Mr. A.J.C. Perdaems & mr. M.N.H. Hintzen[1]

Naschrift

WFR 2024/289

Graag reageren wij op het naschrift van Albert op onze analyse van de heffing bij de Wet excessief lenen. Wij hebben de wet inderdaad onder een vergrootglas gelegd en dat kan de rechter onzes inziens ook doen. Al is een vergrootglas niet nodig om te zien dat de wetgever met terugwerkende kracht een lening als een uitdeling behandelt.

Albert acht het verdedigbaar dat het belastinguitstel van een dga wordt beëindigd als hij voor privédoeleinden geld aan zijn BV onttrekt in de vorm van een lening. Dat uitgangspunt als zodanig begrijpen wij. Waar het om gaat is dat het verstrekken van leningen door de BV aan de aandeelhouder altijd binnen de fiscale wetgeving heeft gepast. De laatste jaren is steeds meer benadrukt dat de dga daardoor als het ware uitstel van belastingheffing krijgt. Het is aan de wetgever of hij het verstrekken van leningen door de BV aan de dga al dan niet toestaat. De wetgever heeft besloten met ingang van het jaar 2023 leningen boven € 700.000 niet meer toe te staan tenzij het een lening ter financiering van de eigen woning betreft. Hieruit blijkt dat de wetgever niet geheel een einde heeft willen maken aan het verstrekken van leningen aan de dga. Maar het belangrijkste is dat de wetgever dit ook heeft toegepast op *bestaande* leningen. Daardoor is een inbreuk gemaakt op de bestendige lijn waarin het verstrekken van een lening aan de dga de normaalste zaak van de wereld was. Dat dit volgens Albert niet afdoet aan de voorzienbaarheid kunnen wij niet volgen. Immers, hoe kon een dga die bijvoorbeeld tien jaar geleden een lening bij zijn BV afsloot, een geheel gebruikelijke gang van zaken, voorzien dat deze wetgeving werd ingevoerd?

De kern van het probleem met deze heffing is dat nu één moment wordt gekozen waarop heffing plaatsvindt, terwijl ten tijde van het aangaan van deze lening heffing over leningen niet aan de orde was. Daarmee vindt heffing plaats op een moment waarop geen inkomen wordt genoten en vindt heffing plaats met terugwerkende kracht. Dat is problematisch, omdat het verstrekken van een lening altijd mocht. Ook is het problematisch dat zakelijke en onzakelijke leningen hetzelfde worden behandeld en wordt miskend dat een onzakelijke lening niet altijd een uitdeling is.[2] Door het ontbreken van een tegenbewijsregeling kan op geen enkele wijze aan de heffing worden ontkomen.

Wij delen dan ook niet de visie van Albert dat de Wet excessief lenen het belastinguitstel van sommige ab-houders intrekt en dat de ab-claim wordt afgewikkeld. Albert meent dat een latente belastingplicht een acute belastingplicht wordt. Daarmee wordt echter het verschil tussen een lening en een uitdeling miskend. Een lening is niet op één lijn te stellen met een uitdeling en dat onderscheid mag onzes inziens niet met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt. Onzes inziens is een eerder verstrekte lening geen genoten inkomen. Ook met de heffing blijft de lening gewoon bestaan en kan (en moet) deze worden afgelost. De aflossing leidt dan tot een negatief voordeel in box 2 dat echter slechts één jaar terug (en zes jaar vooruit) kan worden verrekend. Daardoor zal de heffing zeker niet in alle gevallen worden teruggedraaid, terwijl de lening is afgelost. Het probleem is dat een lening als uitdeling wordt belast, maar civiel en fiscaal nog steeds als lening wordt behandeld. Als de wetgever een box 2-heffing wenst in te voeren bij elke vorm waarin vermogen richting de ab-houder gaat, door middel van een lening of uitdeling, dan ligt het voor de hand om leningen aan een ab-houder fiscaal te verbieden. De door Albert genoemde benaming 'Wet uitfasering bank in eigen beheer' zou daar wel bij passen. Ook dan uiteraard met overgangsrecht voor bestaande leningen. Tot die tijd gaat het voorstel van Albert om de drempel voor schulden te verlagen tot nihil wat ons betreft veel te ver.

Wij zijn het met Albert eens dat de Hoge Raad de wetgever een waarschuwing pleegt te geven voordat tot rechtsherstel wordt overgegaan zoals dat ook bij box 3 is gebeurd. Dat staat onzes inziens niet in de weg aan het innemen van het standpunt dat de heffing in strijd is met art. 1 EP EVRM. Wellicht keert Financiën halverwege door alsnog overgangsrecht en een tegenbewijsregeling in te voeren.

Het is uiteraard niet wenselijk – en voor belastingadviseurs ondoenlijk – dat tegen belastingaanslagen die conform de wet zijn vastgesteld bezwaar moet worden gemaakt, omdat de mogelijkheid bestaat dat de belastingheffing in strijd is met de grondrechten. De oude massaalbezwaarprocedure was voor dit soort situaties zo slecht nog niet. Deze bood in ieder geval veel meer zekerheid voor de belastingplichtige en belastingadviseur en leidde tot minder administratieve lasten bij burger en Belastingdienst.

1 Angelique Perdaems & Milou Hintzen zijn beiden advocaat bij Hertoghs advocaten.
2 HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26.