



Hoge Raad wijst belangrijke arresten over behandeling onzakelijke lening

1 Inleiding en voorgeschiedenis

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke arresten gewezen over wat in de praktijk is aangeduid als 'de kwestie van onzakelijke leningen'.

Deze arresten zijn het vervolg op een door de Hoge Raad in 2008 gewezen arrest. In dat jaar boog de Hoge Raad zich over een lening die was verstrekt door een dochtervennootschap aan haar moeder, zonder dat sprake was van een aflossingsschema, zekerheden enzovoorts. Uiteindelijk leed de dochter een verlies op de vordering en was het de vraag of het afwaarderingsverlies bij haar ten laste van de fiscale winst kon worden gebracht. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend, omdat de leningsvoorwaarden onzakelijk waren.

Dit arrest leidde in de praktijk tot een groot aantal vragen, waarbij tevens speelde dat het steeds vaker gebeurde dat als gevolg van de economische crisis verliezen werden geleden op groepsvorderingen.

Had de Hoge Raad met de onzakelijke lening een nieuwe toets toegevoegd aan de bestaande toetsen die gelden bij de vraag wanneer een geldlening voor fiscale doeleinden moet worden aangemerkt als kapitaal? Onder welke omstandigheden kan sprake zijn van een onzakelijke lening? Heeft de onzakelijkheid van een lening gevolgen voor de fiscaal in aanmerking te nemen rente op de lening? Is het mogelijk een onzakelijke lening te transformeren in een zakelijke lening (en andersom)? Kan een geldverstrekking door een moeder aan een dochter ook als onzakelijke lening worden aangemerkt? Kan ook sprake zijn van een onzakelijke lening wanneer een natuurlijk persoon/aanmerkelijkbelanghouder een lening verstrekt aan zijn vennootschap? Geldt de onzakelijkheid voor het hele bedrag van de lening of is een gedeelte toch zakelijk? Op welk tijdstip moet worden beoordeeld of een lening zakelijk of onzakelijk is? Kan bij liquidatie van de dochter alsnog het aanvankelijk niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking worden genomen?

Op vrijwel al deze vragen heeft de Hoge Raad op 25 november 2011 antwoord gegeven. Ook kan uit de arresten worden afgeleid hoe men ervoor kan zorgen dat een lening zakelijk is en blijft.

2 De antwoorden van de Hoge Raad

2.1 Geen nieuw criterium onderscheid eigen en vreemd vermogen

De Hoge Raad geeft aan dat hij vasthoudt aan het bestaande toetsingskader bij de vraag of voor fiscale doeleinden sprake is van eigen of van vreemd vermogen. In beginsel is de civielrechtelijke vorm van wat partijen zijn overeengekomen beslissend.

Op deze hoofdregel gelden drie uitzonderingen:

- 1) Er is alleen naar de schijn sprake van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen.
- 2) De lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft aan de onderneming van de schuldenaar (de zogenoemde deelnemerschapslening).
- 3) De geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, zoals de uitlener al meteen duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald (het zogenoemde bodemlozeputcriterium).

Volgens de Hoge Raad past het niet in het wettelijk systeem om wanneer naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet een van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin uit te gaan van het verstrekken van eigen vermogen.

2.2 Wat maakt een lening onzakelijk?

Als sprake is van een geldlening, is het vervolgens de vraag of deze zakelijk of onzakelijk is. De Hoge Raad hanteert daartoe het 'arm's length-criterium'. Meer specifiek spitst de Hoge Raad de vraag dan toe op de rentevergoeding over de lening. Uitgaand van de andere elementen van de geldverstrekking, zoals de omvang, de zekerheden en de looptijd daarvan, zal de vraag moeten worden beantwoord welke *vaste* rente een niet-gelieerde partij voor die lening zou hebben gevraagd. Van deze rente moet worden uitgegaan bij de fiscale winstberekening van schuldeiser en schuldenaar.

Is de tussen partijen overeengekomen rente niet 'at arm's length', maar kan deze worden aangepast naar een vaste rente die door een niet-gelieerde partij zou zijn gevraagd voor een lening met overigens gelijklopende voorwaarden, dan is geen sprake van een onzakelijke lening. Alleen de rente moet dan fiscaal worden gecorrigeerd. Een eventueel verlies op de vordering kan in aanmerking worden genomen bij de fiscale winstberekening.

Dat wordt anders – en dan is sprake van een onzakelijke lening – indien geen vaste rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken. Een eventueel verlies op de vordering kan dan niet in aanmerking worden genomen bij de fiscale winstberekening, behalve onder bijzondere omstandigheden. Dat laatste wordt door de Hoge Raad niet verder toegelicht. De vraag is dan wel op welk bedrag de rente over de onzakelijke lening moet worden bepaald. Volgens de Hoge Raad kan om redenen van eenvoud als vuistregel worden gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden als zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.

Hoewel op deze wijze de rente naar een zakelijk niveau wordt gebracht, blijft een verlies op de vordering niet aftrekbaar. De uitkomst is dan gelijk aan wanneer sprake zou zijn van een onzakelijke borgstelling. In de arresten wordt niet ingegaan op de vraag onder welke voorwaarden een borgstelling zakelijk is en of bij een leningsovereenkomst tussen afhankelijke partijen sprake zou kunnen zijn van een zakelijke borgstelling. Wij menen dat er in ieder geval in theorie een zakelijke borgstelling is wanneer een derde onder overigens gelijke voorwaarden tot de borgstelling bereid zou zijn (geweest). Dit is in feite dezelfde toets als de vraag of een derde bereid zou zijn te lenen.

2.3 Crediteuren/debiteuren

Het maakt voor het leerstuk van de onzakelijke lening geen verschil of een dochtervennootschap een lening verstrekt aan haar aandeelhouder of dat een aandeelhouder een lening verstrekt aan een dochtervennootschap.

Een onzakelijke lening doet zich verder niet alleen voor in de sfeer van de vennootschapsbelasting, maar speelt ook als een aanmerkelijkbelanghouder een lening verstrekt aan zijn vennootschap. De aanpak is dan, mutatis mutandis, dezelfde als hiervoor beschreven.

2.4 Bij een onzakelijke lening zijn de hele hoofdsom en de aangegroeide rente besmet

Als sprake is van een onzakelijke lening, geldt dat voor het hele bedrag van de hoofdsom. De lening wordt niet opgeknipt in een zakelijk en een niet-zakelijk gedeelte. De onzakelijkheidsbesmetting strekt zich ook uit over de op de geldlening aangegroeide, maar niet voldane rente. Daarnaast kan de rentevordering niet ten laste van de fiscale winst worden afgewaardeerd.

2.5 De toetsmomenten

Over het toetsmoment zegt de Hoge Raad dat op het moment van aangaan van de lening moet worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening. Wanneer er op dat moment een zakelijke lening is, betekent dat echter niet dat die kwalificatie geen wijziging meer kan ondergaan. Volgens de Hoge Raad kan onzakelijk handelen van de schuldeiser ertoe leiden dat een zakelijke lening alsnog onzakelijk wordt. Onder welke omstandigheden daarvan sprake zal zijn, wordt niet nader toegelicht. Vermoedelijk kan worden gedacht aan het achterwege blijven van maatregelen door de schuldeiser als bijvoorbeeld de financiële positie van de debiteur verslechtert.

2.6 Opgeofferd bedrag, verkrijgingsprijs en kwijtschelding

Het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies dat door een moedervennootschap wordt geleden op een onzakelijke lening op een deelneming verhoogt het opgeofferd bedrag van de deelneming (bij een lening van een aandeelhouder aan een dochtermaatschappij). Dit leidt ertoe dat het afwaarderingsverlies toch ten laste van de fiscale winst kan worden gebracht wanneer de dochter wordt geliquideerd, en overigens aan de geldende voorwaarden wordt voldaan om het liquidatieverlies af te trekken.



KPMG Meijburg & Co

Belastingadviseurs

pagina 4

Is de schuldeiser een natuurlijk persoon met een aanmerkelijk belang in de schuldenaar, dan verhoogt het afwaarderingsverlies de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang. Een eventuele kwijtschelding van een onzakelijke vordering leidt volgens de Hoge Raad tot een informele kapitaalstorting in de schuldenaar. In beginsel zullen dan de compensabele verliezen van de debiteur behouden blijven.

3 Attentieseinen bij bestaande leningen en het afsluiten van nieuwe leningen

De arresten van de Hoge Raad dwingen er min of meer toe om bestaande leningen tegen het licht te houden. Was de overeengekomen rente destijds at arm's length en hoe is dat gedocumenteerd? Kan nog steeds worden volgehouden dat een lening die in het verleden tegen een arm's length-rente werd afgesloten, zakelijk is?

Bij het verstrekken van nieuwe geldleningen verdient het aanbeveling offertes te vragen van onafhankelijke derden om het arm's length-karakter van de overeen te komen rente te waarborgen.

KPMG Meijburg & Co

december 2011

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.