

OVER DE GRENS

Vakblad over grensoverschrijdend werken en wonen



Over de Grens is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredacteur

J.H.P.M. Raaijmakers
Belastingadviseur, Raaijmakers Belastingadvies en Educatie

Redacteuren

Mr. Dr. J. van Drongelen
(emer.) Universitair hoofddocent Vakgroep sociaal recht en sociale politiek Tilburg University
Mr. A.D.M. van Rijs
Docent Sociaal recht Tilburg University
Mw. mr. K. Schenkel: Heisterborg International
Mw. mr. M.W.F.G. Vervoort: Team Vervoort
Mw. mr. A. van Velzen: All about Tax
Mr. T. Visser: Baker Tilly (Netherlands) N.V.

Abonnementenadministratie:

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Over de Grens verschijnt 10 keer per jaar. (Proef)abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnements-periode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av.

ISSN 2210-5611

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

Susanne Schorel-Willems¹ en Marijke Vervoort²

Excessief lenen, ligt de oplossing buiten Nederland?

2023-0113

Vanaf dit jaar is de Wet Excessief lenen in werking getreden. Als gevolg van deze wetgeving worden DGA's, die al dan niet samen met hun partners, meer dan € 700.000 schuld bij de eigen BV('s) hebben, belast over het meerdere van deze schuld alsof er sprake is van inkomen uit aanmerkelijk belang. Dit is dus onderworpen aan een belastingheffing van 26,9%³ (2023 tarief). Schulden voor de eigen woning zijn onder voorwaarden hiervan uitgezonderd. Omdat het eerste toets moment van deze wetgeving ligt op 31 december 2023, begint actie voor deze DGA's noodzaak te worden om deze heffing te vermijden. Wanneer terugbetalen geen optie is, ligt de oplossing voor deze heffing dan misschien in het buitenland? In dit artikel wordt eerst een korte toelichting geven op de nationale wetgeving en de internationale aspecten van het excessief lenen. Vervolgens wordt er gekeken of nog adviezen gegeven kunnen worden op het internationaal gebied.

Nationale wetgeving

In artikel 4.13 lid 1 letter f Wet inkomstenbelasting 2001 (tekst vanaf 2023) wordt bepaald dat als de schuld die de DGA en/of zijn partner⁴ heeft aan de vennootschap heeft groter is dan €700.000, dit meerdere wordt belast als fictief regulier voordeel, zie artikel 4.14a lid 1 Wet IB. Er is dus geen sprake van een dividenduitkering zodat er geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden. Het toetsmoment is altijd 31 december van het betreffende kalenderjaar.

Uit het amendement 36418, nr. 60, bij het Belastingplan 2024 (aangenomen in de nacht van 26 op 27 oktober 2023) blijkt dat per 1 januari 2024 het bedrag voor de vraag of er sprake is van excessief lenen verlaagd zal worden naar € 500.000. Dit betekent dat de stand op 31 december 2024 niet hoger mag zijn dan € 500.000. Deze wijziging moet nog worden verwerkt in het Belastingplan 2024 waarover nog gestemd moet worden in de Eerste Kamer (de plenaire behandeling van de wetsvoorstellen zijn voorzien voor 11 en 12 december 2023. De stemmingen zijn voorzien voor 19 december 2023). In vervolg van dit artikel wordt de grens van € 700.000 gehanteerd.

Voor de berekening van de grens van € 700.000 worden alle schuldverhoudingen in de vennootschappen waarin zowel direct als indirect een aanmerkelijk belang worden gehouden opgeteld. De schulden die de fiscale partner van de DGA heeft tellen ook mee voor de bepaling van deze grens. Ook als deze fiscale partner een eigen BV heeft. Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn tellen ook mee, zie artikel 4.14b lid 1 en 2 Wet IB.

Er vindt geen automatische saldering plaats met de vordering die een DGA wellicht heeft. Indien dit wenselijk is dan zal verrekening plaats moeten vinden en dit als zodanig in de boekhouding verwerkt moeten worden. Eigenwoningsschulden, in de zin van artikel 3.119a Wet IB, zijn uitgezonderd voor de berekening van de grens van € 700.000. Is deze schuld aangegaan na 1 januari 2023 dan dient het eerste recht van hypotheek te zijn verstrekt aan de BV.

De regeling van het excessief lenen is alleen van toepassing voor box 2. Dit betekent dat voor alle andere fiscale regeling (box 1 en box 3, de vennootschapsbelasting) de civielrechtelijke bepalingen in stand blijven. Dit wil dus zeggen dat er sprake is van een schuld/vordering met rente.

Als de schuld in een later jaar wordt afgelost, of er wordt werkelijk dividend uitgekeerd (regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.12 Wet IB), dan is er sprake (ter grootte van de aflossing) van een negatief fictief regulier voordeel, zie artikel 4.14a lid 1 letter b (zie ook lid 5 bij vervreemding van de aandelen), tot maximaal het eerder belaste fictief regulier voordeel. Er kan dan wellicht ook sprake zijn van een verlies uit aanmerkelijk belang⁵. Dit verlies is thans 1 jaar achterwaarts en 6 jaar voorwaarts te verrekenen. Het verlies kan ook worden omgezet in een belastingkorting voor de verschuldigde belasting in box 1 als er gedurende het voorafgaande kalenderjaar en het betreffende kalenderjaar geen aanmerkelijk belang meer heeft. Let op de formaliteiten zoals vermeld in artikel 4.53 Wet IB.

Internationale aspecten

In hoofdstuk 7 van de Wet inkomstenbelasting wordt de belastingheffing van buitenlands belastingplichtige geregeld. In de artikelen 7.5, 7.5a en 7.6 worden de regels gegeven voor de berekening van het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang. Het betreft hier een aanmerkelijk belang van in een in Nederland gevestigde vennootschap⁶. Dit betekent dat een DGA die in het buitenland woont en een schuld heeft die groter is dan € 700.000 door deze regeling getroffen kan worden. De volgende stap is dat er in het betreffende belastingverdrag gekeken moet worden of Nederland het heffingsrecht heeft, zie onderdeel belastingverdragen

Immigratie

In artikel 4.14c Wet IB wordt de step up geregeld tot het bedrag van de schulden op moment van immigratie, met een maximum van € 700.000. Deze regeling is niet van toepassing als er sprake is van een remigrant of de DGA is voordien aangemerkt als buitenlands belastingplichtige. Let op deze step up geldt alleen bij immigratie na 1 januari 2023.

Emigratie

Emigratie wordt aangemerkt als een fictieve vervreemding⁷ voor het aanmerkelijk belang. Voor de berekening van de conserverende aanslag komt het (eerder belast) negatieve fictief regulier voordeel in mindering op de conserverende aanslag, zie artikel 4.14d Wet IB.

Rekenvoorbeeld

X heeft op 31 december 2023 een schuld van € 900.000 aan zijn BV. Het fictief regulier voordeel bedraagt € 200.000 zodat er € 53.800 (26,9% * € 200.000) aan aanmerkelijkbelangheffing betaald moet worden. In 2024 emigreert X naar België. De waarde in het economisch verkeer van de aandelen bedraagt € 1.500.000 en de verkrijgingsprijs € 400.000. De conserverende aanslag wordt dan als volgt berekend:

Vervreemdingsvoordeel

(€ 1.500.000 minus € 400.000) € 1.100.000

Negatief fictief regulier voordeel € -200.000

Conserverende aanslag € 900.000

Verschuldigd bedrag^{8,9} € 297.000

Het maximale bedrag van de schuld blijft € 900.000

Werking belastingverdragen

De vraag is of Nederland op grond van het belastingverdrag, als dat van toepassing is, daadwerkelijk kan heffen over het fictief regulier voordeel. De staatsse-

cretaris¹⁰ heeft in de memorie van toelichting expliciet vermeld dat het fictief regulier voordeel onder de huidige formulering in de reeds gesloten belastingverdragen niet als zodanig geëffectueerd kan worden. Dit is in lijn met de bekende fictief-loonarresten¹¹. Als er al een conserverende aanslag is opgelegd dan zal bij het ontstaan van een fictief regulier voordeel, de aanslag voor dat deel (omgerekend tegen het geldende aanmerkelijk belangtarief) worden ingevorderd. Dit is alleen anders voor aanmerkelijkbelanghouders die geen conserverende aanslag (meer) hebben. Alsdan vindt er geen box 2 heffing plaats over een eventueel fictief regulier voordeel. Immers, de kwalificatie van de vraag of er sprake is van dividend en/of vermogenswinsten wordt bepaald door het betreffende land waar de DGA woont en niet naar Nederlands fiscale maatstaven.

Rekenvoorbeeld aansluitend bij het voorbeeld bij emigratie

Na emigratie naar België leent X additioneel € 50.000 van de BV. De totale schuld bedraagt dan € 950.000. België heft geen belasting over deze € 50.000. Wat zijn nu de gevolgen voor de conserverende aanslag? De ontvanger int in 2024¹²:

- € 50.000 * 24,5% = € 12.250
- Resterende conserverende aanslag (€ 297.000 - € 12.250) = € 284.750
- Het maximumbedrag € 950.000

Zijn er internationale adviezen voor excessief lenen?

Stel, er is een DGA die op 31 december 2023 een schuld heeft van € 1.000.000 aan zijn persoonlijke holding. Onder deze holding hangt nog een werkmaatschappij. In de aangifte van 2023 zal dit leiden tot een belastingheffing van € 80.700 (26,9% * € 300.000). Het is begrijpelijk dat een DGA zit te wachten op advies. Nationaal zijn er niet heel veel oplossingen, maar ligt de oplossing misschien wel buiten Nederland? Wat zijn de internationale gevolgen van de wet Excessief lenen en wat kan je mogelijk nog adviseren? De eerste optie is het verplaatsen van de persoonlijke holding naar het buitenland. Wanneer deze namelijk feitelijk geleid wordt vanuit het buitenland, zal de vennootschap vanuit fiscaal perspectief niet meer in Nederland gevestigd zijn. Dit wil wel zeggen dat alle besluiten ook daadwerkelijk in het buitenland voorbereid en genomen moeten worden. De DGA is binnenlands belastingplichtig in Nederland en is als zodoende onderworpen aan deze wetgeving, ook al is de entiteit waarvan hij leent niet in Nederland gevestigd. Dit is dus geen oplossing voor de heffing over het fictieve voordeel. Ter volledigheid, bij het verplaatsen van de feitelijke leiding kunnen ook andere (internationale) consequenties volgen, denk aan een exit-heffing of problemen met de inhoudingsvrij-

stelling bij dividenduitkeringen. Is de oplossing dan een verhuizing van de DGA zelf?¹³ Hierdoor zal de DGA niet langer binnenlands belastingplichtig zijn. De wet Excessief lenen is ook van toepassing op buitenlands belastingplichtigen met een aanmerkelijk belang. Op basis van nationale regels mag Nederland dus gewoon belasting heffen. In deze situatie moeten we echter kijken of Nederland wel heffingsrecht heeft, nu het woonland van de DGA een ander land is. Op basis van de fictieflonaarresten kan het voorgestelde fictieve reguliere voordeel onder de huidige formulering van de gesloten belastingverdragen niet leiden tot een heffingsrecht.

Belangrijk om in de gaten te houden is in deze situatie bijvoorbeeld het nieuwe verdrag met België wat nog in werking moet treden. Op basis hiervan lijkt een emigratie van de DGA de oplossing. Maar let op, voordat er alvast gekeken wordt naar een mooi nieuw woonland, met deze conclusie zijn we er helaas nog niet op internationaal gebied.

Wanneer de DGA zal emigreren wordt er namelijk een conserverende aanslag opgelegd. Deze conserverende aanslag blijft bij een emigratie na 15 september 2015 levenslang bestaan (er kan dus niet meer na 10 jaar worden verzocht om kwijtschelding). Als gevolg van de wet excessief lenen zal een conserverende aanslag worden ingevorderd voor het bedrag van dit fictieve reguliere voordeel. Een emigratie heeft dus alleen zin als deze al plaats heeft gevonden uiterlijk in 2013, want dan kan namelijk vanaf 1 januari 2023 worden verzocht om kwijtschelding van de conserverende aanslag in 2023 en kan invordering voorkomen worden.

De invordering van de conserverende aanslag gaat zelfs zo ver dat indien de DGA na emigratie in het nieuwe woonland een nieuwe entiteit opricht en daar 'excessief' gaat lenen, Nederland ook in dit geval tot invordering van de conserverende aanslag zou overgaan. Deze conclusie gaf in de praktijk veel onrust omdat belastingplichtige dus voortaan levenslang (althans, zolang er nog een conserverende aanslag openstaat) bij leningen zouden moeten aangeven dat dit tot invordering leidt, ook al heeft het geen enkel verband met Nederland. Gelukkig is dit gevolg gerepareerd in het op 19 september 2023 gepubliceerde belastingplan 2024. Voor deze DGA is er dus een 'keuze' tussen het fictief regulier voordeel op basis van de wet excessief lenen of een daadwerkelijk regulier voordeel (het uitkeren van dividend wat gebruikt kan worden voor het (deels) aflossen van de schuld. Wanneer de € 300.000 uit het voorbeeld als fictief regulier voordeel wordt belast, zal bij een latere emigratie het vervreemdingsvoordeel waarvoor de conserverende aanslag wordt opgelegd worden verminderd met dit bedrag. Woont de DGA vóór 1 januari 2023 al in het buitenland dan zijn de

gevolgen beperkt. Bij een regulier dividend zal in het algemeen op basis van het belastingverdrag de heffing worden toegewezen aan het nieuwe woonland. Nederland heeft in het algemeen vaak recht op een bronheffing. Afhankelijk van de wetgeving van het nieuwe woonland kan deze bronheffing verrekend worden. Een fictief regulier voordeel kan onder de huidige verdragen niet worden belast. Anders is het als er geen sprake is van een belastingverdrag. Een buitenlands belastingplichtige die een aanmerkelijk belang heeft in een Nederlandse BV wordt dan op basis van artikel 7.5 belast voor dit fictieve voordeel.

Conclusie

Om het samen te vatten, helaas ligt de oplossing voor het excessief lenen ook niet in het buitenland. In dit stuk zijn wij niet ingegaan op andere internationale gevolgen van de wet excessief lenen, zoals een step up of de samenloop met het technisch aanmerkelijk belang. Hier is uiteraard ook veel over te zeggen, maar eenvoudig is het in elk geval niet. Is er dan helemaal geen advies mogelijk?

Per casus moet worden bekeken of het voor een DGA aantrekkelijker is om de excessief lenen maatregel in stand te laten (maar daarbij ook de schuld in box 3 te houden) of om de schuld af te lossen via de inbreng van bijvoorbeeld privébeleggingen. Bij overdracht van vastgoed moet uiteraard rekening worden gehouden met de verschuldigde overdrachtsbelasting. Uitkering van dividenden ter aflossing van de schuld is momenteel de meest zekere optie (dat leidt namelijk zeker tot betaling van 26,9% box 2 heffing in Nederland). Maar adviseren over privévermogen is momenteel erg ingewikkeld, zeker nu A-G Wattel wederom een mogelijke bom heeft gelegd onder de nieuw voorgestelde box 3 heffingen¹⁴.

Noten:

1. Susanne Schorel-Willems LLM is werkzaam voor Bakertilly Belastingadviseurs N.V.
2. Mr. Marijke Vervoort is werkzaam voor Team Vervoort.
3. Dit percentage wordt in 2024 24,5% tot een bedrag van € 67.000, daarboven zeer waarschijnlijk 33%
4. Zie artikel 5a AWR jo artikel 1.2 Wet IB voor het fiscale partnerbegrip.
5. Zie ook artikelen 4.47 t/m 4.53 Wet IB.
6. Zie artikel 7.5 lid 1 Wet IB.
7. Zie artikel 4.16 lid 1 letter h Wet IB.
8. Tarief voor 2024 wordt verhoogd naar 33%, in het voorbeeld wordt geen rekening gehouden met het lage tarief.
9. Zie artikel 25c IW 1990.
10. Kamerstukken II 2019/20, 35 496, nr. 3.
11. HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:FutD 2003-1586en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016-2497, FutD 2016-2801.
12. Uitgaande van het lage tarief van 24,5% zoals voorgesteld in het belastingplan 2023/2024.
13. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het moet gaan om een fiscaal erkende emigratie. Er is veel jurisprudentie over woonplaats en de toetsing hiervan. Een adviseur zal moeten op letten in hoever er ook daadwerkelijk sprake is van emigratie op basis van de daadwerkelijke feiten en omstandigheden.
14. Conclusie A-G Wattel van 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:655, FutD 2023-2487.