

dr. F.P.J. Snel¹

Kapitaal fiscaal als lening aanmerken



Fiscalisten hebben er geen enkele moeite mee om een overeenkomst die civielrechtelijk is vormgegeven als een lening, fiscaal aan te merken als kapitaal. Er zijn vele gevallen in de jurisprudentie bekend. Het omgekeerde is betrekkelijk ongebruikelijk. Dat wil zeggen, pas onlangs is deze stelling opgedoken in de jurisprudentie² en heeft Hof Amsterdam in casu de stelling verworpen. Overigens is tegen de desbetreffende uitspraak beroep in cassatie³ ingesteld.

In deze *Opinie* wil ik in meer algemene zin ingaan op de vragen 'Kan kapitaal in civielrechtelijke zin fiscaal aangemerkt worden als lening en zo ja onder welke voorwaarden?'

Kan kapitaal in civielrechtelijke zin fiscaal aangemerkt worden als lening?

Hof Amsterdam oordeelde: "Tot de uitgangspunten van de Wet (op de vennootschapsbelasting 1969) behoort dat voor de duiding van de begrippen "vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" en "aandeel" in beginsel wordt aangesloten bij het civiele recht. Hierin ligt besloten dat het "kapitaal" in vennootschapsrechtelijke zin van een "vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" – behoudens daarop door of voor de toepassing van de Wet uitdrukkelijk gemaakte uitzonderingen – ook fiscaalrechtelijk als kapitaal heeft te gelden. Aan dit uitgangspunt doet niet af dat in het fiscale recht het begrip 'informeel kapitaal' tot ontwikkeling is gekomen en dat dit 'informeel kapitaal' voor toepassing van (een aantal bepalingen van) de Wet met het vennootschapsrechtelijke (formele) kapitaal op één lijn wordt gesteld. Evenmin doet aan dat uitgangspunt af dat bepaalde vormen van vennootschapsrechtelijk kapitaal in (bedrijfs)economische zin en/of voor het jaarrekeningenrecht moeten worden aangemerkt als het verstrekken van vreemd vermogen."⁴

Ik lees hierin dat naar de opvatting van Hof Amsterdam, een geldverstrekking die civielrechtelijk is vormgegeven

als kapitaal fiscaalrechtelijk alleen kan worden aangemerkt als lening indien er een specifieke wettelijke bepaling daarvoor is. Ik ben het daar niet mee eens. Volgens mij behoort tot de uitgangspunten van de fiscale wetgeving dat de civielrechtelijke vormgeving fiscaal ook gevolgd wordt, tenzij óf er een specifieke wettelijke bepaling een andere fiscale kwalificatie voorschrijft óf indien binnen de gekozen civielrechtelijke vorm de voorwaarden zodanig worden ingevuld dat de (economische) situatie zozeer overeenkomt met een andere rechtsvorm en zo weinig met de algemeen gebruikelijke invulling van de gebruikte rechtsvorm dat doel en strekking van de belastingwet eisen dat fiscaalrechtelijk een andere kwalificatie gebruikt wordt. Bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht kan fiscaalrechtelijk als arbeidsovereenkomst gelden, een lening als kapitaalverstrekking, een verkoopwinst op aandelen als een vergoeding voor diensten. Daarom denk ik dat in theorie ook een geldverstrekking die civielrechtelijk als kapitaalverstrekking geldt, onder omstandigheden fiscaalrechtelijk als lening kan worden aangemerkt. Ik zie niet in waarin 'kapitaal -> lening' zodanig verschilt van 'lening -> kapitaal' dat in het eerste geval niet en het tweede geval wel mogelijk is. Ik zie ook geen bezwaren tegen een herkwalificatie⁵ van lening in kapitaal.

Onder welke omstandigheden

Onder welke omstandigheden zou een geldverstrekking die civielrechtelijk als kapitaalverstrekking is vormgegeven, fiscaalrechtelijk als lening kunnen worden aangemerkt? Die vraag is bij mijn weten door wetgever noch Hoge Raad behandeld. Nog onontgonnen terrein dus.

Naar mijn mening zijn zowel boekhoudkundige verwerking als bedrijfseconomische analyse niet direct relevant. Dat is immers ook het geval bij andere herkwalificaties. Waar het om gaat, is vaststellen wat de onderscheidende eigenschappen zijn van kapitaal. Waarin verschilt het wezen van kapitaal van dat van een lening? De actuele situatie kan dan daaraan getoetst worden.

1 Dr. F.P.J. Snel is als fiscalist verbonden aan Snel Corporate Tax & Law, Amsterdam.

2 Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174, NTR 2012/1869.

3 Beroep in cassatie is ingesteld bij de Hoge Raad onder nummer F12/03540.

4 Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174, NTR 2012/1869, r.o. 4.4.

5 Met herkwalificatie bedoel ik dat fiscaal een andere kwalificatie geldt dan de civielrechtelijke vormgeving.

Ik vind dat in de jurisprudentie⁶ inzake de fiscale behandeling van leningen, door de Hoge Raad drie essentiële eigenschappen van kapitaal zijn gegeven: 1. het vermogen staat permanent ter beschikking van de vennootschap, 2. de vergoeding is winstdelend en 3. bij faillissement komt de kapitaalverstrekker na de preferente en gewone crediteuren. Een lening moet aan al die drie kenmerken voldoen, om fiscaalrechtelijk als kapitaal te gelden. Maar hoe gaat het omgekeerd? Wordt kapitaal fiscaalrechtelijk een lening als een van de drie eigenschappen ontbreekt, of pas als ze alle drie ontbreken? Voor 'een-van-de-drie' valt te zeggen dat er één grens geldt tussen kapitaal en lening, ongeacht de civielrechtelijke vormgeving. Toch voel ik meer voor het tweede. Herkwalificatie is iets uitzonderlijks, wat alleen in extreme gevallen zou moeten gebeuren. De civielrechtelijk vormgeving is weliswaar niet volledig doorslaggevend, maar wel het startpunt.⁷ Ik pleit er dus voor dat een geldverstrekking die civielrechtelijk als kapitaalverstrekking geldt, fiscaalrechtelijk als lening kan worden aangemerkt als deze én niet permanent is én de vergoeding niet winstafhankelijk is én de kapitaalverstrekker bij faillissement gelijk met de gewone crediteuren of preferente crediteuren wordt betaald. En in dat laatste zit hem volgens mij de kneep. Onder Nederlands vennootschaps-, vermogens- en faillissementsrecht kan wel een lening worden achtergesteld, maar kan een kapitaalverstrekking niet naar voren worden geschoven in de crediteurenrangorde. En ik betwijfel of het mogelijk is om de vergoeding volledig onafhankelijk te maken van de winst. Met andere woorden, naar mijn mening zal het in Nederland niet mogelijk zijn om een geldverstrekking civielrechtelijk als kapitaalverstrekking vorm te geven en op zodanige wijze in te richten dat deze fiscaalrechtelijk als lening kan worden aangemerkt. Ik denk dat dit ook voor de rechtsstelsels in vrijwel alle

andere landen geldt, maar ik sluit niet uit dat er rechtstelsels bestaan waar dat wel mogelijk is.

Dan is er nog een kenmerk dat ik niet genoemd heb: zeggenschap. Een kapitaalverstrekker heeft in de regel stemrecht. Is stemrecht een essentieel kenmerk van kapitaal? Ik denk van niet. In Nederland zijn van oudsher methoden toegestaan om de zeggenschap van aandeelhouders verregaand te beperken. En de houders van stemrechtloze certificaathouders worden fiscaal gelijkgesteld met aandeelhouders. Vanaf 1 oktober zijn voor bv's ook echte stemrechtloze aandelen toegestaan. Anderzijds hebben sommige crediteuren contractueel een grote zeggenschap, feitelijk soms zelfs groter dan kapitaalverstrekkers. De Hoge Raad heeft expliciet beslist dat stemrechtloze certificaten van aandelen voor de deelnemingsvrijstelling als aandelen gelden.⁸

Ik sluit echter niet uit dat stemrecht toch een rol kan spelen. In het nieuwe bv-recht kunnen aandelen niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn. Een daarop lijkend beoordelingskader zou ook voor de fiscale herkwalificatie van kapitaal denkbaar zijn. Bijvoorbeeld herkwalificatie als twee of drie van de volgende vier kenmerken ontbreken: stemrecht voor de kapitaalverstrekker, het vermogen staat permanent ter beschikking van de vennootschap, de vergoeding is winstdelend en bij faillissement komt de kapitaalverstrekker na de preferente en gewone crediteuren.

De zaak van Hof Amsterdam biedt een unieke kans voor de Hoge Raad om op dit terrein een richtinggevend arrest te wijzen. Ik wacht met belangstelling af. Het terrein zal ontgonnen worden.

6 - HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.
- HR 11 maart 1998, nr. 32.240, BNB 1998/208.
- HR 17 februari 1999, nr. 34.151, BNB 1999/176.

7 HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217, r.o. 4.2.

8 HR 13 november 1985, nr. 23.077.