

De systeemfout in de “Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap”.

Algemeen

Hierna wordt in het kader van de zogeheten internetconsultatie door het DGA Tax Center ingegaan op enkele aspecten van de concepttekst van de “Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap”; hierna ook “het wetsvoorstel”.

Belangrijkste punt van kritiek is dat het heffingsobject (de vordering op de DGA) financieel en systematisch los staat van de latente aanmerkelijkbelangclaim waar de heffing voor is bedoeld.

Voorts wordt ingegaan op het ontbreken van overgangsrecht en op de situatie waarin een vordering op de DGA buiten zijn schuld of toedoen helaas waardeloos is geworden.

Systemfout

Met het wetsvoorstel wil het Ministerie van Financiën voorkomen dat de box 2 heffing langdurig wordt uitgesteld of zelfs afgesteld. Het idee is dat de box 2 heffing al plaats moet vinden op het moment dat de gelden aan de BV onttrokken worden in de vorm van een lening aan de DGA.

De aanname daarbij is dat wel altijd sprake zal zijn van een latente aanmerkelijkbelangclaim op de gelden die uitgeleend worden. Dit is echter zeker niet vanzelfsprekend.

De latente aanmerkelijkbelangclaim ziet namelijk op het verschil tussen de waarde van de aandelen in de BV en de verkrijgingsprijs van deze aandelen. Dit betreft het eigen vermogen van de BV gesitueerd van de passiefkant van de balans van de BV. De vordering op de DGA staat op de actiefzijde van de balans. Die balans kan er bijvoorbeeld als volgt uit zien:

Vorderingen op DGA	1 mio	Aandelenkapitaal	18.500
Activa (divers)	1 mio	Algemene reserve	300.000
		PEB of ODV	450.000
		Leveranciersschulden	350.000
		Bank	<u>881.500</u>
	<u>2 mio</u>		2 mio

De latente aanmerkelijkbelangclaim bedraagt in dit voorbeeld 26,9 % (tarief 2022) x € 300.000,- aannemende dat de waarde gelijk is aan € 318.500,- en de verkrijgingsprijs € 18.500,- bedraagt.

De heffing volgens het wetsvoorstel bedraagt echter 26,9 % over € 500.000,-, zijnde € 200.000,- meer dan nodig is om de latente aanmerkelijkbelangclaim veilig te stellen.

Zelfs is het mogelijk dat er in het geheel geen sprake (meer) is van een latente aanmerkelijkbelangclaim. Bijvoorbeeld wanneer deze claim al volledig is afgerekend vanwege het overlijden van de DGA en het vermogen van de BV niet kwalificeerde voor doorschuiving van de claim. Ook kan bijvoorbeeld sprake zijn van een Spaargeld BV waar de DGA vanuit privé grote sommen spaargeld in heeft gestort en daar later deels weer geld van heeft terug geleend. Natuurlijk kan men aanvoeren dat de schulden van de DGA in die gevallen afgelost kunnen worden door –kort gezegd- afstempeling van het kapitaal, maar dat onverlet dat er wet systematisch geen verband bestaat tussen de vordering op de DGA en de - eventuele - aanmerkelijkbelangclaim.

Deze mismatch wordt nog verergerd doordat de heffing in het wetsvoorstel gebaseerd wordt op de fictie als zou dividend uitgekeerd zijn. Bij de uitkering van “echt” dividend ten laste van het eigen vermogen, neemt de aanmerkelijkbelangclaim vanzelf af simpelweg omdat de waarde van het eigen vermogen afneemt. Dit laatste gebeurt echter niet bij de heffing over het fictieve dividend op grond van het wetsvoorstel. Integendeel; de vordering blijft civielrechtelijk en jaarrekening technisch gewoon bestaan. Het eigen vermogen van de BV neemt daardoor niet af. De latente aanmerkelijkbelangclaim wordt aldus niet minder terwijl er wel box 2 heffing is betaald!

Wanneer bij de vrijgestelde beleggingsinstelling fictief dividend in aanmerking genomen moet worden leidt dit wel tot een verhoging van de verkrijgingsprijs, waardoor de latente aanmerkelijk belangclaim navenant afneemt. Dit is ook logisch en redelijk immers voor dat deel is belasting betaald.

In het wetsvoorstel wordt maar eenmalig rekening gehouden met de betaalde belasting over de bovenmatige schuld, maar dan niet in de vorm van een verhoging van de verkrijgingsprijs. In het voorgestelde artikel 10a. 22 wordt bij wijze van overgangsmaatregel de heffing over de excessieve schuld in het jaar 2022 als vervreemdingskorting in mindering gebracht op een later vervreemdingsvoordeel. Die korting kan er echter niet toe leiden dat een verlies uit het aanmerkelijkbelang ontstaat, hetgeen bij een verhoging van de verkrijgingsprijs wel het geval kan zijn.

Onduidelijk is waarom niet gekozen is voor verhoging van de verkrijgingsprijs en het daardoor accepteren van een eventueel verlies uit aanmerkelijkbelang.

Ook is onduidelijk waarom heffingen in latere jaren dan 2022 niet tot een vervreemdingskorting of verhoging van de verkrijgingsprijs leiden. In geval dit niet wordt gerepareerd is sprake van dubbele heffing.

Alternatief systeem?

Wanneer men de box 2 heffing naar voren wil halen (waar het DGA Tax Center overigens uitdrukkelijk geen voorstander van is), kan beter gekeken worden naar het voorstel dienaangaande van de commissie Van Dijkhuizen “Naar een activerender belastingstelsel” uit juni 2013. Dat voorstel sluit wel aan bij het heffingsobject van box 2, namelijk een forfaitair rendement over het box 2 vermogen zijnde het fiscale eigen vermogen van de BV volgens de aangifte vennootschapsbelasting (stille reserves e.d. blijven dus buiten aanmerking). Het forfaitair rendement wordt gesteld op de vijfjaars gemiddelde spaarrente (welk rendement de commissie overigens ook voorstelde bij de box 3 heffing).

Dit fictieve dividend verhoogt de verkrijgingsprijs. In een jaar uitgekeerd echt dividend vermindert weer het fictieve dividend.

Box 2 schulden dienen in mindering te komen op de grondslag voor de berekening van het forfaitair rendement.

Wij stellen voor deze heffing alleen in te voeren voor passieve vennootschappen wier vermogen niet kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsregeling van art 4.17a Wet Inkomstenbelasting 2001.

Actieve vennootschappen lopen namelijk nog volop economisch risico waardoor het eigen vermogen bij tegenslag belangrijk kan verdampen. In dat geval verdampt de aanmerkelijkbelangclaim ook en is het achteraf zuur te constateren dat onnodig forfaitair rendement is belast in tijden dat het nog goed ging.

Voorts stellen wij voor om een tegenbewijsregeling in te voeren voor vennootschappen die structureel verlies lijden zoals Pensioen BV's of waar uitkering van dividend strijdig is met de uitkeringstoets. Het forfaitair rendement hoort te stoppen op het moment dat de verkrijgingsprijs gelijk is aan het fiscale eigen vermogen.

Een dergelijk forfaitair rendement grijpt systematisch wel aan op de latente aanmerkelijkbelangclaim, is proportioneel en kan gezien worden als een voorschot op de afrekening van de aanmerkelijkbelangclaim bij overlijden.

Ontbreken overgangsmaatregel

Bestaande situaties worden in het wetsvoorstel niet gerespecteerd.¹ Dat de heffing uitgesteld wordt tot 2022 verandert dit niet.

De nieuwe heffing is een abrupte inbreuk op situaties die in het verleden geen enkel probleem waren, namelijk die gevallen waarin de lening gedekt wordt met zekerheden zoals vastgoed. De aanmerkelijkbelangclaim is daarmee ook zeker gesteld. De heffing die nu wordt voorgesteld doorkruist de financiële planning van veel DGA's die –bijvoorbeeld- als aanvulling op hun pensioen geld geleend hebben voor beleggingsvastgoed.

Het is alleszins redelijk om dergelijke bestaande gevallen in de regeling te ontzien eventueel op basis van een tegenbewijsregeling.

Vordering waardeloos buiten schuld of toedoen van de DGA

Tenslotte de situatie waarin de DGA in het verleden op zakelijke gronden geld heeft geleend voor investeringen (dus niet voor consumptieve uitgaven) welke buiten zijn schuld of toedoen helaas waardeloos zijn geworden. De DGA heeft verder geen middelen meer om de schuld af te lossen. De waarde in het economisch verkeer van de vordering is daardoor nihil. Het belasten van een fictief inkomen over een fictief vermogen is zodanig disproportioneel dat deze stapeling van ficties zelfs in strijd kan komen met artikel 1 EP/EVRM.

De toch al berooide DGA verdwijnt dan in de bijstand vanwege een fiscale claim die plotseling uit de lucht komt vallen. Naast veel menselijk leed veroorzaakt dit ook veel maatschappelijke kosten zonder dat hier baten tegenover staan.

Het lijkt redelijk om ook voor deze gevallen een overgangsregeling in te voeren eventueel op basis van een tegenbewijsregeling.

¹ Het is de tweede keer in korte tijd dat de DGA geconfronteerd wordt met een nieuwe substantiële box 2 heffing zonder dat bestaande situaties worden gerespecteerd. In 2010 werd de box 2 heffing bij overlijden ingevoerd zonder step-upregeling voor bestaande situaties. Zie hieromtrent: mr. H.J.M. Scholman, "Crisis? Fiscale wetgevingscrisis!", Kwartaalbericht Estate Planning, maart 2012/14.

Conclusie

De voorgestelde heffing op grond van de “Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap” sluit wet systematisch niet aan bij het heffingsobject waar het voor bedoeld is, te weten de latente aanmerkelijkbelangclaim. De heffing kan daardoor zelfs meer zijn dan de latente aanmerkelijkbelangclaim.

Deze mismatch wordt verergerd doordat de heffing gebaseerd is op een fictie. Uiteindelijk wordt er daardoor belasting betaald zonder dat de latente belastingclaim van box 2 minder wordt. Alleen voor de heffing in 2022 wordt een onvolledige uitzondering gemaakt.

Het ontbreken van een overgangsmaatregel is onredelijk voor bestaande gevallen waar de aanmerkelijkbelangclaim niet in gevaar is vanwege bij de lening verstrekte zekerheden zoals beleggingsvastgoed.

Ook voor gevallen waarin de vordering buiten schuld of toedoen van de DGA helaas waardeloos is geworden is een overgangsmaatregel nodig.

Al met al kan beter gedacht worden aan een regeling zoals voorgesteld door de commissie Van Dijkhuizen in 2013, met de nodige aanpassingen zoals hiervoor beschreven.

Mr. H.J.M Scholman, DGA Tax Center
8 maart 2019, Almere