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.*

De Orde heeft met teleurstelling kennisgenomen van de eerste alinea van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. Deze alinea geeft de motivering weer voor het wetsvoorstel, namelijk het “onbedoeld effect van het stelsel” en “deze vorm van belastingontwijking als gevolg van het langdurig uitstellen (of definitief afstellen) van belastingheffing in excessieve gevallen” tegengaan. Hiermee wordt de suggestie gewekt dat de groep belastingplichtigen waartoe deze maatregel zich richt, een moreel verwijt valt te maken. De Orde begrijpt dat om welke reden dan ook wet- en regelgeving worden aangepast of nieuwe wet- en regelgeving op enig moment wenselijk wordt geacht; geen enkele maatregel voldoet voor de eeuwigheid. Echter, de wetgever dient zich te realiseren dat – waarschijnlijk – de grootste groep van belastingplichtigen waartoe de voorgestelde wetgeving zich uitstrekt, naar eer en geweten binnen de vigerende wet- en regelgeving en jurisprudentie handelt en heeft gehandeld. Het gebruik van beladen termen als “onbedoeld effect van het stelsel” en “belastingontwijking” zijn respectievelijk feitelijk en historisch onjuist - namelijk het gevolg van de (juridische en fiscale) zelfstandigheidsfictie die geldt voor vennootschappen ten opzichte van de aandeelhouder - of geven geen pas. De Orde respecteert echter dat de wetgever binnen de grenzen der rechtsstatelijkheid en democratische waarden op enig moment een andere beleidskeuze kan maken. Het verdere commentaar dient dan ook te worden beschouwd in dit licht.

De Orde is verheugd dat thans in het wetsvoorstel een regeling is opgenomen voor de dubbele heffing (anticumulatie). Daarmee komt het wetsvoorstel tegemoet aan het meest principiële bezwaar tegen het voorstel, doch naar de mening van de Orde in onvoldoende mate. Vanwege de gekozen systematiek kan het immers voorkomen dat er een heffing ontstaat, terwijl er geen sprake is van een (latente) inkomstenbelastingclaim (in box 2). Indien in een dergelijke situatie geleend wordt van de vennootschap, is van uitstel (of afstel) van belastingheffing geen sprake. Dit wordt in het commentaar hierna geïllustreerd aan de hand van een tweetal voorbeelden. Ook voor alle overige aspecten die volgens de Orde problematisch zijn, geldt dat hierop niet of nauwelijks is gereageerd noch enige aanpassing is doorgevoerd ten opzichte van de consultatieversie. De Orde betreurt dit. Zoals hierboven opgemerkt, wordt het wetsvoorstel vooral gemotiveerd vanuit de wens om het langdurig uitstellen (of definitief afstellen) van belastingheffing in excessieve gevallen tegen te gaan. Naar de mening van de Orde kan de reikwijdte van voorgestelde maatregel al met enkele aanpassingen worden beperkt tot de bedoelde excessieve gevallen. Voor de overzichtelijkheid zal de Orde niet verwijzen naar de eerdere brieven en commentaren maar wordt onderstaand het commentaar gegeven dat aansluit bij het wetsvoorstel. Daarmee is dit commentaar een document dat zelfstandig leesbaar is.

## **A. Samenvatting commentaar**

De Orde heeft begrip voor de wens van het kabinet om de mogelijkheden voor langdurig uitstel van de aanmerkelijkbelangheffing te beperken door het lenen voor consumptieve doeleinden van de eigen vennootschap (de bedoelde excessieve gevallen). In de praktijk doet zich dit voor,

voor zover er geen zekerheden staan tegenover de aangegeven verplichtingen jegens de vennootschap of ingeval aflossingen slechts kunnen worden gefinancierd met dividenduitkeringen door dezelfde vennootschap. Verder kan van het bedoelde uitstel (of afstel) van belastingheffing alleen sprake zijn in die situaties waarin belastingheffing überhaupt in het verschiet ligt, te weten wanneer er sprake is van (latente of te verwachten) aanmerkelijkbelanginkomen. Het wetsvoorstel, schiet naar mening van de Orde daarom om onder andere de volgende aantal redenen zijn doel voorbij:

1. De maatregel creëert (welbewust) een heffing in situaties waarin van aanmerkelijkbelanginkomen, latent of te verwachten, geen sprake is.
2. De maatregel creëert (welbewust) een meervoudige heffing in de inkomstenbelasting (box 2), onder andere doordat het excessieve deel van een lening als fictief regulier voordeel wordt belast, waarbij de mogelijkheid tot latere verrekening aan termijnen is gebonden, voor zover het negatieve fictief reguliere voordeel leidt tot een verlies uit aanmerkelijk belang. Deze temporele beperking kan ertoe leiden dat geen tijdige verrekening kan plaatsvinden en alsnog dubbele heffing zal ontstaan. De Orde adviseert om de regeling waarbij een ab-verlies kan worden omgezet in een zogenoemde credit in box 1, te versoepelen, zodat de dubbele heffing in box 2 alsnog wordt ondervangen.
3. De maatregel legt ten aanzien van de groep van verbonden personen de heffing neer bij een andere belastingplichtige (namelijk de ab-houder) dan degene die de beschikking heeft gekregen over de middelen (de verbonden persoon annex geldlener).
4. De maatregel leidt tot complexere belastingwetgeving met een systematische inbreuk op wetgeving/jurisprudentie en een toename van het aantal ficties, mede doordat beoogd is de ficties alleen voor box 2 te doen werken. Door deze maatregel zal de fiscale werkelijkheid verder afwijken van de civielrechtelijke kwalificatie, worden nieuwe, zelfstandige begrippen gecreëerd en moeten allerhande flankerende maatregelen worden ingevoerd. De toenemende complexiteit tast het sociaal-maatschappelijke draagvlak van belastingwetgeving en de band met de werkelijkheid aan.
5. De maatregel leidt tot een toename van administratieve lasten voor zowel de belastingplichtige als ook en vooral voor de Belastingdienst. Dat komt door nieuwe cijfermatige beoordelingen die per definitie achteraf plaatsvinden, doorwerking van het handelen van de ene belastingplichtige naar andere belastingplichtigen, het over de jaren heen consequent en correct moeten monitoren van schuldbedragen en aanmerkelijkbelangposities, vereiste aanpassingen aan aangifteformulieren en doorwerking van latere correcties van schuldposities waardoor het grensbedrag alsnog wordt onder- respectievelijk overschreden en de daaruit volgende consequenties voor inmiddels al dan niet vaststaande belastingaanslagen over oudere jaren.
6. Uit oogpunt van budgettaire opbrengst is er inmiddels geen belang meer om deze wetgeving in te voeren. De eenmalig verwachte hoge opbrengst wegens anticipatiegedrag heeft zich immers reeds in het voorbije jaar 2019 voorgedaan, mede door de verhoging van

het aanmerkelijkbelangtarief per 1 januari 2020. De budgettaire noodzaak om dit wetsvoorstel nu (nog steeds) in te voeren, is daarmee volledig vervallen. Het niet invoeren van dit wetsvoorstel past ook in de herhaaldelijk door diverse staatssecretarissen van Financiën geuite mening dat de Belastingdienst dermate onder druk staat dat zij eigenlijk geen enkele verandering er nog bij kunnen hebben. De Orde stelt dan ook voor om dit wetsvoorstel in te trekken.

7. De maatregel is onder andere disproportioneel vanwege de ‘one size fits all’-oplossing: niet alleen consumptieve leningen worden door de maatregel getroffen, maar ook – en naar de mening van de Orde ten onrechte – zakelijke leningen. De Orde mist een daarmee corresponderende tegenbewijsmogelijkheid om de zakelijkheid van een lening tussen de vennootschap en de aanmerkelijkbelanghouder aan te tonen. Uiteraard snapt de Orde het spanningsveld met de potentieel lastige positie van de Belastingdienst om de zakelijkheid van een lening te betwisten, maar daaraan doet niet af dat, als een lening zakelijk is (een onafhankelijke derde zou onder dezelfde omstandigheden en voorwaarden dezelfde lening ter grootte van hetzelfde bedrag aangaan), die lening naar de mening van de Orde buiten het toepassingsbereik van de maatregel zou moeten vallen.
8. De maatregel behelst effectief onbeperkte materieel terugwerkende kracht door het ontbreken van eerbiedigende werking voor bestaande situaties. Een oplossing hiervoor kan zijn om het maximumbedrag van 500.000 euro te verhogen met de stand van de schulden op het moment van aankondiging van de onderhavige maatregel op 18 september 2018, 15:15 uur.
9. De maatregel creëert diverse onduidelijkheden in buitenlandsituaties.

Als terugdringing van de uitvoeringslasten door de Belastingdienst de voornaamste reden is voor de maatregel (en daar lijkt het gezien de zeer beperkte structurele opbrengst wel op), kunnen ook maatregelen ter bepaling van de zakelijkheid en de documentatie van een lening afdoende zijn. Dit kan eventueel in combinatie met aanpassingen in de bewijslastverdeling, waarbij zelfs een differentiatie kan worden aangebracht aan de hand van de omvang van de lening (bij meer dan 500.000 euro ligt de bewijslast bij de belastingplichtige). De Orde denkt daarover graag mee.

Verder doet de Orde concrete suggestie voor een redelijkere en eenvoudiger vormgeving van de maatregel door naast eigenwoningleningen ook zakelijke leningen uit te sluiten van de kwalificatie als excessief en de maatregel dus te beperken tot consumptief aangewende leningen.

De Orde merkt op dat de maatregel mogelijk in andere (belasting)wetten en belastingverdragen doorwerkt, hoewel dat blijkens de memorie van toelichting niet is beoogd. De Orde suggereert om het voorstel aan te vullen met een bepaling die voornoemde doorwerking voorkomt.

**B. Volledig commentaar****1. Algemene opmerkingen vooraf: het kader van goede fiscale wetgeving**

De Orde merkt op dat het beoogde wetsvoorstel leidt tot:

1. het in voorkomende situaties heffen over fictieve inkomsten, terwijl er feitelijk geen sprake is van, latente of te verwachten, inkomsten dan wel meervoudige heffing in de inkomstenbelasting (box 2) bij verstreken verliesverrekeningstermijnen;
2. toename van het aantal ficties in de belastingwetgeving. Dit acht de Orde onwenselijk aangezien ficties het draagvlak van belastingwetgeving en de band met de werkelijkheid aantasten;
3. toenemende complexiteit. Dit acht de Orde onwenselijk, aangezien de fiscaliteit afwijkt van de civielrechtelijke kwalificatie en ook de fiscaal andere kwalificatie van een schuldverhouding slechts van toepassing is binnen één box van één fiscale wet, voor zover die schuldverhouding(en) het maximumbedrag overschrijd(t)(en). Tevens dienen allerlei flankerende maatregelen te worden ingevoerd bij deze nieuwe fictie om deze effectief te laten zijn en dienen allerlei begrippen te worden gedefinieerd/afgebakend, waarbij niet steeds wordt aangesloten bij andere bepalingen in de fiscale wetten waar die begrippen een bepaalde definitie/afbakening omvatten;
4. toename van de administratieve lasten voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst, zoals allerlei cijfermatige beoordelingen die per definitie achteraf plaatsvinden, doorwerking van het handelen van de ene belastingplichtige (wat leidt tot verschuldigdheid van box 2 inkomstenbelasting) naar andere belastingplichtigen, alsook het over de jaren heen consequent en correct monitoren van schuldbedragen, wel/niet aanmerkelijkbelangposities, aanpassen aangifteformulieren, doorwerking van achteraf corrigeren van schuldposities waardoor het grensbedrag alsnog wordt onder-respectievelijk overschreden en de daaruit volgende consequenties voor inmiddels al dan niet vaststaande belastingaanslagen over oudere jaren; en
5. disproportionaliteit door een ‘one size fits all’-oplossing die voor elke situatie een maximaal leenbedrag van 500.000 euro hanteert, zonder de mogelijkheid voor tegenbewijs van zakelijkheid door de vennootschap en/of de ab-houder. Daarnaast is sprake van disproportionaliteit omdat de maatregel betrekking heeft op slechts 3 procent van de ab-houders. Als het de wetgever echt te doen is om de uitvoeringslasten voor de Belastingdienst te beperken, dan is deze maatregel in deze vorm ongeschikt.

De Orde constateert dat het wetsvoorstel op deze vijf essentiële punten van goede fiscale wetgeving, negatief scoort. De Orde memoreert in dit kader de zowel in de maatschappij als in het parlement breed gedragen wens respectievelijk noodzaak om de belastingwetgeving te vereenvoudigen, efficiënt en effectief te maken.

In aanvulling op de hiervóór genoemde essentiële punten acht de Orde het onwenselijk dat sprake is van een onbeperkte materieel terugwerkende kracht. Belastingplichtigen die thans in overeenstemming met de huidige wet- en regelgeving en vaste jurisprudentie hebben geleend van hun bv worden door deze maatregel toch geraakt, ook al hebben ze in het verleden altijd correct gehandeld (en wellicht zelfs een vaststellingsovereenkomst gesloten). Deze materieel terugwerkende kracht die in het onderhavige conceptwetsvoorstel ligt besloten, kan volgens de Orde eenvoudig worden voorkomen door het maximumbedrag van 500.000 euro te verhogen met de stand van de schulden per 18 september 2018, 15:15 uur, het moment van aankondiging van de onderhavige maatregel.

Het onder 1 genoemde essentiële punt laat zich toelichten aan de hand van de volgende situatie. Bij een ab-houder met een verkrijgingsprijs voor zijn aanmerkelijk belang die gelijk is aan de waarde in het economische verkeer van de aandelen, en aangenomen dat in de vennootschap geen latente of te verwachten winsten aanwezig zijn, is geen sprake van uitgestelde belastingheffing in box 2, ook niet wanneer de ab-houder heeft geleend van de vennootschap. Stel dat de ab-houder € 900.000 heeft geleend in privé om daarmee een beleggingspand te financieren (een bron van inkomen, namelijk belast in box 3), dan zou op basis van de voorgestelde maatregel € 400.000 in de heffing worden betrokken als fictief regulier voordeel. In een dergelijke situatie kan een negatief regulier voordeel bij latere aflossing op geen enkele wijze worden verrekend met een positief inkomen uit aanmerkelijk belang. Er resteert dan een aanmerkelijkbelangverlies dat in theorie alleen kan worden benut als credit die kan worden verrekend met de verschuldigde inkomstenbelasting uit box 1, waarbij als voorwaarde geldt dat de belastingplichtige geen aanmerkelijk belang meer mag bezitten. Daarmee is deze verrekeningsmogelijkheid voor het voorheen in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel in de meeste gevallen illusoir. De Orde stelt voor om het in aanmerking nemen van een fictief regulier voordeel te beperken tot de situaties, voor zover er sprake is van “in de vennootschap aanwezige zuivere aanmerkelijkbelangwinst” analoog aan (maar gesubjectieerd) het begrip “zuivere winst” zoals dat geldt voor toepassing van de dividendbelasting.

Het onder 1 genoemde essentiële punt van de meervoudige heffing laat zich verder eenvoudig toelichten aan de hand van het volgende voorbeeld. Een ab-houder heeft per ultimo 2023 800.000 euro geleend van zijn bv. In 2023 wordt 300.000 euro aangemerkt als een fictief regulier voordeel. Vervolgens lost de dga in 2025 de schuld aan zijn bv af (tot onder het maximumbedrag van 500.000 euro) en keert 10 jaar later ditzelfde bedrag weer uit als dividend. Op dit latere moment wordt ditzelfde bedrag opnieuw belast met box 2-belasting, terwijl het feitelijk om dezelfde dividenduitkering gaat. Weliswaar leidt de aflossing in 2025 tot een negatief fictief regulier voordeel dat bij gebrek van ander box 2-inkomen in dat jaar leidt tot een verlies uit ab dat na zes jaar is verdampt.

Hoewel de Orde op zich begrip kan opbrengen voor de wens van het kabinet om paal en perk te stellen aan het eindeloos uitstellen van de aanmerkelijkbelangheffing, is er volgens de Orde geen enkele reden om over te gaan tot belastingheffing over *feitelijk niet bestaande* inkomsten of tot dubbele belastingheffing over bepaalde inkomsten. De Orde maakt bezwaar tegen de heffing in situaties waarin van enige latente of te verwachten aanmerkelijkbelanginkomen geen sprake is en tevens tegen de temporele beperkingen in de voorgestelde anticumulatieregeling met de daadwerkelijke dividenduitkeringen en de vervreemdingsvoordelen. Naar de mening van de Orde is dat disproportioneel en fundamenteel in strijd met het systeem van box 2. De Orde beveelt daarom dringend aan te onderzoeken of de introductie van een begrip “in de vennootschap aanwezige zuivere aanmerkelijkbelangwinst” de voorgestelde maatregel praktisch uitvoerbaar houdt, maar tegelijkertijd ontdoet van disproportionele werking, en in ieder geval een algemene anticumulatiemaatregel te treffen zonder termijnbeperkingen.

De Orde vraagt zich ten slotte af of de problematiek waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden, ook in het buitenland (met name de omringende landen) voorkomt en zo ja, hoe de lokale belastingautoriteiten met deze problematiek omgaan dan wel of en zo ja, welke wetgevende maatregelen aldaar zijn getroffen. Het komt de Orde voor dat een met de voorgestelde regeling vergelijkbaar systeem in het buitenland niet snel zal worden aangetroffen. Nederland zou zich dan door deze regeling wederom in een geïsoleerde positie manoeuvreren. De Orde merkt hierbij op dat de problematiek zeker niet is gespeend van internationale effecten, waardoor afstemming met de belangrijkste emigratielanden naar de mening van de Orde noodzakelijk is.

## **2. Algemeen commentaar op het wetsvoorstel**

Uit de memorie van toelichting begrijpt de Orde dat de gedachte van de wetgever bij dit wetsvoorstel is dat een directeur-groootaandeelhouder (dga) een zodanige nauwe verbondenheid heeft met de vennootschap waarin hij aandelen bezit dat deze dga zelf kan bepalen of hij gelden leent van de bv in plaats van deze gelden als loon of dividend uit te keren. Voor de toepassing van deze maatregel wordt echter aangesloten bij een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001. Hiervan is in de regel sprake bij een aandelenbezit van ten minste 5 procent van het geplaatst aandelenkapitaal. Een ab-houder die 5 procent van de aandelen bezit, kan in de ogen van de Orde niet zelf bepalen op welke manier hij gelden uit de vennootschap haalt. De andere aandeelhouders zullen daar immers niet zonder meer mee akkoord gaan. Die ab-houder zal enkel gelden kunnen lenen van de vennootschap als de andere aandeelhouders van mening zijn dat die schuld kan worden afgelost. Hiermee is per definitie sprake van een reële lening. Toepassing van deze maatregel op dergelijke situaties schiet in de ogen van de Orde derhalve zijn doel voorbij. Zeker door het niet opnemen van een tegenbewijsregeling maakt dit de maatregel onredelijk en disproportioneel en mogelijk zelfs in strijd met Europeesrechtelijke beginselen. De Orde beveelt daarom aan de voorgestelde maatregel

uitsluitend te beperken tot meerderheidsaandeelhouders die wel een zodanige macht (stemrecht) in de vennootschap bezitten. Voor de vraag wat onder een meerderheidsaandeelhouder moet worden verstaan, kan mogelijk aansluiting worden gevonden bij de definitie in artikel 2 van de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.<sup>3</sup>

Voor lenen van de bv door de ab-houder hanteert het wetsvoorstel een drempelbedrag van 500.000 euro. Alleen bij hogere schulden vindt box 2-heffing plaats. Naar de mening van de Orde dient om redenen van reciprociteit (zie het eerdere commentaar van de Orde van 21 september 2018) ook in de omgekeerde situatie, waarin de ab-houder geld uitleent aan de ‘eigen vennootschap’ – dergelijke vorderingen zijn per definitie tbs-vorderingen die in box 1 vallen – een soortgelijke fictie te worden ingevoerd, in die zin dat vanaf het drempelbedrag van 500.000 euro sprake is van een tbs-vordering, zodat soortgelijke discussies op soortgelijke wijze worden beslecht. Met andere woorden, pas vanaf een bedrag van 500.000 euro is sprake van een tbs-vordering.

De Orde merkt op dat het wetsvoorstel beoogt belastinguitstel tegen te gaan. De Orde betwijfelt echter de effectiviteit ervan. De ab-houder kan immers besluiten om externe financiering van privébezittingen uit andere bronnen aan te trekken. Daarbij constateert de Orde twee problemen:

- a. het wetsvoorstel zal ter zake van financieringen die ook ‘op eigen kracht’ uit andere bron zijn aan te trekken, niet effectief zijn, en
- b. het wetsvoorstel zal leiden tot hogere kosten en uitvoeringslasten bij degenen die als gevolg van de beoogde wetwijziging andere bronnen dan de eigen vennootschap als financieringsbron (willen) gebruiken. Met name dit laatste aspect zit de Orde hoog. Deze wetgeving leidt namelijk tot verplichte winkelnering bij externe partijen, zoals het bankwezen, waartegen de Orde ernstig bezwaar maakt. Zij herhaalt daarom haar eerdere advies om de regeling te beperken tot zogenoemde ongedekte opnamen uit de bv naar privé en gedekte schulden te allen tijde buiten de maatregel te houden. Een alternatief zou kunnen zijn om van de regeling uit te sluiten schulden aan de vennootschap die dienen ter financiering van een (belaste) bron van inkomen (conform de voorgestelde regeling omtrent eigenwoningsschulden).

De Orde merkt op dat bewust geen tegenbewijsregeling is opgenomen (zie onderdeel 6.3 algemeen deel memorie van toelichting, pagina 10). Daarbij wordt uitsluitend gerefereerd aan de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst. De Orde mist in dit verband een uitgebreide en weloverwogen afweging waarom belastingplichtigen deze mogelijkheid moet worden ontnomen. De belangen van belastingplichtigen worden op deze manier ondergeschikt gemaakt aan de belangen van de Belastingdienst. De Orde constateert dat dit wetsvoorstel een bevestiging lijkt van de trend, waarin problemen in de sfeer van de handhaving door de

---

<sup>3</sup> <https://wetten.overheid.nl/BWBR0036819/2016-01-01>.



Belastingdienst worden opgelost met additionele, complexe antimisbruikwetgeving die is gebaseerd op ficties en waarbij de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst het enige motief is.

### **3. Doorwerking naar andere wetsartikelen in de Wet IB 2001 en andere (belasting)wetten**

Zoals duidelijk blijkt uit de toelichting (zie onderdeel 6.1 algemeen deel memorie van toelichting, pagina 8), is bedoeld dat de fictief-regulier-voordeel-bepaling van het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 alleen werking heeft voor box 2 van de IB:

*‘De voorgestelde maatregel heeft alleen gevolgen voor de bepaling van het inkomen uit aanmerkelijk belang van de inkomstenbelasting. Dit betekent onder andere dat de maatregel niet doorwerkt naar de overige fiscale wet- en regelgeving, zoals box 1 en box 3 van de inkomstenbelasting, de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Deze fictie heeft zoals gezegd ook geen civielrechtelijke betekenis.’*

Dit is echter ten dele het geval. De voorgestelde wijziging werkt namelijk op basis van de wetssystematiek één op één door naar de regeling van het technisch aanmerkelijk belang van artikel 17 lid 3 sub b Wet Vpb 1969 jo. artikel 18 lid 2 Wet Vpb 1969. Artikel 18 lid 2 Wet Vpb 1969 verwijst namelijk integraal naar hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001, waarin de onderhavige voorgestelde maatregel wordt opgenomen. De Orde heeft dit ook reeds geconstateerd inzake de consultatieversie van dit voorstel en verzoekt daarom wederom respectievelijk alsnog het voorstel aan te vullen met een bepaling die voornoemde doorwerking uitdrukkelijk voorkomt.

### **4. Artikelsgewijze toelichting**

#### *5.1. Artikel I, onderdeel A (artikel 4.13 Wet IB 2001)*

Met deze wijziging wordt een nieuwe fictie geïntroduceerd: het fictief regulier voordeel. Inzake de diverse elementen merkt de Orde het volgende op:

#### **(i) Bovenmatig deel**

Het wetsvoorstel maakt geen onderscheid tussen ‘gedekte’ schulden enerzijds en ‘ongedekte’ (consumptieve) schulden anderzijds. De Orde beveelt aan de voorgestelde maatregel uitsluitend te laten gelden voor ‘ongedekte’ (consumptieve) schulden (evt. onder verlaging van het maximumbedrag). Alternatief kan zijn schulden aangaan ter financiering van een (belaste) bron van inkomen van de regeling uit te sluiten.

(ii) ‘Rechtens dan wel in feite direct of indirect’

De Orde merkt op dat deze definitie overkill bevat. Back-to-backsituaties worden onder de reikwijdte gebracht via het ‘in feite’ gedeelte van de definitie. De aandeelhouder die leent van de eigen bv waarbij hij/zij op zodanige voorwaarden doorleent aan een ander, valt echter ook onder de reikwijdte, namelijk onder het tekstdeel ‘rechtens’ van de definitie. Feitelijk is echter een lening verschuldigd aan een ander dan de ab-houder. De Orde beveelt aan deze onevenwichtigheid te herstellen alsmede duidelijkheid te verschaffen over welke afwijkingen bij doorlenen van gelden noodzakelijk zijn om een eventuele parallelle van geldleningen te doorbreken.

De Orde merkt op dat geen saldering plaatsvindt met vorderingen die de ab-houder heeft op de vennootschap. Dat is merkwaardig, omdat voor zover tegenover de schuld van de vennootschap een vordering staat op de vennootschap, feitelijk geen sprake is van een schuld van de bv. In feite leent de dga in die situatie immers eigen geld terug van de bv. De Orde meent daarom dat voor de toepassing van deze regeling in elk geval de schulden van en vorderingen op de vennootschap moeten worden gesaldeerd.

Verder vraagt de Orde of is overwogen om de indirecte bv-lening – lening van de bank met garantstelling door de bv – pas te laten meetellen als schuld aan de bv, wanneer de garantstelling daadwerkelijk is ingeroepen door de bank? Pas dan is immers sprake van een (regres)schuld van de dga aan de bv, eerder niet en is die hooguit latent. De Orde verzoekt aan te geven waarom een dergelijk voorstel niet mogelijk zou zijn.

De wettekst “rechtens dan wel in feite direct of indirect” is (onder meer) ontleend aan artikel 10a Wet VPB 1969. Voor de toepassing van artikel 10a Wet VPB 1969 is in de situatie waarin wordt ingeleend en doorgeleend – de BV leent aan een derde die dit doorleent aan de dga – alleen sprake van een indirecte lening, als tussen beide leningen paralleliteit bestaat wat betreft hoofdsom en looptijd (en zekerheden). De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat dit ook geldt voor de toepassing van het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001.

Voorts vraagt de Orde of ook sprake is van een indirecte schuld aan de eigen bv als de ab-houder ‘op eigen kracht’ geld leent bij de bank, daarmee zijn schuld aan de bv aflost, waarna de bv dit geld weer op een deposito zet bij dezelfde of een andere bank dan wel met dit geldt een eigen bankschuld aflost. De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat in deze situaties geen sprake is van een zogenoemde ‘back-to-back’-situatie.

De Orde vraagt te bevestigen dat niet onder de regeling valt een schuld van een verbonden persoon aan de bank waarvoor de ab-houder in privé borg staat, terwijl de aandelen in de

vennootschap verhaalsobject (kunnen) zijn, indien de bank de borgstelling inroept jegens de ab-houder.

In de memorie van toelichting (pagina 20) komt de volgende passage voor:

*“Ook kan worden gedacht aan een schuld die de aanmerkelijkbelanghouder door tussenkomst van of door middel van een stichting is aangegaan bij de vennootschap waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden, waarbij de aanmerkelijkbelanghouder rechten heeft op de met die schuld gefinancierde vermogensbestanddelen of exploitatieresultaten van die stichting.”*

Deze zin is nieuw ten opzichte van het conceptwetsvoorstel. De Orde vraagt een nadere toelichting welke structuren de staatssecretaris hierbij voor ogen heeft, en hoe “*door middel van of door tussenkomst*” van een stichting rechtens dan wel in feite direct of indirect sprake kan zijn van een schuld bij de eigen bv.

Tot slot vraagt de Orde te bevestigen dat geen sprake is van een lening ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ bij de eigen bv, als de ene bv heeft geleend van de andere bv van dezelfde ab-houder.

(iii) Belastingplichtigen met een aanmerkelijk belang

De Orde verzoekt te verduidelijken hoe de regeling van artikel 2.17 Wet IB 2001 moet worden toegepast bij een geconstateerd fictief regulier voordeel in situaties van echtscheiding. Denkbaar is dat men nog wel fiscaal partner van elkaar is doch door toedoen/nalaten van de ene partner er een (vanwege de wijze waarop (niet) verdeeld is tussen de fiscaal partners, een hogere) belastingschuld ontstaat bij de andere partner. De partner die bevoegd is om hogere bedragen op te nemen uit de BV, zorgt er met dergelijk gedrag voor dat de andere partner – zonder dat daar iets tegen gedaan kan worden - wordt opgezadeld met een hogere belastingschuld. Bij ruziescheidingen gaat dit tot vervelende situaties leiden.

(iv) Het begrip ‘schulden’

De Orde merkt op dat een duidelijke definitie van ‘schulden’ essentieel is in een wetsvoorstel als dit. De Orde verzoekt te bevestigen dat niet onder dit begrip ‘schulden’ vallen:

- de goederenrechtelijke verplichting om een vermogensbestanddeel, bijv. onroerende zaak, te leveren aan de bv op grond van een reeds gesloten (ver)koopovereenkomst;
- de leveringsverplichting van een juridisch eigenaar inzake een goed waarvan de economische eigendom aan een andere (natuurlijke dan wel rechts)persoon toebehoort;

- de plicht om aandelen vol te storten, terwijl de vennootschap deze storting nog niet heeft opgeëist.

Meer in algemene zin beveelt de Orde aan om de definitie van ‘schulden’ duidelijker af te bakenen in lijn met hetgeen dit conceptwetsvoorstel beoogt. Daarbij is in het bijzonder aandacht te besteden aan schuldverplichtingen die geen duidelijke nominale waarde kennen, zodat de vraag opkomt of dergelijke schuldverplichtingen ook onder de reikwijdte van dit conceptwetsvoorstel vallen en zo ja, op welke wijze dan toetsing aan het grensbedrag moet plaatsvinden.

Tevens wijst de Orde erop dat, als een ab-houder een schuld heeft aan zijn bv van 500.000 euro en zijn toekomstige huwelijkspartner ook, er gelijk op het moment van de huwelijksluiting een bovenmatige schuld ontstaat van de ab-houder en zijn partner gezamenlijk van 1.000.000 euro, omdat de levensgezel na het huwelijk kwalificeert als partner. Aangezien in dit geval de schuld van de toekomstige huwelijkspartner is ontstaan, vóórdat hij/zij kwalificeerde als (fiscale) partner, meent de Orde dat het maximumbedrag van 500.000 euro met diezelfde 500.000 euro zou moeten worden verhoogd. Meer fundamenteel is de Orde van mening dat elke belastingplichtige die op basis van zijn eigen aandelenbezit (dan wel bezit van andere vermogenstitels) een ‘echt’ aanmerkelijk belang heeft in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001 in aanmerking zou moeten komen voor een ‘eigen’ maximum aan leenruimte, los van de vraag of de belastingplichtige een partner heeft met een aanmerkelijk belang in de desbetreffende vennootschap. De Orde vindt het onwenselijk dat het hebben van een partner die een aanmerkelijk belang bezit, een belastingplichtige in een nadeligere fiscale positie zou kunnen brengen. De Orde beveelt aan om dergelijke gevolgen bij het ontstaan van een fiscaal partnerschap aan te passen in het wetsvoorstel.

Voorts wijst de Orde erop dat in het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f voor het aanmerkelijk belang niet wordt verwezen naar een aanmerkelijk belang “*als bedoeld in afdeling 4.3*”, zoals wel geschiedt in het voorgestelde artikel 4.14b lid 1. De Orde verzoekt de wetteksten op dit punt op elkaar af te stemmen. Voorts vraagt de Orde deze regeling te beperken tot het aanmerkelijk belang van de artikelen 4.6 tot en met 4.9 Wet IB 2001 en het meetrek-ab van artikel 4.10 Wet IB 2001 en het fictief aanmerkelijk belang van artikel 4.11 Wet IB 2001 erbuiten te laten. Het fictief aanmerkelijk belang is feitelijk immers geen aanmerkelijk belang meer maar is door de belastingplichtige vrijwillig in box 2 gelaten. Voorts meent de Orde dat ook het meetrek-ab van artikel 4.10 Wet IB 2001 erbuiten kan blijven, aangezien het wetsvoorstel een eigen verbondenpersoonregeling bevat in het voorgestelde artikel 4.14b lid 1. Dan is er naar de mening van de Orde geen reden om het meetrek-ab zelfstandig te laten kwalificeren voor deze regeling.

In de situaties dat een vruchtgebruik is gevestigd op de ab-aandelen, worden reguliere voordelen in de regel genoten door de vruchtgebruiker. De Orde herhaalt het ook tijdens de consultatiefase gedane verzoek te verduidelijken wie voor welk deel het fictieve reguliere voordeel geniet, indien op de aandelen een vruchtgebruik is gevestigd, waarbij zowel de vruchtgebruiker als de blote eigenaar ab-houder zijn. Dit verzoek geldt zowel voor de situatie dat de bv aan de ab-houder zelf (vruchtgebruiker en/of blote eigenaar) heeft uitgeleend als voor de situatie dat toerekening plaatsvindt, indien aan het (klein)kind van de vruchtgebruiker of blote eigenaar een consumptief bedrag is uitgeleend.

## 5.2. *Artikel I, onderdeel B (artikelen 4.14a tot en met 4.14d Wet IB 2001)*

### Artikel 4.14a Wet IB 2001; Eerste lid

De Orde constateert dat de voorgestelde maatregel ertoe leidt dat een schuldpositie in drie verschillende delen uiteen kan vallen, waarbij elk deel tot een andere fiscale behandeling leidt:

- deel 1: het bovenmatige deel van een schuld boven het maximumbedrag waarvoor een fictief regulier voordeel wordt vastgesteld;
- deel 2: het deel van de schuld onder het maximumbedrag ter zake waarvan geen fictief regulier voordeel wordt vastgesteld; en
- deel 3: het deel van de schuld onder het maximumbedrag ter zake waarvan wegens een verkapte winstuitdeling fiscale herkwalficatie plaatsvindt.

De Orde begrijpt dat het negatieve fictieve reguliere voordeel in aanmerking kan worden genomen wanneer de schuld aan de bv wordt afgelost. In de wettekst is dit tot uitdrukking gebracht door de stand van de schuld te vergelijken met het maximumbedrag. Is de schuld lager dan dit maximumbedrag, dan is de gedachte dat er kennelijk op de schuld is afgelost. De Orde wijst erop dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn. Luidt de schuld in een vreemde valuta, dan kan door valutakoerswijzigingen de schuld, omgerekend in euro's, in enig jaar hoger of lager zijn dan het maximumbedrag. De vraag laat zich stellen of bij een hogere schuld door een valutakoerswijziging belastingheffing plaatsvindt op grond van artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 en bij een lagere schuld door een valutakoerswijziging een negatief fictief regulier voordeel op grond van artikel 4.13 lid 3 onderdeel f Wet IB 2001 in aanmerking kan worden genomen. Het komt de Orde voor dat dit niet de bedoeling is en vraagt de staatssecretaris dit te bevestigen en de wettekst hierop aan te passen.

### Artikel 4.14a Wet IB 2001; Tweede lid

De Orde constateert dat het maximumbedrag in het voorstel niet wordt verdubbeld als sprake is van fiscale partners. De Orde wijst erop dat in de Wet IB 2001 op velerlei onderdelen grensbedragen gelden per belastingplichtige, waarbij verdubbeling plaatsvindt voor fiscale partners. De Orde beveelt aan die gebruikelijke handelwijze hier ook toe te passen, zodat voor fiscaal partners een gezamenlijk grensbedrag van 1.000.000 euro gaat gelden. De ook in par

6.2.1 (algemeen deel memorie van toelichting) geconstateerde afwijking van de wettelijke systematiek wordt niet gemotiveerd. Hiermee wordt tevens voorkomen dat enkel door het aangaan van een huwelijk al sprake is van een bovenmatige schuld (zie hiervóór).

De Orde constateert dat het met de voorgestelde maatregel voor een individuele belastingplichtige relevante maximumbedrag voor ‘schulden’ jaarlijks kan wijzigen. Iedere belastingplichtige kan elk jaar een ander, specifiek voor hem of haar te bepalen, maximumbedrag qua ‘schulden’ hebben. Deze variëteit maakt de uitvoering allesbehalve eenvoudig en ook zeer foutgevoelig. De Orde stelt dan ook voor om het nieuwe maximumbedrag jaarlijks bij de aanslag inkomstenbelasting vast te stellen bij een voor bezwaar vatbare beschikking.

De Orde constateert dat, ingeval de aandeelhouder niet in Nederland woonachtig is, het maximumbedrag alleen wordt verhoogd als de aandeelhouder ter zake van het fictieve reguliere voordeel in het buitenland in de heffing is betrokken in een naar aard en strekking met artikel 4.13 lid 1 onderdeel f vergelijkbare heffing. Zijn er voorbeelden bekend van buitenlandse vergelijkbare regelingen? Het komt de Orde voor dat het praktisch zeer lastig zo niet onmogelijk zal zijn om hieraan te voldoen. De Orde verneemt graag wat bijvoorbeeld het gevolg is als Nederland ter zake van het fictief regulier voordeel een beperkt heffingsrecht heeft, bijvoorbeeld voor 5 procent van het bedrag van het fictieve reguliere voordeel. Kan bevestigd worden dat in dat geval het maximum wordt verhoogd met het bedrag waarover dit beperkte heffingsrecht is geëffectueerd?

De Orde vraagt voorts te bevestigen dat het maximumbedrag jaarlijks zal worden geïndexeerd en dit in de wettekst te verankeren.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het maximumbedrag weer wordt verlaagd als de bovenmatige schuld bijvoorbeeld wordt afgelost. De Orde vraagt te bevestigen dat deze verlaging voortvloeit uit het voorgestelde art. 4.14a lid 2 juncto art. 4.14 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001, aangezien dan sprake is van ‘vermeerdering’ met een ‘negatief bedrag’, de facto een verlaging dus. De schoonheidsprijs verdient een dergelijke wetssystematiek naar de mening van de Orde echter niet en geeft in overweging om de verlaging van het maximumbedrag op een duidelijkere wijze in de wettekst te formuleren.

#### Artikel 4.14a Wet IB 2001; Derde lid

Het maximumbedrag geldt voor fiscale partners gezamenlijk, zo blijkt uit de tweede volzin van het voorgestelde artikel 4.14 lid 3 Wet IB 2001. Als twee echtgenoten (of een van hen) niet in Nederland wonen, kunnen zij niet kwalificeren als fiscale partner op grond van artikel 1.2 lid 4 onderdeel b Wet IB 2001 (en zij niet kwalificeren als buitenlandse belastingplichtigen in de

zin van artikel 7.8 Wet IB 2001). Kan de staatssecretaris bevestigen dat ieder van de beide echtgenoten dan ‘recht heeft’ op het maximumbedrag van 500.000 euro?

#### Artikel 4.14a Wet IB 2001: Vierde lid

Het is de Orde opgevallen dat de tekst “op basis van de nominale waarde” nu is opgenomen in het voorgestelde artikel 4.14a lid 4, terwijl dit in het conceptwetsvoorstel was opgenomen in artikel 4.13 lid 1 onderdeel f. Het komt de Orde voor dat artikel 4.13 lid 1 onderdeel f een meer logische plaats is dan artikel 4.14a lid 4 en verzoekt de staatssecretaris toe te lichten waarom deze tekst is verplaatst van artikel 4.13 lid 1 onderdeel f naar artikel 4.14a lid 4.

#### Artikel 4.14a Wet IB 2001: Vijfde lid

De Orde begrijpt niet waarom bij deze fictie het bedrag van de schulden ‘nihil’ is. Naar de mening van de Orde zal, zo neemt de Orde aan, bedoeld zijn dat het bovenmatig deel van de schulden op dat moment geacht wordt nihil te zijn. De Orde verzoekt dit punt te verduidelijken.

Voorts vraagt de Orde zich af of de tekst van het voorgestelde artikel 4.14 lid 5 Wet IB 2001 wel juist is. Aldaar staat dat een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking kan worden genomen, wanneer de belastingplichtige niet langer een aanmerkelijk belang heeft, “*anders dan door een vervreemding als bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h*”. De Orde vraagt zich af of de cursief gemaakte tekst hier wel op zijn plaats is. Na emigratie heeft de belastingplichtige immers nog steeds een aanmerkelijk belang en dus kan geen negatief fictief regulier voordeel in aanmerking worden genomen. Niet nodig is dan om op deze plaats de fictieve vervreemding van artikel 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 expliciet uit te zonderen. Vermoedelijk is in een eerdere versie van dit wetsvoorstel op deze plaats gesproken van een “*vervreemding anders dan een vervreemding als bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h*” en is het eerste “*vervreemding*” in een later stadium vervangen door “*niet langer een aanmerkelijk belang heeft*”. Dit lijkt ook te volgen uit de toelichting op deze bepaling, want daar wordt steeds gesproken over een vervreemding in plaats van “*niet langer een aanmerkelijk belang heeft*”. Door de hiervóór cursief gemaakte tekst te schrappen, wordt nog steeds voldaan aan de bedoeling van deze bepaling. De cursief gemaakte tekst lijkt derhalve overbodig te zijn en kan beter vervallen.

Als deze cursief gemaakte tekst, anders dan de Orde denkt, niet overbodig is, rijst vervolgens de vraag of niet een soortgelijke uitzondering moet worden gemaakt voor de fictieve vervreemding van artikel 7.5 lid 7 Wet IB 2001 (verplaatsing van de werkelijk leiding van de BV uit Nederland). De Orde verwijst naar artikel 4.24 lid 5 Wet IB 2001 waar soortgelijke uitzonderingen op het vervreemdingsbegrip zijn opgenomen.

In het verlengde hiervan rijst vervolgens de vraag of een bepaling als artikel 4.14d Wet IB 2001 niet ook zou moeten worden opgenomen in hoofdstuk 7 Wet IB 2001 voor de situatie waarin

de vennootschap haar feitelijke leiding verplaatst uit Nederland. Dit is namelijk (ook) gedefinieerd als fictieve vervreemding; zie artikel 7.5 lid 7 Wet IB 2001. De Orde vraagt zich af of bij verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap uit Nederland voor een buitenlandse belastingplichtige niet ook een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking zou moeten worden genomen. Uiteraard moet dan in de vergelijkbare bepaling die moet worden opgenomen in afdeling 7.3 Wet IB 2001, worden verwezen naar de fictieve vervreemding van artikel 7.5 lid 7 Wet IB 2001 (in plaats van naar artikel 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 zoals artikel 4.14d Wet IB 2001 doet).

De Orde begrijpt uit voorbeeld 10 (memorie van toelichting, pagina 31) dat artikel 4.14a lid 5 Wet IB 2001 onder meer van toepassing is bij overlijden, in combinatie met het voorgestelde artikel 4.43, lid 3 Wet IB 2001. De Orde vraagt zich af of de wetgever de gesignaleerde fiscale gevolgen aan de zijde van de overledene bezien in samenhang met de fiscale gevolgen aan de zijde van de erfgena(a)m(en) wenselijk acht. Van belang hierbij is dat het gesignaleerde negatieve regulier voordeel bij de erflater in voorkomende gevallen niet leidt tot enigerlei verrekening met ander (aanmerkelijkbelang)inkomen, terwijl bij de erfgena(a)m(en) na vererving wel onmiddellijk een positief fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen.

#### Artikel 4.14a Wet IB 2001; Zesde lid

De Orde is allereerst verheugd dat een uitzondering is opgenomen voor eigenwoningschulden. Hiermee wordt voorkomen dat voor de aanschaf, verbetering en onderhoud van de eigen woning per se bij de bank moet worden geleend, met veelal hogere woonlasten tot gevolg.

De Orde constateert wel dat additionele eis dat een recht van hypotheek tot zekerheid is verstrekt aan de vennootschap, is gehandhaafd. De Orde verzoekt te bevestigen dat dit recht van hypotheek geen eerste in rang behoeft te zijn, aangezien in de praktijk veelvuldig voorkomt dat inzake de eigen woning naast een lening van de eigen vennootschap, ook nog een of meer leningen zijn verstrekt door ‘de bank’.

Een ander aandachtspunt is de ‘voor zover’-situatie (pagina 26, memorie van toelichting). Men schrijft dat met die woorden “*wordt bewerkstelligd dat wanneer slechts voor een gedeelte van de lening het recht van hypotheek wordt verstrekt, eenzelfde gedeelte van de lening wordt uitgezonderd van toepassing van de maatregel*”. De Orde verzoekt te bevestigen dat bij deze bepaling het lening-gedeelte getoetst wordt op basis van het bedrag van de hypothecaire inschrijving exclusief een eventuele opslag voor rente en kosten (in de praktijk bedraagt deze bij dit soort inschrijvingen veelal 35 procent of hoger).

Een groter probleem dat de Orde voorziet, is dat de (eerste) hypotheekverstrekker, veelal een bank, geen medewerking zal verlenen aan de vestiging van een tweede recht van hypotheek en notarissen hieraan derhalve ook niet zullen meewerken. Dit betekent dat door deze extra



voorwaarde de uitzondering voor eigenwoningschulden in geval van gemengde financieringen – deels bij de bank en deels bij de eigen bv – in de praktijk veelal een dode letter zal blijken te zijn, waardoor het maximumbedrag toch met een eigenwoningschuld wordt ingevuld/volgemaakt, omdat voor de eigenwoningschuld bij de bv geen (tweede recht van) hypotheek is/kan worden gevestigd. De Orde vraagt of dit mogelijke gevolg van deze nieuwe voorwaarde is onderkend en zo ja, waarom die dan is gehandhaafd.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat voor een nieuwe eigenwoningschuld al onmiddellijk vanaf 1 januari 2023 aan het vereiste van hypothecaire zekerheid ten behoeve van de bv moet zijn voldaan. In de praktijk zal het vermoedelijk zo zijn dat eerst wordt geleend van de bv ten behoeve van de eigen woning en later, wanneer bijvoorbeeld het totaalbedrag van de eigenwoningschuld na nieuwbouw of verbouw bekend is, de hypothecaire zekerheid zal worden geregeld. Geschiedt dit laatste in het volgende jaar, dan is per ultimo van het eerdere jaar mogelijk sprake van een excessieve schuld bij de eigen bv, zodat belastingheffing plaatsvindt op grond van het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001. Zodra de hypothecaire inschrijving is geformaliseerd, wordt voldaan aan het vereiste van het voorgestelde artikel 4.14 lid 6 Wet IB 2001 en blijft de eigenwoningschuld buiten de toepassing van deze regeling en ontstaat op grond van het voorgestelde artikel 4.14a lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 een negatief fictief regulier voordeel dat eventueel achterwaarts kan worden verrekend. Dit levert veel en onnodig gedoe op met mogelijke nadelige fiscale gevolgen. De Orde verzoekt de staatssecretaris daarom om belastingplichtigen een termijn te gunnen waarbinnen zij de hypothecaire inschrijving kunnen formaliseren zonder te worden geconfronteerd met de heffing op basis van het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 (en het jaar later met het negatieve fictief regulier voordeel van het voorgestelde artikel 4.14a lid 1 onderdeel b Wet IB 2001).

Op pagina 11 van de memorie van toelichting wordt de aanvullende voorwaarde beargumenteerd vanuit het risico dat niet kan worden terugbetaald. De Orde merkt op dat het risico van niet terugbetaling ook kan worden voorkomen door de eis te stellen dat op de eigen woning waarop de lening bij de vennootschap ziet, geen zekerheidsrecht rust dat aan anderen dan de vennootschap of daarmee verbonden lichamen is verstrekt. Daarmee wordt immers het gesignaleerde probleem ook opgelost op een wijze die minder disproportioneel is en niet leidt tot gedwongen winkelnering bij de bank.

De Orde merkt op dat door de koppeling met de begrippen ‘eigen woning’ en ‘eigenwoningschuld’ het geheel of gedeeltelijke verlies van deze kwalificaties onvoorziene en naar mening van de Orde ongewenste gevolgen kan hebben voor de aanmerkelijkbelangregeling. In dit verband wijst de Orde op het volgende: Eigenwoningschulden die zijn aangegaan op of na 1 januari 2013 dienen jaarlijks te voldoen aan de aflossingseis. Indien als gevolg van uitblijven van aflossing de eigenwoningschuld naar

box 3 verhuist (artikel 3.119e lid 4 Wet IB 2001), valt deze schuld niet langer onder de uitzondering van artikel 4.14a lid 6 en kan de schuld leiden tot een fictief regulier voordeel (als sprake is van een excessieve schuld van de BV). Indien op enig moment een zodanig bedrag wordt afgelost dat wel weer wordt voldaan aan de aflossingsvereisten, herleeft het eigenwoningschuld-karakter van de schuld en keert de schuld terug in box 1. De Orde verzoekt te bevestigen dat dan op grond van het voorgestelde artikel 4.14a lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking kan worden genomen, nu de lening alsnog haar eigenwoningkarakter (her)krijgt en derhalve (weer) buiten aanmerking wordt gelaten, zodat het totaalbedrag van de relevante schuld minder bedraagt dan het maximumbedrag.

Ook vraagt de Orde zich af hoe wordt omgegaan met de situatie waarbij wegens verhuizing van het ene hoofdverblijf (eigen woning) naar het andere hoofdverblijf (ook eigen woning) er gedurende een zekere periode (die een jaarovergang maar ook meerdere jaren kan omvatten), sprake is van twee eigen woningen met daaraan eigenwoningleningen gekoppeld. Pas nadat de oude eigen woning verkocht is, wordt duidelijk of en zo ja, er sprake is van een eigenwoningreserve, die op haar beurt bepalend is voor de omvang van de eigenwoningschuld in de zin van artikel 3.119a Wet IB 2001. De uitkomst van deze exercitie kan zijn dat uiteindelijk (jaren later) blijkt dat een lagere eigenwoningschuld resteert en bijgevolg de schulden van de eigen vennootschap achteraf beschouwd (alsnog) uitkomen boven het grensbedrag van artikel 4.14a lid 2 Wet IB 2001.

De Orde verzoekt in dit kader aan te geven hoe de ommekomst van de driejaarsperiode voor het verkopen van een oude eigen woning (na te zijn verhuisd naar een andere woning/hoofdverblijf) per 31 december, waardoor een oude eigenwoningschuld dat karakter per die datum verliest, samenloopt met het genietingsmoment van het fictief regulier voordeel. Daarvoor geldt immers ook 31 december als relevante datum.

Een restschuld die is ontstaan bij de vervreemding van de eigen woning (artikel 3.120a Wet IB 2001) is geen eigenwoningschuld ex artikel 3.119a Wet IB 2001. De Orde verzoekt ook deze schuld onder de uitzondering te brengen van het zesde lid.

Verder vraagt de Orde hoe moet worden omgegaan met bijvoorbeeld de situatie dat sprake is van een eigenwoningschuld in de zin van artikel 3.119a Wet IB 2001 jo. artikel 10bis.1 Wet IB 2001, maar door verloop van een periode van 30 jaren niet langer sprake is van een eigenwoningschuld. Leidt dit enkel door tijdsverloop tot een acuut belast fictief regulier voordeel? De toelichting op pagina 26 van de memorie van toelichting wijst hier wel op. Zo bezien, is te verwachten dat bij ongewijzigde wetgeving op dit vlak, er in 2031 een grote golf van nieuwe ‘bovenmatige schulden’ zal ontstaan.

De Orde denkt voorts ook aan de situatie dat door het overlijden van de belastingplichtige zijn eigen woning met eigenwoningschuld (en ab-aandelen in de bv) overgaat op zijn erfgenamen. Met name ten aanzien van de eigenwoningschuld geldt dat deze voor de erfgenamen niet kwalificeert als een eigenwoningschuld. Dit kan voor hen acuut, onverwachts, en zelfs zonder dat dit leidt tot een vermindering van erfbelasting, met zich brengen dat zij worden belast voor de dan bovenmatig geworden schuld. Hier dient naar de mening van de Orde aan de erfgenamen ten minste een zekere tijd te worden gegund om het ontstaan van een dergelijk onverwachts fictief regulier voordeel te voorkomen. Dit klemmt te meer als ter zake van het overlijden van de ab-houder de ab-claim ter zake van de ab-aandelen reeds is afgerekend. Er treedt dan immers onmiddellijk dubbele belastingheffing op.

De Orde wijst erop dat de gehanteerde terminologie van ‘eigenwoningschuld in de zin van artikel 3.119a’ tot een onwerkbaar situatie leidt voor vele belastingplichtigen. Deze eigenwoningschuld kan immers door verloop van tijd of door aanpassingen (bijvoorbeeld aflossingsvrij maken) van box 1 naar box 3 verhuizen, waardoor op dat moment eveneens plots een fictief regulier voordeel in box 2 wordt genoten. De Orde verzoekt daarom om in elk geval de leningen genoemd in artikel 3.119a lid 1 onderdeel a en lid 2 onderdelen a, b en c Wet IB 2001 niet in aanmerking te nemen bij het te belasten fictieve reguliere voordeel.

Voorts verzoekt de Orde te bevestigen dat de ‘eigenwoningschuld’-uitzondering ook geldt voor schulden aangegaan bij de vennootschap door een in het buitenland wonende aanmerkelijke belanghouder ter financiering van zijn aldaar gelegen woonhuis. Hierbij is van belang dat de buitenlands belastingplichtige een dergelijke lening mede zal inrichten naar de lokale (fiscale, financiële en civielrechtelijk) geldende regels, die kunnen (en vaak zullen) afwijken van de Nederlandse regels voor een kwalificerende eigenwoningschuld. De Orde verzoekt daarom voor schulden ten behoeve van buitenlandse eigen woning een nadere regeling te treffen.

Het geheel overziend is de Orde van mening dat de koppeling met het specifieke begrip ‘eigenwoningschuld’ van art. 3.119a Wet IB 2001 heroverweging verdient, omdat hierdoor de complexiteit van dat begrip doorslaggevend wordt op een geheel ander terrein, waarmee het in de kern niks te maken heeft. Voldoende zou naar de mening van de Orde moeten zijn dat de schuld historisch-causaal is aangegaan voor de aanschaf, het onderhoud of de verbetering van de eigen woning. Al dan niet annuïtaire of lineaire aflossing van deze lening is voor de onderhavige ‘excessief-lenen’-maatregel irrelevant.

#### Artikel 4.14b Wet IB 2001; Eerste lid

Deze regeling leidt ertoe dat iemand anders dan degene die de ‘schuld’ heeft opgenomen (boven het maximumbedrag), kan worden belast voor het fictief regulier voordeel. Hier heeft de Orde, als reeds opgemerkt, principiële bezwaren tegen. In feite is hier sprake van een dubbele fictie, aangezien iemand anders dan degene die het fiscaal – klaarblijkelijk – ongewenst verdrag vertoont waarop dit conceptwetsvoorstel gericht is, ter zake daarvan de

belastingenschuld aangerekend krijgt. De Orde merkt op dat situaties waarin iemand belastingplichtig wordt voor een voordeel dat een ander heeft genoten, zich niet verhouden tot het uitgangspunt dat aan de Wet IB 2001 ten grondslag ligt dat iedere belastingplichtige wordt belast voor zijn eigen voordelen.

De Orde vraagt daarom of is overwogen om de heffing over het excessieve deel van de lening plaats te laten vinden bij de bloed- of aanverwant zelve en zo ja, waarom daarvoor niet is gekozen. De Orde wijst hierbij ook op het artikel van E.J.W. Heithuis, “*”Kinderregeling” in conceptwetsvoorstel “excessief lenen bij eigen vennootschap” moet beter*”,<sup>4</sup> die een tekstueel voorstel heeft gedaan om de heffing plaats te laten vinden bij de bloed- of aanverwant zelve en vraagt de staatssecretaris waarom dit voorstel niet is overgenomen.

De Orde constateert dat door de nu voorgestelde vormgeving er een scherp onderscheid wordt gecreëerd tussen een verbonden persoon die (alleen) op grond van de meetrekregeling een aanmerkelijk belang heeft door bijvoorbeeld het bezit van één aandeel in de vennootschap, en de verbonden persoon die geen aandeel in de vennootschap heeft. De eerstgenoemde verbonden persoon wordt zelfstandig belast voor zijn fictief regulier voordeel, terwijl dat niet het geval is voor de laatstgenoemde persoon. De Orde is van mening dat het verschil tussen de positie van de verbonden persoon die louter op grond van de meetrekregeling een aanmerkelijk belang heeft, en de verbonden persoon die geen aanmerkelijk belang heeft, dit onderscheid in heffingsgevolgen niet voldoende rechtvaardigt.

De Orde vraagt zich in het onderhavige verband af wat de fiscale gevolgen zijn van doorleensituaties waarbij verbonden personen zijn betrokken.

*Doorleensituatie 1:*

Stel verbonden persoon K heeft geen aandelen, maar wel een lening van 500.000 euro opgenomen bij de vennootschap, en dat bedrag onder vergelijkbare voorwaarden doorgeleend aan de ab-houder. De ab-houder heeft daarnaast nog zelfstandig een schuld van 500.000 euro bij de vennootschap. Wordt dan 500.000 euro als indirecte ‘bovenmatige’ lening bij de ab-houder belast? En zo ja, geldt daarbij dan nog een eis van paralleliteit tussen beide leningen met betrekking tot hoofdsom en looptijd (en zekerheden)?

*Doorleensituatie 2:*

Stel verbonden persoon K heeft één aandeel en is op grond daarvan een meegetrokken ab-houder. Stel K heeft een lening betrokken van 700.000 euro en dit bedrag onder vergelijkbare voorwaarden doorgeleend aan de ab-houder (die daarnaast een eigen lening van 500.000 euro bij de vennootschap heeft). Wordt dan zowel K belast voor zijn eigen bovenmatige deel ad 200.000 euro en daarnaast de ab-houder voor nog eens in totaal 700.000 euro aan bovenmatige

---

<sup>4</sup> WFR 2020/13.

(indirecte) lening? De Orde is van mening dat een directe lening van een verbonden persoon niet (nogmaals) als indirecte lening van de ab-houder in aanmerking mag worden genomen, en verzoekt dit met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen in de wettekst.

Bovendien kan deze maatregel onredelijk uitpakken. Stel A is ab-houder in X bv. X bv heeft aan B, bloed-of aanverwant in de rechte lijn ((klein)kind of (groot)ouder) van A, een lening verstrekt. Dat geschiedde destijds onder zakelijke condities. B komt in financiële problemen, waardoor de rente niet wordt betaald. X bv neemt invorderingsmaatregelen. Ondertussen neemt de vordering van X bv op B toe door bijgeboekte rente en kosten. De aldus bijgeboekte rente en kosten kunnen maken dat de schuld van B aan X bv voor A als bovenmatig gelden, als gevolg waarvan deze rente bij A met aanmerkelijkbelangheffing wordt belast. Indien na uitwinning van het vermogen van B een restschuld resteert, zal op deze restschuld rente berekend blijven worden, tenzij de nominale waarde en/of de bijgeboekte rente vóór de peildatum worden prijsgegeven. NB: op grond van het voorgestelde artikel 4.14a lid 4 is de nominale waarde van de schuld hier doorslaggevend. Het is in de ogen van de Orde onredelijk dat A wordt belast voor schulden van B, welke belastingheffing hij alleen kan vermijden, indien X bv van de vordering op B afziet. Herfinanciering is hier immers geen optie.

Voorts constateert de Orde dat in dit artikellid een ander verbonden-persoonsbegrip wordt gehanteerd dan met betrekking tot hetzelfde begrip in de terbeschikkingstellingsregeling. Daarmee wordt deze wetgeving des te meer complex, hetgeen zich niet verhoudt met de wens om goed uitvoerbare wetgeving tot stand te brengen. Gelet op het feit dat ook in de terbeschikkingstellingsregelingen van artikel 3.91 en artikel 3.92 Wet IB 2001 het begrip ‘verbonden persoon’ voorkomt en daar een andere inhoud heeft, verzoekt de Orde voor deze excessief-lenenmaatregel een ander begrip te hanteren, bijv. gelieerde persoon, teneinde inhoudsverwarring te voorkomen.

Op pagina 27 van de memorie van toelichting is in voorbeeld 6 een situatie geschetst, waarbij de ab-aandelen worden geschonken aan een kind. Tzv de schenking kan de schenker een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking nemen ter grootte van het eerder bij hem in aanmerking (positieve) fictief regulier voordeel; in het voorbeeld van 100.000 euro. De Orde vraagt zich echter af hoe dit uitpakt als de schenker niet alle aandelen in de BV schenkt aan zijn kind maar bijvoorbeeld 40 procent en de overige 60 procent behoudt. Alsdan is het voorgestelde artikel 4.14a lid 5 Wet IB 2001 (nog) niet van toepassing en kan de schenker (nog) geen negatief fictief regulier voordeel (ad 100.000 euro) in aanmerking nemen. Bij het kind (begiftigde) wordt aan het eind van het schenkingsjaar echter wel (weer) belast voor een fictief regulier voordeel op grond van het voorgestelde artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001, aangezien het kind nu te veel (in casu van 200.000 euro) heeft geleend van de BV, waarin het kind nu zelf (ook) een ab bezit. Ergo: in dit voorbeeld is bij de schenker een (positief) regulier voordeel in aanmerking genomen van 100.000 euro en bij het kind van 200.000 euro, terwijl

de schenker nog niet het negatieve fictief regulier voordeel ad 100.000 euro in aanmerking heeft kunnen nemen, aangezien de schenker ab-houder is gebleven. Op deze wijze wordt de belastingheffing wel heel erg naar voren gehaald. De Orde vraagt zich af of dit inderdaad de bedoeling is van de voorgestelde wetgeving en verzoekt hiervoor een versoepeling te geven.

Het is de Orde opgevallen dat in het voorgestelde artikel 4.14b lid 1 Wet IB 2001, anders dan in het voorgestelde artikel 4.14a lid 3 tweede volzin Wet IB 2001, de partner van de bloed- of aanverwant in de rechte lijn niet wordt samengeteld met de bloed- of aanverwant zelf. Dit betekent bijvoorbeeld dat het kind 500.000 euro kan lenen bij de bv van vader maar zijn echtgenoot ook, zodat zij samen 1 miljoen euro van de bv van (schoon)vader hebben geleend. De Orde vraagt of dit zo is bedoeld.

#### Artikel 4.14b Wet IB 2001; Tweede lid

De Orde constateert dat ten opzichte van het conceptwetsvoorstel een verbetering is aangebracht dat een surplus van de lening bij de verbonden persoon niet automatisch leidt tot heffing bij de ab-houder maar alleen als de ab-houder door de toerekening van dit surplus meer heeft geleend van de bv dan het maximumbedrag van (in beginsel) 500.000 euro. De Orde beschouwt dit als een verbetering, want hierdoor wordt voorkomen dat, als de ab-houder nog 'ruimte' heeft in zijn maximumbedrag, de ab-houder deze 'ruimte' benut door dit te lenen van de BV, dit vervolgens doorleent aan de bloed- of aanverwant in de rechte lijn die daarmee zijn leningsurplus jegens de bv aflost. Hiermee is voorkomen dat een discussie moet worden gevoerd of de in- en doorlening door de ab-houder moet worden gekwalificeerd als een lening 'rechtens dan wel in direct of indirect' door het kind van de bv.

Toch constateert de Orde dat zich nog steeds merkwaardige verschillen kunnen voordoen in de situatie waarin de bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel of geen ab heeft in de bv. Stel bijvoorbeeld dat een kind 800.000 euro heeft geleend van de bv van vader. Het kind heeft geen ab in die bv. Dan wordt het surplus (boven het maximumbedrag dat geldt voor het kind ad 500.000 euro) van 300.000 euro toegerekend aan vader, waarop bij vader artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 wordt toegepast. Heeft vader niet geleend van de bv of maximaal 200.000 euro, dan vindt geen heffing plaats bij vader, aangezien vader 'zijn' maximumbedrag (van 500.000 euro) niet overschrijdt. Stel echter dat het kind zelf ook een ab heeft in de bv (samen met zijn vader), dan wordt artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 zelfstandig toegepast bij het kind en vindt voor het surplus van 300.000 euro daadwerkelijk belastingheffing plaats bij het kind. Toerekening van het surplus aan vader doet zich nu niet voor vanwege het voorgestelde artikel 4.14b lid 2 Wet IB 2001. Het wel of niet een ab bezitten in de bv leidt dus tot een andere belastingheffing in box 2. Hierdoor ontstaat toch weer dezelfde situatie die met onderhavig wetsvoorstel juist is voorkomen. Vader kan in laatstgenoemde situatie – het kind heeft ook ab in de bv – immers 300.000 euro lenen van de bv en dit doorlenen aan zijn kind waarmee het kind zijn lening van 800.000 euro deels (voor 300.000 euro) aflost.

Alsdan gaat alsnog de discussie ontstaan, die juist was voorkomen (zie hiervóór), of het kind ‘rechten dan wel in feite direct of indirect’ 800.000 euro heeft geleend van de bv dan wel 500.000 euro van de bv en 300.000 euro van zijn vader. In het eerste geval vindt heffing plaats in box 2, in het tweede geval niet.

#### Artikel 4.14b Wet IB 2001; Derde lid

Toegelicht wordt dat in een situatie waarin de bovenmatige schuld van een verbonden persoon aan meer dan één ab-houder wordt toegerekend, deze schuld bij deze ab-houders ‘voor gelijke delen’ in aanmerking wordt genomen. De Orde constateert in dit verband dat geen belang wordt gehecht aan het relatieve aandeel in het eigen vermogen dat ieder van die ‘meerdere personen’ bezit in de vennootschap. Zo is denkbaar dat, als twee personen kwalificeren voor de toerekening, de ene persoon 5 procent van de aandelen bezit en de ander 95 procent van de aandelen. Toch krijgt nu ieder de helft (50 procent) van het bovenmatige deel van de schuld toegerekend. De Orde beveelt aan nader te onderbouwen waarom in situaties van meerdere aandeelhouders geen belang wordt gehecht aan ieders relatieve aandelenbelang in het totaal. Naast het principiële bezwaar dat de heffing ten aanzien van bovenmatige schulden plaatsvindt bij een ander dan degene die de schuld daadwerkelijk heeft, komt in de voorgestelde toerekeningsregeling daarbij nog eens het aspect dat bij degene aan wie wordt toegerekend, er geen enkele relatie meer bestaat met de omvang van diens aanmerkelijk belang. Gevolg is dat de fiscale uitwerking steeds verder verwijderd raakt van de (juridische en feitelijke) werkelijkheid. Naar de mening van de Orde kunnen bovenstaande bezwaren voor een groot deel worden weggenomen door van de belastingplichtigen die het betreft, te vragen om aannemelijk te maken dat er voldoende redenen zijn om af te wijken van een verdeling in gelijke delen. Wettelijk uitgangspunt is dan de verdeling in gelijke delen maar de belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid hiervan af te wijken (mits uiteraard in totaal het gehele bovenmatige deel van de schuld in aanmerking wordt genomen).

#### Artikel 4.14b Wet IB 2001; Vierde lid

De alhier opgenomen anticumulatiemaatregel roept vragen op. De Orde vraagt zich af hoe de uitvoering hiervan in de praktijk gaat verlopen. Wie heeft de plicht – en gedurende welke (bewaar)periode? – de hiervoor relevante gegevens te administreren en aan te wenden in voorkomende gevallen? Wie wordt geacht tijdig te herkennen of en zo ja, tot welk bedrag zich de samenloop voordoet? Naar de mening van de Orde ontstaat op deze manier een gecompliceerd beeld hetgeen zowel voor de belastingplichtige en de Belastingdienst kan leiden tot veel onduidelijkheid en bijgevolg onjuiste verantwoording van de schuldpositie in de aangifte inkomstenbelasting, zeker indien dit over meerdere jaren wordt gezien. Het betreft immers een extracomptabel gegeven dat niet eenvoudig is te bepalen aan de hand van de jaarrekening en/of aangifte vennootschapsbelasting.

Voorts impliceert de tekst dat materieel onbeperkte terugwerkende kracht wordt verleend aan deze wet. Situaties die immers in het verleden op grond van feiten en omstandigheden destijds als schijnlening waren aan te duiden, hebben respectievelijk hadden destijds al tot een fiscale herkwalificatie moeten leiden van hetgeen in belastingaangiften niet zelden nog steeds als lening is verantwoord. De Orde meent dat het voorgestelde art. 4.14a lid 4 Wet IB 2001 ten onrechte de eis stelt dat ter zake van de schulden (die in fiscale zin als schijnlening moesten worden aangemerkt) de dubbele heffing uitsluitend achterwege blijft als een verkapt dividend in aanmerking is genomen als regulier voordeel. De eis dat het voordeel in de heffing betrokken moet zijn geweest, miskent het beginsel dat de feiten en omstandigheden te allen tijde de fiscale duiding bepalen. Als bijvoorbeeld de financiering in het jaar 2014 was aan te merken als een schijnlening, is het gevolg daarvan dat een in de heffing te betrekken regulier voordeel uitsluitend in dat jaar (2014) had kunnen plaatsvinden. Door nu in het voorgestelde art. 4.14a lid 4 Wet IB 2001 de eis te stellen dat ter zake van de schuld een regulier voordeel in aanmerking is genomen, worden met onbeperkte terugwerkende kracht alle situaties die vóór de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel reeds tot een fiscale herkwalificatie van de schuldpositie hadden moeten leiden, onder de werking van deze bepaling gebracht. Voor het toepassen van terugwerkende kracht moeten zwaarwegende argumenten aanwezig zijn. De Orde merkt op (evenals de Raad van State) dat ter zake niets is te lezen in de memorie van toelichting. Daarmee heeft deze bepaling een onjuiste basis.

#### Artikel 4.14b Wet IB 2001: Vijfde lid

De Orde verzoekt te verduidelijken hoe deze situatie – meerdere fiscale partners in een en hetzelfde kalenderjaar – zich verhoudt tot de peildatumsystematiek waarbij steeds per 31 december van een jaar de schuldpositie wordt gezien.

Naar het de Orde voorkomt, gaat het in echtscheidingsituaties met name om de vraag wie van de ex-echtgenoten het (verhoogde) maximumbedrag meekrijgt. Dit zal in een AMvB nader worden uitgewerkt. De Orde verzoekt de concept-AMvB spoedig aan de Tweede Kamer ter beschikking te stellen zodat die deel kan uitmaken van de beraadslaging in het parlement.

Voorts schetst de Orde het volgende voorbeeld. Als beide echtelieden 500.000 euro hebben geleend van de BV (dus samen 1 miljoen euro), is 500.000 euro als fictief regulier voordeel in aanmerking genomen (op grond van artikel 2.17 lid 5 Wet IB 2001 bij die echtgenoot die zij zelf wensen). Als vervolgens de echtelieden gaan scheiden en een van de echtelieden de aandelen in de bv neemt, ontstaan naar de mening van de Orde twee vragen:

1. Met betrekking tot de echtgenoot die de ab-aandelen neemt, rijst de vraag of die echtgenoot dan een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking mag nemen en zo ja, voor welk bedrag. Per ultimo van het echtscheidingsjaar heeft deze echtgenoot immers niet meer excessief geleend van de BV in de zin van dit wetsvoorstel.



2. Met betrekking tot de echtgenoot die de ab-aandelen niet neemt, rijst de vraag of die op moment van echtscheiding ook een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking mag nemen en zo ja, voor welk bedrag.

Voorts rijst de vraag of hierbij nog relevant is of de echtelieden in (algehele) gemeenschap van goederen zijn gehuwd, aangezien dan beide echtelieden kwalificeren als ab-houder. De Orde verzoekt de staatssecretaris hierop nader in te gaan.

#### Artikel 4.14c Wet IB 2001; Eerste lid

De Orde is verheugd dat voor immigranten, terecht, een ‘step up’ wordt geboden van het maximumbedrag. De Orde verzoekt deze behandeling ook toe te passen op belastingplichtigen die op enig moment gewoon binnenlands belastingplichtig (zijn ge)worden na ommekomst van de periode waarin zij partieel (buitenlands) belastingplichtig waren op de voet van artikel 2.6 Wet IB 2001.

Voorts vraagt de Orde zich af of de verhoging van het maximumbedrag ook geldt voor een reeds vele jaren geleden naar Nederland geïmmigreerde ab-houder die destijds een schuld had aan zijn bv? Stel een dga is in 2000 naar Nederland geïmmigreerd en had toen 5 miljoen euro geleend van zijn BV. Geldt voor hem dan een maximumbedrag per 2023 van 5 miljoen euro? En als dit zo is, hoe weet men dit dan nog na zoveel jaren? De Orde verzoekt de staatssecretaris hierop nader in te gaan en een praktische regeling te treffen.

#### Artikel 4.14c Wet IB 2001; Tweede lid, onderdeel a

De Orde begrijpt dat voor remigranten een additionele, specifieke regeling wordt getroffen. Wel vraagt de Orde hoe dit uitwerkt bij reeds vóór 2023 geïmmigreerde ab-houders die na 2022 terugkeren naar Nederland. Begrijpt de Orde goed dat dan moet worden gekeken naar de stand van de schuld aan hun bv op het moment van hun eerdere emigratie uit Nederland? Dit moment kan/zal vele jaren vóór 2023 (kunnen) liggen en die informatie is misschien niet altijd meer voorhanden.

Hierbij wordt geen termijn gesteld. De remigrant die bijvoorbeeld na 50 jaar verblijf buiten Nederland weer terugkeert, valt ongeclausuleerd onder deze bepaling. Indien het maximumbedrag van artikel 4.14a, tweede lid jaarlijks wordt geïndexeerd, is het naar de mening van de Orde redelijk om het bij emigratie vastgestelde bedrag ook jaarlijks te indexeren, zodat de remigrant op dat punt niet nadeliger wordt behandeld dan de ab-houder die altijd inwoner is gebleven van Nederland.

Evenmin wordt duidelijk wie – de belastingplichtige en/of de Belastingdienst? – op welke wijze dient vast te leggen alsook te bewaren wat het relevante bedrag aan schulden was ten tijde van de emigratie uit Nederland. De Orde voorziet op dit punt de nodige uitvoeringsproblemen voor zowel belastingplichtigen als voor de Belastingdienst.

Tot slot vraagt de Orde of niet een soortgelijke step-up-regeling moet worden geboden als de vennootschap, met een buitenlandse ab-houder, uit het buitenland haar feitelijke leiding verplaatst naar Nederland. De in het buitenland woonachtige ab-houder wordt dan immers voor het eerst (buitenlands) belastingplichtig in Nederland op grond van hoofdstuk 7 Wet IB 2001. Al sinds vele jaren is niet goed geregeld dat de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen dan moet worden vastgesteld op de werkelijke waarde van de aandelen (step up/down). Daar komt nu bij de step up van het maximumbedrag die naar de mening van de Orde moet worden geboden. Vóór ‘immigratie’ van de vennootschap had Nederland immers geen ab-claim op de winstreserves van deze vennootschap. Na ‘immigratie’ van de vennootschap moet die dan ook niet ontstaan. Stel de ab-houder heeft, vóórdát de vennootschap ‘immigreert’ naar Nederland, 5 miljoen euro geleend van die vennootschap. De Orde meent dat het maximumbedrag dan moet worden gesteld op 5 miljoen euro, net zoals op grond van het voorgestelde artikel 4.14c Wet IB 2001 geldt wanneer de ab-houder zelf naar Nederland immigrereert.

Artikel 4.14c Wet IB 2001; Tweede lid, onderdeel b

De Orde meent dat het maximumbedrag moet worden verhoogd met de toename van de schuld, nadat de buitenlandse belastingplicht ex afdeling 7.3 Wet IB 2001 is geëindigd. Stel een belastingplichtige is 15 jaar geleden geëmigreerd uit Nederland en heeft toen een conserverende aanslag voor zijn ab-aandelen opgelegd gekregen. De bv is met hem mee verhuisd. De schuld aan de eigen bv bedroeg toen 1.000.000 euro. Na 10 jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden (op basis van artikel 26 IW 1990) en vervalt tevens de buitenlandse belastingplicht ter zake van deze ab-aandelen (artikel 7.5 lid 6 Wet IB 2001). De schuld bedraagt dan 2.000.000 euro. Nog weer vijf jaar later keert de belastingplichtige terug naar Nederland. De schuld is dan verder opgelopen tot 2.400.000 euro. Volgens de Orde zou het maximumbedrag moeten worden gesteld op 900.000 euro, omdat de toename van de schuld nadat de buitenlandse belastingplicht ex afdeling 7.3 Wet IB 2001 is geëindigd, zou moeten worden meegenomen. In zoverre is deze remigrant immers een ‘echte’ immigrant als bedoeld in lid 1 van deze bepaling. In de consultatieversie van het wetsvoorstel was daarentegen opgenomen dat de aangroei van de schuld in de laatste vijf jaar, na beëindiging van de buitenlandse belastingplicht, níet bij het maximumbedrag mocht worden geteld. Voorgaande zal nader moeten worden uitgewerkt in een AMvB. De Orde verzoekt de concept-AMvB spoedig aan de Tweede Kamer ter beschikking te stellen zodat die deel kan uitmaken van de beraadslaging in het parlement.

Meer in zijn algemeenheid heeft de Orde in de memorie van toelichting met betrekking tot het voorgestelde artikel 4.14c lid 2 concrete voorbeelden gemist en verzoekt om deze maatregelen nader toe te lichten met enkele concrete voorbeelden, zoals ook is gebeurd bij de toelichting op de doorwerking van de voorgestelde maatregel naar de regeling van de conserverende aanslag van artikel 25c IW 1990.

#### Artikel 4.14d Wet IB 2001

De Orde merkt op dat in de wettekst het woord “zijn” ontbreekt aan het slot van de volzin. Voorts verzoekt de Orde een duidelijkere formulering te kiezen voor de tekst “vermeerdering” met het “negatieve bedrag”. Feitelijk is dit namelijk een vermindering, zo blijkt uit het in de memorie van toelichting gegeven voorbeeld.

#### 5.3. *Artikel I, onderdeel C (artikel 4.43 lid 3 Wet IB 2001)*

Het begrip ‘genoten bij het einde van het kalenderjaar’ roept de vraag op welke datum en tijd hiermee wordt bedoeld. Is hiermee bijvoorbeeld bedoeld 31 december 23:59:59? Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, kan de staatssecretaris dan bevestigen dat in onderstaand voorbeeld de regeling niet van toepassing is?

Voorbeeld:

Belastingplichtige X bezit alle aandelen in bv A. X emigreert per 30 december 2023 uit Nederland. Per diezelfde datum wordt de werkelijke leiding van bv A naar het buitenland verplaatst. Op 1 januari 2023 had X geen schulden aan bv A. Op 29 december 2023 leent X een bedrag van 1.250.000 euro van bv A. Hoe werkt de fictieve regulier-voordeelsregeling uit in deze situatie? Of wordt nu de conserverende aanslag die bij de emigratie is opgelegd, ingevorderd ter zake van het surplus van de lening boven het maximumbedrag (van 500.000 euro) ad 750.000 euro, ook nu niet na de emigratie maar vóór de emigratie excessief is geleend van de vennootschap?

Op pagina 31 van de memorie van toelichting is een voorbeeld geschetst van een overlijdenssituatie. In dit voorbeeld is sprake van een eenvoudige situatie van een enig erfgenaam die zowel de ab-aandelen als de schuld overneemt (krachtens erfrecht). Alsdan kan per ultimo van het overlijdensjaar bij de (enig) erfgenaam artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 worden toegepast op het eventuele surplus van de schuld (boven 500.000 euro). De Orde vraagt zich echter af of dit ook steeds goed loopt in situaties van meerdere erfgenamen van wie er één de ab-aandelen overneemt (krachtens erfrecht) en een ander de bovenmatige schuld en verzoekt de staatssecretaris een dergelijke casus nader uit te werken.

#### 5.4. *Artikel I, onderdeel D (artikelen 10a.21 en 10a.22 Wet IB 2001)*

#### Artikel 10a.21 Wet IB 2001

Naar de mening van de Orde wordt de nieuwe voorwaarde van een hypotheekrecht voor eigenwoningsschulden terecht niet gesteld voor oude tot 2022 bestaande eigenwoningsschulden. De Orde verwijst verder naar haar commentaar bij het voorgestelde artikel 4.14a lid 6 hiervóór.

5.5. *Artikel II (artikel 25c Invorderingswet 1990)*

Artikel 25c

De Orde meent dat het maximumbedrag van het voorgestelde artikel 4.14a lid 2 (gebruteerd) moet worden verhoogd met het bedrag van het fictieve reguliere voordeel, waarmee de conserverende aanslag wordt ingevorderd. Vindt heffing plaats op grond van het voorgestelde (artikel 7.5 lid 1 jo.) artikel 4.13 lid 1 onderdeel f, dan wordt het maximumbedrag ook met deze heffing verhoogd, zo blijkt uit het voorgestelde (artikel 7.5 lid 1 jo.) artikel 4.14b lid 1. De Orde meent dat dit ook zou moeten gelden als de conserverende aanslag ter grootte van het fictieve reguliere voordeel wordt ingevorderd en verzoekt het wetsvoorstel hierop aan te passen.

In voorbeeld 11 op pagina 32-33 van de memorie van toelichting vraagt de Orde zich af of de jaartallen wel kloppen. Er is in dat voorbeeld sprake van een ab-houder die per ultimo 2023 700.000 euro heeft geleend van zijn bv en medio 2023, dus een half jaar *eerder*, emigreert naar België. Volgens de Orde is verzuimd op deze plaats 2023 aan te passen aan de latere inwerkingtreding van dit wetsvoorstel en moet “*medio 2023*” zijn “*medio 2024*”. Verderop in dit voorbeeld vermoedt de Orde dat “*2024*” moet zijn “*2025*”. De Orde verzoekt de staatssecretaris dit te bevestigen en het voorbeeld op dit punt te verbeteren. In het hiernavolgende gaat de Orde van deze aangepaste jaartallen uit.

Voorts vraagt de Orde te bevestigen dat het maximumbedrag in dit voorbeeld 11, dat per ultimo 2023 is verhoogd naar 700.000 euro (vanwege de heffing over het fictieve reguliere voordeel van 200.000 euro), niet wordt verlaagd met het negatieve fictieve reguliere voordeel van 200.000 euro dat bij de emigratie op grond van artikel 4.14d Wet IB 2001 in aanmerking wordt genomen. Uit het vervolg van dit voorbeeld en ook uit voorbeeld 12 op pagina 33-34 van de memorie van toelichting blijkt dat dit niet het geval is, maar de Orde vraagt graag expliciete bevestiging hiervan.

De Orde begrijpt het systeem bij emigratie zo dat de verlaging van het maximumbedrag met het negatieve fictieve reguliere voordeel ex artikel 4.14d Wet IB 2001 niet plaatsvindt, omdat anders per ultimo van het emigratiejaar de conserverende aanslag partieel zou moeten worden ingevorderd, aangezien dan (weer) 200.000 euro (€ 700.000 -/- € 500.000) te veel is geleend van de BV. Effect van het thans voorgestelde systeem is dat alleen een toename van de schuld na de emigratie uit Nederland, in genoemd voorbeeld 11 met 50.000 euro in 2025, leidt tot partiële invordering van de conserverende aanslag. De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen of zij dit goed ziet.

Overigens meent de Orde dat het maximumbedrag dan wel moet worden verhoogd met deze 50.000 euro die in 2025 heeft geleid tot partiële invordering van de conserverende aanslag, want anders zou de belastingplichtige, bij ongewijzigde feiten, het jaar erna opnieuw worden geconfronteerd met partiële invordering van de conserverende aanslag ter zake van ditzelfde

bedrag, nu hij op dat moment nog steeds 50.000 euro te veel heeft geleend; de lening bedraagt dan immers (nog steeds) 750.000 euro en het maximumbedrag 700.000 euro. Het komt de Orde derhalve logisch voor dat het maximumbedrag voor het jaar erna met deze 50.000 euro wordt verhoogd tot 750.000 euro. Naar de mening van de Orde voorziet de voorgestelde wettekst hier thans niet in en verzoekt de wet hierop aan te passen.

In voorbeeld 12 op pagina 33-34 van de memorie van toelichting mist de Orde in de uitwerking de samenloop met het belastingverdrag. In dit voorbeeld keert de ab-houder na zijn emigratie uit Nederland 300.000 euro dividend uit en lost daarmee zijn excessieve schuld af. Omdat ter zake van de emigratie eerder artikel 4.14d Wet IB 2001 is toegepast voor een bedrag van 200.000 euro, wordt de conserverende aanslag enkel ingevorderd voor het bedrag van de dividenduitkering dat deze 200.000 euro overtreft, ergo met  $26,9\% \times € 100.000 = € 26.900$ . De Orde vraagt wat in dit geval na de aflossing het maximumbedrag is, € 500.000 of € 700.000?

De Orde schetst de volgende casus. Stel een belastingplichtige had bij zijn emigratie uit Nederland niet excessief geleend van zijn bv. Na zijn emigratie leent hij wel te veel van zijn bv. De Orde begrijpt dat de bij emigratie opgelegde conserverende aanslag dan in zoverre wordt ingevorderd. Wat nu als deze belastingplichtige daarna het excessieve deel van de lening aflost? Op welke wijze wordt nu rekening gehouden met de aflossing? In binnenlandse verhoudingen leidt de aflossing tot een negatief fictief regulier voordeel, dat in feite het eerder belaste positieve fictief regulier voordeel neutraliseert. Hoe geschiedt dit in emigratiesituaties? Krijgt de belastingschuldige het eerder ingevorderde deel van de conserverende aanslag weer terug (onder weer verhoging van de conserverende aanslag)? De Orde verzoekt de staatssecretaris hierop nader in te gaan en hierbij aandacht te besteden aan EU-rechtelijke aspecten (mede gelet op het feit dat hier sprake is van antimisbruikwetgeving).

Daarnaast verzoekt de Orde de Staatssecretaris een nadere toelichting te geven hoe deze maatregel uitpakt indien een OESO-conform belastingverdrag van toepassing is. De regeling beoogt onder meer een geëmigreerde belastingplichtige het voordeel van een negatief fiscaal regulier voordeel (art. 4.14a lid 1 onderdeel b Wet IB) toe te kennen, maar de Orde vraagt onder verwijzing van HR 12 maart 1980 (BNB 1980/170) zich af of dit heffingsrecht ook aan Nederland toekomt.

Verder vraagt de Orde hoe een en ander uitpakt in overgangssituaties. Stel een belastingplichtige is vóór 2023 geëmigreerd uit Nederland en had op 1 januari 2023 een schuld aan zijn bv van 700.000 euro. De bv is – eventueel fictief op grond van de vestigingsplaatsfictie van artikel 7.5 lid 6 Wet IB 2001 – in Nederland gevestigd gebleven. Vervolgens wordt op 1 januari 2023 de thans voorgestelde wetgeving van kracht. Stel dat per ultimo 2023 de schuld is opgelopen tot 750.000 euro. Ter zake van welk bedrag vindt dan in 2023 invordering plaats, over het totale bedrag boven het maximum van 250.000 euro (750.000 -/ - 500.000 euro) of

enkel over de aangroei van de schuld in 2023 (50.000 euro)? De Orde vermoedt over 250.000 euro maar vraagt hiervan graag bevestiging.

Tot slot vraagt de Orde wat de gevolgen zijn voor de belastingschuldigen die voor 15 september 2015, 15.15 uur zijn geëmigreerd. In artikel 70ea IW 1990 wordt slechts verwezen naar de artikelen 25 lid 8 en artikel 26 lid 2 IW 1990, zoals die golden op 14 september 2015, en niet naar het voorgestelde artikel 25c IW 1990. In de consultatieversie van dit wetsvoorstel was de regeling van het fictieve reguliere voordeel voor conserverende aanslagen van ab-aandelen niet van toepassing op belastingschuldigen die voor 15 september 2015 15.15 uur zijn geëmigreerd, omdat de regeling was opgenomen in artikel 25 lid 8 IW 1990. De memorie van toelichting bij het huidige wetsvoorstel geeft in paragraaf 7 aan dat *“het uitstel van betaling ook ingetrokken voor zover bovenmatige schulden ontstaan of toenemen na emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder”*. De wettekst en Memorie van Toelichting stroken niet met elkaar. De Orde verzoekt te bevestigen dat met het voorgestelde artikel 25c IW 1990 geen wijziging is beoogd voor belastingschuldigen die onder het overgangsrecht van artikel 70ea IW 1990 vallen ten opzichte van de consultatieversie van dit wetsvoorstel. De Orde verzoekt de wet hierop aan te passen. Overigens verzoekt de Orde in het verlengde hiervan om artikel 25c IW 1990 eveneens op te nemen in onder meer artikel 26 leden 4 en 5 IW 1990 en artikel 28 lid 3 IW 1990.

Meer in het algemeen verzoekt de Orde het systeem bij emigratie nog eens goed te overdenken, want het komt de Orde voor dat dit nagenoeg onuitvoerbaar wordt voor belastingplichtigen vanwege de samenlopen die kunnen plaatsvinden met ‘echte’ dividenduitkeringen en vervreemdingen.

## **5. Additionele belastingheffing (zoals overdrachtsbelasting)**

De Orde meent dat belastingplichtigen de mogelijkheid moet worden geboden om zich zonder additionele belastingheffing te schikken naar de nieuwe wet- en regelgeving. De Orde denkt hierbij onder meer aan vastgoedbeleggers in box 3 die hun vastgoedportefeuille, een bron van inkomen, hebben gefinancierd met leningen van ‘hun’ eigen bv. Zouden zij hun vastgoedportefeuille als aflossing van de schuld overdragen aan hun bv, dan kost dit additioneel 2 of 6 procent overdrachtsbelasting. De Orde beveelt daarom aan om gedurende een zekere periode na 1 januari 2023 – bijvoorbeeld zes maanden (vergelijk artikel 19 Wet op belasting van rechtsverkeer) – de mogelijkheid te bieden de onroerende zaken zonder heffing van overdrachtsbelasting over te dragen aan de eigen bv. De ab-houder kan dan zijn schuld aan de vennootschap aflossen door een onroerende zaak vanuit privé aan zijn vennootschap over te dragen zonder additionele overdrachtsbelasting. De op pagina 18 memorie van toelichting gebezigde argumenten om geen tijdelijke faciliteit op dit vlak in het leven te roepen, overtuigen de Orde geenszins. De wetgever miskent hiermee dat in het verleden op basis van fiscale

wetgeving keuzes zijn gemaakt die voor de lange termijn gevolgen hebben. Waar diezelfde wetgever het fiscale speelveld drastisch wijzigt, zadelt hij belastingplichtigen met serieuze problemen op. Het is algemeen bekend dat in tijden van crisis er niet of nauwelijks mogelijkheden zijn om onroerend goed extern te herfinancieren. Evenzeer is voor vele onroerende zaken, denk bijvoorbeeld aan winkels en kantoorruimten, de markt voor verkoop buitengewoon slecht. Van enig handelingsperspectief waarover de wetgever repte in de consultatieversie van dit wetsvoorstel, is de facto dan ook geen sprake. De heffing van overdrachtsbelasting zal dan een strafheffing worden ervaren.

Iets soortgelijks geldt voor een onroerende zaak die deel uitmaakt van de tbs-regeling en die is gefinancierd door middel van een lening van de eigen bv. Overdracht van de onroerende zaak ter aflossing van de schuld leidt dan, naast de reeds genoemde overdrachtsbelasting, ook tot heffing over de meerwaarde van de onroerende zaak in box 1. De Orde verzoekt ook hiervoor een, eventueel tijdelijke, vrijstelling te verlenen. De Orde roept hierbij in herinnering dat in het jaar 2010 gedurende één jaar voor situaties als deze zowel een vrijstelling in box 1 in de IB als in de overdrachtsbelasting heeft gegolden en beveelt aan deze maatregelen met ingang van 2022 te herintroduceren, eventueel voor een beperkte periode.

## **6. Slot**

De Orde is graag bereid bovenstaand commentaar nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Hoogachtend,  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen