

Zaken doen zonder zekerheden

Bij de beoordeling van onzakelijke leningen spelen niet alleen formele, maar ook materiële indicatoren een rol. De angel zit daarbij niet zozeer in de lening zelf, maar in de bewijsvoering waarvoor de belastingplichtige zich ziet gesteld.

X bv (X) en haar dochter D bv (D) vormen een fiscale eenheid. X en de niet-gelieerde vennootschap F houden elk 50 procent van de aandelen in E bv (E). D en F verstrekken in 2006 elk circa 1.400.000 euro in rekening-courant aan E voor investeringen in vastgoed. Er is schriftelijk vastgelegd dat de verschuldigde rente gelijk is aan de marktrente en dat E op eerste verzoek zekerheid moet stellen. Tot 2010 krijgt E ook leningen van de bank. E heeft eind 2010 een negatief eigen vermogen van ruim zeven ton. In 2011 wordt onder meer vastgelegd dat E op eerste verzoek een recht van hypotheek van zo hoog mogelijke rang aan D en F zal verstrekken. In 2010 en 2011 waardeert X de vordering op E af en brengt deze afwaardering ten laste van haar winst. Volgens de inspecteur is dit niet mogelijk, omdat de rekening-courantvordering als een onzakelijke lening moet worden beschouwd. De inspecteur stelt dat de voorwaarden ten tijde van het aangaan van de lening in 2006 onzakelijk waren door het ontbreken van zekerheden en een aflossingsschema; dat gold ook ten tijde van het opmaken van de rekening-courantovereenkomst in 2007. Een positieve/negatieve hypotheekverklaring is geen zekerheid die een onafhankelijke derde zou accepteren. De aanvullende zekerheden die in 2011 zijn verstrekt, stellen niet veel voor, aldus de inspecteur. Uit kostenoverwegingen afzien van het vestigen van een hypotheek, duidt op aandeelhoudersmotieven, aldus de inspecteur.

Informal investor

X stelt dat op het moment van het aangaan van de lening sprake was van een zakelijke lening, die in gelijke mate door een andere investeerder is verstrekt. X moet worden vergeleken met een informal investor, dit soort financieringen kunnen qua voorwaarden afwijken van bancaire kredietverlening, aldus X.

Volgens Rechtbank Gelderland is de lening in ieder geval in de loop van 2010 onzakelijk geworden. E heeft ultimo 2010 een aanzienlijk negatief vermogen en haar aandeelhouders X en F zijn de enige geldverstrekkers, de bank heeft zich teruggetrokken. Desondanks kiezen de geldverstrekkers ervoor om pas in 2011 zekerheden te vragen. Een onafhankelijke derde zou geen genoegen hebben genomen met de overeengekomen zekerheden. Er is slechts sprake van een verbintenisrechtelijke verhouding, die het vestigen van een hypotheekrecht ten behoeve van een derde niet verhindert. Onder deze omstandigheden kan geen rentevergoeding worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een lening te verstrekken onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden¹. De aandeelhoudersrelatie is doorslaggevend geweest. De in 2011 verstrekte zekerheden zijn niet alleen te laat verstrekt maar ook onvoldoende, gelet op de verslechterde vastgoedmarkt en de positie van E daarin, aldus de rechtbank.

Bron: Rechtbank Gelderland 25 februari 2016, nr. AWB 15-996, ECLI:NL:RBGEL:2016:973

 **De inspecteur richt zijn pijlen vooral op formele indicatoren, zoals het ontbreken van voldoende zekerheden. De rechtbank heeft die benadering gehonoreerd. Het is de vraag of er voor de betrokkenen niet 'meer' had ingezet, als bij de beoordeling van de (on)zakelijkheid van de lening materiële – bedrijfseconomische – indicatoren zwaarder waren meegewogen².** ◀

Noten

- 1 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, zie ook HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552
- 2 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was er (nog) geen hoger beroep ingesteld.

'De inspecteur richt zijn pijlen vooral op formele indicatoren'