

## Niet doorberekenen kosten renteswap is geen verkapte winstuitdeling

|                              |   |
|------------------------------|---|
| <b>Instantie</b>             | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 03-06-2020 nr. 18/00555 t/m 18/00557                   |
| <b>Zaaknummer(s)</b>         | 18/00555 t/m 18/00557   |
| <b>Datum uitspraak</b>       | 03-06-2020  |
| <b>Belastingjaar/tijdvak</b> | 2010-2012   |
| <b>Trefwoorden</b>           | onzakelijke lening, financiering, bevoordeling, dubbele bewustheid                    |
| <b>Rubriek</b>               | Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting  |
| <b>Wetsartikelen</b>         | Wet VPB 1969 - art. 10  |
| <b>ECLI</b>                  | ECLI:NL:GHARL:2020:4216   |
| <b>Brondocumenten</b>        | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 juni 2020, nrs. 18/00555 t/m 18/00557                 |
| <b>Formele relaties</b>      | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBGEL:2018:2866, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan |
| <b>Auteur</b>                | mr. N.I. Groenland  |
| <b>NTFR</b>                  | 2020/2267   |
| <b>Datum publicatie</b>      | 06-08-2020  |
| <b>NTFR</b>                  |   |

### Samenvatting

Belanghebbende heeft de economische eigendom verworven van een vrijstaand woonhuis met tuin en erf dat is gelegen op een landgoed. De aandeelhouder van belanghebbende en zijn partner willen op een deel van het landgoed een herenboerderij bouwen. Daarvoor heeft de bank een krediet aan belanghebbende verstrekt. Om het renterisico van de geldlening af te dekken heeft belanghebbende met de bank een renteswapovereenkomst gesloten. Per saldo is belanghebbende door de renteswap een vaste rente van 6% verschuldigd. In het kader van de financiering van de herenboerderij heeft belanghebbende verschillende geldleningen aan haar aandeelhouder en diens partner verstrekt tegen een rente van 4% (2008), 2,9% (2009) en 1,9% (2010-2012). De zakelijkheid van de door belanghebbende verstrekte leningen is niet in geschil. De inspecteur is van mening dat sprake is van een verkapte winstuitdeling omdat belanghebbende de kosten van de renteswap niet aan haar aandeelhouder heeft doorberekend. Het hof volgt de inspecteur hierin niet. Het hof is van oordeel dat belanghebbende met haar aandeelhouder en diens partner, in tegenstelling tot hetgeen de inspecteur veronderstelt, geen vaste maar een variabele rente is overeengekomen omdat de rente bij opvolgende gelegenheden is gewijzigd en een bepaling over de looptijd van de rente in de overeenkomsten ontbreekt. Dit betekent dat belanghebbende de lening van de bank waarover zij per saldo een vaste rente is verschuldigd, heeft gebruikt voor het verstrekken van een lening waarover zij een variabele rente ontving. Het hof overweegt dat van een bevoordeling van haar aandeelhouder sprake is wanneer belanghebbende op verzoek van haar aandeelhouder een lening aangaat, om het geleende geld vervolgens onder voor haar aandeelhouder gunstiger voorwaarden aan haar aandeelhouder door te lenen. Dat daarvan sprake is, heeft de inspecteur niet aannemelijk gemaakt. De enkele omstandigheid dat de rente op het uitgeleende geld lager is dan op het ingeleende geld is daarvoor onvoldoende. De leningsovereenkomsten zijn immers niet onder dezelfde voorwaarden overeengekomen. De keuze van belanghebbende om het tegen een vaste rente ingeleende geld uit te lenen tegen een variabele rente kan voor haar zowel voor- als nadelig zijn, afhankelijk van de ontwikkelingen op de financiële markten. Ten tijde van het verstrekken van de leningen door belanghebbende was het naar het oordeel van het hof niet te voorzien dat de variabele rente op de financiële markten zich zodanig zou ontwikkelen dat belanghebbende uiteindelijk een lagere rente zou ontvangen dan zij per saldo verschuldigd was. Het hof is van oordeel dat het niet doorbelasten van de kosten van de renteswap niet kan worden aangemerkt als een winstuitdeling.

(Hoger beroep gegrond en incidenteel hoger beroep ongegrond.)

## Commentaar

In onderhavige zaak is in geschil of belanghebbende winstuitdelingen heeft gedaan aan haar enig aandeelhouder door kosten van een renteswapovereenkomst niet door te berekenen. De renteswapovereenkomst was door belanghebbende afgesloten ter verkrijging van de (noodzakelijke) financiering door een bank voor de bouw van een herenboerderij op grond die tot het privévermogen van haar aandeelhouder behoorde.

Voor de aanwezigheid van een (verkapte) winstuitdeling is vereist dat een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden tussen belanghebbende en haar aandeelhouder, als gevolg waarvan aan het vermogen van belanghebbende enig geldbedrag of andere waarde is onttrokken. Tevens is vereist dat belanghebbende haar aandeelhouder heeft willen bevoordelen en dat zowel belanghebbende als de aandeelhouder zich hiervan bewust waren, dan wel redelijkerwijs bewust hadden moeten zijn (het zgn. dubbele bewustheidsvereiste).

De inspecteur stelt zich op het standpunt dat dat de eenmaands Euribor-rente die belanghebbende van de bank ontving vanaf 2005 (t/m 2012) altijd lager is geweest dan de vaste rente van 5% die belanghebbende aan de bank diende te betalen onder de renteswapovereenkomst. Volgens de inspecteur hadden belanghebbende en haar aandeelhouder dan ook kunnen weten dat de renteswap een nadeel zou opleveren voor belanghebbende en dat als gevolg van het niet doorberekenen van dit nadeel een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Tot slot is volgens de inspecteur aan het dubbele bewustheidsvereiste voldaan omdat belanghebbende als onderdeel van de afspraken met de bank een renteswapovereenkomst moest afsluiten.

Het niet doorberekenen van de kosten van de renteswap moet volgens Hof Arnhem-Leeuwarden niet worden aangemerkt als verkapte winstuitkering. Belanghebbende heeft zich door het samenstel van overeenkomsten (aan de passiefzijde) gefinancierd met een per saldo vaste rente van 6%, bestaande uit de opslag van 1% en de vergoeding van 5% uit hoofde van de renteswapovereenkomst. Het hof stelt vast dat de financiering door belanghebbende is gebruikt om (aan de actiefzijde) in wezen één geldlening met een variabele rente te verstrekken aan haar aandeelhouder. Belanghebbende heeft zich door het samenstel van overeenkomsten aan zowel haar actief- als passiefzijde gemanifesteerd als een (omgekeerde) bank, omdat een bank doorgaans gelden inleent tegen een variabele rente en uitleent tegen een vaste rente. Door de gelden tegen een de facto vaste rente in te lenen en een variabele rente overeen te komen met haar aandeelhouder, bestond voor belanghebbende de kans op financieel voor- dan wel nadeel, afhankelijk van de ontwikkelingen op de financiële markten. Volgens het hof was op het moment van verstrekken van de lening aan haar aandeelhouder niet te voorzien dat de variabele rente op de financiële markten zich zodanig zou ontwikkelen dat belanghebbende uiteindelijk een lagere rente van haar aandeelhouder zou ontvangen dan zij per saldo aan de bank verschuldigd was.

De zakelijkheid van de bankfinanciering alsmede van de vordering van belanghebbende op haar aandeelhouder staat volgens het hof niet (meer) ter discussie nu de overeenkomsten bij de beoordeling van de vpb-aangifte 2009 aan de inspecteur zijn overgelegd. Op dat moment gaf dat voor de inspecteur kennelijk geen aanleiding om de zakelijkheid van de vordering(en) van belanghebbende op haar aandeelhouder ter discussie te stellen en is de zakelijkheid daarmee niet langer meer een onderdeel van de rechtsstrijd tussen partijen. Hiermee lijkt het hof te impliceren dat

de inspecteur de kans heeft gehad en heeft laten schieten om bij de controle van de vpb-aangifte 2009 de zakelijkheid van het niet doorberekenen van de kosten de renteswap ter discussie te stellen.

Wat daarvan zij, de eigenlijke discussie lijkt daarmee niet zozeer of belanghebbende verkapte winstuitkeringen heeft gedaan aan haar aandeelhouder, maar veeleer de (on)zakelijkheid van het niet doorberekenen van kosten van de renteswap die de bank eiste in het kader van de financiering van de herenboerderij. Het feit dat deze discussie in (hoger) beroep via het leerstuk van de (verkapte) winstuitkering is uitgevochten, kan niet verhullen dat dit eigenlijk ter reparatie was van een eerdere kennelijke omissie in de controle- en aanslagfase. Het hof kan dan ook niet anders dan de inspecteur ongelijk geven, waarbij belanghebbende en haar aandeelhouder door het hof geholpen lijken te worden bij een nadere invulling (of 'verzakelijking') van de (onzakelijk) voorwaarden van de geldlening tussen belanghebbende en haar aandeelhouder.

[1] Mr. N. I. Groenland is werkzaam bij Clifford Chance LLP.

Datum: 14-10-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2020-2267>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.