

## Niet afdekken van rentedaling bij een renteswapovereenkomst is niet zakelijk en leidt tot verkapte winstuitdeling

<b>Instantie</b>	Rechtbank Gelderland, 18-06-2018 nr. AWB - 16 _ 5077
<b>Zaaknummer(s)</b>	AWB - 16 _ 5077
<b>Datum uitspraak</b>	18-06-2018
<b>Belastingjaar/tijdvak</b>	2010, 2011 en 2012
<b>Trefwoorden</b>	vermogensverschuiving, bevoordeling aandeelhouder, renteontwikkeling
<b>Rubriek</b>	Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:RBGEL:2018:2866
<b>Brondocumenten</b>	Rechtbank Gelderland 18 juni 2018, nrs. 16/5077 e.v.
<b>Formele relaties</b>	Hoger beroep: ECLI:NL:GHARL:2020:4216, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
<b>Auteur</b>	mr. N.I. Groenland
<b>NTRF</b>	2018/1866
<b>Datum publicatie</b>	23-08-2018
<b>NTRF</b>	

### Samenvatting

Belanghebbende, een bv en eiseres in de procedure, verwerft de economische eigendom 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 investeringskrediet aan belanghebbende verstrekt. Om het renterisico van de geldlening af te dekken heeft belanghebbende met de bank een renteswapovereenkomst gesloten. Naast een bestaande geldlening heeft belanghebbende nog een aanvullende geldlening aan haar aandeelhouder en partner verstrekt. De totale geldlening bedraagt op dat moment ongeveer € 3.000.000 en deze geldlening is aangegaan voor de financiering van de te bouwen herenboerderij. Vervolgens is tussen belanghebbende en de bank een vaststellingsovereenkomst gesloten om een geschil over de renteswapovereenkomst te beëindigen. Daarbij is overeengekomen dat de bank € 300.000 aan belanghebbende zal betalen en dit is gebeurd door de aflossingsvrije geldlening met dit bedrag te verminderen. In geschil is of de inspecteur terecht een (verkapte) winstuitdeling in aanmerking heeft genomen. Rechtbank Gelderland oordeelt dat deze vraag moet worden beoordeeld op het moment van het aangaan van de lening en de renteswap en niet op het moment dat de renteswap nadelig bleek te zijn voor belanghebbende. Het stond vast dat het de bedoeling is geweest om de geleende gelden bij de bank direct door te lenen aan de aandeelhouder in verband met de financiering van de herenboerderij. Aannemelijk is ook dat de renteswapovereenkomst daarom door belanghebbende is gesloten. Voor de bank was het afsluiten van een renteswapovereenkomst ook een voorwaarde voor het verstrekken van de geldlening aan belanghebbende. De rechtbank is van oordeel dat van zakelijk handelende partijen mag worden verwacht dat zij contractueel vastleggen dat alle mogelijke negatieve gevolgen zullen worden doorberekend aan de aandeelhouder. Dit geldt ook voor een rentedaling. Belanghebbende had er dus voor moeten zorgen dat zij geen financieel nadeel zou kunnen leiden. Door dit risico niet af te dekken richting haar aandeelhouder is niet zakelijk gehandeld. Daardoor heeft belanghebbende de kosten van renteswap als gevolg van een rentedaling moeten betalen en heeft zij dit niet kunnen doorberekenen aan haar aandeelhouder. Dit leidt tot een vermogensverschuiving van belanghebbende naar haar aandeelhouder.

(Beroep ongegrond.)

### Geschil

16. De vraag of de door eiseres aan haar aandeelhouder verstrekte geldleningen zakelijk of onzakelijk zijn maakt geen onderdeel uit van het geschil.

## Rechtsoverwegingen

23. De rechtbank neemt verder het volgende tot uitgangspunt bij de beoordeling. Als door een vennootschap een geldlening met daaraan gekoppeld een renteswapovereenkomst wordt aangegaan bij een bank met als enige doel dit bedrag door te lenen aan haar aandeelhouder, mag van zakelijk met elkaar handelende partijen worden verwacht dat zij contractueel vastleggen dat alle mogelijke negatieve gevolgen daarvan zullen worden doorberekend aan de aandeelhouder. Dit geldt dus ook voor de gevolgen van een rentedaling, waarbij het niet uitmaakt dat op het moment van aangaan van de renteswapovereenkomst de toekomstige renteontwikkeling niet voorzienbaar was en juist een rentestijging werd verwacht.

24. Genoemd uitgangspunt brengt mee dat het, gelet op de achtergrond van de financiering, op de weg van eiseres had gelegen er voor te zorgen dat zij geen financieel nadeel zou kunnen leiden. Door het risico van de gevolgen van een rentedaling niet af te dekken ten opzichte van haar aandeelhouder heeft zij niet zakelijk gehandeld. Daardoor heeft zij de kosten van de renteswap als gevolg van de rentedaling voor haar rekening moeten nemen en heeft zij deze niet kunnen doorberekenen aan haar aandeelhouder. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een jaarlijkse vermogensverschuiving van eiseres naar haar aandeelhouder. Van dit gevolg hadden zowel eiseres als haar aandeelhouder zich redelijkerwijs bewust moeten zijn. Door geen afspraak te maken over het doorberekenen van de kosten van de renteswap is dus in de jaren dat dergelijke kosten ten laste zijn gekomen van eiseres sprake van een verkapte winstuitdeling van eiseres aan (A) .

## Commentaar

In onderhavige zaak neemt Rechtbank Gelderland als principieel *uitgangspunt* dat van zakelijk met elkaar handelende partijen mag worden verwacht dat zij contractueel vastleggen dat de financiële gevolgen van een renteswap zullen worden doorberekend aan de aandeelhouder (zie r.o. 23). De rechtbank gebruikt dit uitgangspunt om te kunnen concluderen dat, als gevolg van de afwezigheid van een dergelijk afspraak tussen eiseres en haar aandeelhouder, dit heeft geleid tot een jaarlijks verkapte winstuitkering van eiseres aan haar aandeelhouder (zie conclusie in r.o. 24).

Opvallend is dat de rechtbank in haar overwegingen geen aandacht besteedt aan de (on)zakelijkheid van voorwaarden van de geldleningen tussen eiseres en haar aandeelhouder (zie punt 16 onder geschil). Deze geldleningen van totaal € 3.125.000 zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en met een rente van 1,9%. Daar stond tegenover dat de geldleningen van de bank van totaal € 1.974.865 met een looptijd van tien en twintig jaar en met een rente die gelijk is aan 1-maands Euribor verhoogd met een opslag van 1%. Op het moment van aangaan van de bankleningen bedroeg de 1-maands Euribor-rente 4,48%, hetgeen een rente van 5,48% betekende. Door het aangaan van de swapovereenkomst werd deze variabele rente effectief een vaste rente van 5%.

De rechtbank had in haar overwegingen de voorwaarden (en in het bijzonder de hoogte van de rente) op de geldleningen tussen eiseres en haar aandeelhouder kunnen betrekken, om vervolgens tot de conclusie te komen dat, mede gelet op de voorwaarden van de leningen, de rente van 1,9% onzakelijk was in vergelijking tot de rente op de bankleningen. Indien de rechtbank tot het oordeel was gekomen dat deze onzakelijk (lage) rente gecorrigeerd moest worden naar een zakelijke rente gelijk aan de rente op de bankleningen, de betalingen onder swapovereenkomst en een zakelijke vergoeding voor eiseres, dan zou dit mogelijk tot hetzelfde resultaat hebben geleid waarbij sprake zou zijn van een (jaarlijkse) vermogensverschuiving van eiseres naar haar aandeelhouder. De rechtbank had, zonder de mijns inziens onjuiste rechtsopvatting in r.o. 23 en 24, tot dezelfde conclusie kunnen komen dat niet op grond van de swapovereenkomst, maar op basis van de geldleningen tussen eiseres en haar aandeelhouder sprake was van verkapte winstuitkeringen.

Mocht deze rechtsoverweging van de rechtbank echter wel juist zijn, dan heeft deze uitspraak

mogelijk verstrekkende gevolgen voor de Nederlandse financieringspraktijk waarin valuta, rente of andere (markt)risico's veelal worden afgedekt middels soortgelijke derivaten. Op basis van gedachtegang van de rechtbank zou een financieringsvennootschap kennelijk alle financiële nadelen (en mogelijk ook voordelen) van een derivaat contractueel dienen door te berekenen aan de groepsvennootschappen waaraan zij het geld doorleent, ongeacht of de voorwaarden van die leningen op zichzelf beschouwd zakelijk zijn.

Dan rest nog de vraag of de omgekeerde situatie met (informele) kapitaalstortingen bij ontvangen baten onder de swapovereenkomst ook denkbaar is. Ondanks dat de rechtbank in onderhavige zaak alleen spreekt over het doorgeven van de financiële nadelen en, bij afwezigheid van dergelijke contractuele afspraken, over verkapte winstuitkeringen, acht ik – mede gezien de wijze waarop de rechtbank de door eiseres ontvangen schadevergoeding betreft in de berekening van de onttrekkingen – deze uitleg in overeenstemming met bestaande jurisprudentie en op basis van een redelijke wetstoepassing op voorhand niet uitgesloten.

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

Datum: 15-7-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2018-1866>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.