

Uitholling van het eigendomsrecht door ficties excessief lenen

WFR 2024/263

In dit artikel beoordelen de auteurs of de Wet excessief lenen in strijd is met het eigendomsrecht. Zij menen dat de wet niet voldoet aan het lawfulnessvereiste en de fair balance-toets niet doorstaat. Ook zien zij een schending van het discriminatieverbod. Deze schendingen worden met name veroorzaakt doordat de fictie de werkelijkheid niet benadert, niet aansluit bij het draagkrachtbeginsel en doordat een tegenbewijsregeling en overgangsrecht ontbreken.

1. Inleiding

Is fictieve belastingheffing in strijd met het eigendomsrecht? Die vraag speelt regelmatig in de fiscaliteit. De box 3-arresten en bijbehorende discussies zijn niemand ontgaan. De wetgever maakt veelvuldig gebruik van juridische ficties om belastingheffing te vereenvoudigen. Deze ficties lijken op gespannen voet te staan met fundamentele rechten, zoals het eigendomsrecht. Nu hebben we mogelijk de volgende ongeoorloofde inbreuk op het eigendomsrecht te pakken: de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap (hierna: Wet excessief lenen).² De Wet excessief lenen is ingevoerd per 1 januari 2023, met als eerste toetsmoment 31 december 2023. Op die datum worden schuldverhoudingen van aandeelhouders met hun bv's voor zover deze meer dan de drempel bedragen, belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. Dit is een fictieve heffing die niet aansluit bij het draagkrachtbeginsel. Problematisch is dat een tegenbewijsregeling ontbreekt en niet in overgangsrecht is voorzien.

In dit artikel lichten wij toe waarom de Wet excessief lenen volgens ons in strijd is met het eigendomsrecht van art. 1 Europees Protocol bij het EVRM (hierna: art. 1 EP EVRM). Dit zullen we doen door eerst de inhoud en totstandkoming van de wet te schetsen (par. 2.1-2.3) en deze vervolgens te toetsen aan het toetsingsschema horend bij art. 1 EP EVRM (par. 4.2). Daarbij lichten we ook toe dat de fictieve heffing in strijd is met het discriminatieverbod. We sluiten af met enkele aanbevelingen over hoe om te gaan met een aanslag die is opgelegd op basis van de Wet excessief lenen (par. 5).

2. Overzicht Wet excessief lenen

Na vele jaren bakkeleien is per 1 januari 2023 de Wet excessief lenen ingevoerd. Vanaf dit jaar zullen er in de praktijk discussies opkomen over deze heffing omdat de aangiftes over 2023 worden ingediend. Een groot deel van de directeur-grotaandeelhouders (hierna: dga's) zal zijn schuldverhouding hebben aangepast anticiperend op de invoering van de wet. Dit zal niet voor alle dga's mogelijk zijn geweest. Naar verwachting zijn er dus dga's die nog met een (rest)schuld zitten omdat het niet mogelijk was de schuld af te lossen en zo terug te brengen naar een wettelijk toegestaan niveau.

2.1 Doel wetgeving

De invoering van deze wet is niet zonder slag of stoot gegaan. Het (oorspronkelijke) doel van deze wetgeving is het tegengaan van belastingontwijking door i) het langdurig uitstellen; en ii) het definitief afstellen van belastingheffing in excessieve gevallen. Uitstel van belastingheffing is voor een aanmerkelijkbelanghouder immers mogelijk door geld te lenen van zijn vennootschap in plaats van het als loon uit te betalen of als dividend uit te keren. Met deze wetgeving wil de wetgever excessief lenen van de eigen vennootschap ontmoedigen en daarmee uit- of afstel van belastingheffing door aandeelhouders voorkomen. De wetgever hoopt zo de relatief zware bewijslast voor de inspecteur te verminderen en daarmee discussies over de kwalificatie van leningen te voorkomen c.q. te verminderen.³

2.2 Inhoud wetgeving

Op grond van art. 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 wordt vanaf 2023 een lening van een bv aan de aandeelhouder belast in box 2 als fictief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang voor zover de totale schuld meer bedraagt dan de drempel. De drempel bedroeg in 2023 nog € 700.000 (art. 4.14a lid 1 jo. lid 2 Wet IB 2001). Vanaf 2024 bedraagt de drempel € 500.000 op basis van een amendement. Reden voor de verlaging van de drempel was de dekking van het niet afschaffen van de giftenaftrek in de vennootschapsbelasting.⁴ Een puur financiële overweging dus. Interessant detail overigens is dat in het Belastingplan 2025 gepresenteerd op Prinsjesdag dit jaar is voorgesteld de giftenaftrek in de Vpb alsnog af te schaffen, terwijl de instandhouding daarvan als reden is gegeven om de drempel te verlagen. Een verhoging van de drempel blijft achterwege, zonder enige toelichting.

¹ Angelique Perdaems en Milou Hintzen zijn beiden advocaat bij Hertoghs advocaten.

² Zie in dit kader ook het recente artikel 'Nu ook twijfel over houdbaarheid belasting op lening van eigen bv', *Het Financieele Dagblad* 6 september 2024.

³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35026, nr. 6, p. 5.

⁴ *Kamerstukken II* 2023/24, 36418, nr. 60 (Amendement Grinwis).

Over de hoogte van de drempel van € 500.000 zijn terecht veel vragen gesteld in het wetgevingsproces. De verklaring voor de drempel van € 500.000 is dat dan naar verwachting maximaal 3% van alle aanmerkelijkbelanghuishoudens te maken krijgen met de maatregel. Volgens het kabinet wordt met dit bedrag een goede balans gevonden, omdat relatief weinig ab-huishoudens onder de maatregel zullen vallen, terwijl tegelijkertijd een relatief groot bedrag aan geleend geld (in 2016 ca. € 17 miljard) door de maatregel wordt geraakt. Daarbij wordt erkend dat iedere grens in zekere mate arbitrair is.⁵ Dat de grens arbitrair is en als speelbal van de politiek wordt gebruikt, blijkt uit een eerder voorstel dit jaar om het drempelbedrag verder te verlagen naar € 17.500.⁶ Er is hier verder geen opvolging aan gegeven, noch is in het Belastingplan 2025 iets terug te vinden over een mogelijke verdere verlaging van de drempel. We gaan er dan ook van uit dat de aanbeveling niet wordt overgenomen.

Voor de leesbaarheid van dit artikel gaan we uit van een drempel van € 500.000. Het jaarlijkse toetsingsmoment is 31 december. De schuld (voor zover boven de drempel) wordt geacht te zijn genoten op 31 december als inkomen en wordt meegenomen in de heffing voor box 2. De drempel wordt daarna verhoogd met het bedrag dat in de heffing is betrokken (art. 4.14a lid 2 Wet IB 2001). De bedoeling daarvan is dubbele belastingheffing te voorkomen. De regeling voor schulden van verbonden personen en partners is vastgelegd in art. 4.14b en art. 4.14a lid 3 Wet IB 2001. Ook worden schulden van de dga bij elkaar opgeteld en worden indirecte leningen meegenomen zodat 'opknippen' van de schulden om onder de drempel te blijven niet mogelijk is. Schulden voor de financiering van de eigen woning van vóór 1 januari 2023 zijn uitgezonderd van de regeling (art. 4.14a lid 6 Wet IB 2001).⁷

Indien de schuld wordt afgelost nadat belastingheffing heeft plaatsgevonden, leidt dat tot negatief inkomen in box 2 (art. 4.14a lid 2 sub 2 Wet IB 2001). Dit kan worden verrekend met positief inkomen in box 2 of dit leidt tot een verlies in box 2. Het box 2-verlies kan vervolgens worden verrekend met box 2-inkomen van het voorgaande jaar of met de zes opvolgende jaren (art. 4.49 Wet IB 2001).

Altijd veilig onder de drempel? Nee!

Het is niet zo dat aandeelhouders die een schuld hebben onder de drempel zonder problemen kunnen 'bijlenen' tot € 500.000. Ook bij schulden onder de drempel van

€ 500.000 is het oppassen geblazen. De drempel is ingevoerd om discussies te voorkomen bij schulden boven dit bedrag, waardoor deze schulden in ieder geval als voordeel uit aanmerkelijk belang worden gezien. Dat staat los van de bevoegdheid van de inspecteur om óók bij lagere schulden te stellen dat sprake is van een uitdeling. Voor schulden onder de drempel blijft de huidige jurisprudentie gelden over de kwalificatie van een lening als dividend.⁸

2.3 Gebrekkige wetgeving

Het voorstel heeft vanaf het begin de nodige kritiek gekregen. In de literatuur wordt deze wet ook wel 'excessief wetgevingsgeweld' genoemd.⁹ Ook is gevraagd om onderscheid te maken tussen zakelijke en onzakelijke leningen, om overgangsrecht in te voeren voor bestaande regelingen en om als gevolg van de fictieve heffing de verkrijgingsprijs te verhogen. De wetgever heeft deze voorstellen niet ingevoerd en een rigoreus systeem ingevoerd zonder tegenbewijsregeling.

In de volgende paragraaf bespreken wij de problemen die wij zien bij deze fictieve heffing.

3. Probleemsituaties fictieve heffing

3.1 Gebruik ficties door wetgever

De Wet excessief lenen creëert belastingheffing op basis van een fictie. Beter gezegd, een stapeling van ficties.¹⁰ Bij fictie wordt bepaald welk bedrag als uitdeling wordt aangemerkt. Daarmee wordt het voor de inspecteur makkelijker om belasting te heffen over bijvoorbeeld onzakelijke leningen, maar ook zakelijke leningen worden hiermee getroffen. Al voor invoering van deze wet kon de inspecteur onzakelijke leningen belasten in box 2. De bewijslast dat sprake was van een uitdeling rustte op de inspecteur en het toetsingskader dat de Hoge Raad in het arrest van 13 januari 2023 gaf, is het uitgangspunt.¹¹ Met de fictie van excessief lenen wordt het voor de inspecteur eenvoudiger gemaakt om belasting te heffen. Echter worden daardoor situaties getroffen waarin geen sprake is van een uitdeling.

In fiscale wetgeving worden regelmatig ficties gebruikt. De wetgever gebruikt ficties als wetgevingstechniek vanwege doelmatigheid, omdat het in veel gevallen leidt tot minder regelgeving. Soms worden ficties gebruikt om on-eigenlijk gebruik tegen te gaan of onnodige discussies te voorkomen.¹² Het gebruik van ficties is dus in het alge-

5 *Kamerstukken I* 2022/23, 35496, nr. C (Memorie van Antwoord), p. 5-6.

6 Rapport 'Bouwstenen in maatschappelijk respectief: Bouwstenen voor een beter en eenvoudiger belastingstelsel', aangeboden door de Staatssecretaris van Financiën op 12 februari 2024.

7 Voor eigenwoningsschulden na 1 januari 2023 is vereist dat het een box 1-schuld is en er een recht van hypotheek op de eigen woning is verstrekt aan de vennootschap.

8 HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26.

9 J. Van Strien, 'De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap; excessief wetgevingsgeweld', *Ars Aequi* oktober 2023.

10 H.J.M. Scholman, 'Is de wet excessief lenen bij eigen vennootschap wel art. 1 EP EVRM-proof?', opinie in *Taxlive*.

11 HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26.

12 Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Ficties en forfaits in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 8-9.

meen toegestaan. Er dient echter per concrete situatie te worden bekeken of de desbetreffende fictie aanvaardbaar is. Voor aanvaardbaarheid is vereist dat de fictie: i) doelmatig; en ii) proportioneel is; en iii) brede werking heeft.¹³ Volgens de Commissie ficties en forfaits is een regeling ingesteld tegen onbedoeld gebruik alleen acceptabel als de belastingplichtige een reële mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren.¹⁴ Bovendien moeten ficties zodanig worden vormgegeven dat deze de werkelijkheid benaderen.¹⁵

3.2 Knelpunten fictieve heffing Excessief lenen

Als gevolg van het invoeren van de fictieve heffing zien wij de volgende knelpunten ontstaan.

a. De schuldverhouding wijzigt civielrechtelijk niet

De Wet Excessief lenen zorgt voor belastingheffing in box 2 over een deel van de schuld. Civielrechtelijk verandert er niets aan de schuldverhouding tussen de aandeelhouder en de bv. De schuld blijft onveranderd in box 3 staan. Daarnaast blijft de vordering bij de bv op de balans staan en wordt de ontvangen rente bij de bv belast met vennootschapsbelasting. De civielrechtelijke werkelijkheid wordt dus enerzijds nog gevolgd bij de reguliere heffing, maar wordt anderzijds niet gevolgd bij de fictieve heffing.

b. Het genoten inkomen is fictief

Het genietingsmoment van het inkomen uit aanmerkelijk belang is fictief. Bij fictie wordt bepaald dat een lening die mogelijk al vele jaren geleden is verstrekt wordt geacht als inkomen te zijn genoten op 31 december van het desbetreffende jaar, enkel omdat de schuldverhouding boven het drempelbedrag uitkomt. De koppeling met een werkelijk genietingsmoment is volledig losgelaten. Ook de hoogte van het inkomen wordt fictief bepaald door leningen boven het drempelbedrag als inkomen aan te merken. Met deze fictie wordt de werkelijkheid niet benaderd doordat bij het bepalen van de drempel enkel is gekeken naar de gemiddelde schuldenlast van dga's en het aandeel daarvan op het totaal. Er is tijdens het wetgevingsproces niet beoordeeld of de drempel op enige manier aansluit bij de werkelijkheid. Sterker nog de drempel is arbitrair en lijkt eenvoudig te kunnen worden aangepast (zie het amendement-Grinwis).

c. Het draagkrachtbeginsel wordt miskend

Doordat een fictief heffingsmoment is bepaald, sluit de heffing niet aan bij het draagkrachtbeginsel. Er wordt immers op dat moment door de aandeelhouder niets ontvangen waardoor er geen inkomen wordt genoten en de

draagkracht niet wordt vergroot. Bovendien verhoogt het aangaan van een schuld niet iemands draagkracht. Er staat namelijk een terugbetalingsverplichting tegenover.

d. Bij aflossing negatief voordeel box 2 slechts beperkte verliesverrekening

Als de aandeelhouder de schuld in een later jaar – na de fictieve belastingheffing – aflost, ontstaat een negatief voordeel in box 2. Op basis van art. 4.49 Wet IB 2001 kan dit verlies in box 2 slechts één jaar terug worden verrekenend en zes jaar vooruit. Dit betekent dat als er belastingheffing plaatsvindt in 2023 vanwege overschrijding van de drempel en de schuld twee jaar later wordt afgelost, dit enkel nog kan worden verrekend met inkomen uit toekomstige jaren. Dit kan dan niet meer worden verrekend met de heffing die in 2023 heeft plaatsgevonden en daarmee is die heffing 'buiten bereik' voor verliesverrekening. In veel gevallen zal de verliesverrekening daarom ontoereikend zijn om te kunnen verrekenen met de heffing op grond van de Wet excessief lenen. Wij zijn van mening dat de wetgever de termijn voor verliesverrekening had moeten verlengen tot het jaar waarin de fictieve heffing heeft plaatsgevonden en art. 4.49 Wet IB 2001 had moeten aanpassen bij invoering van deze wet.

e. De latente ab-claim neemt niet af terwijl er wel belasting is betaald

De heffing in de wet wordt gebaseerd op de fictie alsof dividend uitgekeerd is. Echter, bij een daadwerkelijke dividenduitkering ten laste van het eigen vermogen neemt de ab-claim af omdat de waarde van het eigen vermogen afneemt. Doordat de vordering hier civielrechtelijk blijft bestaan en op de balans blijft staan, neemt het eigen vermogen niet af. Zodoende wordt de ab-claim niet minder, terwijl er wel box 2-heffing is betaald.¹⁶

f. Buitenlandsituaties

Daarnaast zijn in de literatuur problemen gesignaleerd in buitenlandsituaties. Een interessante vraag in dat kader is of de belastingheffing op basis van excessief lenen bij een aandeelhouder die inmiddels in het buitenland woont in strijd is met de goede verdragstrouw. Wij zien goede argumenten dat dit mogelijk strijd oplevert met de goede verdragstrouw en daardoor de heffing niet geëffectueerd kan worden.¹⁷ Omdat dit de scope van dit artikel te buiten gaat, gaan wij hier verder niet op in.

g. Risico afwachter inspecteur

Wij zien een risico dat inspecteurs voor bestaande schulden met de heffing simpelweg 'afwachten' tot 2023. Voor de jaren tot 2023 moet de inspecteur immers de discussie

¹³ Ficties en forfaits in het belastingrecht, p. 14-15.

¹⁴ Ficties en forfaits in het belastingrecht, p. 226.

¹⁵ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963; HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1129 en HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816.

¹⁶ Zie hierover ook H.J.M. Scholman, 'De systeemfout in de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap', column in *TaxLive*.

¹⁷ Zie hierover ook M.C.P. Foesenek, 'De dga-tax in grensoverschrijdend perspectief', *WFR* 2020/14 en J.P. Boer & E.J.W. Heithuis, 'De internationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap', *WFR* 2020/175.

aangaan of de schuld al dan niet kwalificeert als uitdeling. Vanaf 2023 kwalificeert het meerdere boven de drempel in ieder geval als uitdeling. Dit maakt het heffen van belasting een stuk eenvoudiger voor de inspecteur. Wat ons betreft mag de inspecteur hier echter geen afwachtende houding in aannemen.¹⁸ De Hoge Raad heeft namelijk vorig jaar duidelijk gemaakt dat moet worden gekeken naar het moment van het aangaan van de geldverstrekking.¹⁹ Uit dit arrest volgt dus dat inspecteurs alerter moeten zijn bij de initiële geldverstrekking en ook bij daarna gewijzigde omstandigheden in de vermogenspositie van de aandeelhouder.

h. Materieel terugwerkende kracht

Er is geen overgangsrecht opgenomen in de Wet excessief lenen. Zodoende is de wet op 1 januari 2023 gaan gelden voor alle schulden van aandeelhouders, ook voor schulden die al vele jaren bestonden op dat moment. Dit houdt in dat de wet daarmee materieel terugwerkende kracht heeft. Situaties die voorheen mogelijk werden geaccepteerd, worden nu ineens belast door de fictie.

i. Geen tegenbewijsregeling

De wetgever heeft er bewust voor gekozen geen tegenbewijsregeling op te nemen. Hij acht het onderscheid tussen verschillende typen leningen niet relevant én dusdanig complicerend in de uitvoering voor de Belastingdienst dat het problematisch is dit onderscheid in leningen te handhaven en controleren. Met het oog daarop is ervoor gekozen geen tegenbewijsmogelijkheid op te nemen voor specifieke typen leningen, zoals zakelijke of gedekte leningen.²⁰ Dit betekent dat elke schuld boven de drempel wordt gezien als excessief en consumptief en daarom fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als een belastbare uitdeling. Ook leningen aan aandeelhouders zonder zeggenschap én leningen met volstrekt zakelijke voorwaarden.²¹ Wij begrijpen deze redenering van de wetgever niet. Immers, wat is het probleem als een aandeelhouder een zakelijke lening aangaat bij zijn vennootschap? En wat is het verschil dan met het aangaan van een lening bij de bank of de bv?

Een aandeelhouder krijgt door het ontbreken van een tegenbewijsregeling niet de mogelijkheid om aan te tonen dat de desbetreffende lening zakelijk is en zakelijke voorwaarden heeft. Het is de vraag of is bedoeld tegenbewijs volledig uit te sluiten of dat dit alleen geldt voor de beoordeling of de lening zakelijk of onzakelijk is. Kan bijvoorbeeld nog worden aangevoerd dat eerder belastingheffing had moeten plaatsvinden en dat de vordering bij de bv

eerder al niet meer bestond zodat heffing op de peildatum niet mogelijk is? Of kan nog worden betoogd dat de heffing in het individuele geval in strijd is met het evenredigheidsbeginsel omdat de heffing onevenredig is in relatie tot het beoogde doel? Het lijkt erop dat de wetgever heeft bedoeld geen enkel tegenbewijs mogelijk te maken, maar een harde fictie in te voeren.

Wij toetsen aan de hand van deze knelpunten aan het eigendomsrecht van het EVRM.

4. Strijd met artikel 1 EP EVRM

Iedereen heeft recht op ongestoord genot van zijn eigendom. Dat recht is vastgelegd in art. 1 EP EVRM. Het eigendomsrecht is een fundamenteel onderdeel van de bescherming van mensenrechten in Europa. Het recht op eigendom staat nogal in de 'fiscale spotlight' de laatste tijd. Dit komt met name door het Kerstarrest van de Hoge Raad over de box 3-heffing en alle gevolgen die dat heeft teweeggebracht.²² De Hoge Raad oordeelde dat het forfaitaire stelsel op stelselniveau in strijd is met het recht op eigendom in combinatie met het verbod op discriminatie. Na dit arrest van de Hoge Raad liggen ficties en forfaits onder vuur. Dit arrest betekent echter niet dat alle ficties op regelniveau in strijd zijn met het eigendomsrecht en/of het discriminatieverbod. De Hoge Raad liet in het verleden de meeste ficties in stand en ook het EHRM komt niet snel tot een schending van het eigendomsrecht. Overigens toetst het EHRM in beginsel of sprake is van een schending op individueel niveau, maar het kan ook in concrete gevallen een belastingmaatregel op regelniveau toetsen als dat ter discussie wordt gesteld. De Hoge Raad lijkt de toets iets anders te benaderen, maar een schending op regelniveau komt ook neer op een schending op individueel niveau.²³

Hoewel de lat hoog ligt om strijdigheid aan te nemen, wordt regelmatig in de literatuur betoogd dat de Wet excessief lenen in strijd is met art. 1 EP EVRM.²⁴ Ook wij menen dat de heffing in strijd is met het eigendomsrecht (art. 1 EP EVRM) evenals met het discriminatieverbod (art. 14 EVRM).

4.1 Stappenplan artikel 1 EP EVRM

Het toetsingskader is in de jurisprudentie van het EHRM in de loop der jaren uitgewerkt. Als eerste is van belang of sprake is van 'eigendom'. Vervolgens moet worden gekeken of er een inbreuk wordt gemaakt op dit eigendom. Of de overheid inbreuk maakt op eigendom, beoordeelt het

18 Zie hierover ook onze Hertoghs Beschouwt #373, 'Fiscus wacht op de fictie van excessief lenen'.

19 HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26.

20 *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 8-9.

21 Zie hierover ook: A.J.M. Arends, 'Dwingt excessief lenen bij de BV tot excessieve wetgeving?', *WPNR* 2019/7249, p. 568-573.

22 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

23 T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Fiscale Monografieën nr. 161)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 7.4 en 13.4.4.1.

24 H.J.M. Scholman, 'Is de wet excessief lenen bij eigen vennootschap wel art. 1 EP EVRM-proof?', opinie in *Taxlive* en J. Van Strien, 'De Wet excessief lenen bij eigen vennootschap; excessief wetgevingsgeweld', *Ars Aequi* oktober 2023.

EHRM aan de hand van drie regels: i) iedereen heeft recht op ongestoord genot van zijn eigendom; ii) de ontneming van eigendom moet het algemeen belang dienen en zijn onderworpen aan wettelijke voorwaarden; en iii) de overheid heeft het recht om eigendom te reguleren in het algemeen belang.²⁵ Als sprake is van een inbreuk, komt aan de orde of deze inbreuk gerechtvaardigd is. Voor een rechtvaardiging is vereist dat de inbreuk is voorzien bij de wet (*lawful*), die wet een legitieme doelstelling in het algemeen belang nastreeft (*general interest*), en er een redelijk evenwicht is getroffen tussen het algemeen belang en de bescherming van individuele fundamentele rechten (*fair balance*). Als er een inbreuk is gemaakt op het eigendom en niet wordt voldaan aan één van de drie rechtvaardigingsstoetsen dan is het eigendomsrecht geschonden.²⁶

Schematisch kan het toetsingskader als volgt worden weergegeven:

1. Is sprake van eigendom?
2. Wordt inbreuk gemaakt op dit eigendom?
3. Is die inbreuk gerechtvaardigd?
 - a. Is de inbreuk *lawful* (wettelijke basis en effectieve rechtsingang)?
 - b. Heeft de wet een legitieme doelstelling in het algemeen belang?
 - c. Is er sprake van een *fair balance* (evenwicht tussen inbreuk en te realiseren doel en individu)?

Bij de beoordeling is van belang dat de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij regulering van eigendom. Deze ruime beoordelingsvrijheid geldt zowel voor de beoordeling of de inbreuk in het algemeen belang is als bij de beoordeling van de proportionaliteit.²⁷

4.2 Toetsing Wet excessief lenen aan artikel 1 EP EVRM

Dat belastingheffing inbreuk maakt op het eigendomsrecht heeft het EHRM diverse keren bepaald.²⁸ Dit staat niet ter discussie. Vervolgens is het de vraag of deze inbreuk is gerechtvaardigd.

4.2.1 Lawful

De eerste rechtvaardigingsvoorwaarde is dat een inbreuk op het eigendomsrecht een wettelijke basis moet hebben. Het vereiste van *lawfulness* heeft twee aspecten: materieel (wetgevingskwaliteit) en procedureel (rechtswaarborgen, met name toegang tot de rechter).

Het materiële aspect houdt in dat naast het bestaan van een wettelijke basis, de wet ook van voldoende kwaliteit moet zijn om een inbreuk te kunnen rechtvaardigen. Het EHRM heeft hierover geoordeeld dat de wet voldoende toegankelijk en nauwkeurig moet zijn en dat de gevolgen ervan voldoende voorzienbaar zijn.²⁹ Zoals in paragraaf 2 beschreven, is er veel af te dingen op de inhoud van de Wet excessief lenen. De vraag is daarom of de Wet excessief lenen wel van voldoende kwaliteit is, mede door de makkelijk te wijzigen drempel, maar ook vanwege de overkill doordat ook zakelijke situaties worden geraakt en de onduidelijkheid over buitenslandssituaties. Ondanks deze punten, kunnen wij ons voorstellen dat de Wet excessief lenen de toets zou doorstaan voor het materiële aspect van deze eerste rechtvaardigingsgrond met name omdat deze lat erg hoog ligt.

Het procedurele aspect houdt in dat een regeling een redelijke mogelijkheid moet bieden tot effectieve betwisting van rechtmatigheid van die maatregel. Iemand moet beschikken over voldoende procedurele waarborgen om zich tegen een inmenging in het recht op ongestoord genot van eigendom te verzetten.³⁰ In de Wet excessief lenen is door de wetgever bewust geen tegenbewijsregeling opgenomen. Bezwaar maken tegen de aanslag is uiteraard mogelijk, maar het lijkt de bedoeling van de wetgever dat tegenbewijs niet mogelijk is. De inspecteur mag immers heffen op basis van de fictie die in de wet staat. Het is de vraag hoe de rechter ermee omgaat als wordt aangevoerd dat de heffing onevenredig is of dat de vordering niet meer bestaat. Mochten deze standpunten niet kunnen worden ingenomen, dan is onzes inziens geen effectief rechtsmiddel aanwezig. Wij menen dan ook dat als geen tegenbewijs mag worden geleverd de Wet excessief lenen niet aan de eis van 'lawfulness' voldoet.

Wij zien een vergelijking met de Fierensmarge waarvan de Hoge Raad in 2010 oordeelde dat deze niet aan de 'lawfulness'-eis voldeed.³¹ De Fierensmarge verhinderde in bezwaar- en beroepsprocedures een effectieve rechtsbescherming als een aanpassing van de waarde van de onroerende zaak binnen een bepaalde marge bleef. De Hoge Raad oordeelde dat de Fierensmarge niet voldoet aan de primaire eis van *lawfulness*, namelijk het bieden van een effectief rechtsmiddel.³² De Hoge Raad oordeelde dat de uitsluiting van effectief verweer niet kan worden aanvaard op grond van het streven van de wetgever om de werklast voor gemeenten en rechters te verminderen.

In lijn met deze redenering van de Hoge Raad over de Fierensmarge kan worden betoogd dat de Wet excessief le-

²⁵ EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75 (*Sporrong and Lönnroth vs Sweden*).

²⁶ T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Fiscale Monografieën nr. 161)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.1.

²⁷ T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, nr. 19), Deventer: Kluwer 2005, p. 27.

²⁸ EHRM 29 april 2008, nr. 13378/05 (*Burden v. the United Kingdom*) en EHRC 2008/80, m.nt. Gerards, p. 59.

²⁹ EHRM 5 januari 2000, nr. 33202/96 (*Beyeler v. Italy*), par. 109.

³⁰ T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Fiscale Monografieën nr. 161)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 24.

³¹ HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943.

³² Zie hierover ook *Ficties en forfaits in het belastingrecht*, p. 220.

nen geen effectieve rechtsbescherming biedt en daardoor niet voldoet aan het procedurele aspect van de eis van *lawfulness*. Daarmee zou de regeling stranden. De wetgever had dit overigens ook makkelijk kunnen voorkomen door het verzoek van velen in te willigen en een tegenbewijsregeling in te voeren zoals bij box 3 ook in feite het gevolg is na de arresten van de Hoge Raad. Daarmee was heffing nog steeds makkelijker geworden dan onder het oude regime, maar zou de belastingplichtige wel de gelegenheid krijgen zich daartegen te verweren. De uitsluiting van effectief verweer kan niet worden aanvaard, mede omdat volgens de Memorie van Antwoord een beperkt aantal dga's met deze heffing te maken krijgt.

4.2.2 General interest

Een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd indien deze het algemeen belang (*general interest*) dient. De nationale wetgever heeft daarbij een ruime beoordelingsvrijheid. Het EHRM stelt zich terughoudend op bij deze beoordeling en zal in principe het oordeel van de nationale wetgever respecteren. Het komt daarom niet vaak voor dat het EHRM oordeelt dat een maatregel niet het algemeen (nationaal) belang dient.³³

4.2.3 Fair balance

Wat ons betreft zit de crux (of beter gezegd: de pijn) van de Wet excessief lenen in de rechtvaardigingsgrond van *fair balance*. Voor deze toets is van belang of een redelijk evenwicht bestaat tussen de doelstelling van algemeen belang en inbreuk op de individuele belangen van de burger. Een maatregel is niet proportioneel als deze leidt tot een "individual and excessive burden".³⁴ Daarbij moeten alle feiten en omstandigheden worden meegenomen en is de materiële werkelijkheid leidend: "look into the reality of the situation at issue".³⁵

Als een aantasting van eigendom het gevolg is van de toepassing van (dwingende) belastingwetgeving, abstraheert het EHRM van de omstandigheden van het geval en toetst het de regel. De maatstaf blijft echter of de belastingwetgeving een "individual and excessive burden" legt op (al dan niet alle aan die wetgeving onderworpen) belastingplichtigen.³⁶ De Hoge Raad heeft ten aanzien van de fair-balance-toets overwogen dat daarbij ook het in art. 14 EVRM neergelegde discriminatieverbod in beeld komt. Als een stelsel onverenigbaar is met het discriminatieverbod kan niet worden gezegd dat het de 'fair balance' respecteert. De Hoge Raad overweegt dat niet uit het oog

mag worden verloren dat een zekere ruwheid inherent is aan een forfaitaire regeling en vervolgt:

"3.2.3(...) Degenen die in financieel opzicht beter presteren dan het forfait veronderstelt, worden ook fiscaal gunstig behandeld ten opzichte van degenen die in dat opzicht slechter presteren. Een rechtvaardiging voor de daaruit volgende ongelijkheid kan deze eigenschap van forfaitaire regelingen echter alleen opleveren voor zover bij het vaststellen van de forfaitaire grenzen is getracht de werkelijkheid te benaderen. Het gaat immers niet alleen erom of met de regeling een redelijk doel wordt gediend maar ook of er een redelijke verhouding bestaat tussen dat doel en de ongelijkheid die wordt veroorzaakt door de voor verwezenlijking van dat doel in de regeling gekozen vormgeving."³⁷

In het Kerstarrest is de schending van het eigendomsrecht gekoppeld aan de schending van het discriminatieverbod. Uit bovenstaande overweging volgt dat er alleen een rechtvaardiging voor de ongelijkheid kan zijn voor zover met de fictie is getracht de werkelijkheid te benaderen. In onderdeel 3.2 hebben wij toegelicht welke problemen bij deze fictieve heffing ontstaan. De kern is dat verschillende situaties over één kam worden geschoren. Zo heeft de wetgever er bewust voor gekozen om geen onderscheid te maken tussen zakelijke en onzakelijke leningen. In beide gevallen vindt een fictieve heffing plaats waardoor ongelijke gevallen gelijk worden behandeld, wat in strijd is met het discriminatieverbod. Een vergelijking met box 3 dringt zich ook op doordat in dat geval de goed en slecht presterende belegger hetzelfde werden behandeld. In de situatie van excessief lenen wordt degene die een rekening-courantschuld heeft laten oplopen door leningen te verstrekken die eigenlijk uitdelingen waren gelijk behandeld met degene die een lening heeft verstrekt die voldoet aan de zakelijkheidsvereisten. In beide gevallen vindt een fictieve heffing plaats op de peildatum. De peildatum komt niet overeen met het genietingsmoment en de heffing komt niet overeen met een verhoging van de draagkracht van de ab-houder. De heffing staat dan ook ver af van de werkelijkheid. Dat niet is getracht de werkelijkheid te benaderen blijkt ook uit de arbitraire drempel die is gekozen en kennelijk kan worden gewijzigd. Dit betekent dus dat er geen rechtvaardiging bestaat voor de ontstane ongelijkheid. Stel dat de ab-houder de lening volgens het aflosschema aflost en vervolgens de vennootschap een investering doet, dan heeft het vermogen de vennootschap niet verlaten, is de draagkracht van de ab-houder niet vergroot, maar wordt er wel box 2-belasting betaald. Aan het vereiste van een 'fair balance' is dan niet voldaan. Er bestaat geen redelijke verhouding tussen de belangen die de wetgever heeft willen dienen en de ongelijkheid die daardoor wordt veroorzaakt.

33 T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Fiscale Monografieën nr. 161)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.4.4.

34 EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75 (*Sporrong and Lönnroth v Sweden*), par. 73.

35 EHRM 14 mei 2013, nr. 66529/11 (*N.K.M. v Hungary*); EHRC 2013/170 m.nt. Leijten, par. 62.

36 T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Fiscale Monografieën nr. 161)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 7.4.

37 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

Ook naast de schending van het discriminatieverbod kan worden gesteld dat geen redelijk evenwicht bestaat tussen het algemeen doel en de inbreuk op de belangen van belastingplichtigen. De algemene doelstelling van de Wet excessief lenen is het voorkomen van belastingontwijking door het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. De inbreuk op belangen van belastingplichtigen ziet volgens ons met name op de volgende knelpunten:

- i) het heffen van belasting op basis van een fictie die verwijderd is van de realiteit;
- ii) het ontbreken van een tegenbewijsregeling;
- iii) de materieel onbeperkte terugwerkende kracht; en
- iv) het miskennen van het draagkrachtbeginsel.

De regeling is aldus zo ingericht dat deze niet proportioneel is, terwijl er andere mogelijke invullingen waren die tot een meer evenwichtige regelgeving hadden kunnen leiden.

Hierna worden bovengenoemde punten (i)-(iv) toegelicht.

i) Fictie

Er is sprake van meerdere ficties zoals toegelicht in de onderdelen 3.2 onder a, b en e. Bij fictie wordt bepaald dat schulden boven een bepaalde drempel als genoten box 2-inkomen kwalificeren. Met deze fictieve heffing wordt de werkelijkheid niet benaderd. Dit is door de wetgever ook niet geprobeerd.

ii) Tegenbewijsregeling

In onderdeel 3.2 onder i is toegelicht dat een tegenbewijsregeling ontbreekt. Daardoor doet het er in het geheel niet toe wat voor leningsvoorwaarden de aandeelhouder met de bv heeft afgesproken. Dit is niet in lijn met de eis van het EHRM dat moet worden gekeken naar de materiële werkelijkheid en dat alle omstandigheden van het geval erbij moeten worden betrokken. Deze rigoureuze heffing is niet proportioneel: deze staat niet in verhouding tot het te bereiken doel, namelijk het voorkomen van belastinguitstel of -afstel door dga's. De complexiteit van een tegenbewijsmogelijkheid voor de uitvoering door de Belastingdienst is geen deugdelijke reden om die niet op te nemen. Dat geldt temeer nu volgens de Memorie van Antwoord een beperkt aantal dga's met deze heffing te maken krijgen.³⁸

iii) Materieel onbeperkte terugwerkende kracht

Bij deze toets is bovendien relevant dat de wetgeving materieel zorgt voor onbeperkt terugwerkende kracht zie in onderdeel 2.3 onder g en h. Bij nieuwe en strengere regels moet de wetgever zorgvuldig kijken naar de noodzaak van overgangsrecht. In een recente uitspraak heeft het EHRM geconcludeerd dat het eigendomsrecht was geschonden door het niet invoeren van overgangsrecht bij strengere

maatregelen.³⁹ Bij de heffing op grond van excessief lenen is zonder twijfel sprake van strengere regelgeving. Wij menen dan ook dat het niet invoeren van overgangsrecht voor reeds bestaande leningen leidt tot een schending van het eigendomsrecht.⁴⁰

Het invoeren van overgangsrecht waarmee bestaande schulden worden geëerbiedigd, is zelfs geadviseerd door de Afdeling advisering van de Raad van State.⁴¹ Naar aanleiding van het advies van de Afdeling heeft de wetgever in 2020 voor gekozen om de inwerkingtreding van het wetsvoorstel op te schuiven naar 1 januari 2023, zodat aandeelhouders meer tijd hadden om op de wetwijziging te anticiperen. De reden van de wetgever om geen overgangsrecht in te voeren, is omdat aanmerkelijkbelanghouders 'voldoende tijd' hebben gehad de schuldposities terug te brengen tot de drempel (of lager) door bijvoorbeeld dividend uit te keren en daarmee de schuld af te lossen.⁴² Dat dit voor sommige aandeelhouders geen optie was, is daarbij niet meegenomen of niet van belang geacht. Bovendien gaat het overgangsrecht juist om het *eerbiedigen* van bestaande situaties. Daarvan is geen sprake in de reactie van de staatssecretaris. Daarin wordt enkel een oplossing gegeven voor bestaande situaties om niet te worden getroffen door de nieuwe wetgeving, maar van eerbiediging is geen sprake.

iv) Draagkrachtbeginsel

Het draagkrachtbeginsel, nauw verbonden aan het eigendomsrecht, wordt de grondslag voor de inkomstenbelasting genoemd.⁴³ Het draagkrachtbeginsel wordt ook door de Hoge Raad aangehaald in het Kerstarrest als de algemene strekking van de Wet IB 2001.⁴⁴ Volgens dit beginsel wordt de inkomstenbelasting van natuurlijke personen geheven naar rato van ieders financiële draagkracht. De draagkracht voor de inkomstenbelasting wordt ook wel omschreven als toename van koopkracht of toename van beschikkingsmacht om goederen en diensten te verkrijgen. Volgens de wetgever zou de inkomstenbelasting een heffing naar draagkracht moeten zijn.⁴⁵

39 EHRM 19 april 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD003266719, AB 2024/69.

40 Zie ook H.J.M. Scholman, 'De Wet excessief lenen: weer eens tijd voor massaal bezwaar?', *Het Register* 2024/2. Onder verwijzing naar het proefschrift van M.R.T. Pauwels over overgangsrecht komt Scholman tot de conclusie dat overgangsrecht had moeten worden toegevoegd aan de Wet excessief lenen. Door het ontbreken van overgangsrecht is de Wet excessief lenen strijdig met art. 1 EP EVRM, volgens Scholman.

41 Advies van Afdeling advisering Raad van State, 12 maart 2020, no. W06.19.0366/III.

42 *Kamerstukken II* 2019/20, 35496, nr. 4 (Advies Afdeling Advisering Raad van State en Nader Rapport), p. 6 en *Kamerstukken I* 2022/23, 35496, nr. C, p. 12.

43 Voor de Wet IB 2001: *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3.

44 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, r.o. 3.3.3.

45 M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht* IB.0.0.1.

38 *Kamerstukken I* 2022/23, 35496, nr. C, p. 12.

Dit uitgangspunt zien wij echter niet terug in de Wet excessief lenen. De heffing wordt immers niet gebaseerd op een daadwerkelijke toename van koopkracht, zie onderdeel 2.3 onder c. Het geld dat is geleend van de vennootschap, kan de aandeelhouder inderdaad gebruiken om te besteden. Echter, het is niet zo dat zijn koopkracht daarmee toeneemt. Immers zijn schuldpositie neemt ook toe. Daarmee ontstaat ook een potentieel invorderingsprobleem, waarbij een beroep op het evenredigheidsbeginsel voor de hand ligt.

Conclusie fair balance: proportionaliteit

Gelet op het voorgaande is de regeling niet proportioneel en doorstaat deze niet de fair-balance-toets. De gevolgen staan niet in verhouding tot de beoogde doelen. Daarbij is relevant dat minder ingrijpende keuzes mogelijk waren. Tijdens het wetgevingsproces zijn veel alternatieven voorgesteld om de regeling te verbeteren of minder ingrijpend te maken. Hierbij kan worden gedacht aan het verhogen van de verkrijgingsprijs bij heffing over de excessieve lening, het invoeren van een tegenbewijsregeling en het invoeren van een overgangsregel door het respecteren van bestaande situaties.⁴⁶ De wetgever heeft deze echter in de wind geslagen. Gelet op de beschikbare alternatieven zijn wij van mening dat de huidige regeling niet voldoet aan de proportionaliteitseisen en in strijd is met het eigendomsrecht in combinatie met het discriminatieverbod dan wel het eigendomsrecht an sich.

Zodoende concluderen wij dat er niet is voldaan aan de fair-balance-toets op regelniveau en dat daarmee een rechtvaardiging voor de inbreuk op het eigendomsrecht ontbreekt. Daarmee is ook sprake van een schending op individueel niveau.

5. Conclusie

Aan de hand van het toetsingskader van art. 1 EP EVRM hebben wij de Wet excessief lenen beoordeeld. Onze eerste conclusie is dat vanwege het ontbreken van een tegenbewijsregeling niet aan het *lawfulness*-vereiste is voldaan waardoor het eigendomsrecht is geschonden. Daarnaast komt de fictieve heffing onzes inziens niet door de *fair balance*-toets. De fictieve heffing is in strijd met het discriminatieverbod doordat ongelijke gevallen gelijk worden behandeld: zowel zakelijke als onzakelijke leningen delen hetzelfde lot, namelijk de fictieve heffing. Er bestaat geen redelijke verhouding tussen het doel dat met de fictieve heffing wordt gediend en de ongelijkheid die wordt veroorzaakt.

Daarnaast wordt met de fictieve heffing de werkelijkheid niet benaderd, omdat op geen enkele wijze aansluiting bij het genietingsmoment en het draagkrachtbeginsel be-

staat. Daar komt bij dat de wetgever bewust heeft afgezien van het invoeren van een tegenbewijsregeling, terwijl de uitvoering daarvoor geen valide argument is, gelet op het relatief beperkt aantal gevallen waar het om gaat en de grote belangen die spelen. Ook heeft de wetgever bewust afgezien van overgangsrecht waardoor sprake is van onbeperkt terugwerkende kracht.

Er is geen sprake van een evenwicht tussen het te realiseren doel en het middel dat daarvoor wordt gebruikt. Dat een controle naar rekening-courantschulden meer capaciteit vergt dan een fictieve heffing, mag en kan geen reden zijn voor het toepassen van deze vergaande fictie. Daarbij heeft de drempel geen enkele link met de werkelijkheid en is deze puur gebaseerd op economische overwegingen.

Wij menen dan ook dat heffing op regelniveau niet aan de vereisten van de 'fair balance' voldoet en dat sprake is van een individuele, buitensporige last.

Mocht een belastingplichtige worden geconfronteerd met een aanslag met box 2-heffing op grond van de Wet excessief lenen, dan lijkt het ons ook zinvol om hiertegen bezwaar te maken op grond van schending van het eigendomsrecht en het discriminatieverbod.

Wat ons betreft is deze discussie bij uitstek geschikt voor een massaal bezwaar procedure.⁴⁷ De Minister van Financiën kan een zaak aanwijzen als 'massaal bezwaar'. Er wordt dan een collectieve procedure gevolgd. In 2016 zijn de regels voor deelname aan massaal bezwaar gewijzigd. Die wijziging heeft ertoe geleid dat de massaalbezwaarprocedure enkel geldt voor degenen die tijdig bezwaar hebben gemaakt. Voor het meedoen met massaal bezwaar moet dus iedere belastingplichtige op tijd en op de juiste wijze bezwaar maken tegen zijn eigen belastingaangifte. Er is dus geen sprake meer van automatische deelname.

Naast de mogelijkheden die een belastingplichtige heeft om te ageren tegen deze heffing, hopen wij dat de wetgever zich alsnog achter de oren krabt en een aantal hoognodige aanpassingen doet aan deze wet. Anders lijkt excessief lenen het volgende excessieve debacle te worden voor het Ministerie van Financiën.

⁴⁶ H.J.M. Scholman, 'De systeemfout in de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap', column in *TaxLive*.

⁴⁷ Geregeld in art. 25c t/m 25f AWR.