



## NEEM NOG EVEN EEN FISCAAL VERLIES OVER 2009

### TON OOSTENRIJK

In deze barre economische tijden is de waardering van vastgoed, maar ook van een vordering, een steeds vaker voorkomend vraagstuk. Ging het in het verleden vaak over winstneming en uitstel daarvan, nu is de vraag meer en meer: hoe neem ik zo snel mogelijk een fiscaal verlies, om dat terug te wentelen naar een zo oud mogelijk fiscaal 'winstjaar' om zo veel als mogelijk eerder betaalde vennootschapsbelasting terug te halen. Was die periode tot voor kort slechts een jaar, nu door fiscale crisismaatregelen is de termijn voor terugwaartse verliescompensatie opgerekt naar drie jaren. Dat kan een heel stuk schelen en dat betekent ook dat gepoogd wordt die verliezen zoveel als mogelijk in het eerste jaar van die maatregelen te nemen, te weten 2009.

Voor wat betreft het kunnen nemen van een afwaardering op een vordering moet het uiteraard gaan om een lening in fiscale zin en dan ook nog een zakelijke lening. Van een lening in fiscale zin is in ieder geval geen sprake bij een 'schijnlening' (partijen beogen elkaar niet een lening te verstrekken), een 'deelnemerschapslening' (een lening die eigenlijk een deelneming/kapitaal in de geldnemer is) en tevens niet bij een 'bodemloze put lening' (verliesfinanciering). Drie bekende verschijningsvormen uit inmiddels 'oude' jurisprudentie. Veel is de laatste jaren over de onzakelijke lening verschenen. Dit zijn – ruwweg - leningen die vallen onder de voornoemde categorieën en in fiscale zin wel een lening zijn, maar waarvan een of meer van de voorwaarden onzakelijk is. Als we ervan uitgaan dat de voorwaarden voor de lening zakelijk zijn (met andere woorden ook overeengekomen zouden zijn tussen onafhankelijke derden), maar de hoogte van de rente niet, dan moet volgens de Hoge Raad

de rente worden aangepast naar een zakelijk niveau. Als evenwel dan komt vast te staan dat een onafhankelijke derde in de betreffende situatie (met dus die hogere rente) nog steeds de lening niet zou zijn aangegaan (en dat moment is dus ook het beoordelingsmoment, tenzij later onzakelijkheid blijkt door onzakelijk handelen van de crediteur) dan is de lening in fiscale zin toch onzakelijk.

**Komt vast te staan dat het geen zakelijke lening betreft dan kan bij verlies geen afwaardering plaatsvinden**

Voor wat betreft de hoogte van de rente (eventueel een hogere, zakelijke) gaat het om die rente die een onafhankelijke derde, met een concerngarantie, in rekening zou brengen. Komt vast te staan dat het geen zakelijke lening betreft dan kan bij verlies geen afwaardering plaatsvinden. In die afweging speelt ook een rol het debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd en/of de afwezigheid van (of onvoldoende) zekerheden. In die situaties wordt

namelijk aangenomen dat dat risico opkomt uit hoofde van het reeds bestaande aandeelhouderschap.

Nu geen afwaarderingsverlies in aanmerking kan worden genomen komt de vraag op of bij liquidatie van de vennootschap (de deelneming) dit verlies wel in aanmerking kan worden genomen. De Hoge Raad heeft kort geleden beslist dat de onzakelijke lening gaat behoren tot de verkrijgingsprijs van de deelneming en het verlies bij liquidatie (als liquidatieverlies) in aftrek kan worden gebracht. Voor diegenen die de Kerstvakantie een fiscaal tintje willen geven zijn de arresten van de Hoge Raad van eind november een goede aanrader... Het jaar 2011 zit er bijna op en ik wens een ieder een goed 2012 toe, met zo min mogelijk afwaarderingen...

*Ton Oostenrijk MRE is belastingadviseur bij Rechtstaete.*