



DE ENE LENING IS DE ANDERE NIET

DOOR TON OOSTENRIJK

Financieringen zijn er in alle vormen, soorten en maten. In hoofdlijnen zijn leningen weer verder in te delen in leningen aangaande tussen onafhankelijke en niet-onafhankelijke personen. Deze laatste personen (of rechtspersonen) staan in een bepaalde relatie tot elkaar: familieleden, vrienden, aandeelhouders en dergelijke. Bij leningen tussen geldnemers en -gevers die niet helemaal onafhankelijk – objectief – tegenover elkaar staan, is de kans groter dat er aan een lening een ‘luchtje’ zit. Een lening is een instrument dat gemakkelijk gebruikt kan worden om inkomsten of vermogen over te hevelen en fiscale heffingen te eroderen. Het gevolg is dat dit in de fiscale regelgeving, jurisprudentie, beleid en doctrine een ‘levendig’ onderwerp is. Een volledig overzicht is niet of nauwelijks te geven.

Laat ik beginnen met op te merken dat in de fiscaliteit de feiten worden gevolgd, dus de civielrechtelijke kwalificatie van de financiering wordt als startpunt ook fiscaal gevolgd. Er kan echter ook sprake zijn van een lening in civielrechtelijke zin, maar fiscaal van eigen vermogen of een tussenvorm: de niet-zakelijke lening. Alle feiten en omstandigheden bepalen de fiscale behandeling. Als er fiscaal sprake is van een lening, is in principe de rente aftrekbaar bij de betaler en belast bij de ontvanger daarvan. Ook zijn dan afwaarderingen van leningen aftrekbaar.

Tijdens het schrijven van deze ‘regels’ ging al door mijn hoofd: wat ik hier neerpen is niet – onverkort – waar. Er zijn talloze situaties waarin dit niet het geval of niet volledig het geval is. Op elke regel bestaat immers een uitzondering, dat geldt bij dit onderwerp zeker. Waar ben ik aan begonnen? Dit thema past in ieder geval niet binnen het aantal woorden dat mij voor deze bijdrage gegeven is.

In de vennootschapsbelasting wordt bijvoorbeeld de balans tussen enerzijds aftrek van de rentebetalingen en anderzijds belastingheffing over rente-inkomsten in een aantal gevallen doorbroken. Rente kan niet aftrekbaar zijn en toch belast bij de ontvanger. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de financiering van kapitaalstortingen en dividenduitkeringen (maar bij een geslaagd tegenbewijs kan er toch sprake zijn van aftrek).

De vennootschapsbelasting kent ook een algemene renteaftrekbeperking, de Earnings Stripping Maatregel (ESM), die ruwweg inhoudt dat rente slechts aftrekbaar is tot het hoogste van de franchise van € 1 mln of 30% van de fiscale winst (fiscale EBITDA). Om het eenvoudig te houden loopt de ESM soms samen met de verliesverrekeningsregels, en botst hier soms mee. Bovendien kent de ESM ook nog eens doorschuif Faciliteiten om de niet in aftrek toegestane rente te behouden door de aftrekmogelijkheid door te schuiven naar de toekomst.

Bij de winstdelende lening zijn er ook weer diverse varianten te onderkennen. Zo is er de gewone rechttoe–rechtaan winstdelende financiering (aftrek versus belast, maar let op de beperking van de ESM). Er is echter ook een variant waarbij in combinatie van een minimum aandelenbezit de ontvangst van (winstdelende) rente onbelast blijft van vennootschapsbelasting, terwijl die rente bij de betaler niet aftrekbaar is. En zo zijn er nog diverse andere aspecten te onderkennen.

In de relatie directeur –grootaandeelhouder (DGA) heeft die DGA twee petten op, als privépersoon en als bestuurder van zijn (sorry, of haar) vennootschap. Dat leidt mogelijk tot ‘luchtjes’ en dus ook tot verschillen van inzicht met de belastingdienst, wat soms leidt tot een gang naar de rechter. Discussiepunten zijn onder meer of de voorwaarden van de lening wel zakelijk zijn, of er sprake is van een (verkapte) dividenduitdeling door de BV aan de DGA, of de hoogte van de rente marktconform is en of een afwaardering van de lening bij een verliessituatie aftrekbaar is. Dan is er ook nog het wetsvoorstel Excessief Lenen bij de eigen vennootschap. DGA’s moeten inkomstenbelasting gaan betalen over bovenmatige leningen boven € 500.000, met uitzondering van leningen voor de (fiscale) eigen woning.

Wat is kortom de moraal van dit verhaal? Let goed op bij even ‘een leninkje’ aangaan. Veel van bovenstaande valkuilen kunnen worden voorkomen bij een juiste vormgeving.

Ton Oostenrijk MRE is belastingadviseur bij RechtStaete