

# De 'onzakelijke lening'

Van sommige leningen vragen accountants zich af: 'Wie zou zo'n lening nu zomaar zo hebben verstrekt?'. Fiscalisten noemen zulke leningen kortweg een 'onzakelijke lening'. Dit vraagt de aandacht van de accountant, want deze fiscale kwalificatie heeft mogelijk ook gevolgen voor de jaarrekening.

TEKST: GÉRARD KAMPSCHÖER, JESSICA LITJENS EN CISKA WISMAN\*

**K**enmerkend aan de juridische overeenkomst tot geldlening is de verplichting om een gelijke geldsom terug te betalen, al dan niet in termijnen. De overeengekomen rente wordt gewoonlijk uitgedrukt in een percentage van de (hoofd-)som. Het bestaat uit een compensatie voor de inflatie en het debiteurenrisico; daarnaast is een vergoeding inbegrepen voor het ter leen beschikbaar stellen van financiële middelen. Verder bevat de overeenkomst vaak voorwaarden over de afgesproken zekerheid en looptijd, evenals het aflossingsschema.

Als hoofdregel geldt de civielrechtelijke kwalificatie 'geldleningsovereenkomst' van een geldverstrekking ook voor de belastingwetgeving. De Hoge Raad heeft hierop echter drie uitzonderingen geformuleerd: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening (zie kader).

Afgezien van het juridische uiterlijk hebben deze

'leningen' meer wezenskenmerken van kapitaal dan van schuld. Daarom vindt fiscale herkwalificatie plaats: wat juridisch wordt gepresenteerd als het verschaffen van vreemd vermogen wordt fiscaal behandeld als het verschaffen van eigen vermogen.

## FISCALE WINSTBEPALING

Wanneer een geldverstrekking zowel civiel- als fiscaal-rechtelijk kwalificeert als een geldlening, worden de lening en de daaraan gekoppelde voorwaarden in aanmerking genomen voor de fiscale winstbepaling. Bij leningsovereenkomsten die zijn gesloten onder zakelijke voorwaarden is de betaalde rente in beginsel aftrekbaar en de ontvangen rente belast. Daarnaast kan de schuldeiser de vordering afwaarderen ten laste van zijn fiscale winst wanneer op een later moment de verwachting ontstaat dat de schuldenaar waarschijnlijk niet in staat is om aan zijn terugbetalingsverplichting te voldoen. Hierdoor zal uiteindelijk geen verschil bestaan tussen de behandeling in de fiscaliteit en de verwerking in de jaarrekening.

## ONZAKELIJKE LENING

Volgens de Hoge Raad is de fiscale 'onzakelijke lening' een geldverstrekking tussen gelieerde partijen waarbij geen zakelijk rentepercentage is vast te stellen voor het debiteurenrisico dat wordt gelopen, zonder het karakter van de vermogensverschaffing aan te tasten. Onder meer de overeengekomen looptijd, zekerheden en aflossing worden in dit verband beschouwd als vaststaand gegeven. Met welke onafhankelijke partij een vergelijking moet worden gemaakt, verschilt per situatie. Maar zou die derde - afgezien van het overeengekomen rentepercentage - niet bereid zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, dan moet volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat de gelieerde partij het debiteurenrisico heeft aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet als schuldeiser.



Zie ook  
Accountant.nl/  
Vaktechniek

## ONZAKELIJKE LENING VERSUS LENING MET ONZAKELIJKE VOORWAARDEN

Voor de fiscale winstbepaling moet onderscheid worden gemaakt tussen een onzakelijke lening en een lening met voorwaarden die niet *at arm's length* en dus 'onzakelijk' zijn, maar die kunnen worden gecorrigeerd zonder het karakter van de geldverstrekking aan te tasten.

## ZOWEL IN INKOMSTEN- ALS VENNOOTSCHAPSBELASTING

Uit de jurisprudentie blijkt dat de onzakelijke lening voorkomt in zowel de inkomsten- als de vennootschapsbelasting. Ook de geldverstrekking van een directeur-groootaandeelhouder (dga) aan de eigen bv kan dus een onzakelijke lening zijn.



## FISCALE HERKWALIFICATIE VAN VREEMD TOT EIGEN VERMOGEN

### ONTBREKEN FORMELE ZEKERHEID

Het ontbreken van formele zekerheid en een aflossingsschema betekent niet noodzakelijkerwijs dat daardoor sprake is van een onzakelijke lening. De specifieke omstandigheden zijn bepalend. Bekeken moet worden of de verbonden partij ten tijde van de verstrekking van de geldlening "(...) redelijkerwijs van mening kon zijn dat er voldoende zekerheid bestond dat (de schuldenaar) in staat zou zijn deze terug te betalen ook zonder dat er door (de schuldenaar) zekerheden werden afgegeven (...)". Zie HR 13 januari 2012, 10/03654, BNB 2012/79.

### RENTEPERCENTAGE

Ook op een onzakelijke lening moet rente in aanmerking worden genomen voor de fiscale winstbepaling. Vanwege de aard van de onzakelijke lening kan echter niet eenvoudig een rentepercentage worden vastgesteld. De Hoge Raad heeft in zijn basisarrest van 25 november 2011, 08/05323, BNB 2012/37, mede om rede-

Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking voor de fiscale gevolgen geldt als een geldlening of als een kapitaalverstrekking, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt in drie gevallen uitzondering, te weten:

1. als alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben bedoeld een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (schijnlening);
2. als de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar (deelnemerschapslening); en
3. als de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat het de uitlener meteen duidelijk moet zijn geweest dat de vordering die voortvloeit uit die lening, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat de lening niet (volledig) zal kunnen worden terugbetaald (bodemlozeputlening).

Zie HR 25 november 2011, 08/05323, BNB 2012/37, HR 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217 en HR 24 mei 2002, nr. 37071, BNB 2002/231.

## 'VANWEGE DE HUIDIGE ECONOMISCHE ONTWIKKELINGEN IS HET THEMA 'ONZAKELIJKE LENING' JUIST NU EEN GOED ONDERWERP OM OVER IN GESPREK TE GAAN MET DE BELASTINGADVISEUR EN DE KLANT.'

nen van eenvoud, daarom de vuistregel geformuleerd dat *“de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen”*. De aldus vastgestelde rente is in beginsel aftrekbaar bij de schuldenaar en belast bij de schuldeiser.

### AFWAARDERING NIET FISCAAL AFTREKBAAR

Ingeval de geldverstrekking kwalificeert als onzakelijke lening is de afwaardering van een later onvolwaardig geworden vordering niet fiscaal aftrekbaar. De afwaardering is immers een uiting van het aanvaarde onzakelijke debiteurenrisico dat zich afspeelt in de kapitaal sfeer. Zo'n niet-aftrekbare afwaardering verhoogt daarom onder voorwaarden wel de verkrijgingsprijs/ het opgeofferd bedrag van een aandelenbelang. Dit geldt alleen voor de schuldeiser die tevens aandeelhouder is van de vennootschap waaraan het geld is verstrekt.

Nu de Hoge Raad heeft bepaald dat de afwaardering van een onzakelijke lening niet fiscaal aftrekbaar is, heeft dit gevolgen voor de belastingpositie in de jaarrekening. Of hier sprake is van een definitief of een tijdelijk verschil hangt af van de vraag of de verstrekker van deze onzakelijke lening ook aandeelhouder is. Is dit het

geval, bijvoorbeeld wanneer de schuldeiser de moeder-vennootschap is, dan kan het bij de afwaardering fiscaal niet aftrekbare bedrag worden toegevoegd aan het opgeofferd bedrag. Mocht dan in de (verre) toekomst de dochtervennootschap worden geliquideerd, dan kan het bedrag van de afwaardering mogelijk toch nog fiscaal ten laste van de winst worden gebracht. Dan is er sprake van een verrekenbaar tijdelijk verschil en moet een actieve belastinglatentie worden opgenomen in de jaarrekening.

Is de verstrekker van de onzakelijke lening geen aandeelhouder, dan zal de afwaardering fiscaal niet meer tot aftrekpost leiden. Dan is sprake van een permanent verschil dat als overdruk in de resultatenrekening zal moeten worden verantwoord in de jaarrekening.

### LASTIG

Of een geldverstrekking een onzakelijke lening is, moet in beginsel worden beoordeeld naar het moment waarop de geldlening is aangegaan. De beoordeling ziet op de lening als geheel; een bestaande overeenkomst wordt niet gesplitst in een onzakelijk en een zakelijk deel. Overigens kan een zakelijke lening gedurende de looptijd alsnog een onzakelijke lening worden door gewijzigde omstandigheden. Naast nieuwe geldleningen moeten daarom ook bestaande geldleningen tegen het licht worden gehouden. En dat maakt het lastig voor de accountant, want wat in een eerder jaar nog niet relevant voor de jaarrekening leek, kan dat het volgende jaar plotseling wel zijn.

### JUIST NU

Vanwege de huidige economische ontwikkelingen - waar banken soms niet bereid zijn een lening te verstrekken waardoor de moedervennootschap de lening verschaft - is het thema 'onzakelijke lening' juist nu voor de accountant een goed onderwerp om over in gesprek te gaan met de belastingadviseur en de klant. Een dergelijke geldverstrekking kan immers naast fiscale gevolgen ook consequenties hebben voor de jaarrekening. □

## ZAKELIJK RENTE

Voor de beoordeling of de geldverstrekking tussen verbonden partijen een 'onzakelijke lening' is, is de overeengekomen rente in beginsel niet van belang. Een onzakelijke rente betekent nog geen onzakelijke lening. Wijkt het rentepercentage af van wat tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer zou zijn afgesproken, dan wordt voor de fiscale winstberekening uitgegaan van een rente die *at arm's length* is. Dit is een zakelijke rente waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn eenzelfde geldlening te verstrekken.

Een bedrag gelijk aan de zakelijke rente is in beginsel aftrekbaar bij de schuldenaar en belast bij de schuldeiser, ongeacht de werkelijk betaalde rente. Door het voor fiscale doeleinden aanpassen van het rentepercentage worden in zulke gevallen feitelijk ook de overige voorwaarden zakelijk gemaakt. De schuldeiser kan de vordering dan ook afwaarderen ten laste van zijn fiscale winst wanneer op een later moment de verwachting ontstaat dat de schuldenaar waarschijnlijk niet in staat is om de lening af te lossen. Hierdoor zal uiteindelijk geen verschil bestaan tussen de behandeling in de fiscaliteit en de verwerking in de jaarrekening.

Volgens de Hoge Raad geldt dat *“Alleen indien geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door belanghebbende een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen”*. HR 9 maart 2012, 10/04488, BNB 2012/132.

### Noot

\* Gérard Kampschöer, Jessica Litjens en Ciska Wisman zijn werkzaam bij het Technical Office (Corporate Tax en Private Wealth) van het PwC Knowledge Center Tax & HRS. Kampschöer is tevens verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit Nyenrode. Litjens is tevens verbonden aan de Universiteit Maastricht en de Universiteit van Amsterdam. Wisman is tevens verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.