



Garantstelling in concernverband: de zakelijkheidstoets

25 april 2011

Als een BV zich garant stelt voor een lening die haar moedermaatschappij bij de bank heeft opgenomen, en die vennootschap loopt daardoor een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet er van uit worden gegaan dat de BV dat risico heeft aanvaard om het belang van haar aandeelhouder te dienen. Dat brengt mee dat een verlies ter zake van die garantstelling niet in aftrek kan worden gebracht op de winst. Die regel kent slechts een uitzondering als sprake is van bijzondere omstandigheden; de belanghebbende moet die aannemelijk maken. Met deze fraaie volzinnen typeert Hof Arnhem de zakelijkheidstoets bij een garantstelling in concernverband. De uitkomst van de procedure laat zich raden....

Een consortium van banken verstrekke in november 2000 een kredietfaciliteit van € 110 mln. aan NV X, de topholding van een internationaal operend concern. Het krediet werd gebruikt voor acquisities en voor de herfinanciering van lopende leningen tussen de consortiumbanken en de diverse concernmaatschappijen. Alle concernmaatschappijen, waaronder ook de in Nederland gevestigde BV Z, hadden zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de volledige kredietfaciliteit. In de onderliggende overeenkomst was vastgelegd dat wanneer een concernmaatschappij aansprakelijk werd gesteld, deze maatschappij de regresvordering op de medeschuldenaren niet zou opeisen zolang de totale schuld niet was voldaan. De concernmaatschappijen kregen géén vergoeding voor de garantstelling.

In januari 2003 was de liquiditeitspositie van het concern zeer slecht. Het bankenconsortium draaide de kredietkraan dicht en eiste haar vorderingen op. NV X werd op 1 april 2003 failliet verklaard, en in de daarop volgende maanden volgden vele concernmaatschappijen.

BV Z redde het wel. De BV moest uit hoofde van de garantstelling ruim € 5,2 mln. aan het bankenconsortium betalen. De BV bracht dit bedrag ten laste van haar resultaat over 2003.

De inspecteur weigerde de aftrek, BV X ging in beroep.

De belastingrechter in Arnhem stelde de inspecteur in het gelijk. BV Z had een groot debiteurenrisico aanvaard door zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de volledige kredietfaciliteit. De BV had een risico op financieel nadeel aanvaard, zonder dat daar een ongeveer gelijke kans op voordeel of een adequate vergoeding tegenover stond. Een derde zou dat nimmer gedaan hebben. De rechter overwoog daarbij ook dat BV Z weinig tot geen baat had bij de kredietfaciliteit: de BV kon eenvoudig in haar eigen financieringsbehoefte voorzien dankzij haar goede vermogenspositie. Dat werd bevestigd door de kredietverstrekking van € 1.2 mln. die de BV verkreeg kort nadat zij de € 5.2 mln.



uit hoofde van de garantstelling had betaald. BV Z had het debiteurenrisico aanvaard om haar moedermaatschappij NV X te gerieven, en dat belette een aftrek van het verlies uit hoofde van de garantstelling.

Belanghebbende bracht daar tegen in dat de kredietfaciliteit voor ondernemingsdoeleinden was opgenomen, dat haar statuten de garantstelling toestonden, dat haar moedermaatschappij geen instructierecht had jegens haar bestuurders én dat belanghebbende's ondernemingsraad positief had geadviseerd over de garantstelling. Het Hof nam kennis van die feiten en omstandigheden, maar dat leidde niet tot een andere beslissing.

Commentaar

Concernmaatschappijen moeten bij hun onderlinge transacties zakelijk handelen. Zij moeten de condities en voorwaarden aanhouden die bij dezelfde transacties tussen onafhankelijke derden van toepassing zijn. De transacties moeten de toets van zakelijkheid kunnen doorstaan. Bij een garantstelling in concernverband is dat vaak erg lastig. De kredietverstrekke bank wil maximale zekerheid en eist dat alle concernmaatschappijen zich verbinden voor het krediet. Ook de concernmaatschappijen voor wie de kredietverstrekking niet zo nodig hoeft, ofwel omdat ze geen financieringsbehoefte hebben, ofwel omdat ze die eenvoudig op eigen kracht kunnen invullen. Als zo'n concernmaatschappij toch meetekent, moet zij een adequate vergoeding ontvangen voor het debiteurenrisico dat ze op zich neemt. Blijft die vergoeding achterwege, dan is sprake van onzakelijk handelen: de dochtervennootschap handelt op instructie van de moedermaatschappij, of zij doet dat – zoals in de berechte casus – om de aandeelhouder te gerieven. De uitspraak illustreert welke gevolgen het onzakelijk handelen kan hebben. Dit is geen voorbeeld ter navolging....