

WFR 2019/133

# Thanks, but no thanks

SYLVESTER SCHENK<sup>1</sup>

Na afloop van een gesprek met en ten het Ministerie van Financiën in het kader van de consultatie inzake het wetsvoorstel "Wet excessief lenen bij eigen vennootschap" stonden de vier leden van de delegatie van het Register Belastingadviseurs wat mismoedig in de hal van het ministerie. Natuurlijk, we waren zoals altijd uiterst vriendelijk en correct te woord gestaan en ook de koffie was weer – zoals wel vaker – van automatenkwaliteit geweest. Maar toch heerste een gevoel van onbehagen. Want als in een gesprek werkelijk elke reële suggestie met een beleefd maar beslist "Thanks, but no thanks" (volgens de Urban Dictionary is dit "a way of saying a polite no!") wordt beantwoord, blijktbaar omdat men (wellicht ook "de politiek") toch al weet wat er met een wetsvoorstel zal gaan gebeuren, dan is consultatie weinig meer dan een rituele dans. En die zijn zoals wij allen weten tamelijk zinloos, behalve voor het proces van aanvaarding en berusting.

"Waardeloos", was daarom nog de mildste kwalificatie van het voorafgaande uur. "Laten we maar bier gaan drinken", stelde één van de aanwezigen voor, maar daarvoor vonden de anderen het opmerkelijk genoeg nog wat aan de vroege kant. Nu kan zo'n bedrukte stemming natuurlijk het gevolg zijn van lange tenen of te hoge verwachtingen, maar ook uit andere en onverdachte bronnen bereikte ons hetzelfde geluid. Goed, voornoemd wetsvoorstel zal er dus wel gaan komen, al zal er misschien na deze consultatieronde toch nog ergens een klein braampje van het wetsvoorstel afgereesd gaan worden. Voor de rest moeten we als insprekers maar het motto van de handbalkeeper voor ogen houden: "Het gaat er niet om hoeveel je er om de oren krijgt, het gaat om die één of twee die je wél weet tegen te houden."

Het wetsvoorstel inzake excessief lenen past in wat inmiddels een traditie genoemd mag worden. Het sluit immers naadloos aan bij de hardvochtig uitpakkende regels rondom het zakelijk salaris, de onzakelijke lening, het tbs-regime, het inmiddels ten grave gedragen pensioen in eigen beheer, de wel erg laagdrempelige persoonlijke aansprakelijkheid van de dga en de aangekondigde verhoging van het ab-tarief. Een traditie die laat zien hoeveel weerzin er bij velen (en beslist ook in de voornoemde politiek) bestaat tegen de eenpersoonsvennootschap, waarbij u die ene persoon overigens wat ruimer mag opvatten dan slechts één. Misschien kan er in dit verband overigens beter gesproken worden van weerzin tegen de directeur-groootaandeelhouder. De dga is immers in de ogen van velen geen – dixit Leo Stevens – "bonafide lefgozer", maar eerder een "opulente minimalist, die genivelleerd moet worden".<sup>2</sup>

De weerzin tegen dga en BV lijkt deels gebaseerd te zijn op de rechtspersoonlijkheid en de daarmee samenhangende beperkte aansprakelijkheid van de BV en – daarmee samenhangend – de vermeende fiscale voordelen voor BV en dga. Bij jezelf lenen is – zo verzuchtte Ed Groot in een recente FD-column – niet weggelegd voor gewone belastingplichtigen. Toch is er met lenen bij de eigen BV vanuit wetssystematisch oogpunt niets mis. Het moet zakelijk gebeuren, maar het lenen *an sich* is geen probleem. Maar leg dat maar eens uit aan niet-ingewijden. Dat beperkte aansprakelijkheid zo zijn voordelen heeft voor het ondernemersklimaat begrijp ik. Sterker nog; daar danken we – dixit JP – onze VOC-mentaliteit aan. Want was 's werelds eerste kapitaalvennootschap niet diezelfde VOC? Tegelijkertijd is het een feit dat de risico's die (mede) door deze beperking worden genomen worden afgewenteld op werknemers, leveranciers en de fiscus: kortom op de maatschappij. Dat de kapitaalvennootschap de aangewezen rechtsvorm is voor grote ondernemingen, waarbij persoonlijke aansprakelijkheid van de kleine aandeelhouder niet aan de orde kan en mag zijn, lijkt me evident. Maar of dat ook zo moet zijn voor degene die zonder BV als IB-ondernemer door het leven zou gaan, is nog maar zeer de vraag. En als we dan door die rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid een streep zouden zetten, zou het dan ook niet voor de hand liggen om in het verlengde

<sup>1</sup> Mr. S.F.J.J. Schenk RB is directeur fiscale zaken Register Belastingadviseurs.

<sup>2</sup> Marten Toonder, Heer Bommel en de uitvalsels.



daarvan ook de fiscale behandeling van de dga aan te passen? Natuurlijk – dat weten we allemaal – is de dga in fiscaal opzicht geen ondernemer. Maar in economisch en maatschappelijk opzicht is hij of zij dat wel degelijk, tenminste als de BV een materiële onderneming drijft. Daar hoort dan ook een fiscale behandeling als ondernemer bij, en niet als aandeelhouder.

Het wegdenken van het juridische kleding (en daarmee tevens het fiscale onderkleed) van de BV kan op tal van manieren plaatsvinden. Het kan zowel voor civiele als fiscale doeleinden weggedacht worden, het kan enkel voor civiele doeleinden weggedacht worden, het kan ook enkel voor fiscale doeleinden weggedacht worden, met verplichte inkomenstoerekening tot gevolg. De laatste variant leek onlangs nog door Cnossen in *het Financieele Dagblad* bepleit te worden in het kader van de wet excessief lenen; een aftrek van de rente over het in de onderneming geïnvesteerde kapitaal en het restant toerekenen aan (en uiteraard progressief belasten bij) de dga als beloning voor verrichte arbeid. Persoonlijk lijkt mij in deze casus toepassing van het winstregime dan meer voor de hand te liggen dan de loonsfeer. Niet voor niets bepleitte een dga in het recente verleden – even sympathiek als kansloos – al toepassing van de mkb-winstvrijstelling op zijn salaris. Maar dat is een detail waar over gesproken moet kunnen worden.

Maar als we dan toch aan het wettelijk systeem gaan sleutelen zou het wellicht meer voor de hand liggen om die hele BV voor de dga maar af te schaffen? Als de fiscus geen poot uitgedraaid mag worden, waarom de andere deelnemers aan het economisch verkeer dan wel? Nieuw is de gedachte niet. Zij lag ten grondslag aan het Liquidatiebesluit 1941. Een ondernemer dient zelf de financiële gevolgen van zijn handel en wandel te dragen en zich niet achter een NV of BV te verschuilen. En daar valt ook nu beslist nog wat voor te zeggen.

Het voorbehouden van de status van kapitaalvennootschap aan (zeer) grote vennootschappen is, zoals gezegd, geen onlogische gedachte. Maar voor de kleintjes ligt dat wellicht anders. Om te beginnen zouden aan het bestaan van een aanmerkelijk belang voor de vennootschap civiel- en fiscaalrechtelijke gevolgen verbonden kunnen worden, net zoals dat op dit moment voor de beleggingsinstelling al het geval is (art. 28 lid 2 onderdeel d onder 1 Wet VPB 1969). De kleinere ondernemingen zouden prima uit de voeten kunnen met de maatschap of firma, op voorwaarde dat we die antieke wetgeving eindelijk eens gaan oppoetsen. Maar daaraan wordt – naar verluidt – gewerkt. En omdat we de beroerdste niet zijn zou een dergelijke wijziging niet ingevoerd moeten worden anders dan in combinatie met een keurig nieuw Liquidatiebesluit. Wellicht kan als tussenvorm tussen kapitaal- en personenvennootschap nog naar de Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) gekeken kunnen worden. Een commanditaire vennootschap dus waarvan het kapitaal in (verhandelbare) aandelen is verdeeld. Dat biedt nog enige bescherming aan de passieve belegger, die zich dan echter niet met de gang van zaken binnen de onderneming mag bemoeien. Een gang van zaken die u niet onbekend zal voorkomen.

Maar van het misbruik van de rechtsvorm van de besloten vennootschap (waar voor fiscale doeleinden toe gerekend kan worden uitstellen, oppotten, excessief lenen, tariefsarbitrage en onzakelijk handelen, kortom alles wat thuis hoort in de categorie “het zou niet motten maggen”) zouden we met het feitelijk uitbannen van de BV verlost zijn.

We komen ondanks alles graag weer opdraven als we hierover geconsulteerd zullen worden.