

# Fiscale herkwalificatie van leningen en kapitaal

*Mr. S.I. Hoogenberg\**

## Inleiding en achtergrond

Wanneer een aandeelhouder een lening aan zijn dochter verstrekt, kan die dochter de rentelasten in beginsel aftrekken. De rente-inkomsten zijn bij de aandeelhouder belast. De vergoeding die deze zelfde aandeelhouder, in de vorm van dividend, op de aandelen in de deelneming ontvangt, is in beginsel vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling in de zin van artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969). Aan de deelnemingsvrijstelling is een aantal voorwaarden verbonden. De belangrijkste voorwaarde is dat de belastingplichtige ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal in de deelneming moet houden. De dividenduitkering is bij de dochtervennootschap niet aftrekbaar.

In de fiscaliteit wordt bij de kwalificatie van leningen en kapitaal in beginsel het civiele recht gevolgd. Vast uitgangspunt is dat de fiscale kwalificatie van leningen en kapitaal het civiele recht volgt. De kwalificatie van vermogen als kapitaal (eigen vermogen) of schuld (vreemd vermogen) is fiscaal van grote relevantie, omdat vergoedingen op eigen vermogen en vreemd vermogen verschillend belast worden.

Op het beginsel dat in de fiscaliteit voor de kwalificatie van kapitaal en schuld aangesloten wordt bij het civiele recht bestaat een aantal uitzonderingen. In deze bijdrage schets ik eerst een overzicht van de bestaande soorten leningen waarbij de civielrechtelijke vorm fiscaal niet beslissend is. Daarna ga ik aan de hand van de onzakelijke-leningjurisprudentie in op de recente discussie hierover. Vervolgens bespreek ik in het licht van een recent arrest over Australische *redeemable preference shares* de mogelijkheid om eigen vermogen fiscaal als schuld te kwalificeren.<sup>1</sup> Ik sluit af met een samenvattende conclusie.

## Fiscale herkwalificatie van een geldlening

In beginsel wordt de civielrechtelijke kwalificatie als lening ook fiscaal gevolgd. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad zijn hierop drie uitzonderingen: de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.<sup>2</sup> Deze drie uitzonderingen heeft de Hoge Raad recentelijk nogmaals bevestigd in zijn arrest van 25 november 2011.<sup>3</sup> Van een

schijnlening is kort gezegd sprake indien partijen in werkelijkheid de bedoeling hebben een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. Van een bodemlozeputlening is sprake wanneer een aandeelhouder aan de dochtervennootschap een lening verstrekt waarvan hij op het moment van het verstrekken weet, of zou moeten weten, dat de lening niet of niet volledig kan worden terugbetaald.<sup>4</sup> De deelnemerschapslening, ook wel aangeduid als hybride lening, is gecodificeerd in artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969. Op grond van dit artikel mogen vergoedingen op een geldlening niet in aftrek worden gebracht indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen. Op grond van vaste jurisprudentie is sprake van het feitelijk functioneren als eigen vermogen indien:

- de vergoeding op de lening winstafhankelijk is;
- de hoofdsom van de lening is achtergesteld ten opzichte van alle andere schuldeisers; en
- de lening geen vaste looptijd – of een looptijd van meer dan vijftig jaar – heeft en (tussentijds) slechts opeisbaar is in geval van faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

Een schuldenaar mag de rente die hij verschuldigd is op een hybride lening niet aftrekken, maar de geldverstrekker kan als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is de rente onbelast ontvangen. In grensoverschrijdende situaties kan de kwalificatie als hybride lening tot gevolg hebben dat rente-inkomsten in Nederland zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling, terwijl de rentekosten bij de buitenlandse deelneming wel aftrekbaar zijn. Dit maakt dat de lening een hybride karakter heeft. In beginsel moet de Nederlandse schuldenaar op grond van artikel 1 en 3 lid 1 onder f Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) dividendbelasting inhouden op de rente op de deelnemerschapslening. Wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de hybride lening hoeft een Nederlandse schuldenaar op grond van artikel 4 lid 1 onder a Wet DB 1965 geen dividendbelasting in te houden op de vergoeding die hij aan zijn aandeelhouder betaalt. De inkomsten zijn bij de buitenlandse moeder mogelijk wel belast.

## Onzakelijke lening

Naast bovengenoemde drie uitzonderingen heeft de rechtspraak de laatste jaren laten zien dat er ook andere leningen

\* Mr. S.I. Hoogenberg is werkzaam als advocaat/belastingadviseur bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Hof Amsterdam 7 juni 2012, V-N 2012, 40.11.

2. HR 27 januari 1988, BNB 1988, 217.

3. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10.

4. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10, r.o. 3.3.1.

bestaan die voor de fiscale winstbepaling niet als 'gewone' leningen worden behandeld: de onzakelijke leningen. Een eerste aanwijzing van de onzakelijke lening als nieuwe categorie uitzonderingen is te vinden in een arrest uit 2008.<sup>5</sup> De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk bepaald dat bij de onzakelijke lening geen sprake is van een herkwalficatie van een lening in kapitaal, zoals dat wel het geval is bij een deelnemerschapslening. De lening blijft een lening, maar omdat deze onzakelijk is, mag de geldverstrekker een eventueel verlies op de lening niet in aftrek brengen van de fiscale winst.

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad een nieuwe reeks arresten over de onzakelijke lening gewezen, de zogenoemde 'novemberarresten'.<sup>6</sup> In 2012 is hier nog een aantal arresten bij gekomen.<sup>7</sup> Dat de onzakelijke lening een lastig vraagstuk blijft, blijkt wel uit de stroom aan publicaties die er, mede naar aanleiding van deze arresten, in de fiscale vakliteratuur is verschenen.<sup>8</sup> Ook is duidelijk dat het vraagstuk nog niet is uitgekristalliseerd. Hieronder noem ik kort de belangrijkste punten die uit de arresten naar voren gekomen zijn. Ik merk hierbij op dat niet alle nuances uit de verschillende arresten aan bod komen.

De Hoge Raad bevestigde in de novemberarresten nogmaals dat een civielrechtelijke lening alleen als kapitaal kan worden gekwalificeerd indien sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of deelnemerschapslening. Behoudens deze uitzonderingen past het volgens de Hoge Raad niet in het wettelijke systeem om, indien naar de vorm sprake is van een lening, voor fiscale doeleinden deze lening als kapitaal te kwalificeren.<sup>9</sup> Indien geen van deze uitzonderingen van toepassing is, kan de lening wel als onzakelijke lening kwalificeren en is een eventueel verlies op de lening mogelijk niet aftrekbaar. Het verlies van een aandeelhouder op een onzakelijke lening aan een dochtervennootschap vormt deel van het voor die dochtervennootschap opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet Vpb 1969.<sup>10</sup> Bij liquidatie van de dochtervennootschap wordt het opgeofferde bedrag in aanmerking genomen bij het bepalen van het (aftrekbare) liquidatieverlies.

Fiscaal is het uitgangspunt dat gelieerde partijen op zakelijke gronden met elkaar moeten handelen, het zogenoemde *arm's length*-beginsel. Kort samengevat kan een lening volgens de Hoge Raad onzakelijk zijn indien deze in strijd met het *arm's length*-beginsel is verstrekt tussen gelieerde partijen. Herkwali-

ficatie is dan niet aan de orde, maar voor de fiscale winstberekening dient de rente zo te worden aangepast dat aan het *arm's length*-beginsel wordt voldaan. Deze aangepaste rente is dan de fiscaal relevante rente voor de winstbepaling; niet de werkelijke, maar de aangepaste rente komt in aftrek bij de debiteur en is bij de crediteur belast.

Indien op deze wijze geen *arm's length*-rente kan worden bepaald, omdat de rente zodanig moet worden aangepast dat de lening in wezen winstdelend zou worden, is sprake van een onzakelijke lening.<sup>11</sup> De vennootschap heeft dan een lening verstrekt waarbij een debiteurenrisico gelopen wordt dat een onafhankelijke derde niet zou willen lopen. Van een onzakelijke lening is dus sprake indien een vennootschap een lening aan een gelieerde vennootschap verstrekt die zij onder vergelijkbare omstandigheden tegen de overeengekomen voorwaarden niet aan een onafhankelijke derde zou hebben verstrekt.<sup>12</sup> Een waardevermindering van een dergelijke lening kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Voor de goede orde: indien de rente zo kan worden aangepast – zonder een winstdelend karakter te krijgen – dat een onafhankelijke derde de lening ook had verstrekt, is geen sprake van een onzakelijke lening. In die situatie wordt alleen de rente gecorrigeerd, een waardevermindering van de lening blijft aftrekbaar. Ondanks het feit dat de Hoge Raad wel enige handvatten geeft, blijft het lastig om te bepalen waar de grens ligt tussen een lening die kan worden gecorrigeerd door een ander rentetarief toe te passen en een onzakelijke lening.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het toetsmoment om te bepalen of er al dan niet sprake is van een onzakelijke lening in beginsel het moment van het verstrekken van de lening is. Daarbij moet worden gekeken naar de lening in haar geheel. Het is niet mogelijk slechts een deel van de lening als onzakelijk te bestempelen. De lening kan gedurende de looptijd alsnog onzakelijk worden als gevolg van onzakelijke handelingen van de crediteur. De Hoge Raad geeft niet aan wanneer sprake is van onzakelijk handelen. Volgens de redactie van Vakstudie Nieuws doet de Hoge Raad mogelijk op het alsnog achterstellen van de lening of het verlengen van de looptijd.<sup>13</sup>

Ook bij de onzakelijke lening moet rente in aanmerking worden genomen. Volgens de Hoge Raad is het debiteurenrisico dat wordt gelopen bij een onzakelijke lening te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. De rente die in aanmerking moet worden genomen, wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van een concernvennootschap op overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.<sup>14</sup>

5. HR 9 mei 2008, BNB 2008, 191.

6. HR 25 november 2011, LJN BR4807, HR 25 november 2011, LJN BR4807, HR 25 november 2011, LJN BR4813 en HR 25 november 2011, LJN BP8952.

7. O.m. HR 13 januari 2012, BNB 2012, 79 en HR 9 maart 2012, LJN BV8175.

8. O.m. P.G.H. Albert, Afwaardering van een onzakelijke lening in de Wet Vpb 1969, WFR 2011, 1122, P.J.J.M. Peeters, Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord dor de Hoge Raad?! WFR 2012, 153 en B.W.A.M. Damsma, C.S.J. Jie-A-Joen & T.A. Meijer, Zakelijke of onzakelijke lening? – baanbrekend Hoge Raad-arrest, MBB april 2012, nr. 4.

9. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10, r.o. 3.3.1.

10. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.11, r.o. 3.2.3.

11. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.11, r.o. 3.3.1.

12. Albert 2011.

13. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10.

14. HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10, r.o. 3.3.4.

Samengevat bieden de novemberarresten een aantal stappen om vast te stellen of sprake is van een onzakelijke lening. De eerste stap ziet op het uitsluiten van de schijnlening, bodemlozeputlening en deelnemerschapslening. De tweede stap betreft de vraag of de lening door het hanteren van een andere (hogere) rente zakelijk gemaakt kan worden zonder dat de rente een winstdelend karakter krijgt. Wanneer dit mogelijk is, is alleen de rente onzakelijk en is geen sprake van een onzakelijke lening. De schuldeiser kan een waardevermindering op de lening dan in aftrek brengen. Als dit niet mogelijk is, is de lening onzakelijk. Een waardevermindering is dan niet aftrekbaar. Voor de onzakelijke lening moet vervolgens een rente in aanmerking worden genomen die een onafhankelijke derde zou rekenen voor een lening met een borgstelling door de crediteur. Een onzakelijke lening kan zowel aan een moeder- als aan een dochter- of zustervenootschap worden verstrekt. Verliezen uit hoofde van de onzakelijke lening zijn niet aftrekbaar.

### Herkwalificatie van kapitaal in lening?

Hierboven heb ik beschreven dat er meerdere uitzonderingen bestaan op het beginsel dat een civielrechtelijke lening ook voor fiscale doeleinden als een lening wordt beschouwd. Onlangs heeft de Rechtbank Haarlem een nieuwe categorie geïntroduceerd waarin het civiele recht vanuit fiscaal perspectief niet gevolgd wordt.<sup>15</sup> Opmerkelijk was dat het hier niet om een herkwalficatie van een lening in kapitaal ging, maar om een herkwalficatie van kapitaal in een lening. De Rechtbank Haarlem oordeelde dat een aandeelhouder de deelnemingsvrijstelling niet mocht toepassen op *redeemable preference shares* in zijn Australische dochtervenootschap, omdat het onder deze *shares* verstrekte vermogen als lening moest worden beschouwd. Het Hof Amsterdam oordeelde in beroep anders en de Hoge Raad moet zich hier nog over uitlaten.<sup>16</sup> Toch heeft deze zaak in de praktijk al de nodige discussie opgeleverd.

Het geschil waar de Rechtbank Haarlem en het Hof Amsterdam zich over moesten uitlaten, spitst zich toe op de vraag of de vergoeding die een Nederlandse aandeelhouder op de Australische *redeemable preference shares* ontvangt tot zijn belaste winst moet worden gerekend. Aan de *redeemable preference shares* is een recht op een cumulatief dividend verbonden. Voorts zal de nominale waarde van deze aandelen binnen tien jaar worden terugbetaald aan de aandeelhouder. De belanghebbende stelde zich op het standpunt dat *redeemable preference shares* kapitaal waren en daarom onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb 1969 vielen.

De rechtbank overwoog dat het in de vorm van aandelen verstrekte vermogen kenmerken van zowel een lening als vermogen had en derhalve een hybride karakter. De rechtbank concludeerde vervolgens dat de *redeemable preference shares* alle kenmerken van een lening hadden. Daarbij achtte zij de vol-

gende kenmerken van de *redeemable preference shares* van belang:

- de vaste en later geleidelijk oplopende rente;
- de vaste looptijd van tien jaar;
- de afwezigheid van stemrechten.

De rechtbank leek voorts van belang te achten dat de aandeelhouder eerst een lening had verstrekt aan de Australische deelneming en die lening voorafgaand aan de uitgifte van de *redeemable preference shares* werd afgelost. Volgens de rechtbank leek het voornaamste gevolg van deze herstructurering te zijn dat de aandeelhouder *redeemable preference shares* in de deelneming verkreeg in plaats van een lening. De rechtbank leek van oordeel te zijn dat partijen in werkelijkheid beoogden om een lening te verstrekken. De inspecteur werd door de rechtbank in het gelijk gesteld.

Het Hof Amsterdam maakte een vergelijkbaarheidsanalyse en kwam tot een andere conclusie. Het hof overwoog dat als uitgangspunt voor de uitleg van het begrip kapitaal in de vennootschapsbelasting moet worden aangesloten bij het civiele recht. Dat de *redeemable preference shares* bedrijfseconomisch op één lijn kunnen worden gesteld met het verstrekken van een (achtergestelde) lening is voor de fiscale kwalificatie niet relevant. Ondanks het feit dat mede hierom de *redeemable preference shares* voor het jaarrekeningenrecht als vreemd vermogen worden gekwalificeerd, kan voor de fiscale kwalificatie aangesloten worden bij het civiele recht. Daarbij overwoog het hof uitdrukkelijk dat het voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet uitmaakt of de vergoeding bij de buitenlandse deelneming (als rente) aftrekbaar is.

De kenmerken die de rechtbank van belang achtte, zoals de oplopende rente, de vaste looptijd en de afwezigheid van stemrechten, leidden voor het hof niet tot de conclusie dat sprake was van een lening. Het hof achtte daarbij van belang dat de aandeelhouder geen aanspraak kan maken op een eventueel achterstallig dividend en dat er wel voldoende winstreserves moeten zijn om daadwerkelijk tot dividendbetaling over te mogen gaan. De aandeelhouder droeg dus een zeker risico. Het hof wees er vervolgens ten aanzien van het stemrecht op dat het ook naar Nederlands recht mogelijk is om aan cumulatief preferente aandelen beperkte stemrechten te verbinden. De redactie van Vakstudie Nieuws wijst er in haar aantekening bij dit arrest op dat met het effectief worden van de flex-BV-wetgeving in Nederland het ook mogelijk zal worden om stemrechtloze aandelen uit te geven.<sup>17</sup> Kapitaal kan daardoor nog meer de kenmerken van een lening krijgen.

Het hof sloot aan bij de civielrechtelijke kwalificatie van de *redeemable preference shares* als kapitaal en zag in dit specifieke geval geen plaats voor herkwalficatie. De vraag of kapitaal fiscaal überhaupt te kwalificeren is als lening blijft in de uitspraak van het hof onbeantwoord. Het is de vraag of de Hoge

15. Rb. Haarlem 25 januari 2011, LJN BQ0936.

16. Hof Amsterdam 7 juni 2012, V-N 2012, 40.11.

17. Hof Amsterdam 7 juni 2012, V-N 2012, 40.11.

Raad zich hier in deze casus over uit zal laten. Een dergelijke herkwalficatie kan bij de verkeerde fiscale planning zeer ongunstige gevolgen hebben. De mogelijkheid om kapitaal fiscaal als lening te kwalificeren kan voor andere belastingplichtigen nieuwe planningsmogelijkheden opleveren. Bijvoorbeeld omdat de rente bij een Nederlandse dochtervennootschap aftrekbaar is en bij de buitenlandse moeder (als dividend) onbelast. Of een dergelijke herkwalficatie in de toekomst mogelijk is, is op dit moment echter zeer de vraag.

### **Conclusie**

De fiscale kwalificatie van financieringsinstrumenten is zeer relevant. Hoewel fiscaal meestal het civiele recht wordt gevolgd, bestaan hierop verscheidene uitzonderingen. Vaste uitzondering vormen de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Meer recent is hier nog de onzakelijke lening aan toegevoegd. Hoewel het hierbij niet om een herkwalficatie van een lening in kapitaal gaat, kan de kwalificatie als onzakelijke lening wel ongewenste gevolgen hebben. Een onbeantwoord vraagstuk vormt vooralsnog de vraag of kapitaal ook als lening te kwalificeren is. Het wachten hierbij is op de Hoge Raad. Om niet achteraf voor verrassingen te komen staan is het van groot belang om vooraf goed vast te leggen of partijen bedoelen om een lening of kapitaal te verstrekken. Ook de voorwaarden moeten goed worden gedocumenteerd. Herkwalficatie kan, bij een goede fiscale planning, in het voordeel van de belastingplichtige werken, maar opgepast moet worden voor ongewenste herkwalficatie.