



Garantstelling onzakelijk, geen voorziening

22 februari 2013

De ODR-toets – de toets of er geen sprake is van een onzakelijk debiteurenrisico – is van groot belang bij de beoordeling van de financiële verhoudingen tussen verbonden vennootschappen. Deze toets is met name aan de orde bij het verstrekken van een lening, maar ook – zo blijkt uit onderstaande uitspraak – bij het afgeven van een garantstelling.

Marc Rijkaard was directeur en enig aandeelhouder van BV X. Die BV was actief in onroerende zaken. BV X richtte in december 2002 BV Z op. Direct na de oprichting droeg BV X de helft van de aandelen in die BV over aan de kinderen van Rijkaard. In BV Z werd een villaproject ontwikkeld. Eind 2002 verstreekte de bank daarvoor een krediet van ruim € 6 mln. Op verzoek van de bank stelde BV X zich garant voor die schuld. De medeaandeelhouders in BV Z, de kinderen van Rijkaard, stelden zich niet garant. In juli 2005 verhoogde de bank het krediet tot € 8,2 mln. en in december 2007 nog eens tot € 10,8 mln. In al die jaren was het vermogen van BV Z steeds negatief. BV X voerde in 2008 een voorziening op van € 2 mln. voor het risico dat de bank de garantstelling zou inroepen. De inspecteur stond die voorziening niet toe. Zijns inziens was de garantstelling onzakelijk, en kon daardoor geen voorziening worden gevormd.

In de daaropvolgende procedure vond Rechtbank Arnhem dat ook. BV X had door de garantstelling een fors debiteurenrisico aanvaard, een hoofdelijke aansprakelijkheid voor een kredietfaciliteit die inmiddels was opgelopen tot € 10,8 mln. Een onafhankelijke derde zou dat – onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden – nimmer hebben gedaan. De rechtbank keek daarbij met name naar de negatieve vermogenspositie van BV Z, het risicovolle karakter van het villaproject, de onzekere en relatief geringe winstverwachting, het ontbreken van een vergoeding voor de garantstelling én de bevoordeling van de andere aandeelhouders in BV Z, de kinderen van Rijkaard, door van die BV geen vergoeding voor de garantstelling te vragen. BV X bracht daartegen in dat zij geen vergoeding voor de garantstelling had gevraagd omdat zij een managementvergoeding van € 1 mln. van BV Z had bedongen, én zij goede verwachtingen had van de winstgevendheid van het project. De rechtbank wees dat verweer af: de managementvergoeding was geen vergoeding voor de garantstelling, maar voor verleende diensten in het kader van het villaproject. De rechtbank vond de garantstelling zodanig onzakelijk dat herstel – door het alsnog bedingen van een vergoeding – niet realistisch was. De rechtbank verklaarde het beroep van BV X ongegrond.



Commentaar

De ODR-toets heeft al heel wat fiscale schade veroorzaakt. Zie ook *BelastingBelangen*, april 2009: [Onzakelijke lening: geen verlies bij afwaardering](#), en april 2011: [Onzakelijke TBS-lening: geen aftrek voor afwaardering](#). De Hoge Raad heeft in een reeks arresten van eind 2011 een oplossing aangereikt ingeval de rente op een concernlening niet de toets van het zakelijk handelen kan doorstaan. Zie ook *BelastingBelangen*, april 2012: [De aanpak van onzakelijk debiteurenrisico: de ODR-toets](#). De uitspraak van Rechtbank Arnhem maakt duidelijk dat die handreiking slechts een beperkt soelaas biedt.