

Marnix Veldhuijzen  
Partner

marnix.veldhuijzen@dentons.com  
T +31 20 795 34 10  
M +31 6 46 23 31 27

Dentons Europe LLP  
Gustav Mahlerplein 2  
1082 MA Amsterdam  
Postbus 75510  
1070 AM Amsterdam

dentons.com

Datum: 29 maart 2019  
Referentie: 2457430

## Reactie op internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

Hooggeachte heren en dames,

Onder dankzegging voor de daartoe geboden mogelijkheid doen wij u hierbij onze reactie toekomen op het consultatiewetsvoorstel inzake het excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Wij starten onze reactie met een samenvatting van onze opmerkingen.

### 1. Samenvatting

- Afstel en uitstel worden in één adem genoemd als grond voor het wetsvoorstel, terwijl uitstel legitieme commerciële redenen kan hebben. Ter zake ontbreekt enige mogelijkheid van tegenbewijs.
- Door de rigide drempel van EUR 500.000 schiet het voorstel tekort in de effectieve bestrijding van veel vormen van afstel, terwijl het doorslaat in de behandeling van legitieme financieringssituaties waar uitstel niet het leidende motief is.
- Het voorstel treft ook belastingplichtigen bij wie noch uitstel, noch afstel speelt, namelijk belastingplichtigen met een verkrijgingsprijs die de som van de schulden overstijgt. Dit behoeft reparatie.
- Het voorstel regelt niets voor aflossing van de lening na 2022. Als die aflossing uit dividenden wordt bekostigd, leidt dat wederom tot heffing, zonder compensatie voor de reeds geheven belasting.
- Het voorstel kan leiden tot een heffing over een fictief rendement dat hoger is dan de waarde van het aanmerkelijk belang en dus de daadwerkelijke claim.
- Het 'naar voren halen' van heffing kan leiden tot latere verliezen. In een rechtsstaat hoort een dergelijke maatregel geflankeerd te worden met een ruimhartige teruggaveregeling, mocht er in een later jaar blijken dat er teveel geheven is. De huidige verliesregeling in het aanmerkelijk belang voldoet niet.

Hamilton Harrison & Mathews ► Mardemootoo Balgobin ► HPRP ► Zain & Co. ► Delany Law ► Dinner Martin ► Maclay Murray & Spens ► Gallo Barrios Pickmann ► Muñoz ► Cardenas & Cardenas ► Lopez Velarde ► Rodyk ► Boekel ► OPF Partners ► 大成

Dentons Europe LLP is een wereldwijde aanbieder van juridische diensten aan cliënten over de hele wereld door middel van aangesloten kantoren en deelnemingen. Dentons Europe LLP is een limited liability partnership geregistreerd in Engeland en Wales met als doel de uitoefening van de rechtspraak, daaronder begrepen de advocatuur, het notariaat en de fiscale praktijk, en is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 73505323. De Dentons Europe Region Terms of Business, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen, zijn van toepassing en zijn op verzoek beschikbaar. Kijk op [dentons.com](http://dentons.com) onder Legal Notices.

- De dispariteit die ontstaat door het voorstel tussen fictieve rendementen en daadwerkelijke uitkeringen, kan bij buitenlandse vennootschappen leiden tot economisch dubbele heffing. Dit vereist aanpassing in de wijze waarop Nederland de 'tweede limiet' bepaalt bij verrekening.

## 2. Algemene opmerkingen

Wij stellen voorop dat wij volledig onderschrijven dat waar het lenen van de 'eigen' vennootschap uiteindelijk leidt tot afstel van belastingheffing over het aanmerkelijk belang, evident sprake is van een situatie die noopt tot maatregelen. Wij begrijpen voorts dat het op jaarlijkse basis controleren van alle leningsverhoudingen tussen vennootschappen en hun DGA's om potentiële 'afstel-situaties' (lees: DGA's die het geleende geld consumeren in plaats van investeren) altijd tijdig te signaleren een te groot beslag zou leggen op de capaciteit van de Belastingdienst.

Als gevolg daarvan onderschrijven we zonder meer dat er maatregelen gewenst zijn ter bestrijding van belastingontwijking als gevolg van het definitief afstellen van belastingheffing door het excessief lenen van de eigen vennootschap.

Ten aanzien van uitstel van belastingheffing is onze mening genuanceerder. Wij hebben principiële bezwaren tegen de suggestie dat een DGA die leent van zijn vennootschap dat kennelijk alleen maar doet om aanmerkelijkbelangheffing uit te stellen. Dit is een onacceptabele simplificatie van de werkelijkheid.

In dat opzicht bestaat er ook grammaticaal bezwaar tegen de wettekst. De kern van de maatregel is dat 'bovenmatig' lenen moet worden gestopt. Wat 'bovenmatig' is, verschilt in een samenleving als de Nederlandse nu eenmaal per persoon. Het hangt af van factoren die helemaal geen onderdeel zijn van het wetsvoorstel, zoals verdien capaciteit, draagkracht of onderpand. Bij iemand die geen bezit of inkomen heeft, is iedere schuld waarschijnlijk 'bovenmatig', evenzeer is een schuld die de DGA op basis van verdien capaciteit of onderpand zonder problemen aan had kunnen gaan bij een bank in redelijkheid nooit 'bovenmatig'. In de term 'bovenmatig' gaat hier een valse (wellicht zelfs aanmatigende) aannameschuil, te weten dat iedereen die een schuld van meer dan EUR 500.000 aangaat, boven zijn of haar macht aan het lenen is, hetgeen dan kennelijk met een wet als nu voorligt, aangepakt dient te worden.

Hierdoor heeft het wetsvoorstel in haar huidige vorm veel weg van een verkapte nivelleringsmaatregel, omdat 'kleine' DGA's – ongeacht hun intenties – buiten schot blijven, terwijl 'grote' DGA's die ervoor kiezen om bij hun BV te lenen in plaats van een bank wel getroffen worden.

Ter zake van het wetsvoorstel zelf hebben wij ook een aantal meer specifieke bezwaren, die we hierna zullen uitdiepen.

## 3. Ingreep in de ondernemings sfeer

Zoals in de eerste zin in de toelichting reeds is aangegeven, is ons belastingstelsel erop gericht Nederlandse bedrijven zo min mogelijk te belemmeren bij het ondernemen. Dat impliceert ook dat ondernemers de vrijheid moeten hebben om hun bedrijfsmiddelen naar eigen inzicht te investeren. Het onderhavige wetsvoorstel grijpt in grote mate in op dat fundamentele uitgangspunt. Het grijpt ook in op de legitieme mogelijkheden van iedere persoon om zijn financier te kiezen. Wij zien niet in waarom een DGA wel een lening van meer dan EUR 500.000 van een bank mag krijgen, maar niet van een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang houdt. Dit is echter wel de consequentie van het wetsvoorstel.

Een ander serieus bezwaar is dat het wetsvoorstel waarschijnlijk ingrijpt in de liquiditeitspositie van het Nederlandse MKB. Weliswaar wordt enkel in de inkomstenbelasting in Box 2 een onttrekking aangenomen, maar zoals de 'anticipatie' waar 'budgettair' rekening mee wordt gehouden al suggereert, is de keiharde realiteit dat er veel DGA's zijn die niet bereid zullen zijn om hun onderpand onder de leningen liquide te maken (bijvoorbeeld

beleggingsvastgoed te verkopen), met als gevolg dat veel van hen grote dividenden zullen onttrekken aan de vennootschap om de schulden af te lossen, voor ommekomst van 2022. Dat moge een geaccepteerd gevolg zijn van de maatregel, maar het betekent wel dat er grote bedragen definitief onttrokken worden aan het Nederlandse MKB. Er zullen weinig ondernemers zijn die ervoor voelen om geld waar zij al belasting over hebben betaald nog terug te stoppen in de onderneming, terwijl het aflossen van de lening wel een heel natuurlijke reflex is als de onderneming geld nodig heeft.

Sterker nog, de uitkering van de verschuldigde aanmerkelijkbelangheffing leidt ook weer tot additionele heffing (dit bedrag kan immers net zo goed niet geleend worden door de DGA), waardoor effectief het vermogen van de onderneming direct geraakt wordt voor 36,8% van de waarde van de 'excessieve' lening.

Het voorgaande liquiditeitsprobleem en overigens de heffing zelf is overigens te voorkomen als de DGA zijn schuld herfinanciert bij de bank. Daarin houdt de DGA immers geen aanmerkelijk belang. Wij verwachten dat dit ook veelvuldig zal gebeuren. Dat levert de bank vervolgens aan twee kanten rendement op. Enerzijds door de rente op de vordering die de vennootschap nu niet meer ontvangt, en anderzijds door de negatieve rente die de vennootschap ontvangt op de cash die ze heeft na aflossing van de lening. Het is ons onduidelijk welk maatschappelijk belang met dit effect is gediend, maar het is wel een logisch gevolg van het wetsvoorstel.

#### **4. Ontbreken zakelijkheidstoets**

Als een DGA naar keuze kan financieren bij een bank of bij zijn vennootschap is er zoals hiervoor reeds betoogd in redelijkheid geen enkele grond om aan te nemen dat financiering bij de vennootschap feitelijk neerkomt op uitstel van een belastingclaim.

Vanuit dat perspectief is het ontbreken van enige mogelijkheid tot tegenbewijs ter zake van de zakelijkheid van de financiering en de gegoedheid van de schuldenaar (de DGA) een serieuze lacune in de regeling te noemen.

Dit niet in de laatste plaats vanwege het feit dat er andere, minder ingrijpende maatregelen denkbaar zouden zijn, bijvoorbeeld het aanbieden van het alternatief van zekerheid aan de Belastingdienst voor de uiteindelijke aanmerkelijkbelangheffing over de lening.

Natuurlijk vergt een zakelijkheidstoets meer capaciteit van de Belastingdienst, maar door als regel in te voeren dat geleend geld een onttrekking vormt tenzij er zakelijke redenen zijn, keert de bewijslast zich in ieder geval om en zal de Belastingdienst alleen nog capaciteit in hoeven te zetten op leningsverstrekkingen waar DGA en vennootschap aan kunnen tonen een bonafide reden hebben voor de verstrekking van de lening. Overigens zou er dan nog steeds een relatief marginale toets moeten worden gehanteerd, om te voorkomen dat de Belastingdienst op de stoel van de ondernemer gaat zitten. Gedacht kan worden aan een toets van het zekerhedenpakket, immers de beste garantie dat nimmer afstel kan plaatsvinden.

#### **5. One size fits all**

Het ontbreken van alle voornoemde mogelijkheden voor een DGA om aan te tonen dat er sprake is van een zakelijke transactie geeft het wetsvoorstel enige zweem van willekeur. De feitelijkheid dat het 'maar om 11.000 DGA's gaat' draagt hier ook in hoge mate aan bij. Het wetsvoorstel scheert die 11.000 DGA's over één kam, alsof het een homogene groep vormt waarbij uitstel of afstel van belastingheffing het enige en leidende motief is voor het bestaan van de lening. Hier hebben wij bezwaar tegen, omdat voor een groot deel (wellicht zelfs het overgrote deel) van die groep namelijk geldt dat het rationele, solvabele en bonafide ondernemers zijn bij wie afstel van belastingheffing op geen enkele wijze een rol speelt en ook uitstel echt niet leidend is bij de vraag hoe men bepaalde privé-investeringen financiert.

Je kunt het een DGA nu eenmaal niet verwijten dat als hij geld moet lenen, hij dat liever doet bij zijn 'eigen' vennootschap die anders een negatief rendement zou maken op die cash, dan bij een bank die op risicoloos kapitaal nog steeds 2% of meer aan rente durft te vragen.

Daar komt nog bij dat, waar in de groep van 11.000 DGA's die geïdentificeerd zijn wél rotte appels zitten, het ook nog overzichtelijk is om hier wel capaciteit van de Belastingdienst op te focussen. Daar is dit wetsvoorstel op zich niet voor nodig.

In zijn huidige vorm heeft het wetsvoorstel dus veel kenmerken van een voorstel om deze groep van 11.000 DGA's gewoon eenmalig fors te belasten. Het is dan ook niet vreemd dat deze DGA's het ervaren als een 'greep uit de kas'. Als daarbij bedacht wordt dat voor hen allen geldt dat de rekening uiterlijk bij hun overlijden onvermijdelijk voldaan wordt, is het ook nog eens de vraag of de overheidsfinanciën op langere termijn wel gebaat zijn met deze maatregel. Zolang de Nederlandse staat echter boekhoudt op kasbasis is dit een probleem van volgende kabinetten. Maar het geeft wel te denken.

## 6. Drempel

Wij hebben ook bezwaar tegen de algemene drempel van EUR 500.000. In veel gevallen waar 'afstel' dreigt is deze drempel naar onze inschatting te hoog. Wij nemen aan dat het niet de bedoeling is de indruk te wekken dat er tot EUR 500.000 gewoon ongebreideld aangerommeld kan gaan/blijven worden, maar een dergelijk signaal zou hier wel in gelezen kunnen worden, zeker nu het wetsvoorstel zo dringend wijst op het probleem van gebrek aan controlecapaciteit bij de Belastingdienst. Wij vinden dat zorgwekkend.

Het bevreemdt ons ook dat het wetsvoorstel geen cijfers bevat over de bedragen waar afstel daadwerkelijk een rol speelt. Er wordt wel een algemene suggestie gewekt dat het probleem met name zit bij de DGA's die meer dan EUR 500.000 lenen, maar dit wordt nergens onderbouwd. Om helder te krijgen welk probleem het wetsvoorstel oplost, is het belangrijk inzicht te krijgen in situaties waar afstel een rol speelt. Wat is bijvoorbeeld gemiddeld het bedrag per geval waar afstel speelt? Daarnaast zou het voor nut en noodzaak van het wetsvoorstel ook dienstbaar zijn om inzichtelijk te krijgen in hoeveel gevallen afstel speelt bij leningen tot EUR 500.000 en in hoeveel gevallen meer dan EUR 500.000. Dit wetsvoorstel treft immers uitsluitend de tweede categorie van potentieel afstel.

Als deze gegevens laten zien dat afstel in het overwegende aantal van de gevallen bij bedragen onder de EUR 500.000 speelt (wat ondergetekenden eerlijk gezegd wel verwachten), dan zou dit eveneens suggereren dat het wetsvoorstel sterker gericht is tegen uitstel dan tegen afstel. Het is naar onze mening belangrijk dat het parlement, alvorens zij beslist, ook beschikt over dit soort gegevens, omdat wij ons in kunnen denken dat het parlement minder fel gekant is tegen bonafide uitstel dan malafide afstel.

Het voorgaande pleit er overigens ook voor dat de drempel niet gefixeerd wordt, maar gerelateerd wordt aan een indicator die meer zegt over de 'gegoedheid' van de schuldenaar, de DGA. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een drempel die gerelateerd is aan de waarde van het bezit van de DGA in Box 1 en Box 3<sup>1</sup>. Voor dat bedrag bezit de DGA immers terugbetalingscapaciteit en is de kans op 'afstel' uitermate gering. Wij onderkennen overigens dat dit iets complexer is dan een algemene drempel, maar het heeft wel als significant voordeel dat ook 'kleinere' DGA's die lenen voor consumptieve bestedingen en dus een risico op 'afstel' opleveren effectief aangepakt kunnen worden, terwijl tegelijk bonafide DGA's die ruimschoots in staat zijn hun leningen af te lossen, niet onredelijk getroffen worden in hun keuzevrijheid om zich bij de eigen vennootschap in plaats van een derde te financieren.

---

<sup>1</sup> Box 2 moet hier wat ons betreft buiten beschouwing worden gelaten, maar eventueel zou 100% -/- 26,9% van de waarde van het aanmerkelijk belang (de nettowaarde na betaling van de aanmerkelijkbelangclaim) wel als dekking kunnen worden gezien.

Het voordeel van de flexibele drempel is voorts dat de bewijslast van de hoogte van de drempel rust op de DGA. Die moet immers zijn 'gegoedheid' aantonen. Daarmee is de impact op de toezichtscapaciteit voor de Belastingdienst beperkt. De budgettaire impact achten wij ook beperkt, aangezien de eventuele lagere (acute) opbrengst uit bonafide DGA's aannemelijkerwijs gedekt wordt uit de meeropbrengst bij de kleinere malafide DGA's. Voor het overige merken wij op dat het argument dat een bonafide DGA die goed is voor het geleende geld toch moet afrekenen, omdat er anders een niet voorziene budgettaire impact zou zijn, op weinig sympathie kan rekenen van de praktijk en naar wij verwachten ook niet van het parlement.

## 7. Handhavingstekort bij afstel

Naast het hiervoor reeds gesignaleerde handhavingstekort dat dreigt door de arbitraire drempel van EUR 500.000, schiet het voorstel naar de mening van ondergetekenden ook in andere opzichten tekort in het voorkomen van afstel. In de literatuur is bijvoorbeeld gewag gemaakt van het 'ronkende' voorbeeld van een DGA die zich zes jaar na het aangaan van de lening meldt bij de Belastingdienst met de droge mededeling dat het nooit een lening is geweest en dat voor navordering in het jaar van aangaan van de lening geen ruimte meer is door verjaring. Ondergetekenden zijn ervan overtuigd dat in een dergelijke situatie de maatschappij sterk gediend is met een niet of minder in de tijd beperkte navorderingsbevoegdheid voor de Belastingdienst, aangezien dit in grote mate indruist tegen het maatschappelijk rechtvaardigheidsgevoel.

Wij merken wel nadrukkelijk op dat het huidige wetvoorstel niets bijdraagt aan die discussie, het voorkomt hooguit dat DGA's nu nog een begin maken met een dergelijke opzet, omdat het in 2022 alsnog fout gaat, zij het alleen voor het meerdere boven de EUR 500.000. Daaronder kunnen malafide DGA's gewoon hun gang blijven gaan. Wij achten dit onwenselijk en bevelen u van harte aan dit handhavingstekort in te vullen.

## 8. Overkill bij onbeclaimde situaties

Het wetsvoorstel onderkent dat in gevallen van migratie, waarbij de immigrant een 'step-up' krijgt, uitstel van belastingheffing kort gezegd geen rol kan spelen bij het 'excessief lenen', als gevolg waarvan de wetgever deze categorie belastingplichtigen de facto uitsluit van de uitkeringsregel. De wijze waarop vinden wij overigens onnodig complex, maar hierover volgt later meer.

Het bevreemdt ondergetekenden dat diverse andere situaties waarbij uitstel geen rol speelt, niet afgedekt worden. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan erfopvolgingen waarbij ter zake van de vererving is afgerekend over de aanmerkelijkbelangwinst of situaties waarbij historisch al sprake is van een hoge verkrijgingsprijs, omdat de DGA zelf veel in de onderneming heeft geïnvesteerd.

Er kunnen legio redenen zijn waarom de DGA en de onderneming ondanks de hoge verkrijgingsprijs toch besluiten een leningsovereenkomst aan te gaan in plaats van kapitaal af te stempelen. Het is voor ondergetekenden dan ook onbegrijpelijk dat het wetsvoorstel er in die situatie toe leidt dat er een uitkering wordt aangenomen die belast is met aanmerkelijkbelangheffing, zeker in situaties waar de 'vervreemdingskorting' er uiteindelijk toe leidt dat een verlies uit aanmerkelijk ontstaat bij vervreemding.

Ter illustratie een voorbeeld:

*Een DGA erft een aanmerkelijk belang met een waarde van EUR 10.000.000. Ten tijde van de vererving is afgerekend over de aanmerkelijkbelangwinst bij de erflater, dus de verkrijgingsprijs voor de DGA is ook EUR 10.000.000. De DGA verkrijgt daarnaast een vastgoedportefeuille met een waarde van EUR 10.000.000, waar vanuit de vennootschap nog een schuld van EUR 5.000.000 op rust met hypothecaire zekerheid.*

*Evident is dat op de schuld van de DGA van EUR 5.000.000 aan de vennootschap geen fiscale claim rust. Immers, de verkrijgingsprijs voor de DGA is gelijk aan de waarde van de vennootschap.*

*Het wetsvoorstel leidt er echter toe dat de DGA in 2022 een uitkering moet incasseren van EUR 4.500.000 tegen 26,9%. De EUR 4.500.000 wordt aangemerkt als 'vervreemdingskorting'.*

*Vervolgens overlijdt de DGA in 2024. Er wordt wederom afgerekend. De waarde van de vennootschap is op dat moment nog steeds EUR 10.000.000, immers de volwaardige vordering ad EUR 5.000.000 is er nog steeds. De verkrijgingsprijs is ook EUR 10.000.000, dus er is geen enkele fiscale claim. De vervreemdingskorting van EUR 4.500.000 gaat hierdoor ongebruikt teniet.*

Uiteraard zouden de DGA en de vennootschap ervoor kunnen opteren om in 2021 de schuld als kapitaal terugbetaling over te maken aan de DGA. Maar wat als dat simpelweg niet kan, omdat het bestuur van de vennootschap daaraan niet wil meewerken, bijvoorbeeld omdat de DGA niet de enige aandeelhouder is, of simpelweg omdat de DGA en de vennootschap dat niet willen?

Het voorgaande voorbeeld signaleert duidelijk dat het wetsvoorstel overkill bevat ter zake van onbeclaimde winstreserves, die ook nog eens kan leiden tot belastingheffing die in dat geval gevaarlijk dicht komt bij onteigening, omdat enige rechtvaardiging voor de heffing ontbreekt.

Dit ook nog eens, terwijl er een eenvoudige oplossing is voor het hiervoor gesignaleerde probleem, namelijk om de drempel voor wat als 'excessief' wordt beschouwd, ten minste te stellen op de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang. Let op, wij suggereren dus niet de verkrijgingsprijs plus EUR 500.000, maar het hogere van (i) de algemene drempel (voor zover dat gewenst is) en (ii) de verkrijgingsprijs.

## 9. Dubbele heffing

De systematiek met de vervreemdingskorting kent nog een aantal grote bezwaren. Allereerst ziet de vervreemdingskorting alleen op 2022, terwijl de fictieve uitkering ook in latere jaren kan plaatsvinden. Het is voor ondergetekenden onbegrijpelijk waarom een fictieve uitkering in 2022 wél leidt tot een later lager vervreemdingsvoordeel, maar een fictieve uitkering in 2023 of latere jaren niet. Wij veronderstellen voorzichtig dat dit een omissie is, omdat wij niet kunnen geloven dat de wetgever dubbele heffing zonder meer accepteert, maar stellen wel vast dat de tekst anders suggereert.

Het valt ons voorts op dat het wetsvoorstel geen enkele regeling bevat inzake voorkoming van dubbele belastingheffing over reguliere voordelen. Wij bedoelen hiermee de situatie dat in 2022 een lening als excessief wordt aangemerkt en een fictief voordeel wordt aangenomen, terwijl in 2023 de lening daadwerkelijk als dividend wordt uitgekeerd aan de DGA. De lening wordt dan dubbel belast, terwijl de DGA in 2023 juist doet wat de wetgever graag ziet, het terugdringen van zijn schulden bij de BV. Het zou voor de praktijk welkom zijn als er voor dit soort situaties een regeling wordt getroffen langs de lijn van artikel 4.12a IB.

Wij stellen – ook in samenhang met het voorgaande punt over onbeclaimde reserves – een vereenvoudiging aan het wetsvoorstel voor, namelijk om de nieuwe fictieve uitkering gelijke pas te laten houden met andere fictieve rendementsregelingen, met name de regels die gelden voor een aanmerkelijk belang in een VBI. Bij een VBI regelt artikel 4.14 IB dat jaarlijks een fictief rendement wordt aangegeven in Box 2. In de mate dat dit rendement niet daadwerkelijk aan het aanmerkelijk belang wordt onttrokken, regelt artikel 4.27 IB vervolgens dat het bedrag aan fictief rendement wordt opgeteld bij de verkrijgingsprijs. In samenhang met een aan artikel 4.12a IB gelijkende bepaling levert dit een gesloten systeem op.

Er is naar de mening van ondergetekenden geen enkel juridisch inhoudelijk argument waarom een voordeel uit hoofde van het voorgestelde artikel 4.14a IB niet op gelijke wijze kan leiden tot het verhogen van de verkrijgingsprijs. Als vervolgens in artikel 4.14a IB wordt opgenomen dat als bovenmatige schulden slechts een bedrag in aanmerking wordt genomen dat het hogere van ofwel (i) EUR 500.000 ofwel (ii) de verkrijgingsprijs is, wordt ook meteen voorkomen dat als de schuld na 2022 toeneemt, alleen dat meerdere nog als uitkering wordt

aangemerkt. Hierdoor wordt artikel 4.14b lid 1, artikel 4.14c en artikel 10a.22 IB naar mening van ondergetekenden volkomen overbodig, hetgeen ook nog eens de eenvoud dient.

Wij sluiten niet uit dat deze vereenvoudiging een minimale budgettaire impact kan hebben, maar aangezien deze budgettaire impact enkel het gevolg is van het wegnemen van een element uit de regeling dat neerkomt op onteigening veronderstellen wij dat dit nimmer een argument kan vormen om de vereenvoudiging niet door te voeren.

## 10. Overkill in gedeelde bezitssituaties of situaties van in- en doorlenen

Het wetsvoorstel gaat ervanuit dat leningen van een DGA en zijn partner, indien zij excessief zijn, leiden tot een voordeel bij de DGA voor het volle bedrag. Wederom, in de mate dat dit leidt tot afstel van heffing klinkt het allicht logisch om de DGA die het genot heeft gehad van de verschaftte lening ook volledig in de heffing te betrekken.

Dit uitgangspunt is echter wel volledig in strijd met de juridische en economische werkelijkheid als de DGA bijvoorbeeld een aandelenbezit heeft dat niet tenminste de waarde heeft van het geleende bedrag. Let op: Waar die waarde lager is als enkel gevolg van een aanstaande afwaardering van de vordering op de DGA (lees: afstel) kunnen wij ons volledig vinden in acute heffing over de gehele lening. Dat soort situaties bedoelen wij hier echter niet.

Wij doelen op volstrekt legitieme situaties waarbij de DGA meer heeft geleend van de vennootschap dan waar hij recht op heeft bij liquidatie. Dat komt in de praktijk gewoon voor en leidt tot hele vreemde uitkomsten. Twee voorbeelden:

*Een vennootschap is EUR 2.000.000 waard. De DGA heeft 25% van de aandelen met een verkrijgingsprijs van nihil, maar heeft EUR 1.500.000 geleend van de vennootschap onder zakelijke condities en geïnvesteerd in zijn IB-onderneming. Hij had dit ook kunnen lenen bij een bank. In 2022 wordt hij aangeslagen voor een voordeel van EUR 1.000.000, namelijk het excessieve deel van 'zijn' lening. In 2024 wordt uit de opbrengsten van de IB-onderneming de lening terugbetaald en de vennootschap geliquideerd. De DGA realiseert in 2024 een opbrengst van EUR 500.000. Op grond van het wetsvoorstel is hij afgerekend over EUR 1.000.000 aan resultaat, waar hij nooit meer dan EUR 500.000 heeft genoten. Het restant van de verveemdingskorting ad EUR 500.000 gaat teniet.*

En voorbeeld 2:

*Een DGA heeft een aanmerkelijk belang in een vennootschap met waarde van EUR 1.000.000 en een verkrijgingsprijs van nihil. De vennootschap belegt in onroerend goed, met een waarde van EUR 4.000.000 en heeft een vordering op de DGA van EUR 3.000.000, waarmee de DGA ook onroerend goed heeft gekocht met een waarde van EUR 6.000.000. De vennootschap heeft EUR 6.000.000 bankschuld, met een hypotheekrecht op zowel het door de vennootschap als privé gehouden onroerend goed (10.000.000 aan onderpand). In 2022 krijgt de DGA een fictief rendement van EUR 2.500.000. In 2024 wordt al het vastgoed verkocht, de schulden afgelost en de vennootschap geliquideerd. Bij de liquidatie realiseert de DGA een verveemdingsvoordeel van EUR 1.000.000, dit is onbelast door de verveemdingskorting, maar de resterende verveemdingskorting as EUR 1.500.000 gaat teniet.*

In beide gevallen is de DGA in 2022 belast over een voordeel dat hij nooit geniet. Dit signaleert een grote misvatting in het wetsvoorstel, namelijk dat lenen uit de vennootschap altijd gericht is op uitstel en dat er nooit situaties kunnen zijn waar de lening gewoon wordt terugbetaald. In de voorgaande voorbeelden is dit duidelijk niet het geval. In het eerste voorbeeld mag aangenomen worden dat de twee aandeelhouders allebei geloven in de onderneming van de DGA, in het tweede voorbeeld is feitelijk sprake van een zogenoemd 'paraplukrediet'.

Ook als de wetgever ons versimpelde voorstel volgt, is het voorgaande probleem niet opgelost. Feitelijk dwingt de wetgever hier tot verdergaande maatregelen, zoals bijvoorbeeld herfinanciering, verkoop van activa of zelfs

verkoop van de aandelen voor 2021. Allemaal serieuze ingrepen in de ondernemings sfeer zonder dat daarmee enig legitiem heffingsbelang is gediend.

Dat levert problemen op in de praktijk, omdat je bijvoorbeeld niet weet of er een koper is voor de activa of de aandelen, en als er wel een koper is, heeft de DGA een reëel risico dat de koper van het belang het grote probleem van de DGA meeweegt in de prijsbepaling.

Het voorgaande voorbeeld pleit er eens te meer voor dat de drempel van EUR 500.000 te rigide is, maar daarnaast toont het ook aan dat er behoefte is aan een zekere tegenbewijsmogelijkheid. Mocht de DGA in redelijkheid kunnen aantonen dat het fictieve rendement hoger is dan de daadwerkelijke claim, dan moet het fictieve rendement beperkt kunnen worden tot de daadwerkelijke claim. Hiertoe moet de belastingplichtige een verzoek kunnen doen.

## 11. Verliescompensatie

De voorgaande voorbeelden laten duidelijk zien dat er door het naar voren halen van de heffing situaties kunnen ontstaan waarbij uiteindelijk sprake is van verliezen uit aanmerkelijk belang. Het wetsvoorstel houdt hier op geen enkele wijze rekening mee, sterker nog, de toelichting op de 'vervreemdingskorting' stelt zelfs dat het maximaal tot een vervreemdingsvoordeel van nihil van de vervreemdingskorting een bewuste keuze is, omdat anders 'belastingafstel (...) alsnog tot uiting' zou komen.

Voorgaande voorbeelden signaleren echter duidelijk dat ook waar afstel en uitstel geen rol spelen, verval van de vervreemdingskorting kan optreden en in onze visie is dat hetzelfde als een verlies uit aanmerkelijk belang lijden.

Als onze aanbeveling ten aanzien van de gegoedheid van de DGA niet wordt overgenomen, blijft dit risico bestaan, ook als alle andere maatregelen wel worden overgenomen. Een voorbeeld:

*Een DGA leent in een toptijd EUR 1.000.000 van de vennootschap voor een belegging in vastgoed. EUR 500.000 wordt in 2022 aangemerkt als excessief en belast. In 2023 raakt de onderneming in zwaar weer. De DGA verkoopt het vastgoed en lost de lening af om liquiditeit te verschaffen aan de onderneming. Het mag niet baten en in 2024 gaat de onderneming failliet. De DGA krijgt niets. De vervreemdingskorting van EUR 500.000 gaat teniet.*

Welbeschouwd heeft in dit scenario net als in de hiervoor geschetste scenario's, ongeacht de suggestie in het conceptvoorstel, de DGA nooit 'in privé over uit zijn vennootschap afkomstige financiële middelen' beschikt. Hij had een schuld en die heeft de DGA netjes betaald. Maar er is wel 26,9% aanmerkelijk belangheffing betaald over een fictieve uitkering in 2022, wat in 2024 leidt tot een verlies dat de DGA nooit meer kan compenseren.

In beginsel speelt het voorgaande ook bij andere fictieve rendementen, zoals bij de VBI, maar daar krijgt de DGA dan tenminste nog de kans het verlies goed te maken in de zes jaar na liquidatie. Daarnaast gaat het bij de VBI alleen om een fictief rendement over de waarde van het aanmerkelijk belang, waardoor de kans dat de werkelijke waarde van het aanmerkelijk belang ver onder de verkrijgingsprijs komt te liggen aanzienlijk minder groot is.

Bij het aannemen van een fictieve uitkering van activa zoals nu voorgesteld, ligt dat heel anders. Ondergetekenden menen dan ook dat als een verlies uit aanmerkelijk belang veroorzaakt wordt doordat er een fictieve uitkering van een excessieve lening is geweest, terwijl die lening nadien is afgelost, directe teruggaaf van de eerder betaalde aanmerkelijkbelangheffing aan de orde zou moeten zijn.

Het kan niet zo zijn dat materieel onverschuldigde belasting niet wordt terugbetaald, omdat de wetgever geen rekening lijkt te willen houden met de meer dan reële mogelijkheid dat 'excessieve schulden' gewoon worden terugbetaald.



Ter voorkoming van enig misverstand: Natuurlijk is compensatie uitsluitend aan de orde als het uiteindelijke verlies uit aanmerkelijk belang uiteraard niet veroorzaakt is door het (moedwillig) onvolwaardig worden van de excessieve lening.

## 12. Internationale- en EU-aspecten

### 12.1. Ontstaan binnenlandse belastingplicht

In artikel 4.14c, lid 1, Wet IB is opgenomen dat ingeval een belastingplichtige in Nederland gaat wonen, het maximumbedrag wordt gesteld op het (nominale) bedrag van de op het tijdstip van de immigratie aanwezige schulden van de belastingplichtige, doch ten minste op EUR 500.000. De gedachte hierachter is dat op deze wijze in het buitenland als lening onttrokken gelden niet in de Nederlandse heffing worden betrokken. Voor de waarde van de aandelen in de buitenlandse vennootschap krijgt de immigrerende aanmerkelijkbelanghouder immers een step up.

Wij begrijpen niet waarom datzelfde argument niet opgaat voor latere additionele leningen uit reeds bij immigratie bestaande reserves. Immers, die reserves zijn net zo goed onbeclaimd. Feitelijk wordt de immigrerende aanmerkelijkbelanghouder hier gemotiveerd om direct voorafgaand aan de immigratie zoveel mogelijk te lenen van zijn vennootschap, om zodoende kunstmatig het maximumbedrag te vergroten. Wederom kan dit arbitraire probleem eenvoudig opgelost worden door voor het maximumbedrag aan te sluiten bij de verkrijgingsprijs.

Overigens vinden wij het jammer dat dit wetsvoorstel niet is aangegrepen om de hele immigratieregeling nog eens tegen het licht te houden, met name vanuit het perspectief dat de step down voor buitenlandse belastingplichtigen met een Nederlands aanmerkelijk belang en voor remigranten op gespannen voet staat met EU-recht. In de mate dat er nog openstaande conserverende aanslagen zijn, is dat misschien nog te billijken, maar in alle overige situaties feitelijk niet. Het feit dat dit nu ook wordt uitgebreid naar de bepaling van het maximumbedrag maakt dit bepaald geen minder groot probleem.

### 12.2. Binnenlandse belastingplicht, buitenlandse vennootschap

In de situatie waarin een natuurlijke persoon die in Nederland woont, een aanmerkelijk belang heeft in een in het buitenland gevestigde vennootschap, kan het wetsvoorstel leiden tot dubbele heffing.

We zullen dit wederom aan de hand van een voorbeeld illustreren.

*DGA, een natuurlijke persoon die in Nederland woont, heeft een aanmerkelijk belang in een in het buitenland gevestigde vennootschap met een waarde van EUR 1.000.000 en een verkrijgingsprijs van nihil. DGA heeft een schuld aan vennootschap van EUR 1.000.000. Het bovenmatige gedeelte van de schulden ad EUR 500.000 wordt in 2022 als uitgekeerd aangemerkt. Ter zake van die uitkering is in het buitenland geen dividendbelasting ingehouden, aangezien het buitenland geen vergelijkbare regel kent. In 2024 wordt vennootschap geliquideerd en wordt op de liquidatieuitkering conform het verdrag 15% ingehouden door het buitenland. Nederland behoort deze EUR 150.000 te verrekenen, maar heft zelf in 2024 slechts EUR 125.000, aangezien de vervreemdingskorting wordt toegepast en het belastbare voordeel dus maar EUR 500.000 bedraagt. EUR 25.000 aan bronheffing blijft dus onverrekenend op grond van de zogenoemde 'tweede limiet', waar verrekening wel mogelijk zou zijn geweest als niet reeds in 2022 een deel van de liquidatieuitkering belast zou zijn geweest als fictief rendement.*

Abstraherend van de vraag of het Nederland in een internationale context vrij staat om de heffing over de excessieve lening naar voren te halen, staat het Nederland naar de mening van ondergetekenden in ieder geval niet vrij om daar impliciet de consequentie aan te verbinden dat geen volledige verrekening meer wordt gegeven van buitenlandse bronbelasting, terwijl Nederland zich daar in de context van een belastingverdrag wel toe heeft verplicht.

29 maart 2019  
Pagina 10/10

Wij bevelen dan ook aan om voor deze situatie een regeling te treffen. De meest eenvoudige oplossing lijkt ons om de feitelijk geheven belasting over het eerdere fictieve voordeel te betrekken in de berekening van de 'tweede limiet'.

**13. Tot slot**

Wij danken u voor de mogelijkheid om op het voorstel te reageren. Wij verzoeken u om onze reactie mee te nemen in het verdere wetgevingsproces.

Hoogachtend,

Marnix Veldhuijzen  
Partner  
Dentons Europe LLP

Loan Nguyen  
Associate  
Dentons Europe LLP