

MEMORANDUM

Van: RSM Netherlands Belastingadviseurs N.V.
Voor: Ministerie van Financiën
Datum: 26 maart 2019
Onderwerp: Reactie op de internetconsultatie “Excessief lenen bij eigen vennootschap”

Geachte dames en heren,

Met belangstelling heeft RSM Netherlands Belastingadviseurs N.V. (hierna: RSM) kennis genomen van het concept wetsvoorstel “Excessief lenen bij eigen vennootschap” en maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid om een reactie te geven.

Op grond van de Memorie van Toelichting begrijpen wij dat het conceptwetsvoorstel beoogt te voorkomen dat belastingheffing langdurig wordt uitgesteld of in zijn geheel niet plaats vindt doordat een aanmerkelijkbelanghouder gelden leent van de vennootschap in plaats van deze bedragen als dividend uit te keren. Om dit te bereiken worden schulden van de aanmerkelijkbelanghouder, of de met hem verbonden personen, aan de vennootschap voor zover deze meer bedragen dan € 500.000, als fictief dividend in aanmerking genomen.

1. Zakelijk handelen met de vennootschap en onredelijke uitwerking

Naar onze mening miskent het wetsvoorstel dat de vennootschap en de aanmerkelijkbelanghouder juridisch gezien verschillende (rechts)personen zijn en beiden derhalve op zakelijke basis met elkaar kunnen handelen. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat in alle gevallen (eigen woningsschulden uitgezonderd) een aanmerkelijkbelanghouder of met hem verbonden personen niet meer dan € 500.000 van de vennootschap zouden mogen lenen.

Ten aanzien van situaties waarbij het onzeker is dat de vennootschap op het moment van verstrekken van een lening haar vorderingen daadwerkelijk terugbetaald krijgt kunnen wij de keuze van de wetgever begrijpen. In dat geval zal waarschijnlijk geen sprake zijn van zakelijk handelen en zou het mogelijk zijn de lening tot een dividend te herkwalficeren. Als het vermogen van de vennootschap echter toereikend is en de vennootschap besluit dit op volledig zakelijke voorwaarden uit te lenen aan de aandeelhouder, die tevens voldoende zekerheden en verhaalsmogelijkheden biedt, dan dient naar onze mening de juridische werkelijkheid te worden gevolgd.

De Memorie van Toelichting geeft aan dat wanneer een aanmerkelijkbelanghouder gelden van de vennootschap leent, hij in privé over de gelden van de vennootschap beschikt. De belastingheffing zou volgens het wetsvoorstel aan moeten sluiten bij het moment van het in privé ter beschikking hebben van de gelden. Het voorstel gaat eraan voorbij dat, wanneer op zakelijke basis gelden worden geleend, de aanmerkelijkbelanghouder rente is verschuldigd, een terugbetalingsverplichting heeft en veelal zekerheid biedt aan de vennootschap. Geleende gelden geven derhalve minder vrijheid dan eigen vermogen. Naar onze mening is het daarom onjuist en te vergaand om alle schulden, ongeacht het zakelijke karakter daarvan onder de maatregel te scharen.

Het voorstel in haar huidige vorm zou voor vele aandeelhouders die op volledige zakelijke voorwaarden omvangrijke bedragen hebben geleend van hun vennootschap onevenredig zwaar uitwerken. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een aandeelhouder geld heeft geleend van de vennootschap om daarmee bijvoorbeeld in privé gehouden vastgoed te financieren. De geleende bedragen zijn in vastgoed gefinancierd en daarmee niet

zomaar liquide te maken. De leningen hebben echter voldoende realiteitszin en er zijn ook geen redenen om aan te nemen dat de vennootschap niet terugbetaald zou kunnen worden. De leningen zijn immers gedekt met het aangekochte vastgoed. Bij een bovenmatig deel van een lening van bijvoorbeeld € 2.000.000 zou dat tot een directe heffing van € 538.000 leiden (tarief 2022). Veel aanmerkelijkbelanghouders hebben dergelijke bedragen niet liquide. Zij worden in feite gestraft, terwijl zij op het moment van aangaan van de lening niet konden vermoeden dat zij voor het einde van de looptijd van de lening met een feitelijke terugbetalingsverplichting zouden worden geconfronteerd. Om dubbele heffing te voorkomen zullen de aanmerkelijkbelanghouders er naar verwachting voor kiezen om de vorderingen van de vennootschap als dividend uit te keren of de leningen vroegtijdig af te lossen.

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat deze regeling onredelijk uitpakt is die van bedrijfsopvolging, zoals uitgewerkt in voorbeeld 5 op pagina 19 van de Memorie van Toelichting. Het mag een aanmerkelijkbelanghouder toch niet verboden worden om de aandelen in de werkmaatschappij te verkopen aan zijn bedrijfsopvolgende kind tegen schuldig blijven van (een deel van) de koopsom tegen zakelijke voorwaarden? Het kind krijgt hierdoor een schuld aan de houdstervenootschap van vader. Door de toepassing van de regeling op schulden van met de aanmerkelijkbelanghouder verbonden personen wordt deze lening ook als fictief regulier voordeel aangemerkt, waardoor deze financieringswijze bij familie-overdrachten onmogelijk lijkt te worden gemaakt. Echter bij een verkoop aan een onafhankelijke partij, komt het ook regelmatig voor dat een deel van de koopsom wordt omgezet in een lening. Wij zien niet in waarom in deze situatie een overdracht binnen de familie anders/slechter behandeld moet worden dan overdracht aan een derde.

Bovenstaande voorbeelden geven naar onze mening weer dat de keuze om zakelijke verhoudingen ook onder het voorstel te laten vallen een zeer onredelijke is en geen stand zou mogen houden.

2. Tegenbewijs toestaan

De Memorie van Toelichting benoemt dat het voorstel mede is ingediend omdat de discussies die de belastingdienst heeft met belastingplichtigen over de vraag of een lening als verkapte winstuitdeling aangemerkt moet worden arbeidsintensief is. Uit de Memorie van Toelichting begrijpen wij dat de bewijslastverdeling de discussies voor de belastingdienst lastig maakt. De bewijslast ligt in dergelijke discussies bij de inspecteur.

Naar onze mening kan het probleem van de arbeidsintensieve discussies met minder vergaande maatregelen worden opgelost door een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen. De tegenbewijsmogelijkheid zou in kunnen houden dat geen fictieve uitkering in aanmerking wordt genomen indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat (het bovenmatige deel van) de schuld een zakelijk karakter heeft en hij de lening onder dezelfde voorwaarden ook bij een onafhankelijke derde aan had kunnen gaan.

Met de tegenbewijsmogelijkheid wordt recht gedaan aan de mogelijkheid zakelijk te handelen met de vennootschap, zoals in voorgaande paragraaf uiteen is gezet. Doordat de bewijslast bij de belastingplichtige komt te liggen, zal dit de discussies voor de belastingdienst veel eenvoudiger maken. Hiermee blijft enerzijds het doel van de maatregel in stand en anderzijds wordt de zakelijk handelende aanmerkelijkbelanghouder niet door de maatregel getroffen, waardoor de onredelijke uitwerking wordt weggenomen.

3. Leningen aan verbonden personen

Op grond van het voorgestelde artikel 4.14b lid 2 begrijpen wij dat schulden van onder andere kinderen en kleinkinderen van de aanmerkelijkbelanghouder aan de vennootschap waar zij zelf geen aanmerkelijk belang in hebben, maar hun (groot)vader wel, bij de aanmerkelijkbelanghouder als fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen voor zover de schuld van iedere verbonden persoon afzonderlijk meer dan € 500.000 bedraagt. Tevens begrijpen wij dat eigenwoningleningen aan de verbonden personen hiervan zijn uitgezonderd. De

uitgewerkte voorbeelden in de memorie van toelichting gaan niet in op de situatie dat de vennootschap aan meerdere personen leningen verstrekt. Voor een volledig begrip van de uitwerking van de regeling binnen familiesituaties verzoeken wij u te bevestigen dat in de hierna geschetste situatie geen sprake is van een fictief regulier voordeel op grond van de voorgestelde wettekst.

Vader bezit 100% van de aandelen in een besloten vennootschap en deze vennootschap heeft de volgende bedragen uitgeleend tegen zakelijke voorwaarden:

- € 1.000.000 aan vader in verband met eigen woning vader, verzekerd met een recht van hypotheek;
- € 400.000 aan vader in verband met aanschaf vakantiewoning;
- € 1.000.000 aan de zoon van vader in verband met de eigen woning van de zoon, verzekerd met een recht van hypotheek;
- € 400.000 aan de zoon van vader in verband met aanschaf vakantiewoning van de zoon;
- € 1.000.000 aan de dochter van vader in verband met de eigen woning van de dochter, verzekerd met een recht van hypotheek;
- € 400.000 aan de dochter van vader in verband met aanschaf vakantiewoning van de dochter.

4. Verveemdingskorting

Daarnaast komt het ons voor dat de overgangsbepaling vervreemdingskorting bij vervreemding aanmerkelijk belang zoals bedoeld in artikel 10a.22 van het concept wetsvoorstel een belangrijke tekortkoming bevat. De vervreemdingskorting ziet slechts op het fictief reguliere voordeel dat door de aanmerkelijkbelanghouder in 2022 wordt genoten. Indien in latere jaren een fictief regulier voordeel wordt genoten zou dat tot dubbele heffing kunnen leiden. Eveneens is geen rekening gehouden met de dubbele belastingheffing die ontstaat indien in enig jaar nadat het fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen een dividenduitkering door de vennootschap wordt gedaan.

We vragen ons af of het voorstaande een omissie is. Het kan naar onze mening niet de bedoeling van de wetgever zijn om in sommige situaties de heffing niet alleen naar voren te halen, maar deze zelfs dubbel toe te passen.

We pleiten er dan ook voor om de vervreemdingskorting uit te breiden met de fictief reguliere voordelen die door de aanmerkelijkbelanghouder in de jaren na 2022 zullen worden genoten. Tevens zou de verveemdingskorting naar ons oordeel niet beperkt moeten worden tot voordelen uit hoofde van artikel 4.12 onderdeel b, maar ook toegepast moeten worden op artikel 4.12 onderdeel a (reguliere voordelen). Overigens zou de term vervreemdingskorting de lading dan niet meer dekken en stellen wij voor te spreken van een korting.

5. Relatie met vermogen van de vennootschap

Het is voor ons niet duidelijk hoe de definitie van een fictief regulier voordeel zich verhoudt tot de werkelijke meerwaarde van de vennootschap in de situatie waarin het totaal van de aanwezige winstreserves inclusief goodwill en stille reserves in de vennootschap van de aanmerkelijkbelanghouder lager is dan het bedrag van het bovenmatige deel van de schulden, zoals gedefinieerd in het concept wetsvoorstel.

Het systeem van de heffing over inkomen uit aanmerkelijk belang brengt immers met zich mee dat maximaal in de heffing wordt betrokken het verschil tussen de waarde van de aandelen en de verkrijgingsprijs, dan wel in de vorm van een dividenduitkering, dan wel als vervreemdingsvoordeel.

Op grond van het wetsvoorstel zou het mogelijk zijn dat er een groter bedrag aan regulier fictief voordeel wordt belast dan de totale (latente) belastingclaim die op dat moment op de aanmerkelijk belangaandelen rust. Een dergelijk scenario kan zich voordoen als de vennootschap zelf schulden is aangegaan die zijn benut om een lening aan de aanmerkelijkbelanghouder te verstrekken.

Het lijkt ons recht te doen aan het systeem dat het fictief reguliere voordeel wordt gemaximeerd tot het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de vennootschap en de verkrijgingsprijs van de aandelen.

6. Internationale aspecten

Met betrekking tot de internationale situaties begrijpen wij dat alleen in het geval van immigratie van een in het buitenland wonende aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in een in het buitenlandse vennootschap een verhoging ten aanzien van het maximale schuldbedrag wordt verleend. Schulden die in de buitenlandse periode zijn ontstaan worden niet in de voorgestelde regeling betrokken.

Ten aanzien van belastingplichtigen die voorheen in Nederland woonden en op enig tijdstip terugkeren naar Nederland wordt een dergelijke verhoging van het maximumbedrag niet toegepast. Het voorgestelde artikel 4.14c lid 2 geeft aan dat het maximumbedrag wordt gesteld op het maximumbedrag dat gold voor de belastingplichtige op het tijdstip dat hij ophield in Nederland te wonen. Wij verzoeken u te verduidelijken hoe de regeling uitwerkt voor belastingplichtigen die Nederland voor 2022 hebben verlaten en op dat moment nog geen maximumbedrag gold als bedoeld in dit artikel. Geldt voor deze belastingplichtigen een maximum van € 500.000?

Naar onze mening zal voor deze groep belastingplichtigen dubbele heffing optreden indien in het buitenland de waarde van de aandelen in de heffing is betrokken ten aanzien van de emigratie aldaar (exitheffing). We verzoeken u de regeling zo aan te passen dat de toename van de schulden in de buitenlandse periode buiten aanmerking wordt gelaten, om daarmee dubbele belastingheffing te voorkomen.

7. Afsluiting

Het geheel overziend concluderen we dat het nu ter consultatie aangeboden concept wetsvoorstel met toelichting duidelijk de sporen draagt van een onvoldragen voorstel. Wij spreken de hoop uit dat de wetgever - na kennisname van de reacties op de internetconsultatie - besluit het voorstel niet in deze vorm als wetsvoorstel in te dienen. Uiteraard zijn wij gaarne bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

mw. mr. L.D.L. Bles-Temme

mw. mr. J.A. Hilberdink

* * *