

# DGA en fiscus: Afwikkeling van vorderingen op de DGA

mr. M.C. van Genugten<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op de balans van B.V.'s die door een directeur-grootaandeelhouder (DGA) worden gecontroleerd blijkt vaak een vordering op de DGA opgenomen. Uit de historische jaarrekeningen blijkt veelal dat de post ooit op de balans is verschenen, daar niet meer van verdwenen is en steeds in omvang toenam. In de praktijk ontbreken nogal eens adequate schriftelijke afspraken over de betreffende balanspost, althans zijn de beschikbare overeenkomsten summier en is de situatie op de balans niet altijd in overeenstemming hiermee. Wanneer de financiële stabiliteit van de B.V. (en de DGA) in het gedrang komt en deze wordt geherstructureerd, vereffend of geliquideerd, moet de balanspost worden afgewikkeld. Vanuit civielrechtelijk oogpunt is een afwikkeling weinig complex. Vanuit fiscaal oogpunt bestaan er meer haken en ogen, omdat er fiscaal gezien sprake kan zijn van een 'schijnlening', waardoor de vordering fiscaal niet meer tot het vermogen van de B.V. behoort. In dit artikel wordt nader op de gevolgen van deze fiscale perikelen ingegaan vanuit het perspectief van de civielrechtelijke georiënteerde adviseur c.q. curator.

## 2. Vorderingen op de DGA

Een vordering van een B.V. op haar DGA kan zien op een opgebouwd saldo aan kleinere opnames en stortingen, om langlopende leningen voor bijvoorbeeld privé-onroerend goed, om loonopnames die niet als zodanig verwerkt zijn en om vorderingen wegens overgedragen goederen etc. Het onderscheid tussen het begrip 'rekening-courant' en 'lening' wordt niet altijd consequent gehanteerd. Civielrechtelijk is de mogelijkheid een verhouding als een rekening-courant te kwalificeren wel relevant, omdat afwijkende regels voor verrekening en verjaring van de afzonderlijke betalingen van toepassing zijn (art. 6:140 BW). Fiscaal gezien is het onderscheid om een andere reden relevant. Onder een rekening-courant vordering/lening wordt een beperkt saldo van maximaal € 17.500,- geschaard dat de DGA flexibel en tijdelijk mag lenen van zijn

vennootschap en vice versa zonder rente over dit bedrag te hoeven betalen.<sup>2</sup>

Het civiele recht gaat uit van contractsvrijheid en stelt geen eisen aan de wijze waarop en de aard en omvang van de bedragen die de DGA via zijn vennootschap aan zichzelf mag lenen. Het vennootschapsrecht kent ook geen belemmeringen, omdat de DGA alle organen van de B.V. controleert. Afspraken met de DGA moeten op straffe van vernietigbaarheid wel schriftelijk worden vastgelegd (zie art. 2:247 BW). De DGA loopt het risico aansprakelijk te zijn indien de vennootschap als gevolg van aan hemzelf verstrekte geldleningen op enig moment niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Deze risico's grijpen echter niet in op de geldigheid en kwalificatie van de vordering van de vennootschap en dit laat ik daarom buiten beschouwing. De DGA is verder in dat geval hoe dan ook aansprakelijk in die zin dat hij de schuld aan de vennootschap terug dient te betalen.

## 3. Fiscale aspecten van de vordering op de DGA: lening of schijnlening?

Fiscaal is de situatie complexer dan civielrechtelijk. De DGA brengt gelden die zich in de B.V. bevinden naar zich toe voor privédoeleinden. Indien dit moet worden gezien als een onttrekking van vermogen door de DGA uit de B.V. is sprake van een fiscaal belastbaar feit, waarbij de heffing verloopt via dividendbelasting/inkomstenbelasting box 2. Vermogen uit de B.V. kan ook als loon worden uitgekeerd waarbij via de loonheffing/inkomstenbelasting heffing plaatsvindt.

De DGA heeft de mogelijkheid om het overbrengen van gelden naar privé als lening te kwalificeren en niet als onttrekking/winstuitkering/loon. Dit kan expliciet door het ondertekenen van een leningsovereenkomst of stilzwijgend door de geldverstrekking(en) in de administratie steeds als een vordering op de DGA te verwerken. De onttrekking is in dat geval niet belastbaar, het fiscale uitgangspunt is namelijk dat de civielrechtelijke kwalificatie als lening gevolgd dient te worden.<sup>3</sup> Uiteraard zal deze lening in de toekomst wel moeten worden afgelost,

1. Mart van Genugten is werkzaam als zelfstandig advocaat te Amsterdam en tevens vaste medewerker van TvCu.

2. Art. 13.4 Besluit inkomstenbelasting, belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (*Stcrt.* 2014, 6643).  
3. HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *NJB* 2011/2281.

inclusief de verschuldigd geraakte rente. De standaardoplossing hierbij is een dividenduitkering die wordt verrekend met de vordering op de DGA. Op dat moment vindt een formele overdracht plaats van het vermogen van de B.V. naar privé, en kan de fiscus (alsnog) overgaan tot heffing op grond van dividendbelasting/inkomstenbelasting box 2.

De DGA kan in de praktijk door middel van leningen in privé dus beschikken over het vermogen van de B.V. en het betalen van heffingen op een vermogensonttrekking vooruitschuiven. Zolang het goed gaat met de DGA en de B.V. kan dit in de toekomst worden rechtgetrokken. Als het echter financieel minder gaat met de DGA en de B.V. (al dan niet door een hoog privé-uitgavepatroon van de DGA) ontstaan voor de DGA extra prikkels om het heffingsmoment steeds verder uit te stellen. Indien financiële problemen aanhouden, is het vervolgens nog maar een kleine stap naar de situatie dat de DGA en de B.V. hoe dan ook niet meer in staat zijn de belasting te betalen die zou moeten worden geheven over de vermogensonttrekking. Nog los van het feit dat een dividenduitkering niet meer kan plaatsvinden omdat er geen te verdelen winsten meer zijn. De fiscus vist dan achter het net.

De fiscus hoeft een dergelijke ontwikkeling niet met lede ogen aan te zien. Op basis van vaste jurisprudentie<sup>4</sup> mag de fiscus de civielrechtelijke kwalificatie als lening die de DGA geeft aan een onttrekking van gelden naast zich neer leggen. De fiscus kan zich op het standpunt stellen dat sprake is van een schijnlening, die voor de heffing moet worden beschouwd als (vermomde) onttrekking van vermogen in de vorm van een winstuitdeling/dividend. Op basis hiervan kan een naheffingsaanslag worden opgelegd aan de DGA. Voor de vraag of sprake is van een dergelijke schijnlening hanteert de Hoge Raad de volgende maatstaf:

*‘Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, is sprake van een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten (vgl. HR 29 oktober 2004, nr. 40296, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, BNB 2005/64). Voor het in aanmerking nemen van een onttrekking, zal de inspecteur feiten (en omstandigheden) aannemelijk moeten maken waaruit volgt dat deze lening niet kan of zal worden afgelost en de vennootschap en aandeelhouder zich daarvan bewust waren of hadden moeten zijn.’<sup>5</sup>*

Het bepalende criterium is dus of het geleende bedrag het vermogen van de vennootschap heeft verlaten. De Hoge Raad stelt dat hiervan sprake is als aannemelijk is dat de aandeelhouder de lening

niet kan of zal aflossen en de B.V. en aandeelhouder zich daarvan bewust waren. De lening is dan een schijnlening, ofwel een verhulde winstuitdeling, waarover de fiscus belasting mag heffen in box 2.

Indien de fiscus het standpunt inneemt dat een vordering op de DGA een schijnlening is en voldoet aan bovenstaande criteria, moet de DGA onderbouwen dat hij de lening kan en zal aflossen. Om dit te bepalen zijn geen vaste criteria voorhanden. Toch is het vaak niet ingewikkeld. Als er een duidelijk scheve verhouding bestaat tussen enerzijds de inkomens- en vermogenspositie van de DGA en anderzijds de hoogte van de lening, is het niet goed mogelijk voor de DGA om te onderbouwen dat deze de lening kan aflossen. De rechter heeft in dergelijke gevallen dan ook doorgaans weinig moeite te constateren dat sprake is van een schijnlening.<sup>6</sup>

Een belangrijke vraag is of bij de beoordeling van de inkomens- en vermogenspositie en de mogelijkheid van aflossing of toekomstige dividenduitkeringen uit de B.V. mogen worden meegewogen. Vaak zal de DGA immers voornemens zijn om op deze manier op termijn de lening af te lossen. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 2004<sup>7</sup> echter uitdrukkelijk bepaald dat dit geen rol speelt door te overwegen (onderstreping toegevoegd):

*‘Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering.’*

Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2015 in aanvulling hierop geoordeeld, dat naast dividenduitkeringen ook de waarde van de aandelen in de B.V. bij verkoop daarvan buiten beschouwing blijft, alsmede de mogelijkheid van terugbetaling van kapitaal.<sup>8</sup> Het is op het eerste oog vreemd dat deze vermogensbestanddelen van de DGA geen rol zouden mogen spelen bij de vraag of de DGA zijn lening kan aflossen. Indien door de DGA een lening wordt aangegaan bij een kredietinstelling zal de vermogenspositie van de B.V. immers wel meetellen bij het beoordelen van diens solvabiliteit. Hof Arnhem-Leeuwarden licht in een uitspraak uit 2018<sup>9</sup> nader toe dat indien een lening alleen kan worden afgelost met gebruikmaking van de winstreserves van de B.V., of de intentie is deze af te lossen met gebruikmaking van de winstreserves, de gelden bij

4. HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196, HR 29 oktober 2004, nr. 40296, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, ECLI:NL:HR:2015:645.

5. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645.

6. Drs. H.J. Meijer, ‘Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders’, WFR 2015/918 en noot 7 t/m 10.

7. HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761.

8. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1367, r.ov. 4.4.

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6154, r.ov. 4.14.

verstrekking van de lening het vermogen van de B.V. hebben verlaten:

*‘Het gaat in dit geval om de vraag of de door belanghebbende in 2009 uit de B.V. opgenomen gelden definitief het vermogen van de B.V. hebben verlaten. Daarvan is sprake indien belanghebbende met een lening geld uit de B.V. heeft opgenomen en bij de opname daarvan duidelijk is dat hij de lening enkel kan aflossen door te beschikken over de winstreserves van de B.V. door bijvoorbeeld een dividenduitkering te laten doen. Daarnaast kan hiervan sprake zijn als bij de opname duidelijk is, dat belanghebbende de intentie heeft de lening af te lossen door over de winstreserves van de B.V. te beschikken. Het moment waarop de uitdeling plaatsvindt, valt dan samen met het moment waarop het vermogen de B.V. verlaat. Dat de B.V. pas op het moment van aflossing van de lening deze verrekent met een uitdeling van winst, is dan niet meer van belang omdat het vermogen al eerder de B.V. verlaten heeft.’*

Het tweede alternatieve criterium – naast de vraag of de DGA de lening kan aflossen – is of de DGA de lening zal aflossen. Dit is subjectief en daarom lastig te toetsen. In rechtspraak<sup>10</sup> wordt dit opgelost door te kijken naar de bredere omstandigheden, die soms mede betrekking kunnen hebben op de vraag of afgelost kan worden. De volgende zaken worden dan in ogenschouw genomen:

- Is de leningsovereenkomst en de wijze van aflossing schriftelijk vastgelegd?
- Hebben recentelijk aflossingen plaatsgevonden?
- Zijn er zekerheden verstrekt?
- Wordt de rente op de lening betaald of alleen in rekening courant bijgeboekt?
- Is aflossing afhankelijk van een toekomstige dividenduitkering?
- Heeft de B.V. pogingen gedaan om tot inning van de vordering te komen?
- Zou de lening ook door een derde zijn verstrekt onder vergelijkbare omstandigheden?

Een ander voorkomend vraagstuk bij vorderingen op de DGA is, of eventuele afwaardering/kwijtschelding in mindering mag strekken op de fiscale winst en derhalve tot belastingvoordelen in de sfeer van de VPB leidt. Alhoewel in deze bijdrage hier niet nader op in wordt gegaan, geldt in algemeenheid dat als een lening aan de DGA als ‘onzakelijk’ moet worden beschouwd, afwaardering niet ten laste van de fiscale winst mag strekken. Er is in beginsel sprake van een onzakelijke lening indien de B.V. door verstrekking van de lening een debiteurenrisico heeft genomen dat een onafhankelijke

derde niet zou hebben genomen.<sup>11</sup> Er geldt dus een ander toetsingskader dan bij een schijnlening.

#### 4. Praktische belemmeringen bij het aanwijzen en belasten van schijnleningen

Uit het bovenstaande wordt duidelijk wanneer in juridische zin sprake is van een schijnlening en wat de fiscale gevolgen kunnen zijn. Of die gevolgen zich in een concreet geval voordoen is een andere vraag. De fiscus dient per individueel geval het initiatief te nemen tot belastingheffing. Er zijn diverse omstandigheden die hierbij complicerend werken.

#### 5. Grote omvang aantal dossiers

In 2016 hadden 216.000 aandeelhouders (of familieleden) een schuld van € 55 miljard aan hun vennootschappen.<sup>12</sup> In veel gevallen zal vermoedelijk sprake zijn van een schijnlening, maar het is voor de fiscus niet eenvoudig om deze op te sporen en te belasten. Deze leningen worden in de aangiftes VPB en IB die worden ingediend door de betrokkenen opgenomen als ‘echte’ lening. Het onderscheid tussen een ‘zuivere’ lening en een schijnlening is alleen te maken aan de hand van de feiten en omstandigheden, die niet zomaar uit de afzonderlijke aangiftes zelf blijken. Het behoort verder niet tot de normale controlerende taak van de inspecteur om de aangifte VPB van de B.V. en aangifte IB van de DGA met elkaar te vergelijken.<sup>13</sup> Het toezicht op leningen van de DGA vergt dus veel additionele capaciteit en over veel dossiers is discussie over de feiten en omstandigheden (en bijkomend bezwaar en beroep in geval van een beslissing tot heffing) mogelijk.

De praktische onmogelijkheid om individuele dossiers te controleren en alle feiten en omstandigheden die worden aangetroffen af te wegen, is reden voor de wetgever om via het wetsvoorstel Excessief lenen bij eigen vennootschap<sup>14</sup> hoge schuldposities, waarbij het risico dat (deels) sprake is van een schijnlening groter is, te verbieden. Vanaf 31 december 2023 worden – in grote lijnen – leningen op de balans voor het bedrag boven € 500.000,- automatisch als dividenduitkering belast. Iedere lening onder de € 500.000,- zal een individuele beoordeling blijven vergen, die in de praktijk dus vaak achterwege blijft.

11. HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108.

12. Memorie van toelichting wetsvoorstel Excessief lenen bij eigen vennootschap, vergaderjaar 2019-2020, 35496-3.

13. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:249.

14. Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en -afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap), vergaderjaar 2019-2020, 35496-3.

10. Zie o.a. de uitspraken bij noot 7 t/m 9, Rb. Haarlem 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV2533, Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL8838.

## 6. Tijdstip van ontstaan schijnlening

Een tweede knelpunt bij het aanpakken en belasten van schijnleningen, is gelegen in het bepalen van het tijdstip waarop heffing plaats moet vinden, of had moeten vinden. Vaak raakt de fiscus er achteraf, bijvoorbeeld bij een herstructurering of liquidatie van een B.V., van op de hoogte dat er al geruime tijd een hoge vordering op de DGA bestond waarvan aannemelijk was dat deze niet (meer) kan of zal worden afgelost. Indien vervolgens het standpunt wordt ingenomen dat ter zake sprake is van een schijnlening en de facto winstuitkering heeft plaatsgevonden moet worden gespecificeerd in welk jaar de verkapte winstuitkering plaatsvond en moet worden belast. Dit is vaak nog niet zo eenvoudig. De fiscus moet hiervoor aanwijzen in welk jaar de situatie is ontstaan dat de lening niet kon en zou worden afgelost. Dat kan het jaar zijn waarin de lening is verstrekt, maar dat hoeft niet zo te zijn. De DGA kan bijvoorbeeld aanvankelijk voldoende vermogen hebben gehad om de lening af te lossen, waarna door een te hoog privé-uitgavepatroon of het aangaan van nieuwe schulden de situatie is ontstaan dat de vordering niet meer kan worden afgelost. Over het betreffende jaar waarin de feiten en omstandigheden zijn ontstaan dat de lening niet kon en zou worden afgelost dient de naheffingsaanslag te worden opgelegd.

Indien het jaar waarover dient te worden nageheven een jaar is waarover de aangiftes al zijn afgewikkeld, is het de vraag welke aanpassingen nog mogelijk zijn. De fiscus moet stellen dat sprake is van een 'nieuw feit' om nog te kunnen navorderen.<sup>15</sup> Indien het betreffende jaar waarin de verkapte uitkering plaatsvond verder buiten de navorderingstermijn van 5 jaren ligt, kan in het geheel geen navordering meer volgen. Kortom, bepaalde oudere schijnleningen kunnen mogelijk vanwege verjaring niet meer belast worden.<sup>16</sup> De fiscus verzet zich overigens met klem tegen deze redenering en zal een beroep op verjaring bestrijden.<sup>17</sup> Het valt echter niet te ontkennen dat indien een lening in feite al zeer lang oninbaar is, het voor de fiscus niet makkelijker wordt om alsnog tot heffing over te gaan. Wellicht zal toekomstige jurisprudentie hieromtrent meer duidelijkheid gaan bieden.

15. Zie o.a. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:249 voor een nadere invulling wanneer sprake is van een nieuw feit.

16. Drs. H.J. Meijer, 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders', *WFR* 2015/918, drs. H.J. Meijer, 'Nogmaals wegstrepen aandeelhoudersschulden', *WFR* 2018/170.

17. Dit blijkt uit de interne documentatie die door de Staatssecretaris van Financiën op 14 maart 2018 openbaar is gemaakt naar aanleiding van een WOB-verzoek inzake documenten die betrekking hebben op leningen tussen DGA's en hun vennootschappen. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2018/03/14/besluit-op-wob-verzoek-leningen-tussen-directeuren-grootaandeelhouders-en-hun-besloten-vennootschappen-B.V.s>.

## 7. Benodigde correcties als gevolg van verkapte uitdeling

Het vaak historische karakter van schijnleningen betekent ook, dat indien eenmaal is vastgesteld dat een lening vanaf een bepaald moment als een schijnlening en dus een verkapte uitdeling moet worden beschouwd, het vermogen van de B.V. per die datum is verminderd. Verder zijn eventuele renteboeking van die datum ook niet meer juist. Er moet kortom met terugwerkende kracht boekhoudkundig het nodige worden aangepast om tot een nieuwe, juiste fiscale vermogensopstelling te komen. Dit heeft gevolgen voor aangiftes IB en VPB die soms met terugwerkende kracht aangepast moet worden.

## 8. Voor welk bedrag is een vordering een schijnlening?

Een ander knelpunt bij het belasten van schijnleningen is dat discussie mogelijk is over de vraag welk bedrag precies belast dient te worden. In de praktijk is een vordering op de DGA vaak een saldo van verschillende opnames en renteboeking. Verder kan het zo zijn dat de DGA wel een bepaald privévermogen heeft, dat dient als zekerheid voor de terugbetaling, maar de lening voor een ander deel ongedekt is. In dat geval is slechts een deel van de lening een schijnlening. Verder is in de praktijk bij 'oude' schijnleningen vaak sprake van een grote rentecomponent. De vraag is of rente die is bijgeboekt, beschouwd kan worden als onderdeel van een schijnlening. Een rentebedrag dat administratief bijgeboekt wordt, wordt niet ontvangen door de DGA en is niet zomaar op één lijn te stellen met een winstuitdeling. Zoals hiervoor al naar voren is gebracht, is verder de rente vanaf het moment dat de schijnlening is ontstaan bij het kwalificeren van een lening als uitdeling achteraf niet verschuldigd, terwijl die vaak wel is opgeteld bij de lening en wellicht soms deels al betaald of verrekend.

## 9. Samenhang met pensioenvoorzieningen

Sinds 1 juli 2017 is als gevolg van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer het opbouwen van pensioen in de eigen B.V. niet meer toegestaan en is gestimuleerd om bestaande voorzieningen die in opbouw zijn af te kopen. Veel B.V.'s hebben echter (pensioen)voorzieningen ten behoeve van de DGA op de balans staan. De B.V. heeft op fiscaal gunstige wijze deze voorzieningen gecreëerd die jaarlijks op basis van een rentepercentage verhoogd moet worden. Voorwaarde voor het mogen creëren van deze voorzieningen is dat de B.V. in de toekomst gelden gaat uitkeren aan de DGA, die alsdan belast worden. In veel gevallen heeft de DGA aan de andere kant van de balans ook gelden van de B.V. als lening naar zich toe gehaald. De vraag is vaak of die lening wel onder zakelijke voorwaarden is aangegaan

en of de vordering op de DGA wel inbaar is. Of het pensioen dan in de toekomst nog kan worden uitgekeerd hangt vaak af van de vraag of de DGA nog over kan of zal gaan tot aflossing van zijn lening.

Als betwijfeld kan worden of de lening wel wordt terugbetaald, kan de fiscus zich in geval van pensioen op basis van art. 19b wet LB lid 1 en aanhef onder b<sup>18</sup>, op het standpunt stellen dat de opname van gelden als lening door de DGA in feite moet worden beschouwd als een verboden afkoop van pensioen. Het pensioen is dan in feite via het beschikken over gelden in de vorm van een lening al opgenomen. Dit kan als loon worden belast, wat kan leiden tot een heffing van maximaal 52% op grond van inkomstenbelasting/loonheffing. Op grond van art. 30i lid 1, aanhef en onder a, Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), kan daarbovenop ook revisierente tot 20% verschuldigd worden. Uit beschikbare jurisprudentie<sup>19</sup> blijkt dat het toetsingskader in dit geval niet is of de verstrekte lening een schijnlening in de zin als eerder in dit artikel besproken. Er wordt slechts beoordeeld of de lening onzakelijk is, waarvoor voldoende wordt geacht dat er onvoldoende reële zekerheden zijn bedongen die terugbetaling waarborgen of de lening anderszins als niet volwaardig moet worden beschouwd. Als dat het geval is heeft de DGA het pensioen (deels) genoten wat leidt tot gedeeltelijke afkoop, wat weer betekent dat het volledige pensioen in de heffing wordt betrokken. Kortom, de soep wordt in gevallen waarin pensioenvoorzieningen zijn betrokken in gevallen nog heter gegeten.

Bovenstaande zaken illustreren dat het niet altijd eenvoudig aan te wijzen is wanneer sprake is van een schijnlening en voor welk bedrag en wat hiervan de gevolgen zijn. Zeker niet indien die lening een wat langere historie kent. Hierdoor is er van de zijde van de DGA veel onzekerheid over of en hoe een mogelijk schijnlening uiteindelijk belast gaat worden. Van de zijde van de fiscus zorgt dit ervoor dat dat er dossiers minder snel actief worden opgepakt.

## 10. Civielrechtelijke gevolgen van fiscale veranderingen in de aard van een lening

Zoals hierboven besproken, kan als gevolg van fiscale regelgeving een vordering op de DGA plotseling de vorm van een winstuitkering aannemen of moet deze deels worden beschouwd als een uitgekeerd pensioen. De vraag is wat de civielrechtelijke gevolgen zijn. Kan de DGA, bijvoorbeeld in geval

van faillissement van de B.V., gehouden worden de schuld aan de B.V. alsnog te voldoen, terwijl hij ook belasting verschuldigd is over die lening op basis van een winstuitkering/pensioenafkoop?

De fiscaalrechtelijke aanduiding als schijnlening gaat uit van een fiscale fictie en werkt in principe niet door in het civiele recht.<sup>20</sup> Er is dus niet civielrechtelijk automatisch ook sprake van een winstuitkering in geval dit voor het fiscale recht zo is. De schijnlening wordt daarom ook wel aangeduid als een *relatieve* schijnlening: fiscaal geen echte lening, maar civielrechtelijk wel. In theorie zou een DGA hierdoor na een faillissement door de curator kunnen worden aangesproken tot volledige betaling van de vordering, terwijl de fiscus de vordering bij de DGA in box 2 heeft belast of zal belasten als een winstuitkering. De DGA zou dan uiteindelijk veel meer moeten afdragen dan hij ooit heeft ontvangen. Ik meen dat de DGA hier bescherming verdient en civielrechtelijk een beroep kan doen op art. 6:258 BW (gewijzigde omstandigheden), of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

In geval naast de vordering op de DGA ook nog een toekomstig pensioen (of lijfrente/stamrecht) betrokken is, is de situatie nog iets ingewikkelder. Een van de vragen die rijst is of de DGA die wordt aangesproken tot betaling van zijn schuld aan de B.V. een verrekeningsverweer kan voeren door zich op zijn toekomstige vordering tot betaling van pensioen te beroepen. Een dergelijke kwestie werd aan de rechtbank Almelo<sup>21</sup> voorgelegd. In die kwestie stelde een curator zich op het standpunt dat afkoop of verrekening van een pensioen wettelijk gezien niet mogelijk is en dat overtreding van die regel tot fiscale heffing over het pensioen en verschuldigdheid van revisierente<sup>22</sup> leidt. Daardoor zou de DGA zich niet op verrekening kunnen beroepen. De rechtbank oordeelt echter dat op basis van de ruime verrekeningsmogelijkheid van art. 53 Fw verrekening door de DGA wél mogelijk is. De eventuele fiscale gevolgen staan hier niet aan in de weg. Afhankelijk van de omstandigheden wordt de DGA hier echter soms niet wijzer van. Alhoewel de pensioenvoorziening voor het volle bedrag verrekend kan worden in civielrechtelijke zin, kan de aanslag van de fiscus over de daardoor ontstane afkoop oplopen tot 72% over dit bedrag. Wat het nog erger kan maken is dat voor de fiscale heffing een pensioenvoorziening in veel gevallen wordt herberekend naar de com-

18. Voor lijfrente en stamrecht gelden vergelijkbare bepalingen.

19. Zie o.a. Rb. Noord Holland 13 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1014, Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ3646, Rb. Zeeland-West-Brabant 19 december 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:5699, Hof Leeuwarden 4 mei 2007, ECLI:NL:GH-LEE:2007:BA4646.

20. Drs. H.J. Meijer, 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders,' WFR 2015/918 en zie ook p. 8 van de Memorie van Toelichting Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en -afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap), vergaderjaar 2019-2020, 35496-3.

21. Rb. Almelo 19 september 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8819.

22. In casu ging het om stamrecht maar voor zowel stamrecht, lijfrente als pensioen is de situatie vergelijkbaar.

merciële waarde daarvan, welke door de lage rente meestal hoger is dan de balanswaarde. De heffing valt dan dus procentueel nog hoger uit. Ook hier is bepleitbaar dat de DGA een beroep toekomt op art. 6:258 of 6:248 BW waardoor niet meer hoeft te worden betaald dan van de B.V. is verkregen.

Naar mijn mening kan het risico dat de civielrechtelijke werkelijkheid niet automatisch aansluit op de fiscaalrechtelijke werkelijkheid worden ondervangen via een overeenkomst tussen de B.V. en de DGA. In de praktijk ben ik geen concreet voorbeeld tegengekomen maar globaal moet gedacht worden aan een regeling waarmee de B.V. zich op voorhand verplicht een andere fiscale kwalificatie van de lening civielrechtelijk te erkennen en de DGA te vrijwaren of compenseren voor fiscale nadelige gevolgen van de lening. Dit fiscale nadeel kan worden verrekend met de resterende schuld van de DGA of de schuld wordt zelfs geheel kwijtgescholden omdat deze fiscaal reeds als winstuitkering moet worden aangemerkt. Dergelijke afspraken kunnen als clause worden opgenomen in een rekening-courant overeenkomst of later bij een herbeoordeling van risico's worden vastgelegd. In geval van een dergelijke overeenkomst kan de DGA er zelfs voor kiezen om de schijnlening zelf aan te melden bij de fiscus als (verkapte) winstuitkering, indien dit gunstiger is dan terugbetaling als lening. Door middel van tijdige afspraken kan verder worden bewerkstelligd dat de fiscale schade die voor de DGA ontstaat indien een pensioen voortijdig als afgekocht moet worden beschouwd, verrekend kan worden met een eventuele (rest)schuld aan de B.V. In geval de afspraken in het zicht van een faillissement van de B.V. zouden worden gemaakt, ligt het risico van paulianeus handelen uiteraard op de loer.

## 11. Afsluitende opmerkingen

Vorderingen op de DGA zijn civielrechtelijk meestal niet complex van aard maar door fiscale gevolgen kunnen allerlei complicaties ontstaan in geval de vordering niet meer (volledig) verhaalbaar blijkt te zijn. Het is van belang dat adviseurs die betrokken zijn bij herstructurering, liquidatie en faillissement hier oog voor hebben. De fiscus is in de praktijk niet in staat om actief toezicht te houden waardoor in veel gevallen (slechts) sprake is van een sluimerend fiscaal risico. In de praktijk wordt door de fiscus gereageerd op veranderingen in in-gediende aangiftes VPB en IB ten opzichte van een voorgaand jaar. Herstructurering en liquidatie buiten faillissement trekken dus de aandacht en kennen een groter risico alsnog te worden onderzocht. In geval van faillissement vinden in de regel geen VPB-aangiftes meer plaats en wordt de fiscus dus ook niet meer op de hoogte gesteld over de bijzonderheden en afwikkeling van een eventuele positie van de DGA. De curator is in de praktijk ook niet geïnteresseerd om met de fiscus hierover in overleg te treden. Zeker indien de DGA civielrechtelijk kan worden aangesproken tot betaling van een vordering wil de curator een samenloop van aanspraken

met de fiscus voorkomen. De fiscus is op haar beurt meestal geneigd om de afwikkeling verder aan de curator te laten.

Via het wetsvoorstel Excessief lenen bij eigen vennootschap wordt beoogd een deel van het probleem op te lossen doordat het deel van een lening boven € 500.000,- als winstuitkering wordt belast. Omdat het om veel dossiers gaat die hierdoor geraakt worden, zal de komende jaren veel aandacht en capaciteit nodig zijn voor de afwikkelingen van die posities. De vraag is of dit niet zal leiden tot nog minder aandacht voor vorderingen op de DGA beneden dit drempelbedrag. Wat verder aannemelijk is, is dat naarmate de tijd voortschrijdt er meer discussies zullen gaan spelen over de vraag of schijnleningen die al langer dan de navorderingstermijn van 5 jaren onverhaalbaar zijn, nog wel belast kunnen worden, of dat de fiscus hier kan worden verweten te lang te hebben stilgezeten waardoor niet meer kan worden nagevorderd.