

## **Internetconsultatie conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap**

Graag wijzen wij u op ons commentaar bij dit conceptwetsvoorstel. Dit commentaar is ook gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (V-N 2019/16.5).

Redactie Vakstudie Nieuws

Het conceptwetsvoorstel sluit aan bij de eerder bekendgemaakte contouren in de brieven van 18 september 2018 (V-N 2018/52.2) en van 15 oktober 2018 (V-N 2018/56.3). Onze inschatting is dat, ondanks het grote aantal te verwachten reacties, er geen fundamentele wijzigingen zullen optreden. Het belangrijkste bezwaar is naar onze mening de dubbele belastingheffing die het voorstel kan oproepen. Omdat de bestaande wettelijke systematiek ten aanzien van verkapte winstuitdelingen in verband met leningen aan de aanmerkelijkbelanghouder onverkort van toepassing blijft en die bovendien prevaleert, hebben wij de nodige twijfels bij de gestelde vermindering van de uitvoeringslasten bij de Belastingdienst. Vanwege de verhoging van het box 2-tarief in 2020 (26,25%) en 2021 (26,90%) verwacht de wetgever in 2019 een anticipatie-effect met een verwachte opbrengst van € 1,35 mld.

**Belastinguitstel en -afstel**

Aan het aanmerkelijkbelangregime is eigen dat, zolang geen winsten worden uitgekeerd, geen sprake van een te belasten regulier voordeel. Op dat door de wetgever bewust gekozen fundament maakt dit wetsvoorstel nu een inbreuk door onder omstandigheden wel (fictief) een regulier voordeel aan te nemen. Het kabinet vindt het kennelijk niet langer wenselijk dat een bv liquiditeiten uitleent aan haar aanmerkelijkbelanghouder als de schuld een drempel van € 500.000 te boven gaat. Bij het uitlenen aan de aanmerkelijkbelanghouder is, aldus de conceptmemorie van toelichting, sprake van ongewenst belastinguitstel of zelfs belastingafstel. Naar ons idee is dat echter onjuist in alle gevallen waarin de lening gewoon wordt afgelost.

Volgens de conceptmemorie van toelichting worden door de drempel van € 500.000 vermoedelijk slechts 11.000 aanmerkelijkbelanghouders door de voorgenomen regeling getroffen. Dit zal het aantal aanmerkelijkbelanghouders zijn dat in 2022 direct in de heffing wordt betrokken, althans wanneer de omvang van de schuldpositie niet uiterlijk eind 2022 is teruggebracht tot maximaal € 500.000. Het bereik op de lange termijn is naar onze mening groter, omdat eigenwoningschulden slechts buiten aanmerking blijven, zolang zij als zodanig kwalificeren. Zodra daarvan geen sprake meer is, hetgeen ook aan de orde kan zijn als niet aan de huidige annuïtaire aflossingsverplichting wordt voldaan, valt de (resterende) schuld (mogelijk) wel onder het bereik van de voorgestelde regeling, omdat zij dan als “gewone” schuld wordt meegeteld.

Men zou kunnen betogen dat met het wetsvoorstel een grotere gelijkheid tussen de dga en de IB-ondernemer wordt bereikt. Een IB-ondernemer kan de belastingheffing in box 3 immers ook niet uitstellen door duurzaam overtollige gelden aan het ondernemingsvermogen te onttrekken. Daartegen kan worden ingebracht dat dit wetsvoorstel – dat overigens niet doorwerkt naar de vennootschapsbelasting – de facto een inbreuk is op art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 en het bij de bv en de dga om twee verschillende rechtssubjecten gaat. Wel nemen wij aan dat met dit voorstel het voorstel van de Commissie Van Dijkhuizen om iedere aanmerkelijkbelanghouder voortaan te belasten voor het forfaitaire rendement van art. 4.14 Wet IB 2001 nu definitief van tafel is.

**Hoofdpijnen conceptwetsvoorstel**

Uitgezonderd eigenwoningschulden worden alle schulden die een aanmerkelijkbelanghouder heeft aan zijn vennootschap(pen), in aanmerking genomen bij de beoordeling of de schulden meer bedragen dan € 500.000. Toetsing aan die drempel vindt plaats per het einde van het kalenderjaar, voor het eerst per 31 december 2022. Een dan bovenmatig deel van de schuld wordt als fictief regulier voordeel belast in box 2. Dit fictieve reguliere voordeel verhoogt vervolgens het maximumbedrag van € 500.000 in het daaropvolgende jaar teneinde te voorkomen dat ditzelfde bedrag het daaropvolgende jaar nogmaals als fictief regulier voordeel zou worden belast. Blijkens de conceptmemorie van toelichting geldt het voorstel

enkel box 2 en niet box 1 en box 3 in de inkomstenbelasting en ook niet de vennootschapsbelasting. Dit betekent dat voor box 1 en box 3 in de IB en voor de VPB sprake blijft van (een) schuld(en) aan de vennootschap(pen) (tenzij de aanmerkelijkbelanghouder natuurlijk zelf besluit de schuld ‘uit te dividenden’).

#### Dubbele belastingheffing

Wat ons het meest opvalt aan het conceptwetsvoorstel, is de meervoudige belastingheffing die ervan het gevolg kan zijn. Een algemene anticumulatieregeling met latere dividenduitkeringen of vervreemdingsvoordelen bevat het conceptwetsvoorstel niet. Enkel het in 2022 – het eerste jaar van inwerkingtreding van de maatregel – in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel wordt bij latere vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen geanticumuleerd met de vervreemdingsvoordelen via de systematiek van de vervreemdingskorting; zie het voorgestelde art. 10a.22 Wet IB 2001. Er is geen algemene anticumulatieregeling met (eerdere of latere) daadwerkelijke dividenduitkeringen en evenmin met (latere) vervreemdingsvoordelen. Naar onze mening is dit een groot gemis van het conceptvoorstel. Er is onzes inziens geen noodzaak om de aanmerkelijkbelanghouder met dubbele belastingheffing te confronteren; enkelvoudige belastingheffing zou voldoende moeten zijn. Wij begrijpen, eerlijk gezegd, werkelijk niet waarom er geen algemene anticumulatieregeling is getroffen. Voor het ontbreken daarvan kunnen wij in elk geval geen enkel argument vinden.

Er is wel een specifieke anticumulatieregeling voorgesteld in art. 10a.22 Wet IB 2001 voor (alleen) het in het jaar 2022 in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel. Daarbij valt de techniek van de vervreemdingskorting op: Het eerder in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel wordt bij vervreemding als vervreemdingskorting in mindering gebracht op de vervreemdingsvoordelen. Daarbij kan de vervreemdingskorting niet leiden tot een negatief vervreemdingsvoordeel. Kennelijk wordt daarmee beoogd belastingafstel te voorkomen. Kennelijk wordt het niet wenselijk geacht dat een vervreemdingskorting kan leiden tot een negatief vervreemdingsvoordeel, terwijl eerder als gevolg van een schuldpositie van meer dan € 500.000 liquide middelen – weliswaar ten titel van schuld – aan het vermogen van de bv zijn onttrokken.

Naar onze mening zou het wetssystematisch beter en eenvoudiger zijn als het fictieve regulier voordeel de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang zou verhogen, op dezelfde wijze als het huidige art. 4.27 Wet IB 2001 doet met het forfaitaire rendement van art. 4.14 Wet IB 2001. Daarmee wordt in één klap de dubbele heffing die nu ontstaat, voorkomen. Daarbij zou dan, de kennelijke gedachten van het Ministerie van Financiën volgend, er bij vervreemding van het aanmerkelijk belang geen negatief vervreemdingsvoordeel behoren te ontstaan. Dit aspect is wetstechnisch te ondervangen door bij vervreemding maximaal de verkrijgingsprijs als overdrachtprijs in aanmerking te nemen (zodat het vervreemdingsvoordeel nihil bedraagt), op dezelfde wijze als het huidige art. 4.19 lid 2 Wet IB 2001 dat thans al doet in geval van vererving of schenking van de aanmerkelijkbelangaandelen.

#### Ook op 1 januari 2022 bestaande schulden

Op 1 januari 2022 bestaande schulden worden niet geëerbiedigd, ook niet als die naar huidig recht geen dividenduitkering (kunnen) opleveren. Alle leenbedragen boven € 500.000 die geen betrekking hebben op de eigen woning, worden per 31 december 2022 als een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen, ongeacht het moment waarop zij zijn aangegaan. Weliswaar hebben belastingplichtigen tot en met 31 december 2022 de tijd om de geleende bedragen terug te brengen tot maximaal € 500.000, maar dat zal niet altijd mogelijk blijken. Indien bijvoorbeeld een of meer onroerende zaken zijn aangeschaft, zal de cash flow uit de verhuur daarvan niet voldoende zijn om bij aanzienlijke leningen de hoofdsom in genoemde driejaarsperiode terug te brengen tot maximaal € 500.000.

Wij hebben de indruk dat de wetgever hierin te ver doorschiet. Het gaat onzes inziens (te) verom belastingplichtigen die reële leningen zijn aangegaan welke op basis van de thans geldende wet- en regelgeving en geldend beleid niet als een (verkapte) dividenduitkering (kunnen) worden aangemerkt ter zake van die lening desalniettemin per 31 december 2022 met een fictief regulier voordeel ter zake van die (thans dus zakelijke) lening te confronteren.

#### Partner en verbonden personen

De partner van de aanmerkelijkbelanghouder wordt meegeteld voor deze maatregel. Dit betekent dat de aanmerkelijkbelanghouder en zijn partner gezamenlijk dus eenmaal het maximumbedrag van € 500.000 'vrij' hebben. Het meerdere wordt belast als fictief regulier voordeel.

Schulden van met de aanmerkelijkbelanghouder (of zijn partner) verbonden personen aan de bv die zelf geen aanmerkelijk belang hebben in de bv, worden ook als schuld in aanmerking genomen bij de belastingplichtige (tenzij het een eigenwoningschuld betreft). Daarbij heeft iedere verbonden persoon zelfstandig recht op het maximumbedrag van € 500.000; alleen het meerdere wordt toegerekend aan de aanmerkelijkbelanghouder en bij hem belast (zie het voorgestelde art. 4.14b lid 2 Wet IB 2001). En dat is, in de geest van het wetsvoorstel, opvallend ruimhartig; een meer beperkende maatregel had ook tot de mogelijkheden behoord. Als verbonden persoon worden aangemerkt de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige. Dit is een ruimer verbondenheidsbegrip dan bij de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.92 Wet IB 2001.

Een persoon geldt niet als aanverwant als het huwelijk waardoor de aanverwantschap is ontstaan, door echtscheiding is ontbonden. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat als gevolg van echtscheiding niet langer sprake is van een meetrek-aanmerkelijk belang ex art. 4.10 Wet IB 2001. Daar staat tegenover het opmerkelijke effect dat het krijgen van een fiscale partner, bijvoorbeeld door huwelijk, tot heffing zou kunnen leiden, omdat de schuld van die fiscale partner of van zijn bloed- of aanverwanten ook worden meegeteld.

De gevolgen als de schuldenaar die in eerste instantie als verbonden persoon wordt aangemerkt en naderhand zelf aanmerkelijkbelanghouder wordt in de bv, zijn voor ons onduidelijk. Is dan wederom sprake van een fictief regulier voordeel? Dat lijkt ons niet de bedoeling.

**Uitzondering voor eigenwoningschulden**

Eigenwoningschulden ex art. 3.119a Wet IB 2001 vallen buiten de maatregel. Opvallend is dat hierbij geen maximum is gesteld. De consequentie hiervan is dat een schuld van bijvoorbeeld € 25mln. (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, nr. 17/00684, V-N 2019/12.5) die vóór 31 december 2021 is aangegaan, volledig buiten aanmerking wordt gelaten. Daarbij geldt de veronderstelling dat de lening als zodanig niet (deels) als een verkapte winstuitdeling kan worden aangemerkt. Schulden voor box 3-bezittingen die (ook) zijn verzekerd door middel van een afdoend zekerheidsrecht worden wel door het voorstel geraakt. Hierin zit een spanningsveld en naar onze mening een onbillijkheid.

Uit het conceptwetsvoorstel blijkt een opvallend verschil tussen op 1 januari 2022 bestaande eigenwoningschulden bij de bv en vanaf die datum ontstane nieuwe eigenwoningschulden bij de bv. De laatste categorie eigenwoningschulden blijven namelijk alleen buiten deze maatregel als ze zijn verzekerd door hypotheek. Voor de eerste categorie eigenwoningschulden geldt dit niet; men zie het voorgestelde art. 10a.21 Wet IB 2001. Een combinatie van bankfinanciering en financiering via de eigen bv kan hierdoor tot complicaties leiden. In elk geval kan men nog tot 1 januari 2021 zonder zekerheidstelling leningen aangaan voor de eigen woning zonder zekerheidstelling. Daarbij past de kanttekening dat de inspecteur kan stellen dat, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, sprake kan zijn van een verkapte winstuitdeling.

**Samenloop met buitenland**

Er geldt bij immigratie een step up van het maximumbedrag van € 500.000 met het bedrag van de op immigratiemoment bestaande schulden aan de bv (voor zover dit meer bedraagt dan die € 500.000), tenzij de belastingplichtige eerder is opgehouden in Nederland te wonen dan wel er sprake was van buitenlandse belastingplicht ter zake van de aanmerkelijkbelangaandelen. Wij vermoeden dat de wetgever op dit onderdeel aansluiting zal zoeken bij de bepalingen met betrekking tot het vaststellen van de verkrijgingsprijs voor het aanmerkelijk belang bij immigratie en emigratie (vide art. 16 Uitv.besl. IB 2001). Zonder volledig te zijn, wijzen we erop dat bestaande schulden op het moment van immigratie hoger kunnen zijn dan € 500.000 en emigratie tot dubbele belastingheffing kan leiden (fictief regulier voordeel gevolgd door emigratie of een verhoging van de schuld na emigratie, waarbij een fictief regulier voordeel in aanmerking wordt genomen en (deels) invordering van de conserverende aanslag plaatsvindt). Emigrerende aanmerkelijkbelanghouders moeten er rekening mee houden dat schuldopnamen na emigratie boven het maximumbedrag van € 500.000 leiden tot (gedeeltelijke) invordering van de ter zake

van de emigratie opgelegde conserverende aanslag; zie het voorgestelde art. 25 lid 8 onderdeel d IW 1990.

Het fictieve reguliere voordeel geldt ook voor buitenlandse belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouders in de IB én ook in de VPB. Het eerste is logisch maar het tweede niet. Toch is dit zo vanwege de integrale verwijzing in art. 18 lid 2 Wet VPB 1969 naar hoofdstuk 4 Wet IB 2001. Wij nemen aan dat dit laatste niet de bedoeling is en in het definitieve wetsvoorstel zal worden hersteld. Voor buitenlandse belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouders in de IB rijst uiteraard de vraag of het belastingverdrag Nederland wel de mogelijkheid biedt haar heffingsrecht over het fictieve reguliere voordeel te effectueren. Daarbij kunnen wat ons betreft, gelet op de bekende gebruikelijkloonarresten (HR 5 september 2003, nrs. 37651 en 37670, BNB 2003/379 en 381 en HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34), serieuzevraagtekens worden geplaatst. Nieuw is dit vraagstuk niet, want iets soortgelijks geldt voor het forfaitaire rendement van art. 4.14 Wet IB 2001.

#### Overige aandachtspunten

Wij sluiten deze lange aantekening af met nog een aantal andere aspecten die ons zijn opgevallen:

1. Leningen die in het verleden zijn verstrekt en die toentertijd eigenlijk al als een regulier voordeel (verkapt dividend) in aanmerking hadden moeten worden genomen, worden thans alsnog in de heffing betrokken, ook als de navorderingstermijn is verstreken. De antisamenloopbepaling voor de situatie waarin ter zake van een lening eerder een regulier voordeel in aanmerking is genomen, lijkt niet van toepassing in zo'n geval.
2. Schulden worden bij de toetsing aan de drempel van € 500.000 niet gesaldeerd met (een) vordering(en) op dezelfde of andere vennootschappen waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden.
3. De voorgestelde wettekst heeft het over "rechtens dan wel in feite, direct of indirecte" schulden bij de vennootschap. Hiermee worden 'back-to-back'-situaties en situaties waarin de aanmerkelijkbelanghouder leent van de bv waarvoor de bv garant staat, onder de maatregel gebracht (vgl. art. 10a Wet VPB 1969). Onduidelijk hierbij is of ook schulden die de vennootschap is aangegaan bij een derde en door de vennootschap direct worden doorgeleend aan de aanmerkelijkbelanghouder, ook tot de in aanmerking te nemen schulden behoren. Wij vermoeden overigens van wel, aangezien in die situatie sprake is van een "rechtens" en "direct" een schuld bij de 'eigen' vennootschap.
4. Vaststellingsovereenkomsten waarin is overeengekomen dat ter zake van een schuld geen dividend wordt aangenomen en een aflossingsschema is overeengekomen, zullen, voor zover die schulden tezamen met andere schulden meer bedragen dan € 500.000, komen te vervallen dan wel worden opgezegd. Maar de conceptmemorie van toelichting is daar niet helemaal duidelijk over. Vaststellingsovereenkomsten ten aanzien van schulden die onder de drempel blijven of voor eigenwoningsschulden, blijven wel in stand.
5. Een toelichting bij de samenloop met zogenoemde onzakelijke leningen is wenselijk. Hoe verhoudt het fictieve reguliere voordeel zich met het latere dividend dat wordt geconstateerd op grond van de onzakelijkeleningenjurisprudentie?
6. Ook schulden bij bv's zonder (voldoende) winstreserve(s) worden in aanmerking genomen, terwijl in die situaties vaak geen sprake zal zijn van uitstel of afstel van aanmerkelijkbelangheffing.

#### Concrete acties

Dga's zullen thans moeten nagaan welk deel van hun schuld al per 2022 tot afrekening zal gaan leiden om vervolgens te beoordelen hoe deze afrekening kan worden voorkomen of beperkt. In sommige gevallen zou het vanwege de aanstaande tariefsverhoging in box 2 aanbeveling kunnen verdienen dividenuitkeringen naar voren te halen. In andere gevallen kan mogelijk worden gedacht aan aflossing van de schuldpositie of herfinanciering van de schuld bij een bank of andere derde.