



De aanpak van onzakelijk debiteurenrisico: de ODR-toets

28 april 2012

Bij de heffing van vennootschapsbelasting is de grens tussen kapitaalstorting en geldlening problematisch. Ondernemers met een BV hebben – naast de nu nog verplichte € 18.000 minimum aandelenkapitaal – een hoge voorkeur om de bedrijfsactiviteiten in de werk-BV met een geldlening te financieren. Dat komt fiscaal beter uit, met name als de resultaten van de werk-BV onverhoopt achterblijven. Zie daarvoor de special in BelastingBelangen van augustus 2010: [Kapitaal of lening: wie zal het zeggen?](#)

Als een holding-BV een lening aan een werk-BV verstrekt, kan de holding haar positie als aandeelhouder van die werk-BV vaak niet negeren: de lening vertoont onzakelijke trekjes, de leningsvoorwaarden zijn toch wat soepeler dan de holding-BV met een derde zou zijn overeengekomen. En daar begint het hellend vlak van een herkwalificatie van geldlening tot kapitaalstorting. De fiscale jurisprudentie biedt daar volop voorbeelden van, met de schijnlening, de bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening. En sinds een paar jaar ook de onzakelijke lening. Die variant is nog vers: de Hoge Raad heeft deze 'tussenvorm' voor het eerst in een arrest in 2008 beschreven. Na een reeks arresten eind vorig jaar en begin van dit jaar kunnen we deze leningsvorm typeren en plaatsen in het krachtenveld van 'kapitaal of lening'. Met de door de Hoge Raad verstrekte ODR-toets.



Kapitaal of lening?

De civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking is in beginsel bepalend voor de fiscale kwalificatie als geldlening of als kapitaalstorting. De Hoge Raad heeft dat uitgangspunt keer op keer bevestigd. Bij die civielrechtelijke vormgeving spelen drie kernelementen, te weten rente, aflossing, én de zekerheden die de geldnemer moet geven om de aflossing van de lening veilig te stellen. Als die elementen reëel en zakelijk zijn ingevuld, heeft de geldverstrekking civielrechtelijk de vorm van een geldlening en wordt dat voor de belastingheffing gevolgd. Dat uitgangspunt kent drie uitzonderingen, zo blijkt uit diverse oudere arresten van de Hoge Raad. Dat zijn:

- *de schijnlening*: er is alleen naar de schijn sprake van een geldlening, de partijen – de moeder- en dochtervennootschap – hebben in werkelijkheid de bedoeling gehad om een kapitaalverstrekking tot stand te brengen;
- *de deelnemerschapslening*: de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het geleende bedrag in een bepaalde mate deelneemt in de onderneming van de schuldenaar;

- *de bodemlozeputlening*: de lening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat het de geldverstrekker 'aanstonds duidelijk moet zijn geweest' dat de schuldenaar het geleende bedrag niet of niet volledig zou kunnen terugbetalen. Dit type lening is vaak aan de orde bij verliesfinanciering.

Deze drie leningen hebben meer of minder kenmerken van een kapitaalstorting. Dat heeft tot gevolg dat ofwel de schuldenaar de rente niet ten laste van de winst kan brengen, ofwel de geldverstrekker de lening niet ten laste van de winst kan afwaarderen (omdat die 'meeegesleept' wordt met de deelneming), of een combinatie daarvan. Voor een uiteenzetting van die fiscale gevolgen, zie de special in BelastingBelangen van augustus 2010: [Kapitaal of lening: wie zal het zeggen?](#)

De onzakelijke lening; het onzakelijk debiteurenrisico (ODR)

De Hoge Raad heeft deze leningsvorm voor het eerst beschreven in een arrest van mei 2008, het certificaathoudersuitkoop-arrest. Een onzakelijke lening is een lening, waarbij een geldverstrekking plaatsvindt 'onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat de geldgever een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard'.

De geldgever heeft een onzakelijk debiteurenrisico (ODR) gelopen; dat heeft hij niet als geldschietter op zich genomen, maar om het belang van de aandeelhouder te dienen. En dat heeft tot gevolg dat de geldgever die lening niet kan afwaarderen ten laste van de winst als de schuldenaar slecht draait. In deze procedure ging het om een lening van een dochter- aan haar moedermaatschappij, een lening 'van omlaag naar omhoog'. Die lening was niet schriftelijk vastgelegd, er was geen aflossingsschema, en er waren geen zekerheden gesteld. De bedoeling was dat de moedermaatschappij – de geldnemer – de lening zou aflossen uit dividenden van de dochtermaatschappij. Toen dat spaak liep omdat de dochter minder ging draaien, weigerde de rechter de aftrek van het afwaarderingsverlies op de geldlening.

Een derde categorie geldleningen?

De Hoge Raad leek met het ODR-criterium een nieuwe, derde soort geldleningen in gelieerde verhoudingen te hebben geïntroduceerd. Naast de 'echte' geldleningen (waarbij rentebaten belast zijn, en rentelasten en afwaarderingsaftrekbaar zijn) en geldleningen 'in de informele kapitaalsfeer' (de drie hiervoor genoemde soorten leningen: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening), leek er een derde categorie van leningen te bestaan: de onzakelijke lening. Een echte geldlening, maar waarbij een verlies door afwaardering niet aftrekbaar is als sprake is van een onzakelijk debiteurenrisico.

Door de specifieke casus van het certificaathoudersuitkoop-arrest werd de uitspraak door velen in eerste instantie afgedaan als een 'gelegenheidsarrest'. Maar dat bleek al snel anders. De Belastingdienst hanteerde de uitspraak als wapen om veel afwaarderingsaftrek op concernleningen te weigeren. Er verschenen steeds meer uitspraken, waarin het arrest ook van toepassing werd verklaard bij geldverstrekkingen 'omlaag' (van een moeder- aan haar dochtermaatschappij), op geldleningen die onder de terbeschikkingstellingsregeling vallen, en op borgstellingen in concernverband. In BelastingBelangen zijn die vaker besproken: zie BelastingBelangen april 2009: [Onzakelijke lening: geen verlies bij afwaardering](#), april 2011: [Onzakelijke TBS-lening: geen aftrek voor afwaardering](#) en oktober 2011: [Onzakelijke lening: ODR = geen afwaardering](#).

De Belastingdienst heeft al die procedures gewonnen. En daardoor is ODR-aanpak in korte tijd uitgegroeid tot een geducht wapen van de fiscus om financieringen in concernverhoudingen aan te pakken als die niet strikt zakelijk zijn opgezet. De ODR-vrees bereikte haar hoogtepunt toen Hof Arnhem besliste dat een afwaardering op een ODR-lening nooit in aftrek kan worden gebracht, zelfs niet als de dochtermaatschappij geliquideerd wordt! Het Hof besliste dat het bedrag van de afwaardering op de ODR-lening niet tot het opgeofferde bedrag van de deelneming kon worden

gerekend, zodat het verlies ook bij liquidatie van de schuldenaar niet in aftrek kwam.

De ODR-toets

De Hoge Raad heeft in een serie arresten van eind 2011 begin 2012 uiteengezet hoe de onzakelijke lening fiscaal behandeld moet worden.

1. Allereerst moet getoetst worden of de geldverstrekking in fiscale zin als een geldlening kan worden aangemerkt. De Hoge Raad herhaalt het aloude uitgangspunt dat een geldverstrekking die civielrechtelijk als lening kwalificeert, fiscaal in beginsel ook als lening moet worden aangemerkt. De Raad blijft daarbij vasthouden aan de drie hiervoor genoemde uitzonderingen: de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.

Met deze handreiking staat vast dat een onzakelijke lening per definitie als een lening kwalificeert, en niet als eigen vermogen. Dat betekent dat de onzakelijke lening geen bredere basis geeft voor toepassing van de thin-capitalizationregeling. Zie ook BelastingBelangen, december 2011: [De thincap-regeling: het groepsbegrip verduidelijkt](#).

2. De toets of er sprake is van een lening of niet, moet plaatsvinden bij het aangaan van de lening. Maar, zo voegt de Hoge Raad daar aan toe, een lening die bij aanvang als een zakelijke lening kwalificeert kan door het handelen van de crediteur op een later moment in een onzakelijke lening veranderen. In de arresten worden daar geen concrete voorbeelden van gegeven. Uitgaande van 'het handelen' van de crediteur kan gedacht worden aan het alsnog achterstellen van de lening, het verlengen van de looptijd, en dergelijke.

3. De beoordeling of sprake is van een (onzakelijke) lening moet plaatsvinden voor de lening als geheel. Dat is inclusief eventueel bijgeboekte rente. Een 'indien en voorzover' benadering is hier niet van toepassing: een lening is als zakelijk of onzakelijk, een knip in een deel onzakelijk en een deel zakelijk komt niet aan de orde.

4. Als sprake is van een geldlening, moet vervolgens beoordeeld worden of er al dan niet sprake is van een onzakelijke lening. De toetssteen is de rente: beoordeeld moet worden of de rente op de lening zakelijk is.

Is dat niet het geval, dan moet getoetst worden of een derde bereid zou zijn geweest de lening te verstrekken tegen een hogere rente. Maar dat mag geen winstdelende rente worden, zo heeft de Hoge Raad expliciet beslist. Als een derde bereid zou zijn geweest om de lening tegen die aangepaste rente te verstrekken, dan moet de rente worden gecorrigeerd – 'herschikt' – tot zakelijke condities. Als een derde niet bereid zou zijn geweest de lening te verstrekken, of slechts een lening met een winstdelende rente had willen verstrekken, dan is er sprake van een onzakelijke lening.

Deze toets is in de praktijk verre van eenvoudig te doen. Wat is een zakelijke rente? En het verbod op een winstdelende rente sluit ook niet aan bij de praktijk van alledag. We kennen in de praktijk leningen met allerlei tussenvormen qua beloning – ook wel aangeduid als mezzanine leningen – zoals een vaste rente plus warrant of een lening met een conversierecht.

5. Als sprake is van een onzakelijke lening, moet ervan uitgegaan worden dat het debiteurenrisico op onzakelijke gronden, op aandeelhoudersmotieven berust. Dat betekent dat een afwaardering op de lening bij de geldverstrekker niet in aftrek op de winst kan worden gebracht.

Dat niet aftrekbare bedrag is niet definitief 'verloren':

- bij een geldverstrekking tussen BV's, gaat dat deel uitmaken van het opgeofferd bedrag van de deelneming, de dochtermaatschappij. Dat betekent dat bij liquidatie van die dochtermaatschappij het bedrag van de afwaardering alsnog tot een fiscaal verlies leidt. De Hoge Raad heeft met deze beslissing de hiervoor genoemde uitspraak van Hof Arnhem afgewezen.
- bij een geldverstrekking van de directeur-groootaandeelhouder aan zijn BV, een geldverstrekking die onder de terbeschikkingstellingsregeling valt, gaat het bedrag van de niet aftrekbare afwaardering behoren tot de verkrijgingsprijs van het pakket aanmerkelijkbelang-aandelen in die BV. Wordt die BV geliquideerd, dan levert dat een (hoger) verlies uit aanmerkelijk belang op.

De Hoge Raad heeft in de diverse arresten over de onzakelijke lening nog een 'achterdeur' open gehouden: als een onzakelijke lening wordt vastgesteld, kan die lening 'bij bijzondere omstandigheden' toch nog als een zakelijke lening kwalificeren.

Welke omstandigheden in dit kader als bijzonder gelden, moet de Hoge Raad nog gaan uitmaken. Dat zal naar verwachting niet lang meer duren: inmiddels ligt de eerste zaak ter beslissing voor. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad onderkent twee mogelijkheden:

- de geldverstrekker is niet alleen crediteur, maar staat in een of nog meer relaties ten opzichte van de geldnemer. In die andere (niet-aandeelhouders-) relatie heeft de geldverstrekker er belang bij om zich als crediteur anders te gedragen dan hij zou doen als hij uitsluitend zakelijk als crediteur zou handelen,
- de geldverstrekker heeft als crediteur geen keuze: ook een derde als geldverstrekker zou als gevolg van bijzondere omstandigheden gedwongen zijn om af te wijken van normale leningvoorwaarden.

Zodra de Hoge Raad dit laatste vraagpunt van de onzakelijk lening heeft beantwoord, leest u dat in BelastingBelangen.

Conclusie

Het onzakelijk debiteurenrisico - de onzakelijke lening - is in de fiscale praktijk een geducht wapen van de fiscus. Het dwingt de ondernemer en zijn adviseur om strikt zakelijke condities in acht te nemen bij geldverstrekingen in verbonden verhoudingen. De criteria die de Hoge Raad geeft voor de toetsing of al dan niet sprake is van een onzakelijke lening, zijn niet eenvoudig toe te passen. Met name het vaststellen van een zakelijke rente - en het bewijs daarvan leveren - is problematisch. Ook al omdat het onderscheid tussen een vaste en een winstdelende rente niet goed toetsbaar is. Dat zal vermoedelijk nog heel wat fiscale procedures gaan opleveren.