



Kapitaal of lening: wie zal het zeggen?

29 augustus 2010

De moedermaatschappij die vermogen verstrekt aan haar dochtermaatschappij, moet die geldverstrekking een etiket meegeven: is het een geldlening of een kapitaalstorting?

Bij de oprichting van de dochter-BV moet de moedermaatschappij – als zij het aandelenkapitaal in contanten volstort – ten minste € 18.000 als kapitaalstorting aanmerken. In het MKB houdt het daar meestal mee op. De moedermaatschappij boekt de verdere geldverstrekkingen aan de dochter-BV als een lening: zij verantwoordt een vordering, de dochter-BV een schuld.

Die keuze heeft alles te maken met het verschil in fiscale behandeling van een geldlening en een kapitaalstorting. Dat verschil ziet met name op de mogelijkheid voor de moedermaatschappij om haar vordering op de dochter-BV af te waarderen als die BV slecht gaat. Die afwaardering vermindert de fiscale winst van de moedermaatschappij, en levert, als zij winstgevend is, direct een korting op de te betalen winstbelasting op. De fiscus draagt zo direct bij in het verlies van de dochter-BV. Ook de vergoeding voor de geldverstrekking – rente of dividend – is vaak een reden om voor de geldlening te opteren. De rente zelf pakt in binnenlandse verhoudingen fiscaal veelal neutraal uit: de dochter kan de rente aftrekken, de moeder moet diezelfde rente tot haar winst rekenen, maar de moedermaatschappij kan met die renterekening wel het fiscale resultaat van de dochter bijsturen.

De praktijk leert dat de inspecteur de keuze voor een geldlening niet voetstoots aanvaardt. Hij stelt de kwalificatie als geldlening ter discussie als hij de renteaftrek bij de debiteur (de dochtermaatschappij) betwist, of als hij de afwaardering van de lening bij de crediteur (de moedermaatschappij) niet aanvaardbaar vindt. Met name dat laatste geschilpunt is door de kredietcrisis aan de orde van de dag. De belastingrechter heeft het daar erg druk mee, het 'regent' uitspraken over deze kwestie.

Kapitaal of lening: wie zal het zeggen? Wat zijn de beslissende criteria voor het onderscheid? En op welk tijdstip moet het karakter van de vermogensverstrekking worden beoordeeld: bij het overmaken van het geld op de bankrekening van de dochter-BV, of ook later nog, als de omstandigheden veranderd zijn?

Kapitaal of lening?

De moedermaatschappij die de geldverstrekking aan de dochtermaatschappij als een geldlening bedoelt, doet er verstandig om aan de lening in een overeenkomst schriftelijk vastleggen. De wet verplicht daar niet toe, maar zo'n schriftelijke vastlegging kan doorslaggevend zijn bij de fiscale behandeling. Voordeel van een schriftelijke vastlegging is ook dat partijen gedwongen worden om na te denken over de (fiscale) aanvaardbaarheid van de voorwaarden van de geldlening.

In de overeenkomst van geldlening – of in de rekening-courantovereenkomst – moeten de condities van de geldlening duidelijk worden vastgelegd. Die voorwaarden zien op de rentevergoeding, de aflossing, én de zekerheden die de debiteur stelt om de aflossing te securen. Die drie elementen moeten in de leningsovereenkomst worden geregeld. Als dat niet is gebeurd, kan de inspecteur de lening aanmerken als een onzakelijke lening. Met alle averechtse fiscale gevolgen van dien: zie hierna.

De civielrechtelijke vormgeving van de geldverstrekking is uitgangspunt bij de fiscale beoordeling. Als de geldverstrekking civielrechtelijk de vorm heeft van een geldlening, wordt dat voor de belastingheffing in beginsel gevolgd. Daarmee is het belang van een adequate schriftelijke overeenkomst van geldlening aangetoond.

Maar op dat beginsel zijn wel meerdere uitzonderingen. Voor de belastingheffing kennen we niet alleen formele, maar ook informele kapitaalstortingen. De aandeelhouder (de moedermaatschappij) stort dan geen kapitaal op aandelen, maar zij verstrekt de dochter-BV achtergesteld risicodragend vermogen, zonder daar aandeelhoudersrechten voor terug te krijgen. Zo'n informele kapitaalstorting kan plaatsvinden in geld, in goederen, of in de kostensfeer, als de moedermaatschappij de dochter-BV een onzakelijke, te lage vergoeding in rekening brengt.

En de ene geldlening is de andere niet. Bij de belastingheffing is een groot aantal verschillende soorten leningen te onderscheiden, met meer of minder kenmerken van een kapitaalstorting. Die gaan soms zo ver dat de wetgever of de belastingrechter de lening – ondanks de civielrechtelijke vormgeving – toch als een kapitaalstorting behandelt.

Hierna volgt een beschrijving van de fiscale behandeling van die verschillende soorten leningen. Daarbij wordt steeds uitgegaan van de situatie dat de moedermaatschappij geld leent aan de dochtermaatschappij, er tussen moeder en dochter-BV géén fiscale eenheid voor de vennootschapbelasting bestaat, én de moedermaatschappij de deelnemingsvrijstelling kan toepassen op voordelen uit hoofde van de dochtervennootschap.

Een schijnlening

Een schijnlening – het woord zegt het al – is geen lening. De geldverstrekking heeft de (juridische) vorm van een geldlening, maar partijen hebben de bedoeling gehad om kapitaal te verstrekken. Papier is geduldig, maar als de feiten en omstandigheden in het concrete geval 'niet wijzen op een streven naar vermindering van risico's, maar veeleer duiden op het verstrekken van achtergesteld, risicodragend vermogen', is de bedoeling van partijen doorslaggevend. De bewijslast ligt hier in eerste instantie bij de inspecteur.

Een schijnlening wordt fiscaal behandeld als eigen vermogen. In binnenlandse verhoudingen heeft dat tot gevolg dat de 'rente' op een schijnlening meestal fiscaal neutraal uitpakt. De debiteur (dochtermaatschappij) kan de rente uiteraard niet in aftrek brengen. De crediteur (moedermaatschappij) zal de schijnlening meestal – als informeel kapitaal – onder de werking van de deelnemingsvrijstelling kunnen brengen: de rente wordt dan bij haar niet belast. Een afwaardering op een dergelijke lening valt bij de crediteur (moedermaatschappij) dan ook onder de deelnemingsvrijstelling en komt als negatief voordeel uit hoofde van een deelneming niet ten laste van de fiscale winst.

De schijnlening kan functioneel zijn bij financiering van een *in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij*. De fiscale kwalificatie van kapitaal en geldlening in Nederland is bepaald niet universeel: wat naar Nederlandse maatstaven kapitaal is, kan naar buitenlandse maatstaven soms als geldlening worden aangemerkt. De rechtspraak biedt hier fraaie voorbeelden. Zoals een pret participatief: naar Nederlandse maatstaven kapitaal, in Frankrijk een geldlening. Door zo'n geldverstrekking vanuit Nederland als schijnlening te presenteren kan in Frankrijk renteaftrek worden verkregen, in Nederland wordt diezelfde rente behandeld als dividend en kan de crediteur (moedermaatschappij) die onder de deelnemingsvrijstelling belastingvrij incasseren.

Een bodemlozeputlening

Weer een leningsvorm met een vanzelfsprekende naam. Bij het verstrekken van de lening is van meet af aan duidelijk dat de crediteur (moedermaatschappij) geld in een bodemloze put stort – à fonds perdu – en de debiteur (dochtermaatschappij) die lening nimmer meer zal kunnen aflossen.

Deze geldverstrekking is vaak aan de orde bij verliesfinanciering: de moedermaatschappij wil de bedrijfsactiviteiten in de dochtermaatschappij blijven bekostigen, waar derden al lang hebben afgehaakt. Een bodemloze putlening is een kapitaalverstrekking, met de daaraan verbonden fiscale gevolgen. De crediteur (moedermaatschappij) moet de geldverstrekking tot haar deelneming in de dochtermaatschappij rekenen; een afwaardering op de lening valt bij haar onder de deelnemingsvrijstelling.

Van deelnemerschapslening tot hybride lening

Bij een *deelnemerschapslening* gaat het om een lening die onder zodanige condities is verstrekt dat 'de crediteur jegens de debiteur niet meer als een onafhankelijke derde kan worden beschouwd, maar in zekere mate deel heeft in de onderneming van de debiteur'.

De deelnemerschapslening is per 1 januari 2007 opgegaan in een andere specifieke vorm van geldlening, de *hybride lening*.

De hybride lening is in de wet op de vennootschapsbelasting geregeld. De wetgever typeert deze lening (sinds de aanpassing van de wet per 1 januari 2007) als 'een lening die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige'. Dat is in de rechtspraak nader uitgewerkt in drie cumulatieve vereisten:



- de vergoeding op de lening is winstafhankelijk, én
- de lening is achtergesteld bij alle andere concurrente schuldeisers, én
- de lening heeft geen vaste looptijd, en is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie van de debiteur.

De vergoeding op een hybride lening én de waardemutaties daarvan komen bij het bepalen van de fiscale winst bij de debiteur niet in aftrek. De crediteur moet de rentevergoeding op zo'n hybride geldverstrekking wél tot de fiscale winst rekenen. Maar als die crediteur tevens een deelneming in de schuldenaar heeft, moet de crediteur (moedermaatschappij) de geldverstrekking tot haar deelneming in de dochtervennootschap rekenen: de rentevergoeding valt dan alsnog onder de deelnemingsvrijstelling en blijft buiten de belastingheffing. Dat geldt ook voor een eventuele afwaardering op de lening: die raakt evenmin de fiscale winst. Lost de debiteur (dochtermaatschappij) af op de hybride lening, dan wordt dat behandeld als een terugbetaling van kapitaal: de moedermaatschappij zal het opgeofferd bedrag van de deelneming moeten verminderen.

De concernlening met een onzakelijke rentevergoeding

is een nog jonge loot aan de stam van leningen. De wetgever vindt dat dergelijke leningen zoveel weg hebben van een kapitaalverstrekking, dat die – bij de debiteur – ook als zodanig moeten worden behandeld. Het gaat hier om leningen:

- tussen concernvennootschappen, verbonden vennootschappen in de zin van de wet
- die geen vaste aflossingsdatum hebben ofwel een looptijd van meer dan 10 jaar, én
- die renteloos zijn, ofwel met een rentevergoeding die in belangrijke mate (voor ten minste 30%) lager is dan de geldende marktrente voor dergelijke leningen.

De wet verbiedt de renteaftrek op dergelijke leningen. Ook de waardeveranderingen op zo'n lening

zijn gedefiscaliseerd. De wettelijke regeling voor de concernlening met een onzakelijke rentevergoeding is uitsluitend van belang bij internationale verhoudingen. Bij een concernlening tegen een onzakelijke rente tussen twee in Nederland gevestigde BV's moet de objectief gezien te lage rente gecorrigeerd worden tot een zakelijke rente: de debiteur kan de meerdere rente in aftrek brengen, de crediteur moet diezelfde meerdere rente tot de winst rekenen. Een dergelijke rentecorrectie wordt sinds jaar en dag behandeld als een informele kapitaalstorting in de kostensfeer, en dat pakt binnen Nederland per saldo fiscaal neutraal uit. In internationale verhoudingen kan dat anders liggen, zeker als de renteontvangende vennootschap gevestigd is in een fiscaal al te zonnig land waar rente maar marginaal wordt belast. De wetgever heeft om die reden de renteaftrek op dergelijke concernleningen in Nederland verboden.

De back-to-backlening

Bij deze lening staat niet de kwalificatie geldlening of kapitaalstorting centraal, bij deze lening is de persoon van de crediteur aan de orde. De dochtermaatschappij heeft een geldlening van de bank verkregen, maar de bank heeft die lening uitsluitend verstrekt omdat de moedermaatschappij zich volledig garant heeft gesteld voor de aflossing en rentebetaling op die lening. Voor fiscale doeleinden is dan niet de bank de crediteur, maar de moedermaatschappij. Die persoonsverwisseling is van groot belang voor de toepassing van diverse renteaftrekbeperkingen uit de wet op de vennootschapsbelasting. Die renteaftrekbeperkingen gelden uitsluitend voor leningen die de debiteur heeft opgenomen bij verbonden lichamen; door de kwalificatie als back-to-backlening kan die renteaftrekbeperking ook van toepassing zijn op het (formeel) bij de bank opgenomen krediet.

De onzakelijke lening

Deze leningsvorm is van recente datum: de Hoge Raad heeft deze leningsvorm geopenbaard in een arrest van mei 2008. Een onzakelijke lening is en blijft een lening, maar bij het verstrekken van de geldlening heeft de crediteur (moedermaatschappij) geen strikt zakelijke condities afgesproken. Gevolg daarvan is dat de crediteur (moedermaatschappij) een debiteurenrisico op zich heeft genomen – dat de verstrekte lening niet zal worden afgelost – dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd. De moedermaatschappij heeft dat debiteurenrisico enkel in de rol van aandeelhouder aanvaard. En dat heeft tot gevolg dat de crediteur (moedermaatschappij) de lening niet kan afwaarderen ten laste van haar winst als de debiteur (dochtermaatschappij) slecht draait. Zoals gezegd, de onzakelijke lening blijft een lening, zowel bij de moeder- als bij de dochter-BV. De geldverstrekking wordt bij de moedermaatschappij niet tot de deelneming gerekend, de mogelijkheid tot afwaardering vervalt omdat de moedermaatschappij het risico van de niet (tijdige) aflossing niet als crediteur, maar als aandeelhouder heeft genomen.

Na dit arrest zijn er in korte tijd veel rechterlijke uitspraken gevolgd, waarbij de rechter de afwaardering van een geldlening in concernverband afwijst met een beroep op dit arrest. Dat aantal zal door de kredietcrisis naar verwachting fors toenemen.

Conclusie

De moedermaatschappij die haar dochter-BV financiert, moet zich terdege rekenschap geven van de fiscale kwalificatie van die geldverstrekking. De grens tussen kapitaal en lening is in fiscalibus niet scherp, en door het grote verschil in fiscale behandeling kan het onverhoeds omkatten van een lening tot een kapitaalstorting, of tot een lening met overheersende kenmerken van kapitaal, duur uitpakken. Een geldlening vergt een schriftelijke overeenkomst, met zakelijke voorwaarden voor wat betreft rente, aflossing én zekerheid. Wat zakelijk is, verschilt van geval tot geval. Vraag uw adviseur welke leningsvoorwaarden in uw situatie nog net wel, of net niet meer kunnen.