

Achtergesteld, maar niet onzakelijk

Een achtergestelde lening is niet zonder meer onzakelijk, ook niet als het gaat om een reeds bestaande rekening-courantvordering die is omgezet in een achtergestelde lening. Dat de lening zakelijk is, is nog geen garantie voor (volledige) afwaardering. Dat blijkt uit een recente uitspraak van rechtbank Noord-Holland.

A BV (A) houdt alle aandelen in B BV (B). In 2003 heeft A een rekening-courantvordering op B van 356.261 euro. In december 2003 verkoopt A de aandelen B aan C BV (C). De overname wordt gefinancierd door een bankkrediet aan B; de aandelen B dienen als onderpand voor het krediet en A verplicht zich op eerste verzoek van de bank tot terugkoop van de aandelen B. De rekening-courantvordering van A wordt op initiatief van de bank omgezet in een achtergestelde lening. B moet uiterlijk eind 2007 tenminste 256.261 euro hebben afgelost. Dat gebeurt niet. In de jaren 2008 tot en met 2010 wordt een bedrag van 52.844 euro afgelost.

Onzakelijke lening

In 2013 waardeert A de lening met een bedrag van 203.717 euro af tot 100.000 euro. De inspecteur corrigeert de afwaardering. Hij stelt dat reeds vóór de aandelenoverdracht feitelijk sprake is van een lening, omdat de rekening-courantschuld is opgelopen van 172.775 euro tot 577.369 euro. Voorafgaand aan de aandelenoverdracht in 2003 heeft B een bedrag van 208.808 euro afgelost. De lening is niet schriftelijk vastgelegd, er is geen terugbetalingstermijn en/of aflossingsschema afgesproken en er zijn geen zekerheden verstrekt. Er is sprake van een onzakelijke lening, aldus de inspecteur.

De vraag of sprake is van een onzakelijke lening moet volgens de rechtbank beoordeeld worden naar het moment van aangaan van de lening: er wordt in december 2003 een nieuwe leenovereenkomst gesloten en daarbij wordt de vordering van A achtergesteld ten opzichte van het bankkrediet. Dat op dat moment al een rekening-courantvordering bestaat en dat deze

wordt omgezet in een geldlening, maakt geen verschil. De achterstelling vindt plaats op initiatief van de bank en hangt onverbrekkelijk samen met de aandelenverkoop aan een onafhankelijke derde. De lening is zakelijk, aldus de rechtbank.

De rechtbank stelt vast dat B een oninbare vordering heeft op C en dat ultimo 2013 al duidelijk is dat die deels niet zal worden voldaan. Hierdoor is aannemelijk dat op dat moment ook duidelijk is dat de vordering van A op B gedeeltelijk oninbaar is. Mede tot behoud van het bankkrediet hebben A en B onderhandeld over kwijtschelding en is uiteindelijk in 2015 overeenstemming bereikt over een kwijtschelding van 100.000 euro. Gelet op de vermogenspositie van de betrokken vennootschappen en de voorgenomen kwijtschelding bestaat ultimo 2013 al een redelijke mate van zekerheid dat de lening deels niet zal worden terugbetaald in verband met de oninbaarheid van de vordering van B op C. Afwaardering van de vordering van A is dan ook niet in strijd met goed koopmansgebruik, maar A heeft niet aannemelijk gemaakt dat de afwaardering met een bedrag van 203.717 euro reëel is. De rechtbank stelt de afwaardering in goede justitie vast op 100.000 euro.

Bron: Rechtbank Noord-Holland, 16 juli 2018, nr. 16/4974, ECLI:NL:RBNHO:2018:6545

 **De inspecteur blijkt met zijn visie op de onzakelijkheid van de lening kansloos, maar ook belastingplichtige moet bakzeil halen. De lening is volgens de rechtbank weliswaar zakelijk, maar de oorspronkelijke afwaardering gaat voor meer dan de helft verloren. Dat was voor de rechtbank een brug te ver. ◀**

De oorspronkelijke afwaardering was voor de rechtbank een brug te ver.