

Commentaar wet excessief lenen bij eigen vennootschap

Het voorstel van in hoofde genoemde wet geeft aanleiding tot het geven van commentaar. Dit commentaar is hieronder gesplitst in een gedeelte dat ziet op de grote lijnen en vervolgens volgt het commentaar op detailniveau (in dit geval wil dat zeggen op wetsartikelniveau).

De grote lijnen

De voorgestelde wet zorgt er voor dat het uitstel van belastingheffing door de DGA lastiger wordt. Dit wordt bereikt door elk bedrag van meer dan € 500.000 dat uitgeleend wordt aan een DGA als excessief aan te merken en vervolgens in box 2 te belasten als een zogenaamd fictief regulier voordeel.

Ik laat hier nog even terzijde dat de partner van de DGA hier ook bij betrokken wordt evenals de kinderen en de kleinkinderen van de DGA, wanneer zij geen aanmerkelijk belang in de BV hebben.

In de Memorie van Toelichting wordt de daadwerkelijke reden voor invoering van deze wet op twee pagina's expliciet genoemd. Op pagina 6 wordt aangegeven dat beoordeling of sprake is van een verkapte winstuitdeling veel toezichtscapaciteit van de belastingdienst vergt¹.

Op pagina 8 van de toelichting² staat “[D]oor de fictie te beperken tot de aanmerkelijkbelangregeling wordt de uitvoeringslast voor zowel belastingplichtigen als voor de Belastingdienst zo gering mogelijk gehouden”.

Door invoering van deze wet wordt bereikt dat de bewijslast voor de Belastingdienst aanmerkelijk verlicht wordt. Immers, elk bedrag van meer dan € 500.000 dat geleend wordt geldt ineens als excessief. Een nogal demagogische voorstelling van zaken. Er kunnen namelijk meer dan genoeg redenen zijn om aan te nemen dat een lening van meer dan € 500.000 van de eigen BV niet excessief is.

Waarom zou een lening van een BV voor de aanschaf van een bedrijfspand dat ter beschikking gesteld wordt aan diezelfde BV excessief zijn? Waarom zou een lening die door een bank ook aangegaan zou zijn, niet door de eigen BV verstrekt kunnen worden?

Het gaat niet om de kwestie of een lening van meer dan € 500.000 excessief is, maar om de vraag of een specifieke lening in de gegeven omstandigheden al dan niet excessief is. In zoverre is de staatssecretaris het hier ook mee eens, omdat hij in de MvT aangeeft dat op leningen van minder dan € 500.000 de huidige jurisprudentie en eventuele vaststellingsovereenkomsten van toepassing blijven³.

Dit betekent dat de arbeidsintensieve discussies blijven bestaan voor de leningen onder de € 500.000 en uit mijn ervaring blijkt dat het merendeel van de discussies zich in dit segment afspeelt. Mijns inziens is het argument van de toezichtscapaciteit een vals argument dat aangevoerd wordt.

De Belastingdienst heeft verschillende instrumenten om de zogenaamde excessieve geldleningen te kunnen bestrijden. Deze instrumenten bestaan uit het stellen van de verkapte winstuitdeling en de onzakelijkheid van geldleningen. Mijns inziens staat het verlichten van de werkzaamheden van de

¹ MvT, pagina 6, onder 5.1, 1^e alinea

² MvT, pagina 8, 1^e alinea, laatste zin

³ MvT, pagina 6, laatste alinea e.v.

Belastingdienst niet in verhouding tot de rechtszekerheid die geboden dient te worden. Staatsrechtelijk gezien wordt met deze wetgeving een verkeerde richting ingeslagen.

Detailniveau

1. Fictief regulier voordeel

In het voorgestelde artikel 4.14a wordt het fictieve reguliere voordeel beschreven. De basis is dat over dit voordeel enkel de ab-heffing van toepassing is en dat er geen gevolgen zijn voor de overige fiscale wet- en regelgeving. Dit houdt in dat er binnen de uitlenende BV geen aanpassingen op de balans plaatsvinden, en tevens dat de lening civielrechtelijk blijft bestaan. Dit laatste wil zeggen dat de schuld op het oorspronkelijke bedrag blijft staan en ook rente op het volledige bedrag verschuldigd blijft.

Het fictieve reguliere voordeel verlaagt de schuld aan de BV niet. De schuld als zodanig blijft volledig in stand. Dit houdt in dat wanneer de DGA de schuld op een later tijdstip alsnog middels een dividenduitkering aflost er feitelijk dubbele belastingheffing heeft plaatsgevonden. Dit is volledig in strijd met alle rechtsbeginselen.

De staatssecretaris geeft in de MvT aan dat door de fictie te beperken tot de aanmerkelijkbelang-regeling de uitvoeringslast voor zowel belastingplichtigen als Belastingdienst beperkt wordt. Beter zou zijn hier te schrijven dat dit enkel voor de Belastingdienst geldt. Dit geldt zeker niet voor de belastingplichtige. Deze krijgt namelijk te maken met dubbele heffing en dient voor de toekomst de zogenaamde vervreemdingskorting vast te leggen (hierover later meer).

Afgezien van de fundamentele bezwaren die ik heb tegen dit wetsvoorstel, zou het hier logischer zijn om een verrekeningsmogelijkheid op te nemen met latere dividenduitkeringen. Natuurlijk heeft men de mogelijkheid om voorafgaand aan de invoering aan de wet al dividenduitkeringen te doen, maar dit zal niet altijd het geval zijn, wanneer bijvoorbeeld de uitkerings- en/of vermogenstoets een dividenduitkering in de weg staan.

1.1 Wat valt onder het reguliere voordeel?

Elk bedrag boven de € 500.000 valt onder het begrip regulier voordeel. Het is daarbij niet relevant of de betreffende lening al dan niet zakelijk of onzakelijk is of onder dergelijke voorwaarden is aangegaan.

Opvallend is verder dat de staatssecretaris aangeeft dat ook garantstellingen door de vennootschap onder het toepassingsbereik vallen, met uitzondering van de garantstelling die uitsluitend leidt tot het verkrijgen van gunstigere voorwaarden voor de schuld van de belastingplichtige, zoals een lagere rente⁴.

⁴ MvT, pagina 14, onder iii, laatste zin

Hierop zijn een aantal kanttekeningen te maken. Ten eerste, is deze zijn dermate cryptisch dat hiermee weinig aan te vangen valt. Wanneer leidt een garantstelling tot uitsluitend gunstiger voorwaarden? Dit is mijns inziens juist de aard van de garantstelling. Het enkele feit dat een lening verkregen kan worden door de garantstelling is al gunstiger. En hoe moet hier “uitsluitend” begrepen worden. Houdt dit in dat een lening al onder het wetvoorstel gebracht wordt wanneer er nog iets anders dan uitsluitend gunstiger voorwaarden in het spel komen?

Ten tweede, een derde is bereid om een lening te verstrekken, maar wenst extra zekerheid door middel van een garantstelling door de BV. Civielrechtelijk gezien ontstaat er pas een regresvordering van de BV op de DGA op het moment dat de garantstelling wordt ingeroepen.

Houdt de huidige formulering in dat er al sprake is van een fictief regulier voordeel op het moment dat de garantstelling wordt verstrekt? Ook als dit op een later tijdstip dan het aangaan van de schuld met de derde wordt geëist?

Verder is onduidelijk wat onder het begrip garantstelling wordt begrepen. Een verdere verduidelijking is welkom.

2. Kring van verbonden personen

Ten opzichte van de tbs-regeling wordt de kring van verbonden personen opgerekt. Dit is opgenomen in artikel 4.14b, lid 2. In de voorgestelde regeling gaat het niet alleen om belastingplichtigen met een direct of indirect aanmerkelijk belang, maar ook om verbonden personen, d.w.z. kinderen of kleinkinderen, die zelf geen aanmerkelijk belang hebben.

Het effect van de voorgestelde regeling is dat het “excessieve gedeelte” belast wordt bij de ab-houders en niet bij de schuldenaar.

Ik zal toch maar eens in herhaling vallen, want het is niet automatisch dat een bedrag van meer dan € 500.000 excessief is. De vraag is en blijft of de betreffende lening onder de gegeven omstandigheden zakelijk of onzakelijk is.

Een neveneffect kan zijn dat ook derde partijen geconfronteerd kunnen worden met een heffing over fictieve reguliere voordelen, terwijl zij niet op de hoogte waren van de betreffende lening. Neem voorbeeld 6 in de Memorie van Toelichting. Hier gaat het om een grootvader en vader die ieder een aanmerkelijk belang in een BV hebben en deze BV leent geld uit aan de kleinzoon.

Laten we er nu eens van uit gaan dat vader bestuurder is van de uitlenende BV en grootvader niet op de hoogte is van de lening aan kleinzoon. Toch zal grootvader in de voorgestelde systematiek geconfronteerd worden met een heffing over het fictieve reguliere voordeel.

3. Vervreemdingskorting

Het eerste bezwaar is dat de vervreemdingskorting alleen ziet op het fictieve reguliere voordeel van 2022. Wanneer er in latere jaren een fictief reguliere voordeel wordt geconstateerd dan kan dat niet omgezet worden in een vervreemdingskorting.

Voorbeeld

A heeft een lening van € 800.000 van BV B. Hiervan is in 2022 een € 300.000 een regulier voordeel. Wanneer de aandelen later verkocht worden voor € 1.000.000 en de oorspronkelijke verkrijgingsprijs € 250.000 bedroeg, dan ontstaat er een aanmerkelijk belangwinst van € 750.000.

Op dit bedrag van € 750.000 mag een vervreemdingskorting toegepast worden van € 300.000, zijnde het in 2022 in aanmerking genomen reguliere voordeel.

Was het reguliere voordeel in dit voorbeeld niet in 2022, maar in 2023 ontstaan, dan had dit niet als vervreemdingskorting toegepast kunnen worden. Het gevolg is dan dubbele heffing.

Mijn voorstel is om, als dit stelsel dan toch ingevoerd wordt, om het fictieve reguliere voordeel toe te voegen aan de verkrijgingsprijs van de aandelen.

Een flankerende maatregel zou dan kunnen zijn om een inhaaldividenduitkering in een later jaar plaats te kunnen laten vinden, die verrekend kan worden met het fictieve reguliere voordeel. Eventueel zou hiervoor een verzoek bij de belastingdienst ingediend kunnen worden.

Een tweede bezwaar is dat de vervreemdingskorting niet toegepast kan worden in geval van verliessituaties (bv. een liquidatieverlies). In dat geval verhoogt de vervreemdingskorting niet het liquidatieverlies. Dit houdt in dat de regeling slechts één kant op werkt.

Ook dit punt zou voor een evenwichtigheid in het systeem ondervangen kunnen worden door de verkrijgingsprijs te verhogen. Ook op deze wijze wordt dubbele heffing voorkomen.

4. Strafrechtelijk kader

Een ander bezwaar is dat de voorgestelde regeling een sterk strafrechtelijk karakter heeft. Dit vloeit voort uit het feit dat wanneer de regeling toepassing vindt en een lening met een excessief deel wordt vastgesteld, daaraan een financiële consequentie wordt gekoppeld, het zogenaamde fictieve reguliere voordeel.

Deze financiële consequentie leidt tot een lastenverzwaring, maar niet tot een verandering in het feitencomplex. Dat wil zeggen dat de civielrechtelijke lening in stand blijft en er op de balans van de BV niets verandert. Al deze zaken blijven onveranderd ten opzichte van de oorspronkelijke uitgangssituatie. Dat een fictief regulier voordeel wordt vastgesteld brengt geen verandering teweeg in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. Er vindt geen herkwalficatie van de feiten plaats, die dan ook nog ter toetsing aan de rechter voorgelegd had kunnen worden.

Hieruit vloeit logischerwijze voort dat een in de ogen van de staatssecretaris ontoelaatbare handeling (het excessieve lenen) wordt bestraft. Er is derhalve sprake van een sanctie die nu buiten het bereik van de rechterlijke toetsing blijft. Ook de onschuldpresumptie wordt verlaten. Er wordt vanuit gegaan dat een lening van meer dan € 500.000 verstrekt door de BV onzakelijk is, terwijl tegenbewijs niet is toegelaten.

Dit houdt in dat met invoering van dit wetsvoorstel zowel artikel 1 Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden als artikel 6 EVRM geschonden worden.

Conclusie

Het betreft hier een onvoldragen wetsvoorstel. De staatssecretaris gaat er met gestrekt been in. Wanneer de DGA (of een ruim omschreven verbonden persoon) meer dan € 500.000 leent bij de eigen BV dan is dat excessief. De eigenwoninglening blijft hierbuiten, deze zijn klaarblijkelijk nooit excessief indien aan de voorwaarden voldaan wordt.

De kring van verbonden personen wordt verruimd ten opzichte van de kring van verbonden personen in de tbs-regeling, zonder dat hiervoor een goede argumentatie aanwezig is.

Aan de onderliggende rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser wordt geen verandering gebracht, maar er wordt wel een extra financiële last ingevoerd. Deze valt niet anders dan als strafrechtelijk te duiden.

Tevens leidt dit tot dubbele belastingheffing, wanneer op een later tijdstip alsnog dividend wordt uitgekeerd. Er kan zelfs sprake zijn van drievoudige heffing wanneer in een verliessituatie geen gebruik gemaakt kan worden van de vervreemdingskorting.

Verschillende internationale verdragen worden door deze gang van zaken geschonden.

MOS Accountants & Adviseurs,
Oosterhout, 22 maart 2019

Mr. A.D.A. Fijneman RB
P.J. Kroezen AA RB
Mr. M.J.M. van den Dries RB
