



KOMKOMMERTIJD

DOOR TON OOSTENRIJK

Komkommertijd is de aanduiding voor een periode in het jaar waarin er weinig nieuws te melden is. Bovendien wordt er volop vakantie gevierd, veelal in eigen land. De hittegolf die als ik dit schrijf over ons land trekt, is dan ook zeker niet verkeerd. Het lijkt er echter helaas op dat de corona-periode, eigenlijk de corona-uitbraak, nog niet is afgelopen, mogelijk met vele ingrijpende (fiscale) gevolgen.

De afgelopen maand zijn er niet echt baanbrekende vonnissen of arresten geweest op het gebied van de vastgoedfiscaliteit. Dat zal wel niets met komkommertijd te maken hebben, maar ongetwijfeld toeval zijn, hoewel rechters natuurlijk ook gewoon op vakantie gaan. De relatie tussen de directeur/groot-aandeelhouder (DGA) en zijn BV is een thema dat zeer regelmatig terugkeert in de jurisprudentie, ook in deze zomerperiode. Eind juli velde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een niet een heel spectaculair vonnis, maar wel een vonnis dat weer eens illustreert dat het handelen tussen de DGA en zijn BV moet zijn alsof ze onafhankelijke derden van elkaar zijn (geen aandeelhoudersrelatie dus).

Wat was het geval? De DGA leent aan zijn BV ter – gedeeltelijke – financiering van de aankoop van een bedrijfspand. Ofwel, de DGA krijgt een vordering op zijn BV (tegen een vaste rente van 5% per jaar). Voor de heffing van inkomstenbelasting van de DGA betekent dit heffing in box 1 door de terbeschikkingstellingsregeling (TBS). Rente, maar ook vermogenswinsten en -verliezen worden belast tegen de progressieve tarieven van box 1. In dit specifieke geval maakt de BV slechts beperkt winst. De DGA claimt in zijn aangifte een afwaardering van de vordering op zijn BV (die verrekend kan worden met bijvoorbeeld het arbeidsinkomen in dezelfde box).

Naar de mening van het Gerechtshof wordt de afwaardering terecht door de fiscus geweigerd. Waarom was het gelijk aan de fiscus?

Bij het aangaan van de lening wordt door de BV aan de DGA een hypotheek verstrekt ter zekerheid van de vordering. De partijen komen

niet direct een aflossingsschema overeen, en doen dat ook niet op een later moment. Volgens de overeenkomst was vervroegde aflossing wel mogelijk, maar dat gebeurde niet.

Dat lijkt op het eerste gezicht allemaal best zakelijk, dus waar wringt nu de schoen? De lening van de DGA is achtergesteld bij een andere schuldeiser, namelijk de bank. De DGA is gedeeltelijk mede-eigenaar van het bedrijfspand. Het hypotheekrecht is daarom geen reële zekerheid voor – rente en aflossing van – de lening. Het Gerechtshof komt op basis van al deze feiten tot de conclusie dat de lening onzakelijk is en er geen sprake kan zijn van een afwaardering van de vordering. Een lening, niet zijnde een fiscale kapitaalverstreking (schijnlening e.d.), is immers onzakelijk als er geen, niet-winstdelende, ‘at arm’s length’ rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest dezelfde lening aan de BV te verstrekken onder verder dezelfde voorwaarden en omstandigheden, zoals de zekerheden en de looptijd van de lening.

In zo’n geval moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de belanghebbende dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de BV in de hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Geen afwaardering dus, geen aftrekbaar verlies in box 1. Toen de DGA van deze beslissing kennisnam, moet hem toch het gevoel zijn bekropen dat hij van een hittegolf in de ijstijd belandde...

Ton Oostenrijk MRE is belastingadviseur bij RechtStaete