

Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

Van HVK Stevens Belastingadvies
Aan Ministerie van Financiën
Datum 31 maart 2019

HVK Stevens maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het concept wetsvoorstel voor de Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap.

Op basis van het wetsvoorstel moeten ab-houders vanaf 2022 box 2-belasting betalen over leningen van hun vennootschap, voor zover die leningen aan het einde van het kalenderjaar meer bedragen dan € 500.000. Het meerdere wordt in de vorm van een fictief regulier voordeel als inkomen uit ab in box 2 in aanmerking genomen. De reden is dat door het uitstel van heffing dat thans mogelijk is, afstel van belastingheffing dreigt. Naar onze mening is het risico van afstel echter onvoldoende onderbouwd. Er wordt immers geen inzicht gegeven in de omvang van de schulden per belastingplichtige in verhouding tot de waarde van de activa. Deze verhouding is een belangrijke indicator voor het risico dat een ab-houder zijn schulden niet kan terugbetalen

Naar onze mening geeft de conceptwet in haar huidige vorm aanleiding tot het geven van onderstaand technisch commentaar.

1. Fictief regulier voordeel

Om dubbele heffing te voorkomen wordt, wanneer een bovenmatige schuld als fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen, dit deel van de schuld opgeteld bij de drempel voor het vaststellen van de bovenmatige schuld (artikel 4.14.b, lid 1, Wet IB 2001). Het fictieve reguliere voordeel verlaagt de schuld aan de BV niet. Civielrechtelijk blijft de schuld volledig in stand.

Wanneer op een later moment een reguliere dividenduitkering plaatsvindt om de bovenmatige schuld af te lossen, is deze dividenduitkering regulier belast in box 2. Ook indien de schuld wordt afgelost en de BV uit de verkregen liquiditeiten een dividenduitkering doet, dan is deze regulier belast in box 2. Naar onze mening is dit onterecht. De uitkering van dividend om een reeds belaste bovenmatige schuld te kunnen terugbetalen zou belastingvrij moeten kunnen plaatsvinden om dubbele belastingheffing te voorkomen. Het voorkomen van de dubbele heffing zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door de verkrijgingsprijs van de aandelen te verhogen met het fictief regulier voordeel dat in aanmerking is genomen.

Het risico zou hierbij kunnen bestaan dat door een verhoging van de verkrijgingsprijs, later een (hoger) verlies genomen kan worden door de ab-houder. Dit kan het geval zijn indien de lening niet wordt terugbetaald en de vennootschap failliet gaat of geliquideerd wordt. Wanneer de ab-houder dit verlies kan verrekenen, heeft hij mogelijk effectief geen belasting betaald over het bovenmatige deel van de schuld.

Wij zien dit risico maar pleiten voor een specifieke maatregel die verliesneming voorkomt voor zover reeds een fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen in verband met een bovenmatige schuld terwijl en voor zover de bovenmatige schuld in waarde is gedaald bij de BV. Zodoende wordt dubbele heffing voorkomen, terwijl tegelijk wordt voorkomen dat het fictief regulier voordeel effectief niet wordt belast bij een faillissement of liquidatie.

2. Toerekening bovenmatig deel schuld van een verbonden persoon

Wanneer een met de ab-houder verbonden persoon die zelf geen ab-houder is een bovenmatige schuld heeft, dan zal het bovenmatige deel van de schuld in aanmerking worden genomen bij de ab-houder. Er kunnen meerdere ab-houders verbonden zijn met de persoon die de schuld heeft. In die situatie zal, volgens het voorgestelde derde lid van artikel 4.14b de schuld in gelijke delen in aanmerking worden genomen bij de verbonden ab-houders. Hierdoor kan (bijvoorbeeld in een grootvader-vader-kleinkind verhouding) de situatie ontstaan dat een fictief voordeel in aanmerking moet worden genomen door een ab-houder, die op het moment van het verstrekken van de lening nog geen ab-houder was, en dus feitelijk ook niets met de verstrekking van de lening van doen heeft gehad. Wij stellen voor om het bovenmatige deel van de schuld bij de verbonden ab-houders in aanmerking te nemen naar rato van het aandelenbelang op het moment van verstrekken van de lening. Naar de ratio van de conceptwet lijkt dat immers logisch.

Ook in situaties van bedrijfsoverdracht naar de volgende generatie werkt de voorgestelde maatregel naar onze mening onredelijk uit. De verhoging van de maximale schuld is als wij het goed zien subject gebonden. Dit zou tot het ongerijmde resultaat leiden dat als de aandelen in een vennootschap worden overgedragen aan een verbonden persoon, een bovenmatige schuld meermaals in de heffing wordt betrokken. Grootvader houdt bijvoorbeeld 100% van de aandelen in een vennootschap die een bovenmatige schuld heeft verstrekt aan zijn kleinzoon. Vervolgens draagt grootvader de aandelen over aan vader. Vader wordt dan conform de huidige conceptwet nog een keer geconfronteerd met een fictief regulier voordeel over de bovenmatige schuld van kleinzoon

3. Vervreemdingskorting

Het conceptwetsvoorstel bevat een overgangsbepaling met een tijdelijke tegemoetkoming in verband met het fictief voordeel dat verschuldigd is in 2022 (artikel 10a22, lid 1, Wet IB 2001). Dit voordeel wordt aangemerkt als een vervreemdingskorting. Indien de belastingplichtige aandelen vervreemdt en daarna niet langer een aanmerkelijk belang heeft, dan wordt het vervreemdingsvoordeel verminderd met de vervreemdingskorting (niet verder dan nihil). Wordt er in latere jaren een fictief regulier voordeel geconstateerd, dan kan dat niet omgezet worden in een vervreemdingskorting.

Wij leiden hieruit af dat de vervreemdingskorting niet wordt verleend indien de belastingplichtige nog een ander aanmerkelijk belang heeft. Daarnaast kan een fictief regulier voordeel in latere jaren niet worden omgezet in een vervreemdingskorting. De reden van deze beperkingen zijn ons niet duidelijk en wij vragen ons af of dit evenwichtig is.

Verder kan de vaststelling van de vervreemdingskorting in verliessituaties leiden tot onrechtvaardige uitkomsten: als de belastingplichtige een verlies realiseert door de verkoop van het ab kan de vervreemdingskorting immers niet worden gebruikt. Meer in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel zou zijn toe te staan dat het verlies mag worden verrekend met het reeds eerder belaste (fictief) regulier voordeel. Een verlenging van de carrybacktermijn in box 2 zou dit probleem kunnen oplossen.

4. Internationale aspecten

De maximumschuld wordt verhoogd met de op de immigratiedatum bestaande schulden en gesteld op ten minste € 500.000. Deze verhoging geldt niet voor remigranten en voor buitenlands belastingplichtige ab-houders (artikel 4.14c, lid 2 en lid 3, Wet IB 2001). Bij hen wordt het maximum gesteld op het maximum dat gold toen zij Nederland verlieten, of het moment dat zij niet meer buitenlands belastingplichtig waren (artikel 4.14c, lid 2 en lid 3, Wet IB 2001). Deze belastingplichtigen kunnen worden geconfronteerd met dubbele heffing wanneer in het buitenland de aandelen wegens emigratie in de heffing worden betrokken (exit-heffing). Naar onze mening zal de regeling zodanig moeten worden aangepast dat schulden in de buitenlandse periode buiten aanmerking worden gelaten om dubbele heffing op dit punt te voorkomen.

Daarnaast kan dubbele heffing optreden indien een belastingplichtige geëmigreerd is en er nog een conserverende aanslag open staat. Een bovenmatige schuld leidt tot intrekking van de conserverende aanslag. Een latere dividenduitkering om de schuld af te lossen kan zowel door Nederland (bronland) als het woonland in de heffing worden betrokken. De exacte uitwerking zal uiteraard ook afhangen van de vraag of Nederland onder het betreffende verdrag haar heffingsrecht kan uitoefenen.

De vraag die daarbij opkomt is of het fictieve reguliere voordeel valt onder de reikwijdte van het begrip dividend uit het OECD-modelverdrag en in overeenstemming is met de goede verdragstrouw. Bepalend is of er potentieel een verschuiving in de heffingsbevoegdheid optreedt. Naar onze mening zijn er situaties denkbaar waarbij dat aan de orde is, bijvoorbeeld in geval een conserverende aanslag al is kwijtgescholden dan wel bij een oude conserverende aanslag die na 10 jaar nog zal worden kwijtgescholden. Ook indien een lening (en het fictief regulier voordeel) feitelijk betrekking hebben op winstreserves die zijn ontstaan na emigratie zou betoogd kunnen worden dat Nederland een heffingsrecht naar zich toehaalt.

In de Memorie van Toelichting ('MvT') bij de conceptwet wordt benoemd dat de regelgeving geen doorwerking heeft naar andere belastingen, waaronder de vennootschapsbelasting. De

huidige regeling lijkt echter in een internationale situatie toch door te werken naar de vennootschapsbelasting via de toepassing van artikel 17 Wet Vpb. De Wet Vpb verwijst immers in artikel 18 lid 2 naar hoofdstuk 4 van de Wet IB, waar de maatregel onder zal gaan vallen. Leningen van meer dan € 500.000 zijn straks dus een fictief regulier voordeel en mogelijk belast met vennootschapsbelasting. Indien deze doorwerking niet gewenst is, zal er ook een aanpassing moeten komen aan artikel 18 lid 2 Wet Vpb.

5. Ruimer overgangsrecht

De conceptwet leidt tot een wijziging van het stelsel dat al jarenlang bestaat. In onze opinie moet de wetgever bij deze stelselwijziging rekening houden met belastingplichtigen die te goeder trouw zijn. Zij zouden de mogelijkheid moeten krijgen om hun structuur aan te passen zonder negatieve fiscale gevolgen. Ter voorkoming van heffing over het fictief regulier voordeel zullen ab-houders de schulden moeten aflossen door (1) overdracht van liquide middelen of activa aan de BV, (2) een dividenduitkering of (3) herfinanciering bij een bank.

Voor de hand ligt dat de meeste ab-houders voor de eerste mogelijkheid zullen kiezen. Wij voorzien dat dit zal leiden tot veel discussie tussen de belastingplichtigen en de belastingdienst over waarde van de activa en de hoogte van de gebruiksvergoeding voor de activa die na overdracht nog privé gebruikt zullen worden. In de concept MvT wordt hier geen aandacht aan besteed.

Een belangrijke categorie vermogensbestanddelen die nu in privé gehouden worden en vanuit de vennootschap gefinancierd worden betreffen onroerende zaken. Wij pleiten voor een tijdelijke vrijstelling voor de overdrachtsbelasting voor de situatie dat onroerende zaken worden overgedragen aan de BV om de bovenmatige schuld te verminderen. Deze vrijstelling zou bijvoorbeeld beperkt kunnen worden waarbij het (indirect) economische belang bij de onroerende zaken niet verschuift en de opbrengst gebruikt wordt om de schulden van de BV af te lossen. Hiermee zou voor dit soort situaties kunnen worden aangesloten bij de interne reorganisatievrijstelling of de mogelijkheid tot een geruisloze onderneming in een BV. Alleen de Ab-houders die inderdaad onvoldoende privévermogen hebben worden dan geconfronteerd met een belast fictief regulier voordeel.

Verder geven wij in overweging om de maatregel alleen voor nieuwe leningen in te voeren. De vorderingen van de vennootschap op de aandeelhouder zullen in het algemeen kwalificeren als beleggingsvermogen. Hiervoor geldt dus dat uiterlijk bij het overlijden van de ab-houder toch over de ab-claim moet worden afgerekend. Ruimer overgangsrecht zal op korte termijn leiden tot minder opbrengsten, maar zou de acceptatie van de maatregel kunnen vergroten en lijkt ons mee recht te doen aan de positie van belastingplichtigen die te goeder trouw zijn.

6. Alternatieven

Wij sluiten af met een enkele alternatieven voor de voorgestelde maatregel.

6.1. *Verschuiving bewijslast reële lening naar belastingplichtige*

Uit de MvT bij het wetsvoorstel blijkt dat de voornaamste reden voor het invoeren van deze maatregel het tegengaan van belastinguitstel en -afstel door ab-houders is. Knelpunt van de huidige regeling is dat de Belastingdienst niet voldoende capaciteit heeft om reële leningen met voldoende dekking te kunnen onderscheiden van problematische schulden. In de aangifte zou een indicator kunnen worden opgenomen waardoor het eenvoudiger wordt problematisch schulden automatisch te detecteren. Daarnaast kan de positie van de inspecteur in een discussie worden verstrekt door de bewijslast te verschuiven. Dit zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door in de wet te bepalen dat een lening van de vennootschap wordt aangemerkt als een uitdeling, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat er een reële verplichting en intentie bestaat om de lening (binnen een acceptabele termijn) terug te betalen en de lening is gedekt door voldoende zekerheden. Hierbij zou ook gedacht kunnen worden aan het registreren van de leningsovereenkomst bij de Belastingdienst.

6.2. *Beperking tot consumptieve kredieten*

De maatregel zou beperkt kunnen worden tot consumptieve kredieten. Om het onderscheid tussen consumptieve schulden en andere schulden te kunnen maken zou als criterium kunnen gelden dat de lening niet voor de maatregel in aanmerking wordt genomen indien deze is aangegaan ter financiering van vermogensbestanddelen die zijn opgenomen in box 1, 2 of 3. Deze norm zou ertoe leiden dat bijvoorbeeld een tweede woning voor privé-gebruik (nog steeds) gefinancierd kan worden met een lening, maar andere waardevolle activa, zoals kunst of een boot niet, tenzij deze in box 3 als belegging zijn opgenomen. Eventueel kan deze regeling eveneens uitgebreid worden met de omkering van de bewijslast en verplichte registratie van de leningsovereenkomst.

6.3. *Loan-to-Value maatregel*

In aanvulling op het voorgaande zou bepaald kunnen worden dat een lening niet hoger mag zijn dan een bepaald percentage (bijvoorbeeld 80%) van de waarde van de vermogensbestanddelen die met deze lening zijn gefinancierd. Dat betekent in feite dat leningen voor consumptieve doeleinden niet zijn toegestaan en een deel van de beleggingen met eigen vermogen moet worden gefinancierd. Hierdoor kan ook weer worden gewaarborgd dat een belastingplichtige altijd de lening kan aflossen of de heffing over een regulier voordeel om de lening af te lossen kan voldoen, zodat er geen sprake meer kan zijn van afstel van belastingheffing.