



## Onzakelijke TBS-lening: geen aftrek voor afwaardering

25 april 2011

**De BV die een lening verstrekt aan een dochter- of zustervennootschap en daarbij geen zakelijke condities aanhoudt, neemt een debiteurenrisico op zich dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. Dat heeft fiscaal averechtse gevolgen: als later blijkt dat de debiteur niet kan terugbetalen, kan de BV de verstrekte lening niet afwaarderen ten laste van de winst uit onderneming. Er is sprake van een onzakelijke lening, de geldverstrekker heeft het extra debiteurenrisico aanvaard uit aandeelhoudersmotieven en dat verhindert een afwaardering ten laste van de winst.**

**Deze aanpak is inmiddels vaste rechtspraak voor geldleningen in concernverhoudingen. Hof Arnhem heeft de werkingssfeer van de onzakelijke lening onlangs verruimd en die ook toegepast in de terbeschikkingstellingsregeling.**

Jelle Kleinsma was restaurateur: hij exploiteerde twee restaurants in de vorm van een eenmanszaak. Medio 2001 opende hij met Sietse Vliegen, een zakelijke relatie, een nieuw restaurant. Die zaak werd gedreven in BV X; alle aandelen in die BV waren in handen van Vliegen, Kleinsma was kok en gastheer in het restaurant. Kleinsma verstrekte vanuit zijn IB-onderneming een kredietfaciliteit van HFL. 500.000 aan BV X. De BV verschafte ter zake geen zekerheid; de rentevergoeding werd vastgesteld op 5% per jaar. BV X betaalde die rente niet; de rente werd bijgeschreven in rekening-courant.

In 2003 trok Vliegen zich terug uit de exploitatie van het restaurant, Kleinsma wilde wel verder met de zaak. Kleinsma verkreeg alle aandelen in BV X; 50% van het geplaatste aandelenkapitaal werd hem toegekend met terugwerkende kracht tot 10 mei 2001, de oprichtingsdatum van de BV, de overige 50% nam hij over tegen een zakelijke prijs. Ook werd afgesproken dat het door Kleinsma verstrekte krediet inclusief bijgeboekte rente omgezet werd in een achtergestelde lening en dat BV X over de resterende looptijd geen rente en aflossing verschuldigd was.

Kleinsma had in zijn aangiften IB over 2001, 2002 en 2003 de aan BV X verstrekte geldleningen afgewaardeerd ten laste van de winst uit zijn eenmanszaak. De inspecteur accepteerde die afwaarderingen niet, en dat geschil kwam voor de Rechtbank Arnhem.

De rechtbank, en in beroep ook Hof Arnhem, beslisten dat Kleinsma de vorderingen niet kon afwaarderen ten laste van de winst uit onderneming. Hij had de leningen ten onrechte tot zijn ondernemingsvermogen gerekend: het verstrekken van geldleningen behoorde niet tot de normale bedrijfsactiviteiten van een horecaonderneming.

De leningen vielen onder de terbeschikkingstellingsregeling: Kleinsma had de leningen verstrekt aan BV X waarvan hij – met terugwerkende kracht tot de oprichtingsdatum, derhalve tot vóór het verstrekken van de geldleningen – 50% aandeelhouder was. De rechter stond ook een afwaardering ten laste van het TBS-resultaat niet toe: Kleinsma had de geldleningen verstrekt onder voorwaarden die een onafhankelijke derde als schuldeiser nimmer zou hebben aanvaard. Daarmee had Kleinsma een debiteurenrisico genomen dat volstrekt onzakelijk was. Het Hof ging er van uit dat Kleinsma dat debiteurenrisico uit aandeelhoudersmotieven had aanvaard. Dat onzakelijk element moest – net als bij de winst uit onderneming – geëlimineerd worden bij de vaststelling van het TBS-resultaat. Het

Hof motiveerde dat met een verwijzing naar de wettelijke regeling waarin is bepaald dat bij de bepaling van het TBS-resultaat de winstregels van overeenkomstige toepassing zijn, "alsof de werkzaamheid een onderneming vormt".

### **Commentaar**

*In BelastingBelangen is eerder gewezen op de risico's die ondernemers lopen met onzakelijke leningen. Zie onder meer BelastingBelangen april 2009: [Onzakelijke lening: geen verlies bij afwaardering](#). Wij herhalen ons advies om geldleningen tussen concernvennootschappen steeds schriftelijk vast te leggen en duidelijke, zakelijk verantwoorde afspraken te maken over rentevergoeding én aflossing, én de debitrice zekerheden te laten stellen. Dat geldt niet alleen voor concernleningen, maar ook – zo blijkt uit deze uitspraak – voor leningen die een DGA aan zijn BV verstrekt.*