

506. De DGA in de fiscale spotlights

Excessief lenen en wellicht nog meer?

MR. W. VERSTIJENEN

In 2023 is voor DGA's een belangrijke fiscale wijziging op komst met het wetsvoorstel *Wet excessief lenen bij eigen vennootschap*. Schulden van de DGA, zijn fiscale partner en hun bloed- en aanverwanten in de rechte linie bij de eigen vennootschap boven € 500.000 worden vanaf 2023 in box 2 belast. In dit artikel beschrijf ik de systematiek van het wetsvoorstel.¹ Ook behandel ik kort de recente 'Bouwstenennotitie' waarin mogelijke, verder verzwarende, beleidsvoorstellen zijn genoemd voor de belastingheffing van DGA's.

1. Achtergrond wetsvoorstel

Lenen door de DGA bij de eigen vennootschap is niet iets van vandaag of gisteren. Al vele jaren nemen DGA's leningen op bij eigen vennootschappen voor onder andere de financiering van de eigen woning, de financiering van privé-investeringen en -beleggingen en voor de financiering van consumptieve uitgaven. Voor de DGA die een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap, heeft het opnemen van een lening als effect dat het vermogen van de vennootschap niet vermindert en de DGA aldus geen belast inkomen in box 2 (dividend) geniet. De heffing van inkomstenbelasting in box 2 wordt zodoende in beginsel uitgesteld tot de DGA alsnog dividend uitkeert of zijn aandelen vervreemdt, waarbij overlijden van de DGA ook als vervreemding van zijn aandelen wordt gezien.

Voor DGA's en hun fiscale partner geldt per 2023 een maximumbedrag van € 500.000 aan schulden bij eigen vennootschappen

Heffing van inkomstenbelasting komt echter niet uitsluitend aan de orde bij 'gewone' dividenden, maar kan ook spelen bij verkapte winstuitdelingen. Onder andere in het geval van leningen bij eigen vennootschappen speelt deze vraag en wordt ook al jaren met de Belastingdienst gediscussieerd. Bij leningen aan de DGA kan sprake zijn van een verkapte (fiscale) winstuitdeling als de rente op een lening lager dan zakelijk wordt vastgesteld. In jurisprudentie is ook aan de orde gekomen dat sprake is van een verkapte winstuitdeling als uit de feiten en omstandigheden

volgt dat de lening niet kan of zal worden afgelost.² In de praktijk worden door de fiscus dan ook belaste uitdelingen gesteld, wordt hierover geprocedeerd en worden vaststellingsovereenkomsten met DGA's gesloten waarin een afbouw van leningen en/of maximum hoogte van de lening worden vastgelegd.

Mede onder invloed van een in 2015 verschenen artikel,³ is deze problematiek hoog op de prioriteitenlijst van de Belastingdienst komen te staan. In het betreffende artikel is een visie uitgewerkt die behelst dat rekening-courantschulden van de DGA na verloop van tijd belastingvrij zouden kunnen worden weggestreept. De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat deze redenering onjuist is en zal worden bestreden.⁴ Ook in jurisprudentie is dit standpunt niet geaccepteerd.⁵

In het Belastingplan 2019 is desalniettemin de 'Wet excessief lenen bij eigen vennootschap' aangekondigd. Als argumenten voor de maatregelen werden genoemd: (i) excessief lenen ontmoedigen en daarmee uitstel van belastingheffing in box 2 beperken en (ii) de werklast van de fiscus beperken. Oorspronkelijk werd ook het budgettaire belang nog genoemd, omdat de opbrengst van de maatregelen zou dienen ter dekking van de, inmiddels teruggedraaide, afschaffing van de dividendbelasting.

In maart 2019 is het wetsvoorstel *Wet excessief lenen bij eigen vennootschap* ('Wetsvoorstel') ter consultatie gepubliceerd. In de reacties op de consultatie is onder andere veel kritiek geuit op het feit dat het systeem in veel situaties tot dubbele belastingheffing zou kunnen leiden. Op 17 juni 2020 is het Wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer,

1 De voorbeelden die ik in dit artikel ontleen zijn in belangrijke mate ontleend aan de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel.

2 Zie onder andere HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761.

3 H.J. Meijer, 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders', *WFR* 2015/918.

4 Brief Staatssecretaris van Financiën d.d. 22 februari 2017, nr. 2017-0000023352.

5 Rb. Noord-Holland 16 oktober 2019, nr. AWB-18,3539, ECLI:NL:RBNHO:2019:8824.

waarbij een aanpassing is gemaakt voor het eerder gesignaleerde probleem van de dubbele belastingheffing.

Anticiperend op of door toepassing van het Wetsvoorstel zal de DGA worden geconfronteerd met extra belastingheffing in box 2

Op het Wetsvoorstel is de nodige kritiek geuit, met name op het feit dat de Staatssecretaris van Financiën kiest voor een technische wetsfictie en zich niet bezint op een meer fundamentele aanpassing van het belastingstelsel.⁶

2. Systematiek wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel voorziet in de volgende regeling:

- Voor DGA's en hun fiscale partner geldt een maximumbedrag van € 500.000 aan schulden bij eigen vennootschappen (hierna 'Maximumbedrag'). Een eigen vennootschap is een vennootschap waarin de DGA, zijn partner of de DGA tezamen met zijn partner een aanmerkelijk belang (5% of meer) heeft. Dat kan een direct in privé gehouden belang zijn, maar ziet ook op vennootschappen waarin de DGA via andere entiteiten (indirect) een belang van 5% of meer heeft. Onder schulden worden alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen verstaan.
- Jaarlijks wordt per 31 december, voor het eerst op 31 december 2023, het meerdere aan schulden van de DGA en zijn partner bij eigen vennootschappen boven € 500.000 als fictief regulier inkomen in box 2 in de heffing van de inkomstenbelasting betrokken. Dit inkomen mag vrijelijk tussen de DGA en zijn/haar partner worden toegerekend. Het bedrag dat als zodanig in de belastingheffing wordt betrokken verhoogt het Maximumbedrag.

Voorbeeld

X is getrouwd met Y en heeft op 31 december 2023 € 700.000 aan schulden aan eigen vennootschappen. X is over een bedrag van € 200.000 (€ 700.000 -/- € 500.000) inkomstenbelasting in box 2 is verschuldigd. Uitgaande van het voor 2023 aangekondigde tarief van 26,9% bedraagt de verschuldigde heffing € 53.800. Dit inkomen mag vrijelijk worden toegerekend tussen X en Y. Het Maximumbedrag van X en Y voor 2024 bedraagt € 700.000 (€ 500.000 + € 200.000).

- Als in een later jaar de schulden van de DGA en zijn/haar partner bij eigen vennootschappen onder het verhoogde Maximumbedrag komen, wordt in dat jaar een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking genomen. Het negatieve voordeel bedraagt maximaal

het bedrag dat in eerdere jaren als fictief inkomen in aanmerking is genomen en kan worden verrekend met positieve inkomsten in hetzelfde belastingjaar. Als er in hetzelfde belastingjaar niet voldoende positieve inkomsten zijn, ontstaat een verlies uit aanmerkelijk belang dat kan worden verrekend met positieve inkomsten uit box 2 van de DGA uit het voorgaande belastingjaar en de zes volgende belastingjaren.

Voorbeeld

X uit het vorige voorbeeld ontvangt in 2025 een dividend van € 300.000 uit een eigen vennootschap en lost met dit bedrag zijn schulden af, waardoor nog € 400.000 aan schulden bij de eigen vennootschappen resteren. X mag in 2025 een negatief inkomen in aanmerking nemen van € 200.000 (hierover is eerder geheven). Per saldo betaalt X in 2025 over een bedrag van € 100.000 belasting in box 2. Het Maximumbedrag bedraagt voor X nadien wederom € 500.000.

Met de systematiek van het negatief fictief regulier voordeel is naar mijn mening in belangrijke mate tegemoet gekomen aan de bezwaren tegen de dubbele belastingheffing in het consultatiewetsvoorstel. Desalniettemin blijven er situaties denkbaar waarin dubbele heffing kan ontstaan doordat er niet voldoende positieve belastbare inkomsten van de DGA zijn in het betreffende jaar of de jaren waarin verliezen kunnen worden verrekend.

- Het Wetsvoorstel ziet ook op schulden van bloed- en aanverwanten in de rechte linie van de DGA en zijn partner (hierna: 'verbonden personen'). Als deze verbonden personen zelf geen aanmerkelijk belang in de betreffende vennootschap hebben, dan worden de schulden van de verbonden persoon toegerekend aan de DGA. Voor iedere verbonden persoon geldt wel een 'eigen' Maximumbedrag. Iedere verbonden persoon kan dus € 500.000 bij eigen vennootschappen van de DGA lenen, voordat een fictief regulier voordeel bij de DGA in aanmerking wordt genomen.⁷ Als een verbonden persoon zelf een aanmerkelijk belang heeft in de (eigen) vennootschap die een lening verstrekt, dan vindt toerekening aan de DGA niet plaats en wordt de verbonden persoon zelfstandig aangeslagen voor het fictief regulier voordeel.

Voorbeeld

X heeft een dochter (Y) en bezit alle aandelen in bv B. X heeft een schuld aan bv B van € 400.000. Bv B leent € 700.000 aan Y. Y heeft geen aanmerkelijk belang in bv B. Voor zover de schuld van Y meer bedraagt dan € 500.000 wordt deze toegerekend aan X. De relevante schulden van X bedragen dan € 600.000 (€ 400.000 eigen schuld en € 200.000 schuld van Y), waardoor X voor € 100.000 een fictief regulier voordeel in aanmerking moet nemen. Het Maximumbedrag van X wordt

⁶ Zie voor kritische kanttekeningen onder andere J.P. Boer, 'Excessief lenen – Eerste steen gelegd door JA Vijlbrief op 17 juni 2020', *WFR* 2020/119 en De Beer/Ganzeveld, noot bij Wetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap' bij Tweede Kamer ingediend, *NLF* 2020/1570.

⁷ Als de DGA zelf geen lening op heeft genomen, lijkt de uitleg zelfs te zijn dat een verbonden tot € 1.000.000 kan lenen, aangezien de systematiek dusdanig is dat het Maximumbedrag van de verbonden persoon wordt opgeteld bij het Maximumbedrag van de DGA.

vervolgens met € 100.000 verhoogd tot een bedrag van € 600.000.

- In het Wetsvoorstel zijn nog de volgende bijzondere regelingen getroffen⁸:
 - Eigenwoningsschulden die kwalificeren voor box 1 vallen buiten het Wetsvoorstel. Eigenwoningsschulden aangegaan op of na 1 januari 2023 vallen alleen buiten het Wetsvoorstel voor zover een recht van hypotheek is gevestigd ten gunste van de eigen vennootschap.
 - Het Wetsvoorstel heeft alleen betrekking op box 2. Voor de heffing van inkomstenbelasting in box 1 en box 3 en voor de dividend- en vennootschapsbelasting blijven de schulden bestaan.
 - Vorderingen van de DGA op de eigen vennootschap worden niet gesaldeerd met schulden van de DGA aan de eigen vennootschap.
 - Schulden die niet rechtstreeks bij de eigen vennootschap zijn aangegaan, maar hier feitelijk mee samenhangen worden meegenomen in de bepaling of meer dan het Maximumbedrag is geleend. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan leningen die door de eigen vennootschap aan derden worden verstrekt en door deze derden worden doorgeleend aan de DGA, maar ook aan leningen verstrekt door derden, waarbij de eigen vennootschap van de DGA garant staat en de derden deze lening niet zouden hebben verstrekt zonder garantstelling van de eigen vennootschap.
 - Bestaande vaststellingsovereenkomsten tussen de DGA en de Belastingdienst die zien op een totaal aan schulden tot € 500.000 komen volgens de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel niet te vervallen, zelfs niet als deze een voorbehoud voor relevante wetswijzigingen bevatten. Het Wetsvoorstel maakt volgens de Staatssecretaris van Financiën namelijk geen inbreuk op de bestaande jurisprudentie. Dit betekent naar mijn mening overigens ook dat voor nieuwe leningen tot € 500.000 discussie met de Belastingdienst kan blijven bestaan en van belang blijft dat deze op zakelijke voorwaarden worden afgesloten. Voor vaststellingsovereenkomsten die zien op een totaal aan schulden boven € 500.000 is aangegeven dat op voorhand niet duidelijk is wat de impact is van het Wetsvoorstel.

Tot besluit van deze schets van de systematiek van het Wetsvoorstel is een belangrijke kanttekening dat veel DGA's in de praktijk zullen anticiperen op de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel en bestaande schuldverhoudingen zullen opschonen. Ook bij het aangaan van nieuwe schuldverhoudingen bij eigen vennootschappen zal de grens van € 500.000 in veel gevallen gerespecteerd worden. In zoverre schat ik in dat het aantal gevallen waarin het Maximum-

bedrag in de praktijk zal worden overschreden beperkt zal zijn.

3. Wetsvoorstel en fiscaal familierecht

Het Wetsvoorstel werkt ook door in echtscheidingen en nalatenschappen.

Als het aan de ambtenaren van Financiën ligt, is het Wetsvoorstel niet de laatste verzwarende wijziging voor de DGA

Effecten van het Wetsvoorstel in dit kader zijn, zonder uitputtend te willen zijn, onder andere de volgende.

- Anticiperend op of door toepassing van het Wetsvoorstel zal de DGA worden geconfronteerd met extra belastingheffing in box 2. Het Wetsvoorstel is daarmee direct van invloed op de beschikbare liquiditeit en draagkracht die van belang zijn bij de uitwerken van financiële regelingen bij scheidingen. Vragen die het Wetsvoorstel opwerpt zijn onder andere hoe belasting in box 2 kan worden gefinancierd en of bestaande financieringen bij eigen vennootschappen worden afgelost of hergefinancierd.
- Voor echtgenoten en geregistreerde partners eindigt het fiscale partnerschap in de inkomstenbelasting als (i) een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingediend en (ii) de partners niet langer op hetzelfde adres staan ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie. Voor samenwonende partners eindigt het fiscale partnerschap in de inkomstenbelasting als de inschrijving op hetzelfde adres is geëindigd. Omdat het Wetsvoorstel ook verwijst naar het fiscale partnerschap, zal het ontstaan of de beëindiging van het fiscale partnerschap ook op dit vlak fiscale gevolgen kunnen hebben. Bij algemene maatregel van bestuur worden nog nadere regels vastgesteld hoe het Maximumbedrag wordt samengeteld en verdeeld als een belastingplichtige niet gedurende het gehele jaar dezelfde partner heeft.
- Het Wetsvoorstel voorziet erin dat het fictief reguliere voordeel, zowel positief als negatief, uiterlijk wordt genoten op het tijdstip van overlijden van de DGA. Bij de afwikkeling van nalatenschappen dient met ingang van 2023 dus ook acht te worden geslagen op het Wetsvoorstel.

Voorbeeld

X bezit alle aandelen in bv B en heeft bij bv B een schuld van € 700.000. Hierover wordt in 2023 een fictief regulier voordeel van € 200.000 in aanmerking genomen. Het Maximumbedrag van X is vervolgens verhoogd naar € 700.000. X komt in 2025 te overlijden. De aandelen in de vennootschap en de schuld vererven aan de enige erfgenaam van X, zoon Y. In de overlijdensaangifte inkomstenbelasting 2025 van X kan een negatief fictief regulier voordeel van € 200.000 in aanmerking

⁸ Het Wetsvoorstel voorziet ook in regelingen voor emigratie en immigratie. Deze laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

worden genomen. Het overlijden van X is daarbij ook een vervreemding van de aandelen in BV b, waarbij in beginsel inkomstenbelasting in box 2 wordt geheven over de waarde van de aandelen, inclusief de waarde van de vordering op (de nalatenschap van X). Het negatief fictief reguliere voordeel kan dan ook in beginsel worden verrekend met het vervreemdingsvoordeel vanwege het overlijden van X. Zoon A verkrijgt krachtens erfrecht een aanmerkelijk belang in bv B en tevens de schulden aan bv B. De schulden bedragen € 700.000. Het Maximumbedrag van A bedraagt € 500.000, waardoor A aan het einde van het kalenderjaar een fictief regulier voordeel van € 200.000 geniet. Het Maximumbedrag van A wordt vervolgens verhoogd met € 200.000 naar € 700.000.⁹

- Ter vermijding van misverstanden. Civielrechtelijk ontstaat aanverwantschap door huwelijk en eindigt aanverwantschap niet door de ontbinding van dit huwelijk door echtscheiding. Voor de aanmerkelijk belangregeling in de inkomstenbelasting, en daarmee ook voor het Wetsvoorstel, eindigt aanverwantschap wél door de ontbinding van het huwelijk.

4. Wellicht nog meer wijzigingen voor de DGA?

Op 18 mei 2020 is een pakket met bouwstenen voor een beter belastingstelsel naar de Eerste en Tweede Kamer gestuurd ('Bouwstenennotitie'). Dit ambtelijke rapport is onder andere bedoeld als een verzameling van mogelijke fiscale beleidsopties voor politieke partijen en een volgend kabinet. In het onderdeel 'Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang worden belangrijke knelpunten in de belastingheffing van de DGA geïdentificeerd. De gesignaleerde knelpunten zijn:

1. splitsing van het inkomen van de DGA in een arbeids- en kapitaalcomponent;
2. belastinguitstel door fiscaal gedreven winstinhouding; en
3. verder uitstel tot afstel van belastingheffing door de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de inkomsten-, erf- en schenkbelasting.

In het rapport worden, feitelijk als aanvulling op het Wetsvoorstel, als mogelijke beleidsopties onder andere genoemd om:

1. het Maximumbedrag te verlagen naar € 12.500;
2. de uitzondering voor eigenwoningleningen die zijn aangegaan na 2023 te schrappen; en/of
3. de uitzondering voor eigenwoningleningen te verlagen naar € 1.090.000.

Als adviseur van DGA's, ook in familie-rechtelijke zaken als echtscheidingen, is van belang dat wordt geanticipeerd op toekomstige lastenverzwaringen

Ook worden beleidsopties genoemd die betrekking hebben op de verhoging van het tarief in box 2 (30% of 35% worden genoemd), de beperking van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de introductie van een forfaitair inkomen in box 2.

In het nader rapport bij het Wetsvoorstel wordt overigens weer verwezen naar de Bouwstenennotitie en valt te lezen dat het Wetsvoorstel goed aansluit op de conclusies van het bouwstenenonderzoek en een eventuele verdergaande oplossing niet in de weg staat.

Als het aan de ambtenaren van het Ministerie van Financiën ligt, is het Wetsvoorstel dan ook niet de laatste verzwarende wijziging voor de DGA. Als adviseur/raadgever van DGA's, zeker ook in familierechtelijke zaken als echtscheidingen, noopt dit er dan ook toe dat wordt geanticipeerd op toekomstige lastenverzwaringen. Het laatste woord is hier zeker nog niet over gezegd.

Over de auteur

Mr. W. (Wouter) Verstijnen

Partner, belastingadviseur en mediator bij Arcagna B.V. in Amsterdam en Rotterdam, tevens docent schenk-, erf-, overdrachtsbelasting en estate planning aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

⁹ Zoon A kan naar mijn mening in de twee jaar na het jaar van overlijden van X onbelast dividend uitkeren tot het bedrag aan inkomstenbelasting dat hij zou zijn verschuldigd over de waarde van de aandelen in de nalatenschap van X. Deze regeling staat sinds 2010 uitgewerkt in art. 4.12a Wet IB 2001 en staat ook wel bekend als 'overlijdensdividend'. Hoewel dit in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet wordt uitgewerkt, wordt de hoogte van het overlijdensdividend naar mijn mening niet beïnvloed door het negatief fictief reguliere voordeel. Voor een nadere toelichting op de regeling van het overlijdensdividend verwijs ik naar W. Verstijnen, 'Art. 4.12a Wet IB 2001; een ogenschijnlijk eenvoudige regeling met de nodige voetangels en klemmen', FTV 2016/18.