

REACTIE

Op de consultatie 'Wet excessief lenen bij eigen vennootschap'

Auteur: mr. H.Ph. Ruys

Datum: 31 maart 2019

Samenvatting

- Het probleem van lenen of 'excessief lenen' bij de eigen bv is niet zo groot als het voorstel wil doen geloven
- Uitvoeringsproblematiek onder de huidige wetgeving is eenvoudiger aan te pakken
- De voorgestelde fictie zal waarschijnlijk leiden tot nieuwe arbeidsintensieve discussies, neemt toezichtscapaciteit in beslag en leidt tot forse verzwarende van financiële en administratieve lasten voor ondernemers
- Het effect van de voorgestelde maatregel is mogelijk beperkt
- De voorgestelde maatregel leidt tot nieuwe ontwijkingsdiscussies
- Indien de maatregel wordt ingevoerd zou deze moeten worden beperkt tot box 3-schulden
- Indien de maatregel wordt ingevoerd zou een (tijdelijke) faciliteit in de overdrachtsbelasting moeten worden gecreëerd

Algemeen

Het is de vraag of het probleem van lenen bij de eigen bv wel zo groot is als het wordt voorgesteld. Immers, een dga die € 1 miljoen leent van zijn bv zal hierover rente moeten vergoeden. Stel hij vergoedt 4% en lost niet af, dan realiseert de bv jaarlijks € 40.000. Daarover wordt 20% belasting betaald; € 8.000 derhalve. De schatkist 'mist' de aanmerkelijkbelangheffing over € 1 miljoen, dus € 250.000, maar krijgt daarvoor in de plaats elk jaar € 8.000. Dat is geen slechte uitruil. Anders gezegd; een belegger zal een jaarlijks rendement van 3,2% over een investering van € 250.000 doorgaans zeker op prijs stellen; waarom de overheid niet? Van belastingafstel is in elk geval geen sprake. Kan het ministerie van Financiën aangeven wat nu eigenlijk de urgentie is om deze regeling in het leven te roepen?

Onderbouwing

Sinds jaar en dag maken honderdduizenden ondernemers in Nederland gebruik van een of meer bv's voor hun ondernemingsactiviteiten. Dit stelsel dat gestoeld is op civiel recht geeft hen een status aparte binnen het Nederlandse belastingrecht en de fiscale wetgeving is hierop ingericht. Dit is een ontwikkeling geweest gedurende vele decennia, met een laatste grote herziening in 1997. Nooit is hierbij het lenen of 'excessief' lenen van de bv door de dga als een probleem gesignaleerd. Het is geaccepteerd als een normaal gevolg van de bewuste systeemkeuze. Gegeven het bovenstaande onder 'Algemeen' is het ook niet of nauwelijks een probleem en zou men kunnen volstaan met (uitvoerings)regels omtrent een normale rente, aflossing en zekerheden. Uit de concept Memorie van Toelichting wordt niet duidelijk waarom juist nu tot deze maatregel zou moeten worden besloten. De concept Memorie van Toelichting geeft aan dat op het vlak van het lenen van de eigen bv arbeidsintensieve discussies plaatsvinden die veel toezichtscapaciteit vergen. Kennelijk verleent

MR. H.P.H. RUYS

de Belastingdienst hier prioriteit aan een onderwerp waarvan de urgentie op zijn minst te relativeren is. Bovendien kan veel van die discussie worden voorkomen door richtlijnen te geven – zoals hiervoor ook aangegeven – met het oog op de zakelijkheid van een lening. Het lijkt erop dat de Belastingdienst hier – zoals helaas vaker voorkomt – op de stoel van de wetgever is gaan zitten in plaats van zich louter op de uitvoering te concentreren.

Opnieuw een fictie

Indien de Regering werkelijk van mening is dat het ‘excessief lenen’ door aanmerkelijkbelanghouders een probleem is dat moet worden aangepakt, dan is dat politieke keuze. Het is echter de vraag of een nieuwe fictie zoals in het voorliggende concept wetsvoorstel is vervat hiervoor de juiste maatregel is. Inbreuken op het stelsel door middel van een fictie zijn niet ongebruikelijk en in de sfeer van het aanmerkelijk belang is dit eerder gedaan, bijvoorbeeld bij de grote herziening van het aanmerkelijkbelangregime in 1997 door middel van invoering van het gebruikelijk loon en de terbeschikkingstellingsregeling. Beide ogenschijnlijk overzichtelijke regelingen bleken in de uitvoering zeer complex en weerbarstig te zijn en hebben sinds hun invoering geleid tot veel rechtspraak en wijzigingen in wet en uitvoeringsregelingen. Bovendien hebben zij geleid tot forse verzwarende administratieve lasten bij belastingplichtigen en uitvoeringslasten bij de Belastingdienst. In hoeverre zijn deze ook bij deze nieuwe fictie waarschijnlijke effecten onderdeel geweest van de afweging?

Gevolgen voor dga's en schatkist

Door de invoering van de maatregel zal een groot aantal dga's hun toevlucht nemen tot leningen bij derden, met name banken, teneinde niet met forse heffingen over dividend (het excessieve deel van een lening) te worden geconfronteerd. De (kas)reserves in hun bv's zullen ongetwijfeld als zekerheid dienen voor deze leningen, hetgeen mogelijk leidt tot nieuwe fiscale ontwijkingsdiscussies. De winst over de – waarschijnlijk hogere – rente zal door de banken worden opgestreken. De dga's zullen geconfronteerd worden met hogere kosten en hogere administratieve lasten. Voor de schatkist is er in die gevallen niet of nauwelijks een voordeel. Het voordeel van heffing van inkomstenbelasting over het excessieve deel van een lening is voor de schatkist betrekkelijk. De heffing zal door de meeste ondernemers als onrechtvaardig worden beschouwd omdat het een inbreuk is op het systeem en vanwege alle hiervoor vermelde aspecten van doelmatigheid en effectiviteit. Bovendien hebben ondernemers die een groot bedrag aan dividendenbelasting moeten betalen domweg minder geld om te investeren. De investeringskracht van het mkb neemt dus af.

Uitzondering voor leningen in box 1 en box 2

Het lenen bij de eigen BV is een fenomeen dat het algemeen is geaccepteerd en blijkbaar ziet ook de Regering dat zo, gezien de voorgestelde 'vrijstelling' van € 500.000 en de uitzondering voor eigenwoningleningen. Dit wordt nu op basis van tamelijk arbitraire keuzes fiscaal beperkt. Daarbij wordt vreemd genoeg geen rekening gehouden met het doel waarvoor de dga een lening bij hun bv afsluiten. Dit lijkt veel verder te gaan dan het doel waarvoor de maatregel eigenlijk wordt voorgesteld. Het 'beschikken in privé' staat in de Memorie van Toelichting centraal. Een deel van de leningen wordt echter aangegaan voor investeringen in ondernemingen, in box 1 of in box 2. Evenals de eigenwoningleningen zouden deze leningen moeten worden uitgezonderd van de maatregel. Het uitzonderen van de eigenwoningleningen is blijkbaar gestoeld op de gedachte dat hiermee een bron van inkomen (althans fiscaal) wordt gefinancierd. Dit geldt temeer voor een investering in een IB-onderneming of in een aanmerkelijk belang. Dit kan zeer eenvoudig worden bereikt door de maatregel alleen toe te passen op schulden van de aanmerkelijkbelanghouder aan zijn bv in box 3.

Ontwikking en uitvoeringsproblematiek

De dga die in vastgoed belegt kiest vaak voor privé omdat box 3 nu eenmaal een lager belast regime inhoudt, met name wanneer de vermogenswinsten worden meegenomen in de berekening. Worden dga's gedwongen om via de bv te beleggen, dan zullen zij in veel gevallen ervoor kiezen om koopopties vast te leggen teneinde de vermogenswinst in privé te realiseren. Zo een optie kan de bv niet gratis verstrekken; er zal een zakelijke optiepremie moeten worden bepaald. Over die bate wordt vennootschapsbelasting geheven, maar dat zal niet meer hoeven te zijn dan de heffing over de rente wanneer de dga het geld leent van zijn bv. Voor de dga dus lood om oud ijzer. Hetzelfde zullen dga's gaan doen waar het beleggingen in aandelen betreft. Dit zal ongetwijfeld discussies oproepen over de zakelijkheid van de optietransacties, c.q. de hoogte van de optiepremie. Het is dus de vraag of dit ontwerp wetsvoorstel in het kader van werklast voor de belastingdienst wel een oplossing biedt. Ook is het de vraag of het beoogde resultaat wordt bereikt, wat dat ook moge zijn. De maatregel zal ongetwijfeld slecht vallen bij ondernemers en als onrechtvaardig en onredelijk worden beschouwd en een inbreuk op de rechtszekerheid. In combinatie met het complexer worden van de wet- en regelgeving nodigt dit uit tot nieuwe ontwijkingsconstructies, die zich moeilijk laten voorspellen.

Vaststellingsovereenkomsten

Volgens de ontwerp Memorie van Toelichting komen vso's die zien op een totaal aan schulden van minder dan € 500.000 niet te vervallen, terwijl het, zoals het ontwerp ook aangeeft, gebruikelijk is dat een vso vervalt wanneer gedurende de looptijd sprake is van een relevante wetswijziging voor de aanmerkelijkbelanghouder. Enige mate van opportunisme kan de fiscus natuurlijk niet worden verweten. Maar betekent dit nu werkelijk dat de inspecteur de dga zal gaan houden aan afspraken over het afbouwen van een schuld en nieuwe leningen tot € 500.000 niet meer toestaat, terwijl deze volgens het ontwerp wetsvoorstel niet excessief zijn en dus toegestaan? Kan het ministerie van Financiën aangeven waar deze gedachtegang c.q. houding op is gebaseerd?

Overgangsproblematiek en overdrachtsbelasting

Leningen aflossen is soms moeilijk, bijvoorbeeld wanneer privé in vastgoed is belegd met een lening van de eigen bv; iets wat veelvuldig gebeurt. Dan zou de dga op zoek kunnen gaan naar een externe financier; een bank bijvoorbeeld. De bank zou hem wellicht ter wille zijn, maar de dga wordt hiermee wel op kosten gejaagd, zoals eerder betoogd. Ook zou hij ervoor kunnen kiezen het vastgoed ter aflossing van de schuld over te dragen aan de vennootschap. Maar dan loopt hij aan tegen de overdrachtsbelasting van 2% of 6%. Ik pleit er dan ook voor hiervoor een faciliteit in het leven te roepen die het mogelijk maakt dat een dga vastgoed belastingvrij kan overdragen aan zijn bv. Een soortgelijke regeling heeft ook in 2010 bestaan. Dga's die voor de lange termijn hebben belegd in vastgoed met een lening van de bv zouden hiermee minder nadeel ondervinden van de wetswijziging.

mr. H.Ph. Ruys

ruys@belastingacademie.net

+ 31 6 53774096