

Afsluiten lening en latere verslechtering voorwaarden niet onzakelijk

Intrekking cassatieberoep minister van 20 juli 2010 nr. DGB 2010-3935 inzake lopende procedure Hoge Raad, nr. 2010/02313, jaar 2002

Belanghebbende (X bv) verricht managementwerkzaamheden voor Y Holding bv. De enig aandeelhouder van X bv bezit een minderheidsbelang in Y Holding bv een minderingsbelang in Y Holding bv. In 1997 heeft X bv een lening van € 120 000 verstrekt aan Y Holding bv. Overeengekomen is een rentepercentage van 10 en een aflossing in twaalf maandelijkse termijnen. Aflossing heeft echter niet plaatsgevonden. De rente is bijgeschreven in r/c. Ook een bank verstrekte in 1997 een lening aan Y Holding bv, met een rentepercentage van 4,9. Verder is zekerheid gesteld en is de door X bv verstrekte lening achtergesteld. In 1999 leent de bank opnieuw geld aan Y Holding bv. In 2002 zijn de voorwaarden inzake de in 1997 verstrekte lening gewijzigd. Overeengekomen is een jaarlijkse rente van 6%. Y Holding bv heeft geen aflossingsplicht en de lening is achtergesteld bij de door de bank verstrekte leningen. Ultimo 2002 bedroeg de waarde van de door X bv verstrekte lening nihil. Daarom wenst zij € 113 445 ten laste van haar resultaat te brengen. De inspecteur heeft dit geweigerd, omdat de geldverstrekking naar zijn opvatting onder onzakelijke voorwaarden heeft plaatsgevonden.

Hof

Het hof deelt de visie van de inspecteur niet. Het acht aannemelijk dat de lening onder zakelijke voorwaarden is aangegaan. Voorts wordt aannemelijk geacht dat de wijzigingen van de voorwaarden in 2002 eveneens zakelijke grondslag hebben. X bv is daarom gerechtigd de vordering ten laste van haar winst af te waarderen.

De minister laat weten dat hij afziet van beroep in cassatie. Ter toelichting merkt hij het volgende op.

Bij het aangaan van de lening heeft het hof geoordeeld dat X bv gelet op het managementcontract, de korte looptijd van de lening en het hoge rentepercentage vanuit haar leveranciers- en beleggersmotief niet onzakelijk heeft gehandeld door voor de verstrekte lening geen zekerheden te bedingen. Dat oordeel is van feitelijke aard en gelet op het geheel van feiten en omstandigheden niet onbegrijpelijk. Een dergelijk oordeel past ook binnen de kaders van de zogenoemde Nexia-brief (DGB 2010/86U, V-N 2010/12.18).

Kort na het verstrekken van de lening is X bv echter akkoord gegaan met uitstel van de aflossingen (incl. de rente) en achterstelling van de lening ten opzichte van de externe financier. Het hof heeft in feite geoordeeld dat dit akkoord gaan met verslechterde voorwaarden in het verlengde ligt van de motieven die X bv had bij het aangaan van de lening, zodat sprake is van handelen als leverancier en/of belegger. Gelet op het belang van de externe financiering voor de onderneming acht ik het niet volstrekt onbegrijpelijk dat X bv vanuit haar leveranciers- en beleggersmotief heeft ingestemd met de verslechtering van de voorwaarden. X bv verwachtte daardoor kennelijk dat zowel haar leveranciersbelangen (blijven ontvangen managementvergoeding) als haar beleggerbelangen (aflossing plus 10% rendement) behouden konden blijven.

Nu de aandeelhouder van X bv ook aandeelhouder was van Y Holding bv acht ik het ook zeer wel mogelijk dat X bv mede ten behoeve van haar aandeelhouder heeft ingestemd met verslechtering van de leningsvoorwaarden. In zoverre zou sprake kunnen zijn van onzakelijk handelen en zou (een gedeelte van) afwaardering van de lening niet ten laste van het resultaat dienen te komen. Dat het hof binnen de hem toekomende keuze en waardering van de bewijsmiddelen tot een ander oordeel komt, acht ik echter niet volstrekt

onbegrijpelijk. Om die reden acht ik het niet zinvol om cassatie aan te tekenen tegen deze uitspraak.