Vijzelman Fiscaal Advies – De onzakelijke lening

**De gevolgen van de onzakelijke lening en haar afhandelingstijdstip**

**Binnen de fiscaliteit is een lening tussen gelieerde vennootschappen een bekend fenomeen. Er zijn verschillende manieren waarop zo een lening gekwalificeerd kan worden. Een van de belangrijkste manieren is de onzakelijke lening. Op het moment dat de lening onzakelijk is, heeft dit fiscale gevolgen voor de gelieerde vennootschappen. Wij van Vijzelman Fiscaal advies zijn gespecialiseerd in het fiscale, het civiele en het notariële recht en kunnen u dus op al deze (overlappende) gebieden van dienst zijn. In dit stuk wordt ingegaan op de onzakelijke lening en haar gevolgen.**

**De onzakelijke lening**

Een lening wordt gekwalificeerd als onzakelijk op het moment dat geen of slechts een in wezen winstdelende rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest om eenzelfde lening te verstrekken. Als dit het geval is, wordt verondersteld dat de schuldeiser een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben gelopen.

**De gevolgen**

Er zijn verschillende fiscale gevolgen als een lening tussen gelieerde vennootschappen gekwalificeerd wordt als onzakelijk.

* Het verlies op de lening kan in eerste instantie niet op de fiscale winst van de schuldeiser in mindering gebracht worden. Dit kan in sommige situaties wel via de liquidatieverliesrekening.
* Het verlies op de lening wordt gelijkgesteld met een informele kapitaalstorting. Dit gebeurt als definitief vaststaat dat er niet aan de aflossingsverplichting wordt voldaan.
* De fiscaal in aanmerking te nemen rente wordt gesteld op de rente die de schuldenaar zou moeten vergoeden als hij van een derde zou lenen.

**De literatuur**

De vraag is nu wanneer er sprake is van een winstuitdeling. Dit zal gelijk zijn aan het moment waarop, bij een onzakelijke lening, er sprake is van een informele kapitaalstorting. Er zijn verschillende theorieën over wanneer er sprake is van een informele kapitaalstorting.

Enerzijds wordt gesteld dat hier sprake van is zodra vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuld niet wordt afbetaald. Dit is gebaseerd op het Fokker 1-arrest, wat een materiële interpretatie volgt. Dit leidt ertoe dat de informele kapitaalstorting respectievelijk winstuitdeling eerder aan de orde kan zijn dan het tijdstip waarop de onzakelijke lening wordt kwijtgescholden of de schuldenaar failliet gaat. Er is volgens deze theorie dus geen sprake meer van een onzakelijke lening op het moment dat het debiteurenrisico de ‘vennootschappelijke betrekkingen’ verlaat.

Anderzijds wordt in de literatuur gesteld dat er pas sprake is van een informele kapitaalstorting respectievelijk winstuitdeling wanneer de onzakelijke lening in formeel-juridische zin tenietgaat.

**De Hoge Raad**

De hoofdregel is een waardering op het nominale bedrag. De waardering kan niet lager dan nihil zijn. De Hoge Raad lijkt in het arrest van 15 juli 2022 niet het Fokker 1-arrest, maar het Fokker-2 arrest te volgen. Er wordt namelijk gesteld dat waardering op een lager bedrag dan nominaal of op nihil aan de orde is wanneer al bij het vervallen van de rente vaststaat of zo goed als zeker is dat de rente gedeeltelijk of geheel niet meer terugbetaald hoeft te worden. Het gaat om een waardering op het moment dat de winstsfeer omslaat naar de ‘vennootschappelijke-betrekkingen-sfeer. Uit de jurisprudentie kan daarom worden afgeleid dat de informele kapitaalstorting respectievelijk onttrekking pas wordt geconstateerd als er sprake is van een gebeurtenis waardoor het verlies op de onzakelijke lening definitief vaststaat.

**Vijzelman Fiscaal Advies**

Lenen van een eigen vennootschap is een bekend fenomeen binnen de fiscaliteit met vele belangen. Vooral als het gaat om leningen binnen deelnemingen. Om dit onderwerp zo goed mogelijk te navigeren en te voorkomen dat u voor verrassingen komt te staan of onnodig belasting betaalt, is het belangrijk om van de juiste kennis voorzien te zijn. Vijzelman is een prijswinnend advieskantoor met een 3-in-1 combinatie betreffende de belangrijkste rechtsgebieden. Voor advies in het kader van de Inkomstenbelasting en het nieuwe wetsvoorstel bent u bij ons dus op het juiste adres.